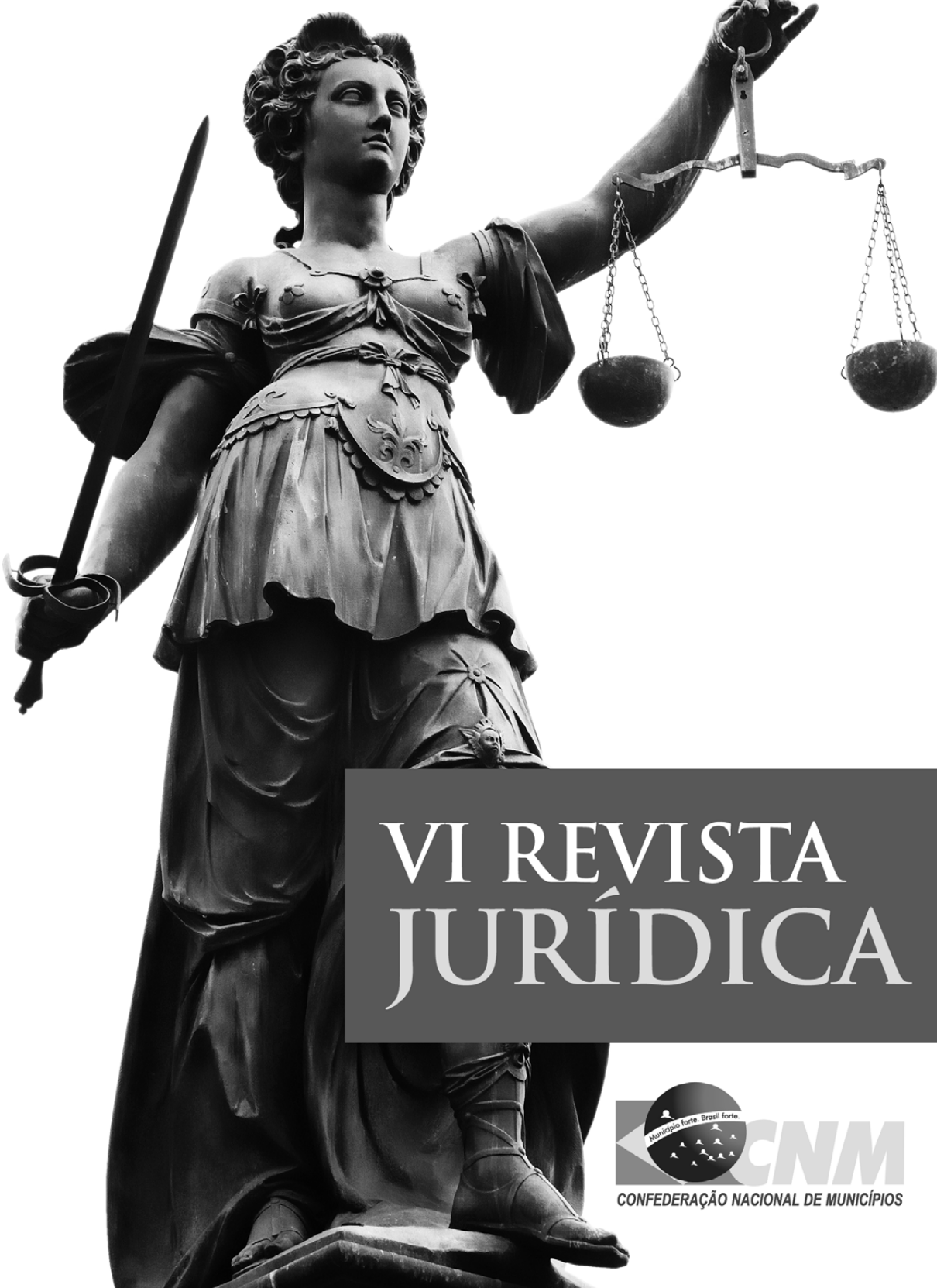




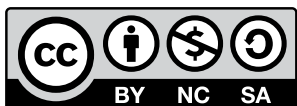
# VI REVISTA JURÍDICA





# VI REVISTA JURÍDICA

2019 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](http://www.cnm.org.br).

**Editoria Técnica:**

Elena Garrido  
Ricardo Hermany

**Revisão de textos:**

Keila Mariana de A. O. Pacheco

**Diretoria-Executiva:**

Gustavo de Lima Cezário

**Diagramação:**

Themaz Comunicação

Ficha Catalográfica

Confederação Nacional de Municípios – CNM

VI Revista Jurídica. CNM / Confederação Nacional de Municípios – Brasília: CNM, 2019.

474 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](mailto:atendimento@cnm.org.br) – Website: [www.cnm.org.br](http://www.cnm.org.br)

# Diretoria CNM GESTÃO 2018-2021

## Conselho Diretor

---

<b>PRESIDENTE</b>	<b>Glademir Aroldi</b>
<b>1º VICE-PRESIDENTE</b>	<b>Julvan Rezende Araújo Lacerda</b>
<b>2º VICE-PRESIDENTE</b>	<b>Eures Ribeiro Pereira</b>
<b>3º VICE-PRESIDENTE</b>	<b>Jairo Soares Mariano</b>
<b>4º VICE-PRESIDENTE</b>	<b>Haroldo Naves Soares</b>
<b>1º SECRETÁRIO</b>	<b>Hudson Pereira de Brito</b>
<b>2º SECRETÁRIO</b>	<b>Eduardo Gonçalves Tabosa Júnior</b>
<b>1º TESOUREIRO</b>	<b>Jair Aguiar Souto</b>
<b>2º TESOUREIRO</b>	<b>João Gonçalves Júnior</b>

## Conselho Fiscal

---

<b>TITULAR</b>	<b>Jonas Moura de Araújo</b>
<b>TITULAR</b>	<b>Expedito José do Nascimento</b>
<b>TITULAR</b>	<b>Christiano Rogério Rego Cavalcante</b>
<b>SUPLENTE</b>	<b>Pedro Henrique Wanderley Machado</b>
<b>SUPLENTE</b>	<b>Marilete Vitorino de Siqueira</b>
<b>SUPLENTE</b>	<b>Cleomar Tema Carvalho Cunha</b>

## Representantes Regionais

---

<b>REGIÃO NORTE</b>	<b>Francisco Nelio Aguiar da Silva</b>
<b>REGIÃO NORTE</b>	<b>Wagne Costa Machado</b>
<b>REGIÃO SUL</b>	<b>Alcides Mantovani</b>
<b>REGIÃO SUDESTE</b>	<b>Daniela de Cássia Santos Brito</b>
<b>REGIÃO SUDESTE</b>	<b>Luciano Miranda Salgado</b>
<b>REGIÃO NORDESTE</b>	<b>Rosiana Lima Beltrão Siqueira</b>
<b>REGIÃO NORDESTE</b>	<b>Roberto Bandeira de Melo Barbosa</b>
<b>REGIÃO CENTRO-OESTE</b>	<b>Rafael Machado</b>
<b>REGIÃO CENTRO-OESTE</b>	<b>Pedro Arlei Caravina</b>

# PREFÁCIO

A Confederação Nacional de Municípios (CNM) traz ao leitor a 6ª edição de sua Revista Jurídica com temas de grande relevância para gestores e aqueles que vivenciam o dia a dia de cada um dos Municípios brasileiros.

Dentre os diversos assuntos contidos na revista está a abordagem referente ao Princípio da Subsidiariedade, que demonstra sua importância na estrutura federativa brasileira, pois é um princípio que pode ser observado como um meio de viabilizar a autonomia municipal. Ele rejeita a exclusividade da administração central na busca pelo atendimento ao interesse público, facultando o envolvimento comunitário e reforçando a ideia de democracia participativa.

O tema dos Consórcios Públicos assume destaque entre os artigos da revista, por se constituir em um instrumento de cooperação entre os Entes locais e uma maneira de viabilizar ganhos em matéria de políticas públicas, garantindo maior desenvolvimento regional. Em sequência, são abordadas questões relativas ao saneamento básico, demonstrando-se não ser uma tarefa simples aos Municípios, pois a ausência de um planejamento estratégico e a correspondente fonte de financiamento prejudica o enfrentamento do problema.

Além disso, assuntos essenciais referentes à contabilidade pública e ao controle financeiro – interno e externo – são a base de inúmeros textos, assim como questões quanto aos deveres de prestação de contas, destaque para a perspectiva internacional, no caso a partir do ordenamento Português. Demonstram os autores que o gestor público deve ter uma administração eficiente e di-

nâmica, com uma contabilidade que venha a proporcionar para a administração informações atualizadas e exatas para determinar a situação econômica e financeira dos Municípios.

A regulamentação da Lei Anticorrupção nos Municípios é abordada nesta edição da revista, em que foram analisadas ferramentas trazidas pela lei e a necessidade de decreto municipal que regulamente as suas disposições. Ainda no elenco de temáticas atuais, os portais de transparência como instrumento de probidade aos Municípios e o Licitacon – instrumento inovador da Corte de Contas do Rio Grande do Sul – são aspectos debatidos.

Os elementos jurídicos acerca do pessoal na gestão municipal é eixo importante desta edição, em que são destacadas questões relativas ao quadro de pessoal, como reorganização e novas despesas. Revela grande interesse de reflexão a importância do plano diretor e o planejamento urbano municipal como formas para o desenvolvimento local sustentável.

Além dos eixos comuns, temáticas pontuais e de intrínseca relação com o cotidiano da administração municipal também se encontram distribuídas ao longo da edição, sempre com a contribuição dos consultores da entidades, além de estudiosos da academia, a partir de programas de pós-graduação *stricto sensu*, mestrados e doutorados, que se dedicam aos estudos do espaço local.

Assim, é com a intenção de bem informar que entregamos a todos a 6ª edição da Revista Jurídica. Sem dúvida, trata-se de uma obra que discute temas de grande importância para os Municípios brasileiros, tendo sempre como linha condutora uma descentralização sustentável – que compatibilize autonomia de competências com fonte efetiva de financiamento.

Desejo uma boa leitura para todos.



**Glademir Aroldi**  
Presidente da CNM



# SUMÁRIO

**EMPREENDER NO SETOR PÚBLICO: A EXPERIÊNCIA DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS INTERMUNICIPAIS ..... 11**

Joanni Aparecida Henrichs

**O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE COMO NORTEADOR DE UM FEDERALISMO COOPERATIVO: REFLEXÕES A PARTIR DOS TRINTA ANOS DE VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA ..... 36**

Ricardo Hermany

**DESAFIOS DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NO BRASIL: A POSSIBILIDADE DE UMA CLASSIFICAÇÃO ORGANIZACIONAL ENTRE MUNICÍPIOS DE PEQUENO E GRANDE PORTE..... 61**

Guilherme Estima Giacobbo

Arthur Votto Cruz

**UMA PROPOSTA PARA O SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL ..... 80**

Wladimir Antonio Ribeiro

**AS REGIÕES METROPOLITANAS E O SERVIÇO REGIONALIZADO DE SANEAMENTO ..... 100**

Rodrigo Garrido Dias

**CONTABILIDADE PÚBLICA E GESTÃO MUNICIPAL ..... 117**

Marice Fronchetti

**OS DEVERES DE PRESTAÇÃO DE CONTAS POR PARTE DOS ENTES LOCAIS NO ORDENAMENTO PORTUGUÊS ..... 123**

Joaquim Freitas da Rocha

Hugo Flores da Silva

**A REGULAMENTAÇÃO DA LEI ANTICORRUPÇÃO NOS MUNICÍPIOS ..... 143**

Filipe Madsen Etges

Rafaela Agliardi Ribeiro

**OS PORTAIS DA TRANSPARÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE PROIBIDADE AOS MUNICÍPIOS ..... 168**

Cynthia Gruending Juruena

Lucas Bossoni Saikali

**O CONTROLE EXTERNO NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: O SISTEMA LICITACON COMO UM MECANISMO DE AUXÍLIO PARA O CONTROLE SOCIAL ..... 184**

Betieli da Rosa Sauzem Machado

**AS NOVAS DESPESAS COM PESSOAL DAS PREFEITURAS .....206**

Isaac Newton Carneiro

**A REORGANIZAÇÃO DOS QUADROS DE PESSOAL COMO PREMISSA PARA A SOBREVIVÊNCIA DOS MUNICÍPIOS .....212**

Elena Garrido

**O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE EM GRAU MÁXIMO PELA LIMPEZA DE BANHEIROS DE USO PÚBLICO OU DE USO COLETIVO DE GRANDE CIRCULAÇÃO: ANÁLISE DOS PRECEDENTES QUE RESULTARAM NO ITEM II DA SÚMULA 448 DO TST.....229**

Fábio Luiz Pacheco

**AUTONOMIA FINANCEIRA MUNICIPAL E IGUALDADE NA FEDERAÇÃO: PERSPECTIVA PARA A RACIONALIZAÇÃO E EFICIÊNCIA DO GASTO PÚBLICO POR MEIO DOS CONSÓRCIOS INTERMUNICIPAIS .....240**

Daniela Arguilar Camargo

**REVISÃO DO PLANO DIRETOR: ALCANCES E LIMITAÇÕES PARA O DESENVOLVIMENTO URBANO SUSTENTÁVEL .....260**

Fabio Scopel Vanin

Gerusa Colombo

**O PLANEJAMENTO URBANO MUNICIPAL PELO PODER LOCAL PARA A TRANSFORMAÇÃO DOS TERRITÓRIOS EM CIDADES INTELIGENTES.....286**

Jamile Brunie Biehl

**REFLEXÕES SOBRE OS ACORDOS DO CLIMA E A IMPORTÂNCIA DA ECONOMIA VERDE PARA OS MUNICÍPIOS.....308**

Sâmia Caroline Souza Kist

**ESTADO LAICO E PARTICIPAÇÃO DO ESTADO EM EVENTOS RELIGIOSOS ..... 323**

Francisco Miguel Soares

**ATIVOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA: A ANTIJURIDICIDADE DA TRANSFERÊNCIA DOS ATIVOS (E DO SERVIÇO) AOS MUNICÍPIOS E O DIREITO À LUZ NO ESPAÇO PÚBLICO DAS CIDADES .....349**

Mártin Haeberlin

Alexandre Curvelo

Alexandre Pasqualini

**A SUSPENSÃO DO CRÉDITO FISCAL POR MEIO DA PENHORA DE FATURAMENTO – BREVE ANÁLISE DO PROCEDIMENTO NA ÓTICA DOS ENTES PÚBLICOS DA FEDERAÇÃO .....402**

Wesley Rocha

**O APERFEIÇOAMENTO DAS PARCEIRIZAÇÕES ENTRE AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO .....418**

Ana Carla Rodrigues Teixeira

**O ADVENTO DA LEI DO SISTEMA ÚNICO DE SEGURANÇA PÚBLICA E SEU IMPACTO NO MUNICÍPIO .....439**

.....Carina Ribeiro Lima

**MUNICÍPIO: HISTÓRIA E AS CONSTITUIÇÕES .....458**

Kim Borges Damasceno

# EMPREENDER NO SETOR PÚBLICO: A EXPERIÊNCIA DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS INTERMUNICIPAIS

Joanni Aparecida Henrichs<sup>1</sup>

**RESUMO:** A partir das reformas estruturais experimentadas pelo Estado brasileiro, no decorrer das últimas décadas nasceram concepções que alteraram os arranjos da gestão pública para enaltecer o princípio da eficiência. Nesse contexto, o artigo tem por objetivo aproximar as noções de empreendedorismo público, de viés social e coletivo, à figura dos consórcios públicos intermunicipais para avaliar se esse formato institucional se caracteriza como uma prática empreendedora. Como resultado, foi possível identificar na formação dos consórcios intermunicipais os traços que caracterizam esse modelo de cooperação federativa como uma prática efetiva de empreendedorismo social e coletivo no âmbito público.

---

<sup>1</sup> Advogada e consultora da CNM. Mestre em Planejamento e Governança Pública (UTFPR). Especialista em Direito Administrativo (Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar) e Direito Público (Unibrasil). Interessada por estudos nas áreas de direito administrativo e constitucional.

## 1. INTRODUÇÃO

O percurso histórico evidencia que a administração pública brasileira, durante muito tempo, foi marcada pelo traço da centralização do poder e da política de conveniência, resultando numa atuação pública deficiente e pouco efetiva. A trajetória modernizante representou a tentativa de substituição do modelo patrimonial pelo burocrático, a fim de imprimir previsibilidade e superioridade técnica às decisões administrativas. Na perspectiva contemporânea de que se necessita de organizações flexíveis, dinâmicas e temporais, surge o modelo pós-burocrático guiado para o controle de resultados.

Dentre as feições modernizantes assumidas pela administração pública, Martins (1997) destaca três: ortodoxa, liberal e empreendedora. Essa última, que importa ao presente ensaio, é orientada para clientes a partir da produção de bens e serviços de alta qualidade e, para isso, lança mão de métodos de gestão e avaliação empresariais (OSBORNE e GAEBLER, 1994).

Nesse contexto, destaca-se a noção de que empreender deixou de ser uma atividade cingida à iniciativa privada na medida em que passou a ter seus preceitos empregados na esfera pública e no terceiro setor (MARTES, 2010). O empreendedorismo público é um fenômeno de ordem gerencial que pode se desenvolver a partir de processos equivalentes aos adotados pelos empreendedores privados.

Seguindo a busca pela eficiência, as relações entre os Entes federativos se dinamizaram, especialmente no âmbito municipal, pois a reduzida capacidade administrativo-financeira dos Municípios estimulou a cooperação. Os ajustes de cooperação por intermédio dos consórcios públicos intermunicipais apresentam relevância estratégica, pois, além de modernizar e fortalecer a capacidade da gestão local, aguçam o desenvolvimento urbano, econômico e social por meio do engajamento dos atores locais – governo e sociedade civil – para solucionar questões que, invariavelmente, não poderiam se encaminhar pela atuação isolada.

Ocorre que a constituição dos consórcios intermunicipais é uma faculdade dos gestores públicos. Por ser um ato de vontade política, a viabilização desse arranjo pressupõe a necessidade de inovação da gestão pública para alcançar novos e melhores resultados e exige uma ação coletiva, cujo intuito final é agregar valor social aos projetos que serão executados via consórcio.

Desse modo, o objetivo da pesquisa é aproximar a noção de empreendedorismo público – nos vieses social e coletivo – à figura dos consórcios intermunicipais, a fim de responder especificamente a seguinte questão norteadora do ensaio: os consórcios intermunicipais se caracterizam como uma prática empreendedora?

O alcance da resposta demandou revisão da literatura clássica sobre o tema para ampliar e aprofundar conceitos, bem como verificar a existência de estudos semelhantes. Constatou-se que são incipientes estudos sobre empreendedorismo, sobretudo àqueles sociais e coletivos, na esfera pública, e que a correlação com os consórcios públicos ainda não foi objeto de detida análise, circunstância que limitou a apresentação do pensamento de outros acadêmicos nesse aspecto.

A delimitação do estudo aos consórcios intermunicipais se deve ao fato de que essa modalidade de ajuste entre Municípios é mais corriqueira e, de maneira geral, emana ações palpáveis na alteração da realidade local, possibilitando uma observação mais clara das ações concretizadas em prol da sociedade. De todo modo, ressalta-se que não existe impedimento quanto ao encaimento entre o empreendedorismo social e coletivo no âmbito de consórcios interestaduais ou naqueles em que se fazem presentes todas as esferas governamentais (Municípios, Distrito Federal, Estados e União).

Em relação aos aspectos metodológicos, a pesquisa é exploratória quanto aos objetivos, pois se obstina em contribuir à formulação de hipóteses para pesquisas posteriores, restringindo-se em definir objetivos e busca de informações sobre o assunto ora proposto. Quanto aos meios, lançou-se mão da investigação bibliográfica (aplicada aos livros, teses, dissertações e artigos cien-

tíficos) e documental (compreendendo análise de leis e decretos). No que se refere à abordagem, consiste numa pesquisa qualitativa, pois visa a interpretar os fenômenos – empreendedorismo e consórcios intermunicipais – a partir da dinâmica e da complexidade que lhes é intrínseca para absorver o entendimento desses processos correlacionados, sem a pretensão de tomar uma proposta rigidamente estruturada, já que a intenção é estimular a proposição de análises futuras que explorem novos enfoques.

O artigo estrutura-se em seis partes, incluindo essa introdução, na qual se sintetizou a contextualização, os objetivos e os aspectos metodológicos do trabalho. A segunda parte apresenta o aporte teórico sobre as modalidades de empreendedorismo social e coletivo e a relação com as organizações públicas. A terceira parte encarrega-se de apurar os aspectos legais e institucionais dos consórcios públicos, enquanto o quarto segmento se dedica em estabelecer a correspondência entre as experiências dos consórcios e a atividade empreendedora social e coletiva. As partes finais se referem, respectivamente, às considerações finais e às referências.

## **2. EMPREENDEDORISMO SOCIAL E COLETIVO NAS ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS**

Os primeiros estudiosos que atentaram para a importância do empreendedorismo foram os economistas, por isso mesmo esse fenômeno nasce concebido à ideia capitalista pela qual a oportunidade é convertida em valor econômico. Com enfoque nas teorias clássicas sobre o tema, três nomes assumem relevo desde o século XVIII. Richard Cantillon definia o empreendedor como o agente racional que assumia o risco de se submeter ao mercado; Jean Baptiste Say analisou a disponibilidade do empreendedor em transferir recursos de atividades de baixa produtividade para aquelas de alta produtividade, mesmo a despeito dos riscos inerentes. Posteriormente, Joseph Schumpeter concebe o empreendedorismo como a base do desenvolvimento econômico, associando

do-o nitidamente à noção de inovação que, na sua acepção, gera desequilíbrio para alcançar novos padrões (MARTES, 2010).

Não obstante suas noções datem de muitos séculos, o empreendedorismo desponta como uma área de fundamentação científica apenas a partir da década de 1980, assumindo diversas terminologias em razão de sua multidisciplinaridade (BYGRAVE, 1991). O conceito contemporâneo, dadas as dimensões amplas assumidas em razão da influência irradiada por diversos campos da ciência, ocasionou no desdobramento das modalidades de intraempreendedorismo, corporativo, social e coletivo (BRAZEAL e HERBERT, 1999). Para o estudo interessam as noções de empreendedorismo social e coletivo, de modo que, antes de ajustá-las às organizações públicas, convém compreender seus conceitos e contexto.

É consensual na literatura acadêmica que o empreendedorismo social se destaca ao passo que o Estado e o mercado se mostram incapazes de atender satisfatoriamente todas as demandas sociais da comunidade, daí porque dizer que o fenômeno do empreendedorismo assume cunho social no contexto das discussões da economia social (LEVÉSQUE, 2004; MELO NETO e FROES, 2002; OLIVEIRA, 2004; TEIXEIRA, et al., 2010; PRETENDE, et al., 2011). Convém situar que o termo economia social remonta a idos do século XIX, quando Charles Dunoyer publicou em Paris um tratado sobre o assunto, e pode ser conceituada como “um intervalo entre o Estado e o mercado, quer no sentido da concretização das ações que o Estado não pretende resolver, quer no daquelas que a economia privada não vislumbra interesses lucrativos para sua realização” (CAEIRO, 2008, p. 65).

Na busca pela construção do conceito de empreendedorismo social, Pretende e colaboradores (2011) destacam as contribuições das escolas americana e europeia.

A abordagem americana se dá em duas vertentes: Escola do Setor não Lucrativo e Escola da Inovação Social. A primeira abordagem preocupa-se com a “sustentabilidade da organização com propósitos de cumprimento da

sua missão social” (HILL, KOTHARI e SHEA, 2010 *apud* PRETENDE et al., 2011, p. 8). Em contrapartida, a segunda corrente entende que é por meio da inovação social (sentido schumpeteriano) que “os empreendedores sociais atingem o duplo objetivo de solucionar problemas sociais imediata e localmente e mobilizar ideias, capacidades e recursos para atingir um impacto alargado na sociedade, no sentido de uma verdadeira transformação social” (ALVORD et al., 2004; MARTIN e OBSBERG, 2007 *apud* PRETENDE et al., 2011, p. 9).

A escola europeia, em razão do alargamento da pobreza e da exclusão social vivenciada naquele continente, centra a análise “no conceito de economia social para designar um terceiro setor relativamente autônomo e equidistante dos setores público e privado na resposta a necessidades econômicas e sociais” (PRETENDE et al., 2011, p. 6).

Aproximando-se da abordagem americana, Oliveira (2004, p. 15) observa que o empreendedorismo social se traduz em uma “ação inovadora voltada para o campo social cujo processo se inicia com a observação de determinada situação problema-local, para a qual se procura, em seguida, elaborar uma alternativa de enfrentamento”. Para Levésque, a inovação também é fator moldante dessa prática à medida que enxerga o empreendedor social como “um visionário e um inovador capaz de transformar problemas sociais em soluções” (2004, p. 52).

No mesmo sentido, atentos à ampla dimensão que o conceito pode tomar, Dees e Anderson (2006) avaliam que se deve direcionar esforços aos empreendedores sociais que realizam inovações a partir da combinação de métodos empresariais ou filantrópicos para criar valor social de forma sustentável e ampla. E, por fim, Austin e colaboradores (2012) comungam da noção de que empreendedorismo social se define por uma ação inovadora, dotada de valor social, que pode ocorrer ou entre os setores de atividades privadas ou, ainda, no governo.

Afora a importância do elemento inovação às práticas sociais, outra característica inerente a essa modalidade é o objetivo de agregar à ação va-

lor social. Levésque (2004) pontua que o empreendedorismo social, diferente do empreendedorismo privado, não se insere na busca exclusiva pelo lucro, já que não há excedentes a se distribuir. O ímpeto é a geração da *riqueza coletiva*, cujo desempenho da ação é medido pelo impacto da transformação social (MELO NETO e FROES, 2002), e o risco, para muito além de ser financeiro, envolve também o aspecto social, imagem e crença pública (SCHMITT JUNIOR, et al., 2011).

Oliveira (2004) atenta que, embora seja tênue a distinção, não há que se confundir empreendedorismo social com responsabilidade social empresarial, pois esta supõe um conjunto organizado de ações centradas na missão da empresa, visando à sustentabilidade, sendo que a produção de bens e serviços volta-se para o interesse da empresa e da comunidade, ou seja, não está estritamente associada à produção de capital social. Não se pode dizer, portanto, que um empresário que atua no campo social seja um empreendedor social.

Além de buscar um resultado que sirva à coletividade, a literatura que se dedica ao estudo do fenômeno, em linhas gerais, guarda consenso que a prática visa ao trabalho coletivo e integrado e não individual (MELO NETO e FROES, 2002; OLIVEIRA, 2004; SCHMITT JUNIOR, et al., 2011). Embora o empreendedorismo tradicional possa existir a partir de parcerias e alianças, ainda assim resguarda o foco individual. Em sentido sensivelmente oposto, Levésque (2004, p. 51) avalia que o termo empreendedor social aos poucos se dissocia da noção de empreendedor coletivo, já que para ele “o empreendedor social pode ser um empreendedor individual atento aos interesses coletivos sem estar juridicamente submetido a uma organização associativa”.

Sob outro vértice, Pretende e colaboradores (2011) avaliam que existe uma tendência em superestimar o papel e a capacidade individual do empreendedor social diante da liderança que indivíduos assumem em determinados empreendimentos, razão pela qual optam por considerar o empreendedorismo social enquanto atividade coletiva, já que é a partir dessa vertente que atinge seu verdadeiro impacto de transformação social.

Note-se que nesse ponto emerge a interseção entre empreendedorismo social e coletivo, visto que a ação empreendedora social associa-se a uma atividade coletiva, restando, para tanto, definir o que se considera por atuação coletiva.

Embora a noção coletiva do empreendedorismo esteja imbricada com o aspecto social, tal vertente teve atenção especial dos acadêmicos somente a partir da década de 1990. Para Levésque (2004, p. 53-54), o empreendedorismo coletivo assemelhasse muito com o empreendedorismo social, distinguindo-se pelo fato de aquele supor um funcionamento democrático para realizar suas aspirações e demandar a constituição prévia de um grupo de pessoas que “se relacionam entre si a partir da proximidade geográfica ou profissional [...] para mobilizar os recursos humanos e financeiros necessários”.

Na concepção de Sousa e colaboradores (2010, p. 339), o empreendedorismo coletivo alinha-se à ideia de construção social, ajustando-se aos estudos de Johannisson (1998) quando “situa o empreendedor como uma agente de caráter coletivo que mantém interação com os membros da coletividade cujo envolvimento social está fundamentado em afeição e valores compartilhados”.

Dolabela (2003, p. 105), de forma poética, também associa essa modalidade com os efeitos positivos que podem advir para a comunidade: “o sonho do empreendedor coletivo é promover o bem estar [sic] da coletividade e cujo trabalho consiste em levar a comunidade a desenvolver sua capacidade de sonhar e de realizar seu sonho – pois a construção e busca do sonho coletivo é tarefa de todos os integrantes da comunidade”.

Cabe frisar que o empreendedorismo coletivo não significa a soma simplista de empreendedores individuais, pois, como bem ressalta Martinez (2004), em muitos casos a organização ou o indivíduo sozinho não é empreendedor, tornando-se um a partir do momento em que atua associado. A literatura também revela que a ação coletiva empreendedora se mostra produtora diante de ambientes incertos e ambíguos, possibilitando a transformação de uma realidade local ou até mesmo de uma região (SCHMIDT e DREHER, 2008).

Levésque (2004) estrutura a tipologia das formas de empreendedorismo, possibilitando visualizar no quadro 1 com clareza os aspectos particulares de cada um:

**Quadro 1 – Tipologia das formas de empreendedorismo**

<b>Dimensão/ tipo</b>	<b>Indivíduo/ coletivo/ comunidade</b>	<b>Racionalidade</b>	<b>Risco</b>	<b>Projeto</b>	<b>Inovação</b>
Capitalista	Sobretudo indivíduo	Sobretudo formal (cálculo contábil)	Financeiro	Sobretudo individual (realização própria e da família)	Sentido schumpeteriano
Social	Indivíduo Comunidade	Sobretudo em valor para a comunidade (proximidade)	Financeiro e social (reputação diante da comunidade); riscos menores	Sobretudo engajamento social	Desenvolvimento local (interesse geral), necessidades não satisfeitas; formas de organização
Coletiva	Indivíduo Coletivo	Sobretudo em valor para o coletivo (os membros)	Financeiro e social (reputação diante dos membros); riscos menores	Sobretudo empreendedor, mas coletivo	Necessidades não satisfeitas; formas de organização

Fonte: Adaptado de Levésque (2004).

A estrutura apresentada por Levésque destaca que as racionalidades de cada vertente diferem conforme o interesse do projeto pretendido. O capitalismo, calcado em um projeto tipicamente individual (bem-estar próprio), se pauta em uma racionalidade meramente contábil. De outro lado, no empreendedorismo social, na medida em que visualiza o engajamento social, a racionalidade repousa em produzir valor para a comunidade, enquanto que o coletivo erige valor para os membros que compõem o empreendimento colegiado.

No que se refere ao risco, o empreendedorismo social e o coletivo comungam de riscos menores se comparado com o capitalista, abarcando tanto o aspecto financeiro, quanto social. No viés das mudanças, o capitalismo debru-

ça-se em busca da inovação típica do modelo schumpeteriano, já as vertentes social e coletiva focam em necessidades não atendidas, nas formas de se organizar e o social ainda almeja alcançar o desenvolvimento local.

Feita a contextualização dos pontos de interseção e distinção entre as tipologias, a partir do referencial teórico apresentado, é possível constatar que, tomando em conta o enfoque de que as instituições governamentais e o mercado são incapazes de solucionar novos problemas sociais, o empreendedorismo social se relaciona principalmente às práticas alternativas do Terceiro Setor e no empreendedorismo coletivo empresas ou indivíduos se conjugam no formato de cooperativas ou outro arranjo associativo, a fim de expandir a ação, seja de enfoque negocial ou social.

Nesse arcabouço contextual, o setor público se destaca como agente fomentador e facilitador dessas práticas. Ocorre que, mais do que fomentar, o poder público pode ser o agente ativo, praticando o empreendedorismo de caráter social e coletivo por meio das organizações públicas e de seus agentes.

Os resultados dos estudos de O'Flynn (2007) informam que a concepção de empreendedorismo público remete a ações coletivas que oferecem benefícios também coletivos à sociedade. O empreendedorismo público se apresenta numa perspectiva dual: coletiva e social, que busca criar valores públicos no âmbito da sociedade civil. Austin e colaboradores (2012) igualmente assentem que exemplos de empreendedorismo social podem se edificar no seio dos setores governamentais.

Sousa e colaboradores (2010, p. 341) ponderam que mesmo o empreendedorismo sendo um constructo universal e, portanto, aplicável às organizações públicas, é desafiante responder como empreender nesse setor. Para eles, o empreendedorismo público também deriva de uma ação coletiva de escopo social, a qual deve propiciar a criação de valor público e ser capaz de expandir benefícios sociais para os cidadãos. Para isso, a ação “depreende-se do impulso do intraempreendedor, empreendedor corporativo ou empreendedor institucional no esforço de agir com consequências políticas, econômicas e culturais”.

O empreendedorismo como fenômeno se relaciona com o agente e com a organização impulsionada por esse agente. Resta claro, portanto, que esse fenômeno no setor público, assim como no privado, requer o envolvimento do indivíduo (servidor público ou político movido pelo espírito intraempreendedor), a organização (instituição pública como palco de estabilidade para gerar a mudança de paradigma) e o ambiente (sociedade receptora do benefício social gerado pela ação) para promover a eficiência e o melhoramento dos serviços públicos.

### **3. CONSÓRCIOS PÚBLICOS INTERMUNICIPAIS**

A redefinição do papel do Estado brasileiro vivenciada nas últimas décadas promoveu a construção de um novo arranjo federativo balizado especialmente pela descentralização do poder. Nessa perspectiva sobressaiu a atuação dos Municípios, os quais, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, receberam destaque na cena política-institucional à medida que assumiram a execução de políticas públicas que antes ficavam ao encargo da União ou dos Estados, restando-lhes dois desafios: assegurar as condições mínimas de bem-estar social à população e promover o desenvolvimento econômico a partir das ações locais.

O protagonismo municipal e a atuação voltada ao desenvolvimento local, no curso da reforma do Estado, desvendaram feições gerenciais que terminaram por romper as formas clássicas de ação governamental, importando na evolução do relacionamento entre o Estado e a sociedade.

Ocorre que o panorama fiscal-financeiro não acompanhou a descentralização política. Pelo contrário, remanesceu em muitos aspectos a centralização financeira na União, ocasionando a fragilização da capacidade de formulação e implementação de políticas públicas no âmbito local. Em suma, as obrigações aumentaram de forma desproporcional à capacidade financeira dos Municípios.

Referido dilema se agravou nos Municípios menores, historicamente ressentidos de peso político e capacidade financeiro-operacional. Para tanto, os consórcios públicos despontaram como instrumento de fortalecimento e integração dos governos locais sob o signo da colaboração recíproca para a consecução de fins convergentes e que traz em seu bojo inovações na gestão que propiciam, além da execução de serviços e políticas públicas com mais efetividade, a racionalização e a otimização do uso dos recursos públicos.

No ordenamento jurídico, a cooperação intermunicipal foi referenciada já na Constituição de 1937 (art. 29), autorizando que Municípios da mesma região pudessem formar agrupamentos dotados de personalidade jurídica limitada a seus fins, visando a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns. Mas a previsão dependia de regulamentação, o que não aconteceu.

Já na Constituição Federal de 1988, o art. 241 previu expressamente o consórcio público, consistente na possibilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios se unirem em uma nova pessoa jurídica para promover a gestão associada de serviços públicos, autorizando a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

A Lei 11.107/2005 trouxe estabilidade ao regulamentar as normas gerais para estabelecimento dos consórcios públicos e dois anos foi publicado o Decreto 6.017/2007, que regulamentou particularidades dessa lei.

Por concretizar a cooperação federativa para alcançar objetivos de interesse comum, com a união e economia de esforços e recursos, os consórcios ganharam destaque na estratégia de promoção do desenvolvimento regionalizado do país.

Entretanto, para que o consórcio intermunicipal seja constituído, é necessário que exista vontade política e gestores com capacidades empreendedoras que possibilitem o rompimento do rito tradicional para sobrepor uma gestão inovadora na administração pública que propicie a oferta de melhores serviços públicos. Nesse sentido, Caldas (2008, p. 7) entende que “a criação

dos consórcios intermunicipais depende de dinâmicas locais nas quais dois fatores são fundamentais: a presença de um empreendedor de políticas públicas e a identificação de uma janela de oportunidades”.

Mesmo depois de superada a conformação da agenda governamental local para estabelecer o vínculo cooperativo, o êxito dos consórcios não é imediato. Para que o arranjo não pereça ao longo do tempo na toada dos humores políticos, é necessário que se estabeleça nesse instituto verdadeira autonomia política, operacional e financeira; que exista, ainda, sintonia de agendas e coesão interna entre os dirigentes de cada Município consorciado. O êxito também está interligado à efetividade dos mecanismos de controle interno e externo e o controle social, não apenas como freio à corrupção, mas, especialmente, como instrumento de otimização de resultados efetivos que possibilitem a alteração do cenário local para criar valor social à comunidade (DIEGUEZ, 2011).

#### **4. CONSÓRCIOS INTERMUNICIPAIS: POSSIBILIDADE DE EMPREENDEDORISMO SOCIAL E COLETIVO NAS ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS?**

No decorrer deste estudo, foi possível verificar que não há dúvida acerca da prática empreendedora no setor público e que, mais do que fomentar a cultura empreendedora na sociedade, o poder público não só pode, como deve, ser ator ativo dessa prática. Também se sublinhou que o empreendedorismo público, não obstante demande o senso intraempreendedor de cada indivíduo, inclina-se a uma prática coletiva para alcançar resultados que edifiquem valor social capaz de produzir mudanças sustentáveis à sociedade.

Convém questionar de que maneiras o empreendedorismo – nesse caso especialmente o coletivo e social – pode se concretizar no âmbito público. Dentre tantas possíveis, os consórcios intermunicipais parecem ser uma resposta.

Mierlo (1995) ressalta que, no curso da modernização da gestão, as instituições devem se tornar descentralizadas, incentivando a gestão participa-

tiva em equipe, e é justamente nessa linha que os consórcios intermunicipais se apoiam: na capacidade descentralizada de promover a inovação gerencial associada e cooperativa dos serviços públicos para responder com efetividade os anseios da população e alcançar o desenvolvimento local sustentável a partir do emprego racional e eficiente de recursos.

Para se visualizar com mais clareza em que medida os consórcios públicos intermunicipais possibilitam o empreendedorismo coletivo e social, tomar-se-á como parâmetro analítico trechos conceituais acerca de empreendedorismo social e coletivo introduzidos por Levésque:

“[...] a ação de empreender consiste em convencer os atores necessários à realização de um objetivo comum” (2004, p. 50) – No âmbito municipal, a figura do prefeito se sobressai de modo que, inicialmente, esses agentes políticos, por meio da vontade política, reconhecem entre si a necessidade de agir em conjunto para superar dificuldades compartilhadas em prol do bem comum dos Municípios que eles administram. Essa vontade, estimulada pelo cenário social e econômico precário, pode aflorar em maior ou menor medida, dependendo das características empreendedoras individuais do gestor. Uma vez convencidos da importância de firmar alianças, pois raramente conseguiriam individualmente modificar o aparato institucional, compete ainda aos prefeitos sensibilizar e incentivar o senso empreendedor de seus respectivos corpos técnicos em torno da ideia de formar o consórcio que resultará na quebra do paradigma tradicional de gestão ao qual estão habituados. No que se referem aos atores, dois aspectos se sobressaem: a consciência de que a transformação depende de articulação coletiva e que a motivação para romper a gestão clássica centra-se na promoção do bem-estar social por intermédio de uma prestação de serviços inovadora e eficiente. “[...] os empreendedores sociais não criam riqueza para si mesmos, mas riqueza coletiva para a comunidade em seu conjunto” (2004, p. 52) – Toda ação concretizada a partir de consórcios intermunicipais tem como fim melhorar a qualidade de vida das pessoas que residem nos Municípios integrantes e agregar valor

social à ação. A ação pública se baseia na oferta de bens e serviços públicos para os cidadãos, logo, na esfera pública o conceito de “riqueza” difere do privado, pois a riqueza seria de cunho social. Quando os políticos agem visando a vantagens para sua própria carreira (reeleição, por exemplo) ou para retribuir os apoios que recebem, a ação é privada e não pública. Essa constatação é importante, porque na esfera dos consórcios públicos eventual ação privada que teria por objetivo gerar riqueza (entenda-se aqui riqueza em sentido amplo, para englobar vantagem pessoal de qualquer ordem) resta minimizada, já que a formação do consórcio, por deter personalidade jurídica própria e englobar diversos gestores, dissipa em alguma medida o destaque desse ou daquele político, passando a constituir uma unidade de forças que, aos olhos da comunidade, age em prol do melhoramento e do desenvolvimento local.

“[...] o empreendedor coletivo [...] supõe um funcionamento democrático para realizar plenamente seu potencial [...] a criação de uma iniciativa coletiva supõe em geral a constituição prévia de um grupo de pessoas” (2004, p. 53) – A junção dos prefeitos e suas equipes estimulam o funcionamento democrático, seja do ponto de vista da gestão interna (debate dos projetos que serão implantados considerando as necessidades e anseios de todos os Municípios integrantes do consórcio), seja pelo estímulo para que a população participe ativamente da nova forma de gestão dos seus interesses.

“[...] o projeto de empreendedorismo coletivo é conduzido desde o início por um grupo de pessoas relacionadas entre si a partir da proximidade geográfica ou profissional” (2004, p. 54) – Os Municípios que compõem determinado consórcio intermunicipal, via de regra, assim o fazem pela proximidade geográfica que gera interesses e necessidades em comum.

“[...] o empreendedor coletivo deve demonstrar paixão, imaginação e razão, para definir concretamente o projeto e para mobilizar os recursos humanos e financeiros necessários” (2004, p. 54) – A união dos recursos humanos e financeiros é princípio básico de qualquer consórcio intermunicipal, além da criação de força e representatividade para se fazer ouvir junto às esferas estadual e federal.

“[...] pode-se igualmente encontrar inovações nos procedimentos e, mesmo, na organização” (2004, p. 54) – A inovação – inerente à ação de empreender – no caso dos consórcios intermunicipais reside inicialmente na gestão. O foco reside em criar valor e conceitos novos para gerenciar, de modo a potencializar os recursos humanos e financeiros para gerar a *riqueza social* que atenda às expectativas dos cidadãos. Para Sarita e colaboradores (2002, p. 2), o empreendedorismo se vincula à capacidade de inovação e aprendizado “a qual é determinada não apenas pelo investimento em pesquisa e desenvolvimento e a geração e adoção de tecnologias propulsoras, mas também pela capacidade de inovação da gestão”. Por conseguinte, no âmbito dos consórcios intermunicipais, o tipo de inovação que se vislumbra é aquele associado à gestão e aos processos. A mudança da gestão agregada às novas ideias pode repercutir na prestação de novos e melhores serviços e bens ao cidadão.

“[...] o empreendedor coletivo e o empreendedor social orientam-se para a comunidade ou o coletivo” (2004, p. 55) – Os consórcios intermunicipais constroem redes sociais alicerçadas em relações de confiança e reciprocidade que dialogam entre si, criando um espaço democrático em que todos se fazem ouvir. Por ser de índole coletiva, não há espaço para aspirações individuais. O objetivo reside em garimpar oportunidades que revelem a melhoria do bem-estar social por meio de políticas públicas inovadoras e eficientes que guardem em si capacidade de promover a transformação necessária ao desenvolvimento humano local. Note-se, portanto, que os consórcios intermunicipais inevitavelmente concorrem à construção de capital social, que pode ser definido como “recursos (ou via de acesso a recursos) inerentes às relações sociais – tais como confiança, reciprocidade, normas e relações de associações e cooperação – que facilitam a ação coletiva, de modo orientado para um propósito comum, ou que permitem obter certos benefícios econômicos, políticos e sociais” (SARITA et al., 2002, p. 7). Capital social, deste modo, importa em investir em relações sociais à espera dos resultados pretendidos. E, em linhas gerais, os resultados pretendidos por uma ação consorciada entre Municípios são o desenvolvimento local sustentável e a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos.

“[...] os riscos [...] são não apenas financeiros, mas sociais” (2004, p. 55) – Além da injeção de recursos compartilhados para a gestão associada de políticas públicas, eventual insucesso do consórcio importará na frustração dos anseios da comunidade (risco social) e coloca em cheque a reputação dos gestores tanto entre si, quanto perante a comunidade.

A partir do que se apresentou, é possível concluir que os consórcios intermunicipais são empreendimentos coletivos geradores de capital social que representam a comunidade por meio de seus respectivos líderes políticos. A racionalidade repousa no valor à comunidade e que a inovação esperada é aquela de ordem gerencial para atender às necessidades da sociedade não satisfeitas individualmente pelos Municípios para, com isso, alcançar o desenvolvimento local sustentável.

As experiências dos consórcios públicos intermunicipais são tão relevantes na promoção do empreendedorismo que, em razão disso, o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae) passou a orientar os prefeitos a constituírem consórcios como uma prática tipicamente empreendedora: “a prefeitura deve aderir a iniciativas intermunicipais, tais como consórcios, para melhorar a oferta de serviços públicos comuns”. (SEBRAE, 2013, p. 30)

Por outro vértice, Baratter e colaboradores (2009, p. 1), no viés dos estudos organizacionais focados no empreendedorismo, visualizam que o termo empreendedorismo começa a ser empregado a uma categoria que se associa à mudança das organizações. Os ditos empreendedores institucionais “são aqueles que promovem inovações no campo, alterando arranjos institucionais arraigados, introduzindo novas práticas e novos sentidos para a ação”.

O estudo em questão contribui com a perspectiva de que os consórcios intermunicipais, além de práticas empreendedoras coletivas e sociais, se enquadram na categoria de empreendedorismo institucional, pois a junção de vontades políticas para constituir uma entidade dotada de personalidade própria capacitada para gerir de forma inovadora a junção de recursos financeiros e humanos

rompe o rito tradicional para promover a reestruturação institucional e inserir na administração pública uma forma inovadora de gerir os interesses públicos.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O ensaio buscou aproximar as noções de empreendedorismo social e coletivo à figura dos consórcios intermunicipais com o intuito de investigar se esse formato institucional de cooperação se caracteriza como uma prática empreendedora. Para responder à questão, o estudo partiu da construção teórica do empreendedorismo pela vertente clássica, a fim de demonstrar que as vertentes de empreendedorismo social e coletivo se apresentam como conceitos autônomos detentores de características e valores próprios.

De outro lado, verificou-se que as ações consorciadas revelam uma nova forma de governança pública que reverencia o melhoramento técnico-financeiro para concretização contínua e sustentável das metas coletivas, privilegiando uma nova forma de gestão que tem por referencial o diálogo, a negociação, a cooperação e a colaboração. Os consórcios estimulam os Municípios a assumirem função de articuladores de forças sociais, os instigando a atuar como verdadeiros atores empreendedores.

Como resultado, foi possível identificar que os consórcios intermunicipais carregam todas as características que o configuram legitimamente como um arranjo empreendedor social e coletivo na seara pública. O consorciamento público entre Municípios pressupõe uma ação coletiva que gera inovação gerencial de processos descentralizada e, ao mesmo tempo, participativa e articulada no território municipal por meio da criação de um novo arranjo dedicado à promoção do aspecto institucional e social.

Constatou-se, por fim, que os estudos sobre o assunto são escassos, motivo pelo qual se sugere a realização de outras análises que visem a associar as práticas consorciadas ao empreendedorismo. Investigações para aprofundar as características intraempreendedoras dos prefeitos e o reflexo da postura indi-

vidual do gestor para constituir o consórcio, assim como refletir os consórcios sob o ponto de vista do empreendedorismo institucional à luz da teoria das organizações, parecem ser propostas de pesquisa prospectivas.

## REFERÊNCIAS

ALBAGLI, S.; MACIEL, M. L. Capital social e empreendedorismo local. In.: *Rede de pesquisas em sistemas e arranjos produtivos e inovativos locais*. Rio de Janeiro, set. 2002.

AUSTIN, J.; STEVENSON, H.; WEI-SKILLERN, Jane. Social and commercial intreprenurship: same, different, or both? *Revista de Administração*, v. 47, n. 3, p. 370-384, jul./ago./set. 2012.

BARATTER, M. A.; FERREIRA, J. M.; COSTA, M. C. Empreendedorismo institucional: considerações sobre imersão e mecanismo da teorização. In: Encontro Da Associação Nacional De Pós Graduação Em Administração, 33, 2009, São Paulo. *Anais...* São Paulo: EnANPAD, 2009, p. 1-16.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 10 de nov. 1937.

BRASIL . Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, p. 1, 5 de out. 1988.

BRASIL. Lei Ordinária 11.107, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, p. 1, 07 de abr. 2005.

BRASIL. Decreto 6.017, de 17 de janeiro de 2007. Regulamenta a Lei 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, p. 1, 18 de jan. 2007.

BRAZEAL, D. V.; HERBERT, T. T. The Genesis of Entrepreneurship. *Entrepreneurship: theory & practice*, v. 23, n. 3, p. 29-45, 1999.

BYGRAVE, W. D.; HOFER, C. W. Theorizing about Entrepreneurship. *Entrepreneurship: theory & practice*, v. 16 n. 2, p.13-22, 1991.

CAEIRO, J. M. C. Economia social: conceitos, fundamentos e tipologia. *Revista Katálysis*, v. 11, n. 1, p. 61-72, jan./jun. 2008.

CALDAS, E. L. *Formação de agendas governamentais locais: o caso dos consórcios intermunicipais*. Tese (doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

CRUZ, J. N; CARDOSO, C. S. O empreendedorismo e o ambiente jurídico e institucional. *Economia Global e Gestão*, v. 17, n. 1, p. 65-81, abr. 2012.

DALLABRIDA, V. R.; ZIMERMANN, V. J. Descentralização na gestão pública e estruturas subnacionais de gestão do desenvolvimento: o papel dos consórcios intermunicipais. *Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional*, v. 5, n. 3, p. 3-28, set./dez. 2009.

DEES, J. G.; ANDERSON, B. B. Framing a theory of social entrepreneurship: building on two schools of practice and thought. *Business*, n. 1, p. 39-66, 2006.

DI PIETRO, M. S. Z. O consórcio público na Lei 11.107, de 6.4.2005. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 3, jul./ago./set. 2005.

DIEGUEZ, R. C. Consórcios Intermunicipais em foco: debate conceitual e construção de quadro metodológico para análise política e institucional. *Cadernos do desenvolvimento*, v. 6, n. 9, p. 291-319, jul./dez. 2011.

FERGER, J. E.; FISCHER, A; NODARI, T. M. S. Características empreendedoras de gestores públicos municipais uma análise comparativa entre secretários e servidores. *Revista de Administração, Contabilidade e Economia*, v. 8, n. 2, p. 215-238, jul./dez. 2009.

LENZI, F. C.; RAMOS, F; MACCARI, E. A.; MARTENS, C. D. P. O desenvolvimento de competências empreendedoras na administração pública: um estudo com empreendedores corporativos na prefeitura de Blumenau, Santa Catarina. *Gestão & Regionalidade*, v. 28, n. 82, p. 117-130, jan./abr., 2012.

LÉVESQUE, B. Empreendedor Coletivo e Economia Social: outra forma de empreender. *Revista virtual de gestão de iniciativas sociais*, n.2, p.44-64, fev. 2005.

MARTES, A. C. B. Weber e Schumpeter: a ação econômica do empreendedor. *Revista de Economia Política*, v. 30, n. 2, p. 254-270, abr./jun. 2010.

MARTINEZ, J. M. C. Una visión dinámica sobre el emprendedurismo colectivo. *Revista de Negocios*, v. 9, n. 2, p. 91-105, abr./jun. 2004.

MARTINS, H. F. Burocracia e a revolução gerencial – a persistência da dicotomia entre política e administração. *Revista do Serviço Público*, v. 48, n.1, p. 42-78, jan./abr., 1997.

MELO NETO, F. P. de; FROES, C. *Empreendedorismo social: a transição para a sociedade sustentável*. Rio de Janeiro, Qualitymark, 2002.

MIERLO, J.G.A.V. Public entrepreneurship as innovative management strategy in the public sector. A Public Choice-Approach. *In: ANNUAL CONFERENCE OF THE SOUTHERN ECONOMIC ASSOCIATION*, 65<sup>th</sup>, 1995, New Orleans, Louisiana, USA.

O'FLYNN, J. From new public management to public value: paradigmatic change and managerial implications. *The Australian Journal of Public Administration*, v. 66, n. 3, p. 353-366, 2007.

OLIVEIRA, E. M. Empreendedorismo social no Brasil: atual configuração, perspectivas e desafios – notas introdutórias. *Revista FAE*, v. 7, n. 2, p. 9-18, jul./dez. 2004.

OSBORNE, D.; GAEBLER, T. *Reinventando o governo: como o espírito empreendedor esta transformando o setor publico*. Trad. Sergio Fernando Guarischi Bath; Ewandro Magalhães Junior. Brasília: MH Comunicação, 1994.

SEBRAE. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. *Guia do Prefeito Empreendedor*. Brasília: Sebrae, 2013.

SCHMIDT, C. M.; DREHER, M. T. Cultura empreendedora: empreendedorismo coletivo e perfil empreendedor. *Revista de Gestão*, v. 15, n. 1, p. 1-14, jan./mar. 2008.

SCHMITT JUNIOR, A.; BEILER, G.; WALKOWSKI, M. Empreendedorismo social e responsabilidade social: uma abordagem conceitual. *In: Convibra Administração*, VIII, 2011.

SOUSA, J. L. de; PAIVA JUNIOR, F. G. de; LIRA, Z. B. A abordagem multi-dimensional do empreendedorismo no setor público: o caso da ação empreendedora da Fundação Joaquim Nabuco. *Revista Gestão e Planejamento*, v. 11, n. 2, p. 337-354, jul./dez. 2010.

TEIXEIRA, R. M.; SCHETTINO, G. C.; RODRIGUES, A. P.; MENDES, J. E. Empreendedorismo social e economia solidária: o caso da cooperativa de agentes autônomos de reciclagem de Aracaju (CARE). *Revista Pensamento Contemporâneo em Administração*, v. 4, n. 2, p. 36-47, maio/ago. 2010.

# O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE COMO NORTEADOR DE UM FEDERALISMO COOPERATIVO: REFLEXÕES A PARTIR DOS TRINTA ANOS DE VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Ricardo Hermany<sup>1</sup>

**RESUMO:** A estrutura interna dos Estados federativos traz diferentes níveis de governo, em que cada um tem autoridade sobre a mesma população e território. Assim, o governo central e os espaços subnacionais são autônomos e com poder para a implementação de políticas pú-

---

1 Advogado. Consultor Jurídico da CNM. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos com estágio de doutoramento pela Universidade de Lisboa. Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Mestrado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul. E-mail: hermany@unisc.br.

blicas. Em federações contemporâneas como a do Brasil, o federalismo se apresenta como cooperativo, detendo formas de ação conjunta entre esferas do governo e as unidades subnacionais – e ainda em mais de um nível, caso dos Municípios –, mantendo a autonomia de decisão e, em tese, capacidade financeira. O Brasil possui organização consagrada pela Constituição Federal de 1988, tendo de forma descendente a União, 27 Estados, Distrito Federal e os Municípios, que totalizam 5.570, conforme os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2013). O menor possui uma população de 825 habitantes (Serra da Saudade, em Minas Gerais) e o maior conta com 11.895.893 habitantes (São Paulo, em São Paulo). Estes possuem autonomia administrativa, financeira e política, em que a descentralização do poder foi adotada como forma de fortalecimento do poder local. Mesmo com a inclinação constitucional para a descentralização e com condições favoráveis à autonomia dos governos locais, o modelo federal possui problemas quanto à sua engenharia institucional, gerando uma manifestação *sui generis* de federalismo.

## 1. INTRODUÇÃO

O estudo tem como objetivo demonstrar a necessidade de um federalismo verdadeiramente cooperativo frente à estrutura brasileira e como estratégia de descentralização com ênfase aos Municípios.

Para alcançar tal finalidade, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, pois a pesquisa se realizará a partir de uma análise do federalismo do Brasil – forte nos Municípios – para posteriormente demonstrar a importância da concretização de um federalismo verdadeiramente cooperativo. E o método de procedimento bibliográfico, com a reunião de diversas obras sobre o tema estudado, livros, artigos, teses, monografias, artigos e outros, de diversos autores brasileiros e estrangeiros que dispõem sobre os temas abordados.

A estrutura do trabalho parte da compreensão do federalismo brasileiro e sua concretização nas constituições, para posteriormente observar o federalismo cooperativo que é baseado no compartilhamento de tarefas, caracterizado pela corresponsabilidade entre as atividades dos Entes federados – e nesse meio são necessários mecanismos que venham a viabilizar ações conjuntas nas políticas públicas –, garantindo a representação e a participação de todos os atores da Federação, para, finalmente tratar da subsidiariedade como princípio orientador deste novo paradigma organizacional.

## **2. FEDERALISMO BRASILEIRO: APROXIMAÇÕES CONCEITUAIS E DIMENSÃO HISTÓRICA.**

No Brasil, conforme a tradição da República, a Constituição Federal de 1988, no artigo primeiro, declara que a forma do país é de um Estado federal. Bercovici<sup>2</sup> faz uma análise da formação no Brasil, percorrendo o Estado Unitário Imperial nos anos 1822 a 1889, a República, o Coronelismo e o Poder dos Estados entre 1889-1930; assim como a centralização (1930-1945), a questão regional (1945-1964) e a Constituição de 1988.

A origem do federalismo foi em 1787 por meio da adoção do modelo por parte dos Estados Unidos quando se tornaram independentes da Inglaterra. Autores como Tocqueville aperfeiçoaram a teoria de que se fosse adotado o Estado federal teríamos uma dupla soberania: uma federal e outra dos Estados membros<sup>3</sup>, o que sabemos não persistir na moderna acepção da estrutura federal, dada a impossibilidade de secessão. No Brasil, alguns anos antes de ser proclamada a independência, no ano de 1817, tinham-se registros quanto à adoção de um sistema federal, tendo em vista a Revolução Pernambucana que ocorria naquele ano, em que se buscava a independência do país de Por-

---

2 BERCOVICI, Gilberto. Dilemas do Estado Federal Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

3 Idem.

tugal e a adoção de uma república federativa observando o modelo utilizado pelos Estados Unidos.

Posteriormente, durante o período colonial, o país foi dividido de forma administrativa nas chamadas capitânicas, que depois se transformaram em províncias no ano de 1821. Com a independência adveio a Constituição de 1824 e nesse período os termos de confederação e federação não eram bem distintos como atualmente, percebendo-se por meio da leitura do ordenamento ora vigente que ambos acabavam – equivocadamente – sendo sinônimos. Contudo, a palavra federação remetia os legisladores à federação dos Estados Unidos associada à ideia de republicanismo, o que, no Brasil, para os conservadores e aliados ao imperador e que eram adeptos do regime monárquico causava estranheza, pois a adoção do sistema federativo poderia colocar em risco a monarquia.<sup>4</sup>

O federalismo foi instituído em 1889, e as antigas províncias foram transformadas nos Estados, sendo resultado desse processo as desigualdades entre os Entes da Federação, haja vista a existência de Estados que eram mais fortes – São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul – e que, por sua vez, dominavam a República<sup>5</sup>. Entende Baracho<sup>6</sup> que somente com a Constituição de 1891 foi adotada a forma federativa, que rompe com o Estado Unitário Imperial. Dentre as mais diversas críticas ao modelo federal de 1891, a principal delas era que, mesmo com essa forma de Estado, não foram supridos os anseios federalistas, haja vista a forma de centralização decorrente da Constituição de então, asfixiante com o domínio exclusivo do poder por parte do governo nacional<sup>7</sup>.

Assim, a crítica realizada por Furtado<sup>8</sup> analisando o federalismo brasileiro aponta que para que este sobreviva há a dependência relacionada com

---

4 Idem

5 BERCOVICI, Gilberto. Dilemas do Estado Federal Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

6 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do federalismo. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

7 Idem

8 FURTADO, Celso. Nova Concepção do Federalismo. Paris: Mimeo, 1999.

a solidariedade e cooperação entre os membros, pois o federalismo vem para atuar como um mecanismo de expressão da ideia de que a organização política deve ter como base esses dois fatores. Um dos dilemas da formação do Estado Federal no Brasil está a questão da centralização e a descentralização, pois, segundo Baracho<sup>9</sup>, a colonização portuguesa não conseguiu criar uma organização que consiga ordenar a ação dos grupos privados que se instalaram nas regiões brasileiras.

A reforma constitucional de 1926 teve vários temperes que ocorreram pela luta civil, impondo aos Estados a necessidade de adotar normas assecuratórias temporárias, no que tange à impossibilidade de reeleição dos governadores, representação de minorias e relacionadas à competência do legislativo, com a finalidade de ser decretada as reformas constitucionais. Após o término da Primeira Guerra Mundial – observa Bercovici<sup>10</sup> – que os enfrentamentos entre as oligarquias estaduais, juntamente com a crise econômica e a quebra da Bolsa de Valores de Nova York, no ano de 1929, causaram a obsolescência da Constituição de 1891.

A Constituição de 1934 tinha como princípios básicos, de acordo com Ferreira<sup>11</sup> “a democracia, o liberalismo social, o federalismo, o presidencialismo, a separação de poderes e o nacionalismo”. Manteve a República, o sistema presidencialista e o modelo federativo, sendo que este foi reduzido por meio da autonomia concedida aos Estados, em virtude do aumento das competências da União. Logo após, no ano de 1937, verifica-se um novo ordenamento constitucional – caracterizando a ditadura de Vargas – extinguindo a federação e organizando o Estado Novo, caracterizado pelo autoritarismo e poder individualizado.

---

9 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

10 BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

11 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Elementos de direito municipal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 17.

Quanto ao federalismo, no entendimento de Campos<sup>12</sup>, os Estados deveriam ficar subordinados à vontade do povo, respeitando a integridade do país “se a integridade desta (da Nação) impõe sacrifício territorial aos estados, tal sacrifício é feito em benefício dos próprios estados”. Dessa forma, se houvesse necessidade, a União podia intervir nos governos subnacionais dentro das hipóteses elencadas pelo art. 9º, poder advindo de sua autoridade de comando e mantenedora da harmonia nacional<sup>13</sup>.

A Constituição de 1946 apresentou características desenvolvimentistas, como a retomada da autonomia dos Estados, inovando quando concede aos Municípios a faculdade de autogoverno, assim como a retomada da repartição das competências entre os Entes<sup>14</sup>. Contudo, a tendência centralizadora foi mantida e de fato perceberam-se diversas tentativas de reduzir as desigualdades entre as regiões e a repartição das competências em matéria tributária. De uma maneira significativa, restou fortalecido o regime democrático, com a maior fiscalização inclusive em fraudes políticas<sup>15</sup>.

O final da vigência da Carta de 1946 foi conturbado e com diversos retrocessos, isso porque, com a renúncia de Jânio Quadros no ano de 1961, assume João Goulart, e mesmo com inúmeras transformações que tentou realizar em seu governo, inclusive com o acordo político para a implementação do sistema parlamentarista, poucas destas se efetivaram. Assim, em 1963 os cidadãos optam pelo retorno do sistema presidencialista e, após o golpe militar de 1964, com a deposição do presidente ocorre novo movimento de centralização político-administrativa, contrário ao ideário federalista.

Mas é com a redemocratização da década de 1980 que ocorreram novas perspectivas para o federalismo no Brasil, em que, com a nova Constitui-

---

12 CAMPOS, Francisco. O Estado Nacional. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 95.

13 DALLARI, Dalmo de Abreu. O Estado federal. Rio de Janeiro: Ática, 1968.

14 BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1996.

15 DALLARI, Dalmo de Abreu. O Estado federal. Rio de Janeiro: Ática, 1968.

ção de 1988 – que ora completa seus 30 anos –, a Federação foi restaurada, ou até de fato inaugurada nos seus elementos mais completos, com sua previsão expressa já em seu art. primeiro.

Uma das grandes inovações foi a inclusão dos Municípios como Entes da Federação, conforme Bercovici<sup>16</sup>. Frente a isso, verifica-se na Constituição de 1988 a promoção e a estruturação da forma federalista no Brasil, na tentativa de descentralizar a estrutura, acarretando uma maior autonomia aos entes regionais e locais. O art. 1º da Constituição de 1988 procurou estabelecer a forma de estado e de governo, em que Horta<sup>17</sup> destaca se tratar de um coroamento da evolução e amadurecimento da Federação brasileira, em que se concedeu maior autonomia aos Estados-membros, buscando um reequilíbrio na Federação.

Por conseguinte, observa-se que a Constituição traça uma estrutura política e administrativa que estabelece uma sistemática de distribuição de competências entre os Entes federados. Desde a primeira Constituição em 1824, o princípio da indissolubilidade dos Estados está presente nos textos, incluindo a de 1988, com a diferença de que nesta última, de forma pioneira, os Municípios são considerados como Entes da Federação. O federalismo é essencialmente caracterizado pelo princípio da não intervenção, ou seja, a União não pode intervir nos Estados, e estes em seus Municípios, ressalvadas as exceções dos arts. 34 e 35.

A Federação brasileira surge de um fascínio, por meio de uma ideologia, em que a implementação dessa forma vem inspirada no modelo norte americano. Contudo, a realidade após 30 anos da Constituição de 1988 é marcada por crises financeiras enfrentadas por Estados e Municípios, com o aumento de gastos, endividamento, crise da previdência social, o que caracteriza uma descentralização assimétrica e lenta das políticas sociais e a desarticulação da po-

---

16 BERCOVICI, Gilberto. Dilemas do Estado Federal Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

17 HORTA, Raul Machado. A posição do Município. Revista Brasileira de estudos Políticos, n. 55, p. 197-221, jul. 1982.

lítica federal e do desenvolvimento regional, ocasionando uma diminuição da manutenção das competências por parte dos Entes federados, principalmente por parte dos governos locais, haja vista a sua absoluta impossibilidade orçamentária, em que a ampliação de competências locais no campo das políticas públicas não está acompanhada de um efetivo federalismo fiscal.

### **3. A NECESSIDADE DE UM FEDERALISMO VERDADEIRAMENTE COOPERATIVO NO BRASIL**

É somente após a promulgação da Constituição de 1988 que os Municípios são consagrados como Entes da Federação, podendo elaborar Leis orgânicas, auto-organizando o Executivo e Legislativo sem a intervenção do Estado ou da União.<sup>18</sup> A inclusão dos Municípios no federalismo acarreta incongruências, e a observação dessas contradições não deve partir somente da descentralização da forma de Estado que foi adotada pela Constituição de 1988, mas para a indicação de soluções harmônicas na organização estatal.

Entende Magalhães<sup>19</sup> que o aperfeiçoamento da Federação é a descentralização, repartição de poderes, de competências entre os Entes, uma vez que a centralização serve apenas para regimes antidemocráticos e ditatoriais – mesma compreensão de Arretche<sup>20</sup>, quando entende que essa descentralização toma forma de municipalização ou estadualização. Aponta ainda que a descentralização envolve também um processo de reforma do Estado de dimensões consideráveis, frente a um Estado federativo, com caracterizações expressivas de capacidade administrativa dos governos locais.

---

18 KRELL, Andreas. O município no Brasil e na Alemanha: direito e administração pública comparados. São Paulo: Oficina Municipal, 2003.

19 Ibidem.

20 ARRETCHÉ, Marta. Estado Federativo e políticas sociais: determinantes da descentralização. São Paulo: Renavan, 2000, p. 33-34.

As relações federativas de cooperação vêm delineadas nos arts. 23 e 24 da Constituição Federal de 1988, em que definem as competências comuns e concorrentes entre União, Estados e Municípios para a elaboração e a implantação de políticas públicas. O federalismo cooperativo representa um tipo ideal de relações entre governos baseada no compartilhamento de tarefas, em que se tem uma mistura entre as atividades dos Entes federados, e nesse meio são necessários mecanismos que venham a viabilizar ações conjuntas nas políticas, garantindo a representação e a participação de todos os atores da Federação, conforme Krell<sup>21</sup>.

Tem se experimentado no Estado brasileiro a centralização do controle e a descentralização da execução, que dependem da relação de cooperação entre os Entes. Assim, o sistema de cooperação entre governos parte do reconhecimento de que cada uma das unidades deve colaborar com as demais, visando a orientar, coordenar e controlar o processo político-administrativo. Todavia, os recursos e a capacidade de execução vêm distribuídos de modo desigual e, por essa razão, fragiliza-se o sistema de cooperação – que consiste em adotar condições mínimas para desempenhar o papel dentro da estrutura –, caracterizando-se, na prática, segundo Anastásia<sup>22</sup>, na assimetria no federalismo brasileiro.

Desse modo, tal assimetria presente no Brasil revela que as instituições políticas que existem atualmente não são capazes de executar o ordenamento constitucional, no sentido de minimizar essas desigualdades e assimetrias entre os cidadãos, Entes e regiões. O federalismo cooperativo, que vem a ser materializado na repartição de competências verticais, passa a ser fundamentado no fato de o governo central, regional e local deterem como objetivo o desempenho da tarefa estatal com benefício ao cidadão, sendo a coordenação

---

21 KRELL, Andreas. Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

22 ANASTÁSIA, Fátima. Federalismo e relações intergovernamentais. In: AVELAR, Lúcia & CINTRA, Antônio Octávio (Org.). Sistema político brasileiro: uma introdução. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Fundação Unesp, 2007.

e a cooperação como *conditio sine qua non* para a realização das tarefas públicas. Assim, a União e os Entes subnacionais devem buscar a coordenação das políticas, objetivando a correta administração dessas atividades.

Em um primeiro plano, os Estados e os Municípios dotados de autonomia para a condução de suas políticas não têm como as realizar sem o apoio da centralidade, pois é essencial que existam estratégias que induzam a adesão e o comprometimento dos Municípios com a política em execução. A cooperação entre os Entes deve ser um meio para a efetividade das competências materiais comuns, dispostas na Constituição de 1988, art. 23, que trata das competências entre a União, os Estados e os Municípios em um nível de igualdade.

É atribuída de forma conjunta com a finalidade de promover a execução de diretrizes, políticas e preceitos da administração pública, ou seja, a competência material repartida para o cumprimento de tarefas na forma de cooperação. As normas de cooperação e de colaboração devem observar o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar da nação.

Quando define as competências comuns, o art. 23 enumera diversas tarefas, em que o cumprimento cabe aos três Entes federados. Nesse sentido, Krell<sup>23</sup> entende por “competência as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções, tarefas, prestar serviços”, desse modo tem-se a competência material, pois abrange a realização de medidas administrativas.

Para que se possa superar essa superposição de funções nas esferas oriundas da atribuição de competências cumulativas, seria necessária a subdivisão dessas; e para que isso possa ser definido, deve-se deixar claro os direitos e as responsabilidades dos Municípios com relação ao seu respectivo Estado e União, conforme Krell.<sup>24</sup> Complementa, ainda, que não se tenha dúvida de

---

23 KRELL, Andreas. Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 50.

24 Idem, O município no Brasil e na Alemanha: direito e administração pública comparados. São Paulo: Oficina Municipal, 2003.

que a pouca efetividade das políticas públicas sempre residiu na falta de clareza com relação às competências e às responsabilidades dos Entes<sup>25</sup>.

Com o referido artigo, a Constituição Federal de 1988 acabou com a tendência centralizadora, estabelecendo 30 funções concorrentes. Quando se trata da repartição de competências, aumentou-se aquelas dos Entes federados juntamente com a autonomia, o que veio para atender aos anseios de autonomia regional e das identidades locais, mas, por outro lado, faz aparecer os conflitos diante da repartição, do positivo, que diz respeito às competências comuns elencadas no art. 23, e do negativo, do art. 24.

Nesse sentido, Quintiliano<sup>26</sup> entende que “repartir as competências não significou apenas compartilhar poderes e receitas; implicou também a divisão de obrigações e, principalmente, de despesas”. Assim, por meio dos conflitos de competência, pode-se compreender que “o conflito negativo, mediante o qual União, Estados, Distrito-Federal e Municípios alegam sua incompetência para assumir obrigações e despesas”, e com relação ao conflito positivo traz uma “situação em que os mesmos entes federativos reivindicam espaço para exercício de poder”.

Ou seja, aqui seria invocado mais poder quando o interesse fosse financeiro ou quando a competência envolvesse um exercício de poder, em que o bônus político supera o ônus financeiro; entretanto, por outro lado, se esquece do ideal cooperativo, caso essas condições não se verifiquem. Esses dois polos de conflitos, tanto negativo como positivo, são considerados como obstáculos para a efetivação dos direitos consagrados constitucionalmente e que precisam de ação prestacional do Estado, como exemplo as disciplinadas no art. 23, pois

---

25 KRELL, Andreas. Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

26 QUINTILIANO, Leonardo David. Autonomia federativa: delimitação no Direito Constitucional brasileiro. 2012. 321 f. Tese de Doutorado (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 88.

os Entes não atuam de forma cooperativa como deveriam – para uma maior concretização dos direitos.

O conflito negativo tem uma relevância sobre o positivo, pois permite que sejam analisados de forma conjunta os arts. 23 e 24, em que estão as competências que legitimam o federalismo cooperativo. A divisão vertical contém competências legislativas concorrentes e materiais, estando estas estreitamente ligadas, em uma relação condicional, pois, segundo Quintiliano<sup>27</sup>, essas competências vêm a implicar em “menor ou maior grau, direta ou indiretamente, o desempenho de uma competência legislativa, uma vez que em um Estado de Direito, o Estado apenas atua nos limites do Direito”.

Por conseguinte, o art. 30 da Constituição Federal de 1988 passa a atribuir várias das tarefas expressas no art. 23 para os Municípios, não excluindo a necessidade de uma distribuição desses encargos, pois parte das competências administrativas que estão dispostas nos dois artigos é sobreposta. E, nesse sentido, para que se exerça de modo correto, exige-se uma melhor articulação entre os Entes no tocante à prestação desses serviços, com o fim de impedir o desperdício dos recursos públicos e a superposição de funções.

Algumas propostas e perspectivas futuras para o Brasil são necessárias, citando-se a definição mais clara de competências ou de mecanismos compensatórios concretos e eficazes, o financiamento do poder local e o tratamento isonômico nas relações institucionais e democráticas da gestão. No caso em tela, apresentam-se algumas contribuições, uma no que tange à representação específica dos Municípios no Senado Federal, sem que isso implique alteração do número de senadores, mas sim a atribuição específica de representação da pauta municipal, haja vista a vinculação da totalidade dos integrantes daquela Casa Legislativa à pauta estadual.

---

27 Idem, *ibidem*.

Vale registrar também a distribuição de novos recursos, tendo em vista a descentralização, o federalismo e a igualdade. Ou seja, com relação ao art. 23, se tem a necessidade de elaboração de projetos de lei complementares estabelecendo as competências dos diversos Entes na concretização de competências comuns e a previsão de fontes de custeio de todas as ações correspondentes às responsabilidades específicas dos três Entes federados.

O fato de os Municípios terem sido consagrados como Entes da Federação, detentores de autonomia política, administrativa e financeira, atribuindo-se competências expressas na Constituição Federal de 1988, aumenta a responsabilidade dos governos locais frente à população, principalmente com relação à prestação de serviços públicos.

A maior dificuldade de efetivação de um federalismo municipalista, em que a autonomia local esteja acompanhada da financeira, é que grande parte desses Entes – em especial dada a estrutura de comunidades rurais elevadas à condição de Municípios – não possui condições de gerar recursos próprios suficientes, mantendo-se dependentes das transferências constitucionais, notadamente do Fundo de Participação dos Municípios (FPM). Assim, é necessário o fortalecimento financeiro dos Municípios e, de igual forma, dos Estados federados, concedendo condições técnicas e administrativas de implantação das políticas públicas por meio da cooperação com a União, sendo a descentralização da execução das políticas públicas de forma cooperativa e coordenada entre todos os Entes federativos o modo mais adequado para a consecução deste objetivo.

Nesse sentido, o Município no federalismo cooperativo não perderia a sua autonomia, e sim restaria mais fortalecido diante da efetivação de determinada competência. Diante dessa relação, é viável o estabelecimento de objetivos comuns, bem como formas de alcançá-los, considerando as realidades diferentes dentro do território. Por fim, esse sistema deve ter uma autonomia na ação, preservando as peculiaridades locais, em que a cooperação se torna uma condição necessária para o regime administrativo, articulando-se em are-

nas institucionalizadas de integração e ação cooperada entre os diversos Entes da Federação.

Deve-se superar as listas exclusivas por competências em que o compartilhamento esteja coadunado com formas de compensação de investimentos, o que direciona o intérprete da Constituição para a coexistência de Entes competentes para uma política pública, tecnicamente denominada conflito positivo de competências, apontando para a importância do princípio da subsidiariedade. Este princípio opera tanto no sentido vertical, estabelecendo uma cláusula geral de competência local, que deve ser aplicada com razoabilidade no caso concreto, quanto no sentido horizontal, significando uma apropriação do espaço público local e regional pela sociedade, coadunando-se com o propósito da presente comissão, qual seja, a efetivação de um federalismo que esteja compatível com o incremento do controle social.

#### **4. O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE ENQUANTO PRESSUPOSTO DA AUTONOMIA MUNICIPAL NOS TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO**

A Constituição Federal de 1988 traduziu um forte impulso à descentralização da organização do Estado brasileiro, repassando aos Municípios inúmeras responsabilidades de formulação e implementação de políticas públicas. Em que pese a atribuição de sentido cooperativo, a definição das competências concorrentes não estava acompanhada de mecanismos de introdução da cooperação.

Nesse sentido, o princípio da subsidiariedade pode ser visto como um mecanismo estratégico para viabilizar a autonomia municipal, pois rejeita a exclusividade da administração central na busca do atendimento ao interesse público, facultando o envolvimento comunitário e reforçando a ideia de democracia

participativa, ou seja, tal princípio centra-se na ideia de que não se deve transferir a uma sociedade maior aquilo que uma sociedade menor pode realizar<sup>28</sup>.

Ademais, o princípio da subsidiariedade não está previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, mas é possível localizá-lo através da leitura combinada entre os arts. 1º, 18 e 34, inc. VII, alínea “c” da Constituição<sup>29</sup>.

Assim, a leitura implícita do princípio supramencionado, presente, portanto, na Constituição Federal, se relaciona com o modelo federativo adotado. Eis que a organização descentralizada do Estado se destaca como um espaço favorável à sua aplicação, em que o federalismo autoriza a formação de uma base organizacional adequada para que a subsidiariedade possa desenvolver seu conteúdo e extensão. Por vez, pode-se afirmar que a subsidiariedade tem um papel importante para os Municípios e cidadãos, visando à cidadania ativa em âmbito local<sup>30</sup>.

Desse modo, não se trata de um princípio desconectado com as especificidades com o devido cotejo com o caso concreto, que exige da sociedade de intérpretes uma aplicação proporcional e permanentemente articulada com as inúmeras variedades fáticas que devem ser consideradas na tomada de decisões. Ou seja, tal princípio supera o artificialismo na repartição de competências ou ainda no raciocínio simplista, por meio da utilização das competências como uma forma excludente de responsabilidade administrativa e de afastamento de uma perspectiva cooperada entre os gestores das diferentes esferas.

---

28 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

29 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...].

Art. 18. 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.

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.” (BRASIL, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>>).

30 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

Dessa feita, mostra-se um princípio extremamente compatível com um federalismo ainda em construção – caso do brasileiro –, pois, mesmo que esta forma organizativa de Estado pressuponha a descentralização, existem diversas situações em que este movimento não pode ser operado sem a cooperação com o Ente federativo mais distante ou central. Portanto, algumas matérias exigem uma constante atuação conjunta e cooperada, sendo oportuno collocar o entendimento de Martins<sup>31</sup> ao explanar que a divisão de responsabilidades públicas deve ser conferida preferencialmente às entidades que se encontram mais próximas dos cidadãos, mas não deverá ser assim quando a amplitude e a natureza da tarefa desempenharem exigências de eficácia e economia que justifiquem a atribuição do poder a outra entidade menos próxima dos cidadãos.

Portanto, a subsidiariedade e a descentralização são institutos naturalmente criados reciprocamente, pois, quando privilegiam as manifestações de poder das esferas menores, se concretiza a figura da descentralização como pressuposto indissociável da subsidiariedade. São exceções os casos em que, por razões de economia e eficácia política, administrativa ou financeira, há a outorga de competência à esfera superior.

Desta forma, a subsidiariedade consiste em doar preferência às manifestações de poder nas instâncias menores em relação às maiores. Eis que a comunidade maior somente poderá atuar quando houver necessidade e desde que esta ação se revele mais eficaz do que a atuação da comunidade menor, ou seja, os grupos superiores só deverão executar aquelas tarefas que não possam ser eficientemente executadas pelos grupos menores.<sup>32</sup>

Pode-se repisar, portanto, que o princípio da subsidiariedade se apresenta através de duas dimensões, sendo elas: uma vertical, na qual se comparti-

---

31 MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

32 VILHENA, Maria do Rosário. O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário. Coimbra: Almedina, 2002.

lha o máximo de competências a nível menor; e outra horizontal, na qual se insere o espaço local no compartilhamento do poder entre sociedade e governo.<sup>33</sup>

Logo, a aplicação vertical da subsidiariedade visa a uma concretização dinâmica do federalismo, superando a repartição artificial de competências ou mesmo indeterminação dessas atribuições, o que se mostra plenamente adequado com a engenharia institucional prevista na Carta de 1988, que, mesmo passadas três décadas, apresenta plena indeterminação prática. Assim, pelo princípio, de uma visão compartimentada da atuação dos Entes federados, passa-se a uma perspectiva cooperada e cotidianamente articulada entre as três esferas federativas, haja vista que a cláusula geral de competência regional e sobretudo local se relativiza nas excepcionalidades da economicidade e na eficiência, gerando uma constante necessidade de reflexão concretizadora.

Da mesma forma, ressalta-se a importância do princípio além da perspectiva vertical, pois contempla também a edição de instrumentos legais que abarcam a dimensão horizontal, fazendo com que a municipalização das políticas públicas seja assegurada por meios institucionais de apropriação do espaço público local pela sociedade. Neste contexto, passa a surgir um novo modelo de democracia, sendo ela participativa e/ou deliberativa, devendo este estar assentado na égide do controle social das decisões públicas, bem como devendo ser o foco de quaisquer iniciativas de descentralização do poder estatal e da (re) democratização do espaço local, evitando-se, com isso, o advento de políticas de natureza oligárquica.

Assim, a aplicação do princípio da subsidiariedade no plano horizontal visa à distribuição de poder entre local e atores sociais, o qual deve ser capaz de fomentar a cidadania e a participação democrática da comunidade, devendo considerar o espaço local como a esfera mais próxima do cidadão e, conseqüentemente, como a mais apta a propiciar o envolvimento dos atores so-

---

33 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ciais na criação, na participação e no gerenciamento compartilhado da administração pública.

Desse modo, a articulação da subsidiariedade como um mecanismo estratégico de (re) ordenamento de competências e de aproximação dos cidadãos com o poder público contribui para a valorização do espaço local e para a concretização de sua autonomia, tornando-se fundamental para se alcançar, concretamente, um federalismo cooperativo.

Convém reafirmar a imprescindibilidade de articular a subsidiariedade com os princípios constitucionais fundamentalmente no que se refere ao princípio da igualdade, que exerce papel orientador da aplicação da lógica subsidiária. O desafio da democratização do espaço local faz imperiosa a verificação concreta dos pressupostos constitucionais, os quais devem permear e delimitar as competências locais para além da discussão em torno da descentralização estatal, coadunando o fortalecimento do espaço local com o rechaço às pretensões oligárquicas, passíveis de viciar a formação da decisão pública em sua origem.

Em tal perspectiva, é fundamental a regulamentação do art. 23, parágrafo único, que visa a estabelecer normas para cooperação entre a União, Estados, DF e Municípios, objetivando executar competências comuns, reservando aos Estados e aos Municípios as atividades de execução e restringindo à União o estabelecimento de políticas e diretrizes nacionais<sup>34</sup>. Restaria configurada a hipótese de aplicação do princípio da subsidiariedade, sem sua dimensão vertical ascendente, nos casos de omissão ou falta de condições dos Estados e dos Municípios na tarefa de redução de desequilíbrios regionais evidentes ou tarefas essenciais, permitindo-se, mediante concordância dos Entes inferiores, a atuação da União como executora das medidas e serviços<sup>35</sup>.

---

34 KRELL, Andreas. O município no Brasil e na Alemanha: direito e administração pública comparados. São Paulo: Oficina Municipal, 2003, p. 129.

35 Idem, *ibidem*.

A leitura dos dispositivos constitucionais que remetem à competência dos Municípios permite afirmar que as principais políticas públicas encontram-se no campo das atribuições comuns a todos os Entes, o que se depreende da verificação do rol de incisos do art. 23. Trata-se de temas relacionados a políticas públicas de saúde, educação, cultura, assistência social, meio ambiente, saneamento, gestão de recursos hídricos, segurança e habitação, que demandam a ação compartilhada e cooperada entre as instâncias de governo.

Contudo, é neste aspecto que se verifica o maior paradoxo do federalismo brasileiro: se de um lado o princípio da subsidiariedade opera como elemento interpretativo em conflito positivo de competência – exatamente o que se verifica no art. 23 da Constituição Federal – ampliando a importância da atuação do Município, de outro se exige a compatível distribuição de recursos, pois a autonomia que decorre da aplicação da subsidiariedade somente se completa e se realiza com a autonomia financeira, o que, indiscutivelmente, não se verifica no federalismo brasileiro.

A concretização do princípio da subsidiariedade no país tem se resumido ao incremento de encargos aos Municípios quando a adequada efetivação desta importante diretriz interpretativa de ampliação de competência local sempre se alicerçou no equilíbrio, na proporcionalidade e na economicidade, o que pressupõe que o federalismo cooperativo – forte na autonomia local – somente se efetiva com autonomia financeira de fato.

## **5. CONCLUSÃO**

É a partir do processo de redemocratização, na década de 1980, que ocorrem novas perspectivas para o federalismo no Brasil e com a Constituição de 1988 que a Federação é (re)inaugurada, tendo isso expresso em seu artigo primeiro. Contudo, passados trinta anos de sua vigência, surgiram agravamentos e crises financeiras enfrentadas pelos Estados e Municípios com o aumen-

to de gastos e endividamento, colocando importantes questionamentos acerca dos limites do dito pioneirismo da Federação brasileira.

Quanto à estrutura local, deve-se analisar os limites e as possibilidades de sua autonomia, em que estão inseridas a faculdade de administração, a partir da Lei Orgânica; de financiamento, com a arrecadação de impostos, recebendo arrecadação destes de forma total ou parcial; constituindo-se ainda uma fonte de receita, as transferências intergovernamentais.

Esse último fato merece destaque, pois diversos Municípios brasileiros são altamente dependentes de tais transferências, sem as quais não conseguem efetivar competências locais e muito menos atender a demandas da sociedade. Isso decorre notadamente pela limitação da arrecadação própria, seja pela natureza do Município essencialmente agrícola com reduzida área urbana e prestação de serviços, seja pela restrita atuação dos atores locais – administradores e legisladores – na edição e no cumprimento de normas atinentes ao incremento das receitas públicas próprias.

A aplicação do princípio da subsidiariedade, inclusive no plano horizontal – distribuído entre poder local e atores sociais – pode ser capaz de fomentar a cidadania e a participação democrática da comunidade, considerando que o espaço local se consubstancia como a esfera mais próxima do cidadão e, conseqüentemente, figura como a mais apta a propiciar o envolvimento dos atores sociais na criação, na participação e no gerenciamento compartilhado da administração pública.

Não parece restar dúvida de que o esforço pela articulação da subsidiariedade, enquanto estratégia de (re)ordenamento de competência e relacionamento dos cidadãos com o poder público tende a contribuir com a valorização do espaço local e regional/estadual e com a concretização de sua autonomia, inclusive no tangente à alocação de recursos compatíveis com as demandas criadas pelo acréscimo de atribuições, o que é fundamental para que se atinja, de forma concreta, um federalismo cooperativo.

Tem se experimentado no Estado brasileiro a centralização do controle e a descentralização da execução, que é dependente da relação cooperativa entre os Entes federados. Assim, esse sistema entre governos parte do reconhecimento de que cada um deles deve colaborar com as demais, buscando orientar, coordenar e controlar o processo político-administrativo.

O federalismo cooperativo, materializado na repartição de competências verticais, passa a ser fundamentado no fato de o governo central, regional e local terem como objetivo o desempenho da tarefa estatal, com benefício ao cidadão. Assim, a União e os Entes subnacionais devem buscar a coordenação das políticas, objetivando a correta administração dessas atividades.

Contudo, é fundamental que esta articulação respeite as identidades locais e estaduais, superando a máxima da desconcentração por uma efetiva descentralização das políticas públicas, em que o controle não signifique a centralização, mas sim a articulação de um federalismo cooperativo. Deve-se afirmar que, passados trinta anos de vigência da nova Carta Constitucional, a estrutura federativa, prevista logo em seu artigo primeiro, ainda merece longo esforço de consolidação – e este tem sido o papel diário e qualificado da Confederação Nacional de Municípios –, em que a atribuição de sentido a seu texto acarrete tanto atribuições locais de competência quanto condições efetivas de financiamento das políticas públicas.

## REFERÊNCIAS

ANASTASIA, Fátima. Federalismo e relações intergovernamentais. In: AVELLAR, Lúcia & CINTRA, Antônio Octávio (Org.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Fundação Unesp, 2007.

ARRETCHE, Marta. *Estado Federativo e políticas sociais: determinantes da descentralização*. São Paulo: Renavan, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Malheiros: São Paulo, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2016.

CASTRO, A.; OLIVEIRA, J. Políticas públicas e desenvolvimento. In: MADEIRA, Lúcia (org.) *Avaliação de Políticas Públicas*. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2014.

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Brasília: Senado Federal, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado federal*. Rio de Janeiro: Ática, 1968.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Elementos de direito municipal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FURTADO, Celso. *Nova Concepção do Federalismo*. Paris: Mimeo, 1999.

HORTA, Raul Machado. A posição do Município. *Revista Brasileira de estudos Políticos*, n. 55, p. 197-221, jul. 1982.

KRELL, Andreas. *O município no Brasil e na Alemanha: direito e administração pública comparados*. São Paulo: Oficina Municipal, 2003.

KRELL, Andreas. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O Estado Federal Brasileiro Centrí-fugo, de Três níveis e Formalmente Simétrico. Disponível em: <http://joselui-zquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2010/09/54-teoria-da-constituicao-4.html>. Acesso em: 1º maio 2018.

MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

MAUÉS, Antonio G. Moreira. O federalismo brasileiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (1988-2003). In: ROCHA, F. L. X.; MORAES, F. *Direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MORAES, Marcos Ribeiro de. *As relações intergovernamentais na República Federal da Alemanha*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

QUINTILIANO, Leonardo David. *Autonomia federativa: delimitação no Direito Constitucional brasileiro*. 2012. 321 f. Tese de Doutorado (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O Município no Sistema Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: UFMG, 1982.

VILHENA, Maria do Rosário. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Co-munitário*. Coimbra: Almedina, 2002.

VILLIERS, John. *Strategic alliances between communities, with special em-phasis on the twinning of South African cities and towns with international partners*. Holanda: Habitat International, n. 2, p. 149-156, jun. 2005.

# **DESAFIOS DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NO BRASIL: A POSSIBILIDADE DE UMA CLASSIFICAÇÃO ORGANIZACIONAL ENTRE MUNICÍPIOS DE PEQUENO E GRANDE PORTE<sup>1</sup>**

Guilherme Estima Giacobbo<sup>2</sup>

Arthur Votto Cruz<sup>3</sup>

---

1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (Capes) – Código de Financiamento 001.

2 Doutorando na Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc) com Bolsa Prosuc/Capes, modalidade I; mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc) (2015) e mestre em Direito das Autarquias Locais pela Universidade do Minho em Portugal (2015); especialista em Direito Público; bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). E-mail: guilhermegiacobbo@gmail.com.

3 Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG); integrante do grupo de pesquisa em Gestão Local e Políticas Públicas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc); advogado Trabalhista e Previdenciário. E-mail: arthur.vc@hotmail.com.

**RESUMO:** O Brasil é o único país do mundo que elevou os Municípios à categoria de Entes da Federação ao lado da União e dos Estados-membros. Essa realidade apresentada pela Constituição Federal de 1988 trouxe consigo uma série de atribuições de grande importância para os Entes locais, que passaram a gozar de prerrogativas e certo grau de autonomia legislativa e administrativa sem precedentes na história do país. Contudo, a forma de organização dos Municípios conforme apresentada pela CF/1988 não é capaz de, satisfatoriamente, responder aos problemas de eficiência e capacidade técnica que alguns Municípios de pequeno porte têm de cumprir com as atribuições impostas a eles em face de uma arrecadação limitada de recursos financeiros e falta de estrutura administrativa, o que causa inúmeros problemas para a população desses locais e para sua gestão política. A possibilidade de uma reorganização dos Entes políticos locais por porte populacional, nos moldes do sistema de organização espanhol, que estabelece níveis de responsabilidades e de prestação de serviços de acordo com o tamanho dos Municípios, pode ser uma alternativa para enfrentar as dificuldades apresentadas pelos pequenos Municípios em cumprir com suas obrigações constitucionais, bem como superar a centralização do poder político na figura da União em detrimento dos Entes federados de caráter local.

## 1. INTRODUÇÃO

Os Municípios brasileiros adquiriram o *status* de entidade federada ao lado da União e dos Estados com o advento da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu o regime de divisão de atribuições e garantias que os Entes locais passaram a exercer. Foram igualmente estabelecidos na CF/1988 os serviços públicos de competência dos Municípios, bem como a sua organização política e administrativa, formas de captação de recursos, competências tributárias e limites de atuação da União, dos Estados e dos Municípios.

Essa nova organização trouxe inúmeras prerrogativas e obrigações aos Entes locais, que obtiveram autonomia política, legislativa e administrativa, dotando os Municípios e os seus cidadãos de instrumentos capazes de demandar e garantir seus interesses e solucionar eventuais problemas diretamente na esfera local. Contudo, questões não previstas pela Constituição Federal e tampouco pela legislação infraconstitucional, tais como as formas de custeio para os serviços públicos, capacidade orçamentária e as diferenças organizacionais entre os pequenos e os grandes Municípios, não foram levadas em consideração para a construção do sistema federativo brasileiro, o que tem causado dificuldades em relação ao cumprimento dos princípios e objetivos constitucionais, bem como em relação à execução dos serviços públicos com eficiência e regularidade.

Os Municípios com maior número de habitantes, que contam com um maior aporte orçamentário, são capazes de, em tese, prestar os serviços públicos de sua competência com maior eficiência e regularidade. Em relação aos Municípios menos populosos, a grande maioria tem uma receita limitada em decorrência da escassez de fontes de arrecadação tributária, subsistindo, quase exclusivamente, por meio de repasses de verbas advindas dos Estados e da União, notadamente por meio de fundos de participação, para manter os serviços mais urgentes que lhes competem o funcionamento, comprometendo o equilíbrio financeiro e a coesão administrativa dos pequenos Municípios.

Diante dessa realidade, surge o seguinte questionamento: de que forma uma classificação e organização por categoria de Municípios, em relação ao número de habitantes, contribuiria com a sustentabilidade e autonomia municipal no federalismo brasileiro? A resposta advém através do método dedutivo, sob a premissa de que o processo de reorganização político-administrativa dos Municípios em classes, por tamanho e número de habitantes, é capaz de promover avanços no empoderamento da sociedade civil e ser, no ambiente local, catalisador da autonomia e da sustentabilidade gerencial dos Municípios.

Desenvolve-se o tema na primeira parte do trabalho através da análise da legislação constitucional e infraconstitucional vigente acerca da organização, administração, prerrogativas e obrigações dos Municípios, a fim de compreender o contexto jurídico e legal dos Municípios. A segunda parte se dedica a estudar a aplicação do princípio da subsidiariedade e sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro, considerando as dificuldades impostas pela estrutura federativa atual.

Por fim, se busca demonstrar que o rearranjo da estrutura político-administrativa dos Municípios, através de uma adaptação do arquétipo estatal espanhol, pode ser capaz de fortalecer os instrumentos de participação popular nas tomadas de decisão no âmbito municipal e de favorecer a aplicação prática do princípio da subsidiariedade. Em suma, defende-se que uma reorganização da estrutura política e administrativa dos Municípios por tamanho e número de habitantes no que se refere às suas atribuições não só é possível, como pode contribuir para a descentralização das decisões políticas com a maior sustentabilidade na aplicação dos recursos financeiros, bem como com a transparência nas ações dos gestores municipais.

## **2. A ORGANIZAÇÃO POLÍTICA E ADMINISTRATIVA DOS MUNICÍPIOS: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS NO BRASIL**

Os Municípios foram elevados à terceira esfera do federalismo brasileiro a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que, ao lado da União e dos Estados, possui legítimo poder estatal e goza de autonomia de natureza administrativa e política (KRELL, 2003, p. 42) sendo o Ente de poder soberano mais próximo à população e de caráter local. É na CF/1988 também que estão reguladas as atribuições e as competências dos Municípios, sua criação, desmembramento, fusão e incorporação e os seus limites de sua atuação legislativa.

O regime da Constituição Federal, em seu art. 18, § 4º, alterado pela Emenda 15/1996, assim estabelece:

a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado, por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos municípios envolvidos, após a divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

Antes de essa emenda ser modificada, a criação dos Municípios não atendia qualquer critério técnico que atendessem a viabilidade e a sustentabilidade administrativa dos novos Entes locais, o que permitiu a criação e a emancipação de Municípios sem capacidade de manter a prestação dos serviços públicos de sua competência.

A fim de evitar a perpetuação desse problema, a criação de novos Municípios fica restrita à vontade da União, que busca frear a proliferação de novos Municípios que eventualmente não possuam viabilidade de se sustentar ao longo do tempo. Contudo, a vasta maioria dos Municípios no Brasil são considerados pequenos, sendo 63,3% do total dos governos locais representados por Municípios de até vinte mil habitantes, estando o problema da insustentabilidade desses Entes longe de uma resolução (CNM, 2018).

Outro problema relacionado à inabilidade de os pequenos Municípios manterem seus serviços públicos em devido funcionamento é o fato de o pacto federativo constituído a partir da Constituição Federal de 1988 não ter sido capaz de solucionar as desigualdades entre Municípios, Estados e União, fazendo com que em muitas situações Estados e Municípios sofram intervenções do poder central para que as instituições estaduais e municipais possam se manter em funcionamento, dada a incapacidade desses Entes em gerir suas atribuições. Nesse arranjo, os Entes municipais são destinatários do maior número de

obrigações de operacionalizar serviços e pôr em prática as inúmeras políticas públicas postas pela União e pelos Estados.

A fim de ilustrar essa realidade, toma-se como exemplo a situação de uma terça parte dos Municípios brasileiros que nem sequer logram cobrir a despesa com o salário do prefeito. O problema atinge 1.872 cidades que dependem das transferências de Estados e da União para bancar o custo crescente da máquina pública, segundo levantamento da Federação das Indústrias do Estado do Rio (Firjan) (ISTOÉ, 2018).

Ainda, os Municípios têm competência tributária para legislar sobre apenas três dos doze tributos estabelecidos na legislação brasileira, o que evidencia a dificuldade dos gestores municipais em custear e gerir os serviços públicos de sua competência, expondo a incapacidade de ofertar esses serviços com a qualidade devida, prejudicando assim os cidadãos destinatários desses. Esse problema é ainda mais sensível nos Municípios de pequeno porte, que têm a arrecadação ainda mais restrita e têm de arcar com as mesmas funções de suas contrapartidas com maior capacidade orçamentária e maior aporte de recursos humanos.

Esse panorama expõe a crise no sistema de organização política e administrativa dos Entes federados, afetando com mais severidade os Entes locais de menor porte, que passam a depender quase exclusivamente dos recursos financeiros repassados pelos demais Entes, com destaque para o Fundo de Participação dos Municípios (FPM).

O Município vê-se pressionando entre as urgentes necessidades da comunidade local, com os problemas de toda ordem, e a inoperância dos escalões superiores, atuando de modo paliativo e emergencial diante de demandas locais, sem os recursos necessários para tal. Dowbor (1995) refere que “na prática, a administração local se vê na linha de frente das pressões, mas no último escalão do acesso aos recursos”.

Diante desse contexto de múltiplas obrigações e escassos meios para solucioná-las, cria-se a necessidade de fomentar novos modos de transformação

do espaço local. A globalização alterou profundamente as relações sociais no Estado Brasileiro, que conta, hoje, com uma população majoritariamente urbana. No entanto, a mentalidade político-administrativa ainda remonta ao século passado: há um condicionamento a se pensar que as maneiras de organização da nossa vida cotidiana devem ser moldadas por uma esfera superior. Espera-se que a solução dos problemas regionais advenha de uma instância mais centralizada – e distante – de poder.

Faz-se cada vez mais necessário buscar alternativas à desgastada organização política e administrativa dos Municípios insculpida na Constituição de 1988, no seu capítulo IV, que se apresenta de modo deficitário, na prática, dado que muitos Entes municipais se mostram incapazes de cumprir as atribuições previstas no art. 30 da Lei Fundamental.

### **3. A DESCENTRALIZAÇÃO COMO SAÍDA: ASPECTOS JURÍDICOS, POLÍTICOS DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA**

O panorama apresentado expõe a crise no sistema de organização política e administrativa dos Entes federados, afetando com mais severidade os Entes locais de menor porte, que passam a depender quase exclusivamente dos recursos financeiros dos demais Entes. Num contexto em que os gestores municipais têm de se preocupar em manter em funcionamento os mais básicos serviços públicos sem, contudo, dispor dos recursos humanos ou financeiros para tal, muitas vezes abrindo mão do pagamento das despesas com a folha de pagamento dos seus servidores públicos, é compreensível que a população se sinta alheia às decisões tomadas em âmbito local, abrindo mão de priorizar a participação ativa na política municipal. Os indivíduos passam a se importar mais em manter a prestação dos serviços dos quais necessitam, do que se apropriar de questões como a forma e o destino da aplicação dos recursos municipais.

A centralização política, administrativa e econômica que permeava a forma de organização federal brasileira implicava um distanciamento entre as

necessidades locais e o conteúdo da gestão das políticas públicas. Hoje, grande parte das ações que dizem respeito às necessidades habituais das cidades, desde a gestão da saúde básica, questões de planejamento e ordenamento urbanístico, manutenção e gestão de escolas primárias, organização de redes de comércio, manutenção e criação de infraestruturas locais podem ser geridas em âmbito local, sem necessidade de intervenção das instâncias centrais de governo, salvo pela dependência financeira dos Entes locais (DOWBOR, 2016, p. 26).

Esse contexto favorável de valorização do espaço local deve ser vislumbrado como “parte de um processo de reconstrução da esfera pública, orientado para a democratização da gestão de políticas públicas no país, o qual tem na descentralização um de seus componentes centrais” e que, por isso, os governos locais “têm contribuído para a formatação de novos arranjos institucionais e processos de gestão em que se rompem alguns dos elementos críticos que caracterizavam as políticas sociais até os anos de 1980” (FARAH, 2001, p. 132). Ainda, “a descentralização ou autogoverno local representa uma resposta à necessidade de maior adaptação do aparato estatal às necessidades sociais em busca de maior eficácia” (FLEURY, 2006, p. 26).

Importa ressaltar que [...], no Brasil, boa parte da tarefa de descentralização já foi formalmente efetivada com efeito da promulgação da Constituição Federal de 1988, especialmente com a tendência de municipalização de inúmeras tarefas estatais, ainda que essa descentralização subsista sem a necessária transferência de recursos necessários (GIACOBBO, 2014, p. 68).

Esse processo de descentralização do poder político tem respaldo no princípio constitucionalmente reconhecido (ainda que de forma implícita) da subsidiariedade, que visa exatamente que o poder seja exercido ora por uma dada autoridade, a mais próxima do destinatário da decisão, ora por outra autoridade que, embora mais longínqua, é aquela que está apta pela natureza e amplitude da tarefa a realizá-la mais eficaz e economicamente (MARTINS, 2003,

p. 445). A compreensão desse princípio que respalda a descentralização do poder democrático é fundamental para que, de um ponto de vista jurídico, seja possível a concretização do empoderamento da sociedade civil.

O princípio da subsidiariedade não está materializado na Constituição Federal de modo explícito, ainda que seu conteúdo possa ser deduzido da leitura combinada dos arts. 1<sup>o</sup><sup>4</sup>, 18 e 34, inc. VII<sup>5</sup>, alínea “C”<sup>6</sup>. Tal interpretação da subsidiariedade na ordem constitucional está em consonância com modelo federal adotado e leva em consideração a organização descentralizada de um Estado federal. A descentralização de competência, aliada ao arquétipo organizacional de modelo federado, fornece uma base organizacional adequada para o desenvolvimento do conteúdo e extensão do princípio da subsidiariedade. A capacidade de auto-organização do Município, com a prerrogativa de elaboração de sua Lei Orgânica, é indício da materialização desse princípio:

Incluirá a lei orgânica de qualquer dos Municípios brasileiros regras para cooperação com associações para planejamento municipal. Tem-se aqui a **confirmação do princípio da subsidiariedade**<sup>7</sup>, uma vez que a proximidade da unidade menor não tem como deixar de fora a palavra e o pensamento dos que nela habitam<sup>8</sup>. (STRECK, CANOTILHO et al., 2013, p. 785)

---

4 Constituição Federal, Art. 1<sup>o</sup>: “[...] estabelece que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”.

5 Constituição Federal, Art. 34, inc.: “VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...]

c) autonomia municipal;”

6 “[...] 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.”

7 Grifo nosso.

8 O Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), baseado nesse preceito, determina que o plano diretor dos Municípios seja discutido e aprovado pelos Poderes Executivo e Legislativos municipal mediante realização de audiências públicas e participação de associações representativas dos diversos segmentos sociais.

Por meio da organização e da associação entre os atores sociais, criam-se possibilidades de emancipação e participação efetiva da comunidade no desenvolvimento da democracia representativa. Esta organização é essencial diante da tendência de os partidos políticos monopolizarem a ação política, implicando uma composição de oligarquias a partir de comitês dirigentes altamente burocratizados e distantes dos anseios sociais. Além disso, há de se levar em conta ainda a forte presença do poder econômico e a influência de interesses de grupos específicos sobre os partidos políticos que acabam desfigurando a representação política e desviando-a bruscamente da vontade popular (BOBBIO, 2007).

Assim, quanto mais próximos estiverem os cidadãos dos agentes administrativos, melhores serão os resultados das políticas públicas propostas. O espaço público do Município se mostra como um ambiente propício para a reapropriação da sociedade civil de seu lugar de reivindicação e controle político, sendo a distribuição mais consciente de atribuições entre os Municípios por tamanho de população uma forma de aproximar os cidadãos dos debates acerca de alocação de recursos, por exemplo, de forma mais eficaz e simplificada. Sobre o tema:

A descentralização, nesse nível, deverá ser estímulo às liberdades, à criatividade, às iniciativas e à vitalidade das diversas legalidades, impulsionando novo tipo de crescimento e melhorias sociais. As burocracias centrais, de tendências autoritárias, opõem-se, muitas vezes, às medidas descentralizadoras, contrariando as atribuições da sociedade e dos governos locais. O melhor clima das relações entre cidadãos e autoridades deve iniciar-se nos municípios, tendo em vista o conhecimento recíproco, facilitando o diagnóstico dos problemas sociais e a participação motivada e responsável dos grupos sociais na solução dos problemas, gerando confiança e credibilidade. (BARACHO, 1996, p. 19)

Nesse sentido, pode-se compreender que políticas públicas de caráter nacional muitas vezes impostas pela União Federal sem qualquer consideração às características dos Municípios que irão operá-las são um problema sensível diretamente no que diz respeito ao déficit de autonomia dos Entes locais no Brasil. Essas políticas exigem um grau de complexidade gerencial que muitos Municípios não possuem dada a sua pequena magnitude e orçamento bastante limitado, o que prejudica não só na aplicação da política pública em si, que será deficitária, como também traz efeitos danosos aos Municípios que são incapazes de gerir essas obrigações.

A fim de concretizar esses objetivos, é de suma importância que os Municípios, enquanto entidades administrativas, estejam organizados de forma que as prerrogativas constitucionalmente estabelecidas possam ser praticadas por todos os Entes locais, independente do seu tamanho, o que, atualmente, não ocorre. Nesse sentido, há de se analisar de forma crítica os dispositivos legais que fundamentam a atual forma de organização político-administrativa dos Municípios, principalmente dos pequenos, e seu papel no tecido institucional brasileiro.

#### **4. A NECESSIDADE DE REORGANIZAR A ESTRUTURA POLÍTICA DOS MUNICÍPIOS NO BRASIL: EXEMPLOS POSITIVOS DA LEGISLAÇÃO ESPANHOLA**

Após três décadas da promulgação da CF/1988, a realidade ainda é de completa disparidade entre o que arrecadam os Municípios e suas despesas, sejam elas com a própria máquina administrativa, sejam com a manutenção de serviços públicos de saúde, educação, cultura etc. Assim sendo, a reorganização dos Entes municipais em escalas de tamanho, levando em consideração as diferentes capacidades orçamentárias, os recursos humanos e mesmo as necessidades de manter determinados órgãos e serviços, se faz fundamental para que

os princípios constitucionais da subsidiariedade, da eficiência, da moralidade e da impessoalidade sejam alcançados.

Logo, é imprescindível buscar um exemplo de organização que possa orientar a eventual propositura da reorganização política e administrativa dos Municípios no Brasil. O arranjo de sucesso vem do sistema organizacional dos Municípios espanhóis, que desde a promulgação da Constituição Espanhola de 1978 e da Lei de Bases de Regime Local (LBRL) de 1985 apresenta um modelo de referência que se mostra ideal para a adaptação à realidade brasileira.

No arquétipo espanhol ficam estabelecidos serviços municipais obrigatórios comuns a todos os Entes locais, independente do número de habitantes, tais como: iluminação pública, cemitério, recolha de lixo, abastecimento domiciliário de água potável, esgotos, acesso aos núcleos de população, pavimentação de vias públicas e controle sanitário de alimentos e bebidas. Para os de mais de 5.000 habitantes: além dos anteriores, parque público, biblioteca pública, mercado alimentar e recolha seletiva e tratamento de lixo; para os de mais de 20.000 habitantes, além dos anteriores, proteção civil, prestação de serviços sociais, prevenção e extinção de incêndios e instalações desportivas de uso público; finalmente, para os de população superior a 50.000 habitantes, além dos anteriores, transporte urbano de pessoas e proteção do meio ambiente (CANO, 2018).

Em coerência com a conceição da autonomia local como o direito de intervir em todos os assuntos que afetarem ao círculo de interesses dos entes locais, tal e como constava do artigo 2 da redação original da LBRL, a alínea 1ª do seu artigo 25 estabelecia uma cláusula geral de competência municipal que o habitava, para, “*a gestão dos seus interesses e no âmbito das suas competências*” poder “*promover toda classe de atividades e prestar quantos serviços públicos contribuïrem para a satisfação das necessidades e aspirações da comunidade de vizinhos*”. Um reconhecimento geral, aliás, perfeitamente consistente com o princípio de subsidiariedade proclamado no artigo 4.2ª da Car-

ta Europeia de Autonomia Local: “*Dentro dos limites da lei, as autarquias locais têm completa liberdade de iniciativa relativamente a qualquer questão que não seja excluída da sua competência ou atribuída a uma outra autoridade*”. (CANO, 2018)

O exemplo espanhol demonstra que é necessário haver um equilíbrio entre o que um Município é capaz de cumprir em termo de obrigações legais e serviços públicos e aquilo que é exigido pela Constituição Espanhola e pela Lei de Bases de Regime Local. Não faz sentido exigir a mesma complexidade no processo de contratação pública, a mesma necessidade de estrutural administrativa e a prestação dos serviços públicos de um Município do tamanho de São Paulo/SP com seus mais de doze milhões de habitantes e de outro como São Paulo das Missões/RS, que conta com pouco mais de seis mil.

Outro ponto importante do arranjo político-administrativo espanhol é o número mais limitado de obrigações que os Municípios, exceto as cidades autônomas de Ceuta e Melilla, detêm em face das províncias e do governo central. Na Espanha, os Municípios apenas são responsáveis pela (i) atenção social da cidadania, incluindo as pessoas imigrantes; por (ii) apoiar na gestão da atenção primária de saúde ; (iii) colaborar com a administração educativa na construção e no mantimento de centros escolares; (iv) participar na programação do ensino; (v) controlar a escolaridade obrigatória e intervir em casos de absentismo; (vi) facilitar a informação e o aconselhamento sobre matrícula em centros escolares; (vii) desenvolver políticas de emprego para favorecer a inserção laboral e o acesso ao emprego dos e das cidadãs; e (viii) fomentar a participação cívica das pessoas que residem no seu território.<sup>9</sup>

Nesse sentido, se vê que os Municípios brasileiros, mormente os de pequena magnitude, têm de arcar com obrigações para as quais não detêm re-

---

9 Informações disponibilizadas no portal [http://www.cnse.es/inmigracion/index.php?option=com\\_content&view=article&id=499&Itemid=640&lang=pt](http://www.cnse.es/inmigracion/index.php?option=com_content&view=article&id=499&Itemid=640&lang=pt)>acesso em 01 de dezembro de 2018.

cursos financeiros ou estrutura administrativa para cumprir, motivo pelo qual determinadas políticas e serviços públicos originários dos Estados ou da União, por mais que sejam operados em âmbito local, devem ser de competência gerencial exclusiva desses Entes. A tendência de, cada vez mais, a União e os Estados, de forma centrífuga, distribuir competências aos Municípios deve ser revertida, desobrigando os Entes locais, de acordo com o seu tamanho e capacidade, de responsabilidades que seriam mais bem geridas por Municípios próximos maiores ou até mesmo pelos demais Entes da Federação.

Dessa maneira, a eventual desoneração dos pequenos Municípios pode favorecer o aumento na qualidade dos serviços que serão obrigatórios em face do seu tamanho, canalizando recursos para onde são efetivamente essenciais. A desobrigação desses pequenos Entes locais em manter determinadas estruturas administrativas ou a sua retração favorece a participação popular diretamente na administração pública, bem como a flexibilização nos processos contratuais facilita a utilização de instrumentos de transparência, tornando menos obscuras as contratações do Município.

Por essa razão e pela natureza plural da realidade dos Municípios no Brasil, se defende a adoção de medidas que aproximem a forma de organização político-administrativa dos Entes locais como estabelecido na Constituição Federal de 1988 da forma adotada pela legislação espanhola, vez que não se encontra de todo em descompasso com a realidade brasileira, pelo contrário, demonstra diversos pontos de similaridade e de adequação ao contexto nacional. Desse modo, a diferenciação entre grandes e pequenos Municípios pode servir como uma maneira de se desopilar os menores Municípios de obrigações que não seriam capazes de cumprir e conceder maior liberdade para a aplicação de políticas públicas e medidas em maior conformidade com a realidade local, revertendo em maior autonomia, de forma geral, para esses Entes.

Assim, o conhecimento desses e outros exemplos, como a estrutura orçamentária, laboral e administrativa dos órgãos municipais espanhóis, pode

servir como parâmetro para uma eventual reorganização do exemplo brasileiro, tão desgastado pela sua própria estruturação defeituosa. A adaptação dessa forma de organização dos Municípios pode contribuir para a superação das dificuldades patentes que os gestores municipais enfrentam e que causam danos não só de aspecto prático, mas também na própria consciência democrática dos cidadãos.

## 5. CONCLUSÃO

Este trabalho teve como problema de pesquisa a possibilidade de uma reorganização político-administrativa dos Municípios brasileiros por tamanho de população como forma de promover uma maior sustentabilidade e autonomia para esses Entes da Federação. A fim de responder esse questionamento se partiu da premissa de que esse rearranjo seria sim capaz de contribuir positivamente para que os Municípios possam cumprir com maior eficiência e qualidade as atribuições que lhes são cabidas pela Constituição Federal de 1988, visto que apenas determinadas obrigações essenciais seriam exigidas dos pequenos Municípios e, na medida em que seu contingente populacional fosse ampliado, competências mais complexas seriam determinadas.

A primeira parte do trabalho dedicou-se a analisar o contexto jurídico dos Municípios no contexto legal brasileiro, dando maior destaque às determinações legais a partir da CF/1988, momento em que os Municípios adquiriram *status* de Entes da Federação ao lado dos Estados e da União. Ficou evidente que a organização proposta na Carta Magna não está em total acordo com a realidade diversa dos Municípios no Brasil, que, em muitas situações, não são capazes de arcar com as obrigações que lhes são legalmente impostas no que diz respeito à prestação de serviços públicos e aplicação e gerência de políticas públicas nacionais ou estaduais.

Na segunda parte, tentou-se compreender de que forma essas dificuldades afetam a autonomia dos Entes locais e, principalmente, como uma maior participação popular na administração pública, através de instrumentos descentralizadores do poder político, é capaz de combater os problemas causados pelo desajuste na estrutura organizacional dos Municípios.

O derradeiro ponto trouxe uma comparação entre a realidade brasileira e a espanhola, no que diz respeito à organização política e administrativa dos Municípios, a fim de encontrar um modelo que possa ser mais fiel aos princípios constitucionalmente estabelecidos para a prestação de serviços públicos e que atenda aos interesses das populações envolvidas. O modelo espanhol, que estabelece níveis de obrigações conforme o tamanho dos Municípios, se mostra como um bom exemplo a ser seguido pela legislação brasileira, que sofre em face dos problemas causados pela incapacidade dos pequenos Municípios em corresponder com as suas obrigações impostas de forma vertical pelo poder centralizador da União e dos Estados.

A valorização do espaço local, com garantia da autonomia política, administrativa e financeira, favorece a formação de cidadania ativa no que tange à participação de cada cidadão nos assuntos que lhe são afetos, de modo a criar uma gestão pública compartilhada. Para tanto, a descentralização que se busca implementar visa às dimensões vertical, com redistribuição de competências e recursos das esferas maiores para as menores, e horizontal, com alargamento da base de tomada de decisão entre o poder público municipal e a sociedade.

Há indícios, portanto, que uma eventual reorganização dos Municípios no Brasil de acordo com o seu tamanho, capacidade orçamentária e estrutura administrativa, sendo esses critérios definidores das políticas públicas e dos serviços a serem geridos pelos Municípios, possa colaborar com um aprimoramento da gestão pública de âmbito local. Dessa maneira, será possível evitar que obrigações demasiadamente exigentes à realidade de limitação de recursos e de pessoal sejam impostas a Municípios de pequeno porte, os quais deverão

responder apenas por aquilo que são realmente capazes de ofertar às suas populações, sem, entretanto, comprometer a sustentabilidade e a transparência de suas gestões. Esta é, precisamente, a ideia geral do princípio da subsidiariedade como princípio (re)ordenador de competências em face da eficiência e da economia. A subsidiariedade busca a salvaguarda da autonomia local sem, contudo, prescindir dos aspectos de otimização em face das limitações naturais, técnicas e financeiras, dos Municípios de pequeno porte.

## REFERÊNCIAS

BARACHO, Alfredo de Oliveira. *O princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

CANO, Carlos Aymerich. *Uma aproximação ao regime jurídico dos municípios na Espanha*. Research Gate. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/322984060\\_UMA\\_APROXIMACAO\\_AO\\_REGIME\\_JURIDICO\\_DOS\\_MUNICIPIOS\\_NA\\_ESPANHA](https://www.researchgate.net/publication/322984060_UMA_APROXIMACAO_AO_REGIME_JURIDICO_DOS_MUNICIPIOS_NA_ESPANHA). Acesso em: 20 out. 2018.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. *Funasa priorizar cidades com até 60 mil habitantes pode prejudicar Municípios pequenos*. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/funasa-priorizar-cidades-com-ate-60-mil-habitantes-pode-prejudicar-municipios-pequenos>. Acesso em: 1º dez. 2018.

DOWBOR, Ladislau. *A Reprodução Social: Descentralização e Participação, as novas tendências*. v.3. São Paulo, 2001. Disponível em: <http://dowbor.org/2003/10/descentralizacao-e-participacao-as-novas-tendencias-2.html/>. Acesso em: 4 nov. 2017.

DOWBOR, Ladislau. *O que é poder local. Ebook*. Imperatriz: Ética, 2016. Disponível em: [http://dowbor.org/blog/wp-content/uploads/2012/06/Dowbor-\\_Poder-Local-portal.pdf](http://dowbor.org/blog/wp-content/uploads/2012/06/Dowbor-_Poder-Local-portal.pdf). Acesso em: 5 jul. 2017.

FARAH, Marta F. S. *Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo*. Revista de Administração Pública, V. 35, nº 1, 2001, p. 119-145.

GIACOBBO, Guilherme Estima. *Participação e controle social na gestão municipal no Brasil e em Portugal: uma análise à luz do direito social de Gurvitch*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), Santa Cruz do Sul, 2014.

GORCZEWSKI, Clovis (Org.). *Direitos Humanos e Participação Política*. Vol. IV. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2013, p. 449.

REVISTA ISTOÉ. *Um terço dos municípios não gera receita nem para pagar salário do prefeito*. Edição nº 2549, 26 out. 2018. Disponível em <https://istoe.com.br/um-terco-dos-municipios-nao-gera-receita-nem-para-pagar-salario-do-prefeito/>. Acesso em: 29 out. 2018.

STRECK, Lenio Luiz; CANOTILHO, José J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira (Ed.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

VARGAS, Cristina Ribas. *Democracia participativa e desenvolvimento humano nos municípios brasileiros: uma análise a partir de Amartya Sen*. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Economia do Desenvolvimento – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Porto Alegre. 2007.

# UMA PROPOSTA PARA O SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

Wladimir Antonio Ribeiro<sup>1</sup>

## PARTE 1 – INTRODUÇÃO

Basta apontar qualquer lugar do mapa do Brasil que se poderá dizer, sem medo de errar, que ali falta investimento em saneamento básico. Essa é uma realidade trágica, pois somos um país cujos dados oficiais indicam quase 35 milhões de pessoas sem acesso à água potável e mais de 110 milhões sem acesso a uma rede de esgotamento sanitário.

A situação já foi pior e melhorou muito após a edição da Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007 – a Lei Nacional de Saneamento Básico (LNSB). Essa lei prevê responsabilidades para a União, os Estados e os Municípios; instituiu regras para a celebração de contratos para a prestação dos serviços; bem como tornou o planejamento e a regulação obrigatórios. Isso foi suficiente pa-

---

<sup>1</sup> Wladimir Antonio Ribeiro é sócio do Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques – Sociedade de Advogados e diretor da Divisão de Saneamento da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp). Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra (Portugal) e bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Foi consultor do governo federal na elaboração da Lei de Consórcios Públicos (2005), da Lei Nacional de Saneamento Básico (2007) e da Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (2010).

ra elevar em muito os investimentos que, em 2014, alcançaram o patamar de R\$ 14 bilhões no ano.

Porém, isso é muito pouco. Em 2013, o Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab) estimou que, para universalizar o saneamento básico até 2033, seriam necessários investimentos no valor de R\$ 485 bilhões. Em uma conta simplista, R\$ 24 bilhões por ano. Em 2018, o valor de investimentos deve ser um pouco superior a R\$ 9 bilhões. Logo, hoje, o Brasil investe menos que a metade.

Observe-se que a questão não é apenas de mobilizar mais recursos financeiros, mas de ter uma estrutura para aplicar bem esses recursos. Para tanto, o planejamento é fundamental. Porém, a pesquisa “Perfil dos Municípios Brasileiros” (Munic), divulgada em setembro de 2018 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mostrou que apenas 41,5% das 5.570 cidades brasileiras tinham elaborado o seu plano de saneamento básico em 2017.

O planejamento é a principal ferramenta para se aplicar os recursos com eficiência e eficácia.

O saneamento básico é um serviço que utiliza infraestrutura que, em sua maior parcela, se localiza no âmbito das demais infraestruturas urbanas. Muitas vezes o acesso ao saneamento básico depende de outras políticas públicas, como as de regularização fundiária e de habitação. Além disso, essencial que haja uma adequada política de recursos hídricos, para que o saneamento básico possa se organizar de forma adequada. Não é uma tarefa simples, e a ausência de planejamento municipal, que incide no local onde estão os déficits de saneamento, prejudica em muito o enfrentamento do problema.

Apesar disso, aumentar os investimentos deve ser a prioridade, até porque o valor de investimento previsto pelo Plansab (R\$ 485 bilhões, em valores de 2013) parece subestimado. Por exemplo, ele não levou em consideração os enormes investimentos necessários para se assegurar os serviços de saneamento em razão da mudança climática, que gerou séria crise nos serviços de saneamento nos últimos anos. Além disso, investir em saneamento significa, tam-

bém, recuperar e modernizar infraestruturas e operações existentes, bem como promover o uso consciente dos serviços, em especial para combater o índice de perdas dos sistemas de saneamento atuais, que beira 38%. Não faz sentido investir para trazer e tratar mais água que, em grande parcela, será desperdiçada.

Como viabilizar todos esses investimentos?

A resposta a essa pergunta não é simples. O primeiro aspecto que precisa se ter em conta é que o Brasil passa por uma crise fiscal, sendo que, para enfrentá-la, adotou “teto de gastos federais” estabelecido por emenda constitucional, teto cujo valor corresponde à “despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% e, para os exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA”. Ou seja: a despesa primária do governo federal está “congelada” nos patamares de 2016 – ano em que pouco se investiu em saneamento básico, por causa da crise fiscal.

Isso significa que o aumento do gasto federal em saneamento básico implicaria diminuição de outros gastos, como, por exemplo, o pagamento de vencimentos aos servidores públicos. Afora isso, a despesa previdenciária, em seu crescimento vegetativo, já é suficiente para ameaçar o cumprimento do teto de gastos. Como do ponto de vista macroeconômico, pelo menos no curto prazo, não parece haver margem para a revisão do valor do “teto de gastos”, evidente que os investimentos em saneamento básico não poderão contar com montantes relevantes do Orçamento Geral da União (OGU). Há que se buscar outras fontes, sendo natural que a primeira delas seja a receita das tarifas.

Há muito espaço para que sejam expandidas as receitas tarifárias. A pesquisa de orçamentos familiares do IBGE de 2008-2009 mostrou que, do valor despendido pelas famílias com tarifas, apenas 15% é com água e esgoto. Basta comparar esse valor com o despendido com energia elétrica (38%) e com telefonia (34%) para se constatar que, em termos relativos, nos gastos familiares, *dois serviços de saneamento básico* – o de água e o de esgoto –, ape-

sar dos enormes custos para as suas implantações e operações, respondem por parcela pequena do orçamento familiar.

Com isso, tão logo haja o aumento da renda das famílias, parte dessa parcela de aumento deve ser direcionada para as tarifas de saneamento básico, gerando receitas para custear ao menos parte dos investimentos. Isso significa que será necessário se fortalecer muito a *regulação dos serviços de saneamento básico* para assegurar que esses reajustes de tarifas ocorram ao longo do tempo, ao largo das pressões populistas e clientelistas. Contudo, evidente que, com a reforma tarifária, será necessário maior atenção às famílias de menor renda, bem como com o subsídio cruzado, a fim de que os Municípios mais pobres, ou onde os serviços possuam custos elevados, não tenham a sua saúde pública prejudicada.

Fundamental, também, que essas novas receitas não venham a induzir maior ineficiência de prestadores, mediante desmedido aumento do custeio com pessoal ou com despesas de patrocínios ou de publicidade, ou para que não se transformem apenas em maiores dividendos para acionistas, dentre eles inclusive a própria administração pública. É necessário se assegurar que tais receitas, de fato, sejam destinadas *para o investimento em saneamento básico*. E, novamente, a *regulação dos serviços* é um grande desafio, porque ela será o garante não só de tarifas mais adequadas, mas de que tais novas receitas tarifárias se traduzirão em efetivos investimentos, melhorando os níveis de cobertura, de eficiência e de resiliência dos serviços.

Entretanto, apenas gerar receita tarifária para investimentos não resolve muito. As receitas estarão no futuro, e os investimentos são necessários no presente. Por causa disso, também passam a ser prioridade *modelagens contratuais* que estabeleçam *segurança jurídica* para se investir hoje, acreditando-se em receitas futuras. Além disso, o setor público também sofre fortes restrições para se endividar, porque basta celebrar um contrato de operação de crédito, mesmo que lastreado em receitas futuras, para que, contabilmente, se-

ja aumentada a dívida pública, cujas exigências macroeconômicas atuais exigem viés de queda.

Notório que, em tal panorama, será necessário assegurar que as *modelagens contratuais* estimulem o setor privado a fazer os investimentos, especialmente os lastreados com a receita tarifária futura, assumindo os riscos daí derivados. Porém, não é qualquer *modelagem contratual* que pode ser considerada válida, mas, apenas, as que assegurem, adequadamente, o interesse público, inclusive o de que os investimentos sejam realizados de forma racional, ou, em outros termos, sejam eficientes e eficazes.

Vê-se que um dos problemas centrais do saneamento básico é viabilizar mais investimentos, mas os instrumentos para isso são (i) melhorar a *regulação dos serviços*; e (ii) estabelecer *segurança jurídica para os novos investimentos*. É a partir desses aspectos que se poderá construir uma proposta para enfrentar os graves problemas do saneamento básico brasileiro.

## PARTE 2

Um dos grandes equívocos do modelo institucional do saneamento básico brasileiro é o que faz com que, em 75% das vezes, seja um pequeno Município quem contrata a prestação de serviços de uma empresa estadual de saneamento. Não que se entenda equivocado que o saneamento seja competência municipal, porque é política pública diretamente vinculada à urbanização e às diversas políticas municipais, como as de moradia, de regularização fundiária, de uso e ocupação do solo, de proteção ambiental, de manejo de águas pluviais urbanas. Porém, evidente a assimetria que este modelo provoca.

De um lado temos um pequeno Município, frágil do ponto de vista técnico e financeiro, mas, mesmo assim, designado como “Poder Concedente”, com “os poderes e deveres para a defesa do interesse público”, e, doutro, o concessionário “submetido ao interesse público, mas que possui protegidos seus direitos, consubstanciados na equação econômico-financeira do contrato”. Essas

previsões, teóricas, não se confirmam na prática que, em geral, de um lado, possui Municípios incapazes, por razões inclusive de escala, de exercer suas prerrogativas ou de cumprir com seus deveres contratuais, e, doutro lado, empresas poderosas, que, praticamente, se tornam a única responsável pelos serviços.

A experiência internacional, especialmente europeia, é a de Municípios que se unem, constituindo consórcio público para contratar os serviços. Com isso, não se afastam as comunidades locais, porém estas alcançam escala adequada para poder exercer o papel de Poder Concedente. Isso explica porque, na Itália, que possui 8.094 Municípios, há apenas 71 contratos para a prestação de serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

Mas, como dito, não é esse o modelo brasileiro – apesar de a legislação prever tanto os consórcios públicos, como a prestação regionalizada dos serviços. Contudo, há de se reconhecer que houve tentativas de estabelecer o modelo de prestação regional, em especial no Estado de São Paulo, sob a inspiração do professor Eduardo Yassuda, da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, que foi secretário de obras na gestão Abreu Sodré (1967-1971). Porém, prevaleceu o modelo de regionalização instituído pelo regime militar, com fundamento em companhias estaduais, afastando o modelo baseado em bacias hidrográficas e na colaboração com os Municípios. Registre-se uma discreta resistência, uma vez que a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp) foi a última das companhias estaduais a ser criada, ao final de 1973, no limite do prazo concedido pelo governo federal.

Porém, apesar de a escala do contratante ser questão que precisa ser resolvida, parte da solução se dá com um Ente regulador técnico e independente, com condições de exercer de forma adequada as atribuições regulatórias, que integram as prerrogativas reconhecidas ao Poder Concedente.

Por meio de reguladores técnicos e independentes, as tarifas serão fixadas de forma adequada, módicas para que os serviços sejam acessíveis a todos, porém longe do clientelismo e da demagogia, de forma a que as receitas tarifárias, ao longo do tempo, especialmente havendo recuperação da renda, se-

jam mais relevantes e possam ser utilizadas para viabilizar investimentos. Além disso, a regulação é importante para que os recursos arrecadados sejam, efetivamente, aplicados em investimentos, e não em aumento desnecessário do custeio ou em mera distribuição de lucros.

Porém, implantar regulação adequada é um desafio. O instituto da regulação foi inserido no saneamento básico por meio da Lei Nacional de Saneamento Básico (LNSB), de 2007. Trata-se de uma novidade. Com isso, não havia, e em muitos aspectos ainda não há, parâmetros para a regulação do saneamento. Não raro, a solução foi adotar critérios de outros setores, especialmente do setor elétrico, o que, por vezes, provoca distorções.

Afora isso, a elaboração de planos, a celebração de contratos, os procedimentos operacionais continuam a ser executados, ignorando a existência do regulador. Ainda não se criou um ambiente em que a regulação seja natural, tenha o seu papel claramente definido.

Por fim, há a fragilidade técnica e institucional dos reguladores. Há agências cujos diretores podem ser demitidos a qualquer momento, ou que tomam decisões sem transparência, sem debate público adequado.

Isso torna urgente que o governo federal atue no sentido de promover uma política pública de melhoria da regulação do saneamento básico. Não se trata de interferir nos reguladores, cuja autonomia deve ser assegurada, mas de apoiar os reguladores, viabilizando regulação de qualidade.

O governo federal já produziu estudos sobre esta política pública, que se implantaria mediante as seguintes fases: (i) agenda; (ii) proposta de normas de referência; (iii) debate público; (iv) aprovação; (v) divulgação e (vi) avaliação dos efeitos da norma de referência.<sup>[1]</sup>

O primeiro passo é o estabelecimento de uma agenda regulatória, que defina os pontos a serem debatidos e quando. Isso permitirá que os reguladores, os Municípios, a academia, as entidades técnicas possam se planejar, de forma a se prepararem para participar do processo de melhoria da regulação. O segundo momento é o de elaborar estudos, inclusive de *benchmarking*, e, com

base neles, apresentar propostas de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico.

Observe-se que norma de referência não é norma jurídica, não é norma obrigatória, mas mera referência para regulação de melhor qualidade. Por exemplo: uma norma de referência pode prever novos modelos tarifários (os atuais, do início da década de 1970, são anacrônicos, pois são fundamentados em padrão demográfico daquela distante época). Com isso, cada regulador poderia optar por um desses modelos, realizar as adaptações necessárias e, com maior segurança, patrocinar mudanças em matéria extremamente sensível.

A terceira fase é debater de forma pública a proposta de norma de referência. Como não faz sentido impor norma de referência, ela deve ser negociada, a fim de produzir o máximo de consenso. Natural, assim, que a quarta fase seja a aprovação da norma de referência por órgão colegiado, composto pelas entidades do setor e dos órgãos do governo federal.

A quinta fase é o esforço de divulgação, debates, treinamento, promoção de cursos para que a norma de referência, não raro de denso conteúdo técnico, seja conhecida por seus destinatários. Ao fim, após certo tempo, ocorre a sexta e última fase: avaliar quais efeitos a norma de referência provocou, e se é o caso de corrigi-la ou aperfeiçoá-la, o que poderá influenciar a agenda regulatória, realimentando o processo e produzindo melhorias contínuas na qualidade da regulação.

O governo federal seguiu esse caminho na edição da Portaria MCI-dades 557, de novembro de 2016, que instituiu as normas de referência para a elaboração dos Estudos de Viabilidade Técnica e Econômico-financeira (EV-TE) dos contratos de saneamento básico, uma das mais importantes contribuições para assegurar segurança jurídica nos investimentos de saneamento básico. Porém, o processo foi interrompido na “aprovação”, não tendo havido esforços para publicar, divulgar, produzir cursos e treinamentos.

Parece clara a necessidade de uma política federal para a melhoria da qualidade da regulação do saneamento básico. Inclusive, o governo fede-

ral editou a Medida Provisória 844, que aborda o tema. Neste aspecto, trata-se de proposta legislativa que, corrigida, poderia produzir excelentes resultados.

Porém, para viabilizar a universalização e a melhoria do saneamento básico, apesar de importante, apenas a regulação não basta. São necessárias outras medidas, inclusive legislativas, para assegurar segurança jurídica aos investimentos.

### PARTE 3

A falta de investimento é o mais grave problema do saneamento básico brasileiro. O país investe menos da metade do que deveria para universalizar os serviços em 2033, cumprindo a meta do Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab). Mas o problema não é apenas de recursos.

Fundamental assegurar que, havendo recursos, eles sejam adequadamente aplicados, o que se faz mediante *planejamento*. Por isso, é trágica a notícia trazida pela pesquisa “Perfil dos Municípios Brasileiros” (Munic), divulgada em setembro pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a qual mostra que apenas 41,5% das 5.570 cidades brasileiras tinham elaborado o seu plano de saneamento básico em 2017.

Muitos entendem que o planejamento seria um “luxo” ou uma “perda de tempo”. Há grave equívoco nessa opinião. Justamente quando os recursos são mais escassos é que precisam ser utilizados com a máxima sabedoria, de forma a produzir mais e melhores resultados. E, para isso, o planejamento é fundamental.

A Lei Nacional de Saneamento Básico (LNSB), de 2017, tornou o planejamento obrigatório, especialmente para aumentar a eficiência dos investimentos. Além disso, o planejamento do saneamento é importante para o planejamento de outras políticas, como as de regularização fundiária, de habitação, de uso e ocupação do solo. Por fim, como o abastecimento de água e o esgotamento sanitário são serviços estabelecidos em rede, cada uma de suas partes

deve ser coerente com o seu todo, a fim de tirar o máximo proveito dos investimentos, para evitar obras inúteis ou irracionais ou para que sua operação seja a menos custosa e eficiente.

Causa, assim, preocupação a proposta da Medida Provisória 844/2018, que retira a obrigatoriedade de existir plano antes da contratação dos serviços, entendendo que ele pode ser substituído pelo Estudo de Viabilidade Técnica e Econômico-financeira (EVTE), que não é elaborado com a mesma publicidade ou os mesmos critérios técnicos. Abre-se brecha para a celebração de contratos sem estimativa adequada de investimentos – o que deverá estimular questionamentos, aumentando a insegurança jurídica.

Mas ultrapassada essa fase, realizados os investimentos – por exemplo, com a implantação de redes de coleta de esgotos sanitários –, muitas vezes não ocorrem os resultados. Isso porque os moradores dos imóveis que seriam servidos pela rede coletora não se conectam. Quais as razões?

A primeira é a resistência do usuário que já possui solução de esgotamento sanitário (fossa séptica), instalada no fundo de seu lote. Haveria, assim, que quebrar pisos para fazer a conexão. Usufruir dos serviços gera custos e incômodos. Muitos simplesmente não se conectam, deixando as redes ociosas. A solução é tornar a conexão compulsória, sujeitando os ocupantes das residências a punições, especialmente multas.

A razão para a não conexão também pode ser econômica, de o usuário não possuir recursos para as obras. Com isso, apenas tornar a ligação compulsória não resolve. Serão necessários programas para estimular a ligação, com obras custeadas pelo prestador dos serviços ou pelo poder público, podendo haver o pagamento de forma parcelada, na conformidade da capacidade do usuário. Em muitas situações serão necessários subsídios tarifários ou fiscais.

Outra razão para a não conexão é que, usufruindo do serviço, o usuário ficará sujeito ao pagamento da tarifa. Aqui as soluções se repetem: para os que têm renda, a compulsoriedade da ligação é suficiente; para os que não têm renda, será necessário haver subsídio. Para ficar claro: segundo critérios inter-

nacionais, os serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário não podem comprometer mais de 3% da renda familiar.

Pelas razões acima, há a tendência de os serviços serem considerados, do ponto de vista jurídico, como de utilização compulsória. Porém, isso causa consequências.

A principal delas é que a sua remuneração mediante tarifas pode ser questionada. Isso porque a Súmula 545, do Supremo Tribunal Federal, editada ao final de 1969, afirma que “preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”. A súmula foi editada para sistematizar o entendimento do tribunal após diversos julgamentos sobre tarifas de água e esgoto.

Simplificando, a Súmula 545 do STF afirma que, quando os serviços são de fruição voluntária, podem ser remunerados por tarifa; quando são de fruição compulsória, só podem ser remunerados por taxa. A grande diferença é que as taxas são receitas públicas, tributárias, por isso seu valor é fixado mediante lei.

Há outras diferenças. As receitas obtidas mediante taxas integram o caixa único do Tesouro, retornando ao prestador mediante o complexo procedimento de pagamento. Afora tudo isso, como a receita das taxas integra a receita corrente líquida, cada real arrecadado em uma eventual taxa de saneamento redundaria, pelas vinculações constitucionais, em aumento de 12 centavos nas despesas com saúde e de 25 centavos nas despesas com educação.

Seriam tantas amarras que, praticamente, se inviabilizariam os serviços. Talvez parecendo melhor que os serviços não se tornem de utilização compulsória, para permitir que continuem remunerados por tarifa. E eis a situação atual. Para que se veja a importância da questão, recentemente o Judiciário concedeu medida liminar, no Município de Teixeira de Freitas (BA), impedindo a cobrança de tarifas pelo serviço de esgotamento sanitário, porque entendeu que, por ser serviço de utilização compulsória, somente poderia ser remunerado mediante taxa.

Necessário enfrentar a questão: o STF precisa revisitar a Súmula 545, editada no distante ano de 1969.

Claro que instituir o regime tarifário, em que a administração pública teria liberdade para fixar os valores, em serviços públicos de utilização compulsória, pode abrir espaço para cobranças abusivas, pode submeter o cidadão à sanha arrecadatória do Estado. Entende-se o conteúdo de proteção dos direitos da Súmula 545 do STF.

Contudo, atualmente, os serviços de saneamento básico são disciplinados por diretrizes fixadas por lei federal (LNSB), que, inclusive, instituiu os critérios que devem ser utilizados para a fixação de tarifas. Além disso, os serviços estão submetidos a planejamento, o que impede investimentos irracionais, que venham a pressionar o valor das tarifas e, ainda, a LNSB prevê que tanto a fixação como os reajustes e revisões de tarifas são de competência de entidade reguladora técnica e independente.

Com isso, ao contrário do passado, a fixação de tarifas de saneamento básico não ocorre de forma livre. Não há como repetir o que ocorria na década de 1960, não há margem para abusos. Assim, no caso dos serviços públicos de saneamento básico, não existem razões para se impedir que sejam ao mesmo tempo considerados de utilização compulsória e remunerados mediante tarifa. Necessário se atualizar o entendimento cristalizado na Súmula 545 do STF.

A oportunidade para isso está aberta, uma vez que o Tema de Repercussão Geral 903, reconhecido pelo STF, cuida da possibilidade de serviço de utilização compulsória ser remunerado por tarifa. Cabe às entidades do setor de saneamento participar desse debate para permitir que a insegurança jurídica neste aspecto seja superada, com grandes repercussões positivas não só nos serviços de água e esgoto, mas, em especial, nos serviços de resíduos sólidos, que teriam plenas condições de serem modernizados e ampliados.

Além do planejamento, e de que os serviços sejam, ao mesmo tempo, de utilização compulsória e remunerados mediante tarifa, há, ainda, mais as-

pectos essenciais para o saneamento básico brasileiro, especialmente o de que se *garantam os investimentos*.

## PARTE 4

Nesta série de tópicos, ficou claro que o saneamento básico precisa de muito investimento. Em 2013, o Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab) estimou que, para universalizar o acesso a esses serviços públicos até 2033, seriam necessários investimentos no valor de R\$ 485 bilhões, ou R\$ 24 bilhões por ano. Em 2018, o valor dos investimentos deve ser um pouco superior a R\$ 9 bilhões. Investimos hoje menos que a metade.

Em face da crise fiscal, não há perspectivas de, nos próximos anos, haver expansão dos investimentos por meio de recursos do Orçamento Geral da União (OGU). A Emenda Constitucional 95 “congelou” as despesas primárias da União no patamar de 2016, um dos anos com menor volume de investimentos federais em saneamento.

Para realizar os investimentos – necessários não apenas para *expandir*, como também para *manter* os serviços –, as receitas derivadas de tarifas passam a ser muito importantes. Claro que as tarifas deverão ser módicas, para não se transformarem em barreira econômica para o acesso aos serviços, como também é nítido que não é possível, em um ambiente recessivo, se falar em aumento do valor de tarifas. Porém, havendo recuperação da renda, é urgente que as tarifas de saneamento sejam mais relevantes.

Havendo receitas tarifárias futuras suficientes, mediante adequadas modelagens contratuais, podem se viabilizar investimentos hoje. Para isso, é necessário que as receitas futuras sejam efetivamente arrecadadas, sem arroubos clientelistas como a criação de isenções despropositadas ou o adiamento de reajustes, e que os contratos sejam cumpridos como celebrados. Por isso, são inviáveis investimentos sem *segurança jurídica*.

Porém, há um sério risco de, mesmo com as receitas tarifárias, não haver o investimento porque os recursos arrecadados podem se transformar apenas em *despesas de custeio*, especialmente em aumento de gasto com pessoal ou com publicidade, ou em *distribuição de resultados*, especialmente para o poder público, acionista majoritário em muitas companhias de saneamento. A regulação por entidades técnicas e independentes é fundamental para assegurar que as receitas tarifárias sejam destinadas ao investimento. Contudo, isso não é uma tarefa fácil.

Apesar das diversas pressões para a melhoria da governança, especialmente das empresas públicas, a verdade é que não há adequada transparência, e os recursos tarifários adicionais facilmente se transformariam em despesas de custeio ou em distribuição de resultados, relegando-se os investimentos. Por essa razão, além de se *melhorar a qualidade da regulação*, é necessário adotar instrumentos *específicos* para assegurar que uma parcela relevante das receitas tarifárias seja aplicada em investimentos.

A experiência francesa nos traz instrumento interessante, adotado nos contratos de *affermage*, que é a instituição de duas tarifas distintas: (i) uma para a operação dos serviços; e (ii) outra para os *investimentos*, sendo que as receitas advindas desta segunda tarifa poderiam integrar um *fundo de saneamento básico*. Essa proposta traria diversas vantagens:

- tornar *transparentes* os custos de operação dos serviços, induzindo o regime de eficiência, seja o prestador privado ou vinculado à administração pública;
- o usuário teria *direito* a que parte das receitas tarifárias fosse aplicada em investimentos. Essa vinculação permitiria o planejamento, inclusive para assegurar a continuidade do nível de investimentos, o que, por aumentar a eficiência, diminuiria seus custos;

- o fundo de saneamento básico permitiria *investimentos cofinanciados* com recursos fiscais, sejam os do Município, sejam os transferidos pelo Estado ou pela União.

Neste último aspecto, haveria uma mudança extraordinária. Por imposição constitucional, as transferências de recursos da União para outras entidades, públicas ou privadas, deve se efetivar com transparência, inclusive para que se possa verificar a legalidade, a regularidade e a economicidade da aplicação dos recursos.

Por isso, a exigência de se saber *o que vai ser apoiado* com a transferência, inclusive para se verificar se o objeto do investimento *atende à legislação* (por exemplo, se está licenciado ambientalmente) ou se possui *economicidade* (ou seja, se os preços praticados estão conformes com os parâmetros de mercado). E tudo sob a fiscalização do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público Federal.

Observe-se que, quando um investimento se insere no fluxo de caixa de uma concessão, ou outra forma contratual de prestação de serviços públicos, a questão se complica porque não basta se verificar apenas o empreendimento, mas a estrutura contratual, o impacto nas receitas e nos riscos e outros aspectos. Isso tem inviabilizado que as concessões sejam apoiadas por recursos da União. Apesar de a legislação atual prever o *aporte* de recursos públicos em PPPs, sempre resta a desconfiança de que tais recursos possam ser utilizados para subsidiar investimentos de obrigação do privado, criando benefícios indevidos.

Ao segregar os recursos destinados aos investimentos daqueles destinados à operação, a questão se resolve, porque o que passa a importar é o empreendimento (obra), e não mais o fluxo da concessão, que continua com o prestador público ou privado, que aufera as receitas da *tarifa de operação*.

Com o tempo, seria possível criar um Sistema Nacional de Saneamento Básico (como previsto no Projeto de Lei 5.296, de 2005, que deu origem à Lei Nacional de Saneamento Básico), por meio do qual os recursos possam

ser transferidos da União para os Estados e os Municípios mediante mecanismos fundo a fundo, com sistema de auditoria próprio, aos moldes do que hoje se pratica, com bons resultados, no Sistema Único de Saúde (SUS).

Observe-se que alguns defendem que essa forma simplificada de transferência de recursos seja utilizada para subsidiar as famílias mais pobres. Com isso, as tarifas seriam realistas, vinculadas ao custo dos serviços e seus investimentos, porém, na fatura de cobrança dos usuários de menor renda, a maior parte da conta seria paga com recursos públicos. Esse é o famoso “modelo chileno”. Eu discordo da adoção imediata desse sistema porque apenas se viabilizaria o aumento do valor das receitas, porém não asseguraria que esse adicional seria aplicado em investimentos.

Hoje, o pouco dos recursos federais que são aplicados em saneamento se dirige a *investimentos*, especialmente em obras. Caso estes mesmos recursos fossem aplicados em subsídios tarifários diretos, este aumento da receita poderia *não se converter em investimento*, aumentando, ao invés de diminuir, o déficit de cobertura e de qualidade dos serviços públicos de saneamento básico.

Mas é evidente que o modelo das tarifas distintas, de *operação* e de *investimento*, produziu bons resultados nos países francófonos e, adaptado, poderia produzir ótimos frutos no Brasil. Porém, não bastam apenas mais recursos, mas *investir de forma eficiente*, o que depende de planejamento. Por isso, é central o Plansab. A este tema será dedicado o último artigo da série.

## PARTE 5 – CONCLUSÃO

“Ao navio que não sabe a qual porto vai, nenhum vento é favorável”, diz a conhecida frase de Sêneca, filósofo romano do século I que nasceu onde hoje é a cidade de Córdoba, na Espanha. O significado mais profundo dessa sentença é que o planejamento, com a fixação de metas e objetivos, é fundamental para se obter resultados. Às vezes pode parecer que algo – quando visto de forma isolada – é o mais correto, mas, do ponto de vista do longo prazo, ou no

confronto global de todos os interesses e informações, este algo pode não ser o melhor (ou prioritário), ou, ainda, pode ser até contraproducente.

No saneamento básico isso se mostra extremamente verdadeiro. Certa vez, acompanhei um projeto em que havia forte pressão para se construir uma nova estação de tratamento de água (ETA), distante da sede urbana. Porém, o planejamento mostrou que o prioritário era o tratamento de esgotos e outras medidas para preservar o manancial próximo à cidade, seguido da mera ampliação da ETA já existente. Essa opção viabilizou muito mais bem-estar com a mobilização de menos recursos. Se não houvesse o planejamento, teria sido efetuada a construção da ETA distante, um investimento equivocado, criando uma infraestrutura que oneraria os serviços permanentemente com o aumento desnecessário dos custos de operação.

O principal instrumento do planejamento do saneamento brasileiro é o Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab), previsto pela Lei Nacional de Saneamento Básico (LNSB) como um *decreto presidencial*. Contudo, o decreto expedido delegou a tarefa de aprovar o plano a uma *portaria interministerial*. E é neste nível subalterno que se encontra, atualmente, este importante instrumento.

Há um claro equívoco. A Constituição brasileira prevê que é competência comum “promover a melhoria das condições de saneamento básico” (art. 23, IX) mediante a “cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios” (art. 23, parágrafo único). Como sabido, o saneamento básico é um serviço público de responsabilidade municipal, porém – ante a previsão constitucional – cabe à União e aos Estados cooperar com o Município, para que haja a “melhoria das condições de saneamento básico”.

Como assentando por diversas vezes pelo Supremo Tribunal Federal, apesar de ser assunto municipal, cabe aos Estados e à União cooperar com os Municípios. Há, portanto, um *dever de cooperar*. O Plansab serve, justamente, para organizar o *dever de cooperação* da União com os Estados e com os Municípios. Ou seja: por meio do Plansab, Estados e Municípios saberão o que de-

vem fazer para receber a cooperação da União e quando e em qual medida ou volume haverá esta cooperação federal, seja técnica ou financeira.

Porém, há um equívoco aqui, porque a Constituição Federal prevê que a cooperação da União com os Estados e com os Municípios, para execução de competências comuns, como a de promover a melhoria das condições de saneamento básico, deve se dar mediante *normas fixadas por lei complementar* (art. 23, parágrafo único). Evidente, assim, que o Plansab não poderia ser uma subalterna portaria, um decreto presidencial ou, mesmo, uma lei ordinária. Como seu papel é disciplinar a cooperação federativa, somente poderia se revestir da forma de *lei complementar*.

O Plansab, em realidade, deveria ser uma lei complementar *que veiculasse um plano setorial*, previsto por diversos dispositivos da Constituição Federal, que prevê aprovação pelo Congresso Nacional (art. 48, IV), o qual também deve apreciar os relatórios de execução (art. 49, IX) por meio de sua comissão mista de orçamento (art. 166, parágrafo 1º, II).

Como se vê, o sistema de planejamento estabelecido pela Constituição Federal, no que se refere ao saneamento básico, foi completamente ignorado, sendo a *lei complementar* prevista no texto constitucional substituída por uma *portaria interministerial*. É necessário corrigir, o que terá não poucas consequências.

Em primeiro lugar, parte do conteúdo do Plansab teria de ser adaptado para este novo formato, apesar de o seu conteúdo atual, em maior parte, ser perfeitamente compatível com o de uma lei complementar. Por exemplo, ao prever que os programas orçamentários de saneamento são apenas três: *saneamento estrutural* (criação de infraestruturas), *saneamento estruturante* (investimentos em gestão) e *saneamento rural* (ações vinculadas à saúde pública, em especial de combate de endemias).

Outro aspecto fundamental é que *lei complementar* exige quórum qualificado para sua aprovação (art. 59, parágrafo único, da CF), bem como não pode ser modificada por medida provisória (art. 62, parágrafo 1º, III, da

CF). Isso asseguraria uma grande estabilidade à política de saneamento básico, deixando claro que se trata de uma *política de Estado*, e não, simplesmente, uma *política de governo*.

Afora isso, por se tratar de uma *lei complementar*, as normas do Plansab poderiam disciplinar matéria relativa às *finanças públicas* (art. 163, I, da CF), vinculando a que os orçamentos públicos adotem organização uniforme ou adequada, por exemplo, com a criação de *fundos de saneamento básico*, viabilizando as transferências fundo a fundo, bem mais eficazes e simples e que têm funcionado bem no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Também por poder disciplinar aspectos relativos às finanças públicas, as normas do Plansab veiculadas por lei complementar poderiam facilitar o acesso a recursos por parte dos Municípios e dos Estados com maior déficit sanitário, corrigindo um sério problema atual: as regiões do país com *maior déficit sanitário* são aquelas que *não conseguem acessar os recursos federais* para o saneamento básico, em um evidente contrassenso.

Em suma: com um Plansab sob a forma de *plano setorial* aprovado por *lei complementar*, o saneamento ganharia em estabilidade e em agilidade, bem como se permitiria que os recursos federais fossem mais bem aplicados.

Porém, evidente que a melhoria do planejamento do saneamento básico no nível federal precisa ser acompanhada pela melhoria do planejamento do saneamento no nível local, no terreno onde os serviços e os investimentos devem se desenvolver. Por isso, são trágicos os resultados da pesquisa “Perfil dos Municípios Brasileiros” (Munic), divulgada em setembro pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), onde se mostrou que apenas 41,5% das 5.570 cidades brasileiras tinham elaborado o seu plano de saneamento básico em 2017.

Como investir com eficiência, utilizando melhor os recursos públicos, sem um planejamento adequado? Não custa insistir que o planejamento não é luxo, acessível somente aos que possuem mais recursos econômicos. Justamente

o contrário. Quem possui menos recursos deve utilizá-los com a máxima sabedoria e, por isso, nesta situação, o planejamento se torna ainda mais importante.

É claro que o governo federal deve atuar de forma decidida para viabilizar que o planejamento do saneamento se torne realidade em todos os Municípios brasileiros. O saneamento exige que se saia dos gabinetes em Brasília e se atue lado a lado com os Municípios e suas comunidades, porque muitas vezes um conjunto de pequenas iniciativas mudam muito mais do que uma grande obra, inaugurada com pompa e circunstância, porém sem produzir os benefícios esperados pelos elevados recursos que mobilizou.

# AS REGIÕES METROPOLITANAS E O SERVIÇO REGIONALIZADO DE SANEAMENTO

Rodrigo Garrido Dias<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo analisa o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito da titularidade do saneamento em regiões metropolitanas e a importância da governança interfederativa como fator de solução dos problemas concretos dessas regiões. Apresenta ainda os dados coletados pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (Ipea) a respeito do serviço regionalizado de saneamento e, ao final, destaca o papel da cidadania na tarefa de conduzir a gestão metropolitana ao atingimento do interesse público. Quanto à metodologia, trata-se de uma pesquisa de tipo documental, em que as fontes primárias são os dados sobre o setor de saneamento e a legislação aplicável e, as secundárias, os artigos e os livros da doutrina especializada.

---

1 Mestrando em Direito Constitucional na Universidade Federal Fluminense (UFF/RJ). Pesquisador no Laboratório de Regulação Econômica da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ Reg.) Advogado. E-mail: rodrigogarrido@id.uff.br.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o panorama do saneamento nos espaços metropolitanos brasileiros sem descurar-se, contudo, do déficit de gestão das nossas regiões. Nesse sentido, analisará os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito da titularidade do saneamento, bem como o advento do Estatuto da Metrópole. Ambos consubstanciam um novo marco jurídico que permitirá a construção de arranjos institucionais mais eficazes para a solução dos problemas comuns metropolitanos.

Espera-se que esse avanço no terreno normativo sirva de alicerce para a construção de ambientes político-institucionais mais favoráveis à concertação e que em última análise a cidadania ocupe o espaço que lhe é próprio na discussão dos temas metropolitanos.

## 2. O “VAZIO JURÍDICO” NA GESTÃO METROPOLITANA

As primeiras regiões metropolitanas brasileiras foram criadas no ano de 1973, sob a égide da Constituição Federal de 1967<sup>2</sup>. São elas São Paulo, Belo Horizonte, Salvador, Recife, Fortaleza, Belém, Curitiba e Porto Alegre<sup>3</sup>.

Em 2017, portanto, completamos quarenta e quatro anos de gestão metropolitana no Brasil, tempo suficiente para avaliar os resultados desse modelo de arranjo institucional no que concerne à gestão.

Com esse desiderato, o Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (Ipea) realizou pesquisa<sup>4</sup> voltada a analisar a gestão das regiões instituídas.

---

2 “Art. 164. A União, mediante lei complementar, poderá para a realização de serviços comuns, estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, façam parte da mesma comunidade sócio-econômica”.

3 Foram criadas pela Lei Complementar 14, de 8 de junho de 1973.

4 Trata-se do Projeto Governança Metropolitana no Brasil. O estudo foi realizado em 2013 quando do aniversário de quarenta anos da criação das primeiras regiões metropolitanas no Brasil.

O balanço final do Instituto é o seguinte:

não há, rigorosamente falando, gestão metropolitana no país, ao menos não no sentido de que um determinado desenho institucional responda aos anseios, estratégias e objetivos de uma política de ordenamento territorial e/ou à gestão integrada de desafios compartilhados<sup>5</sup>.

E segue o Ipea:

essa “ausência” repousa, em última instância, no vazio jurídico deixado pela Constituição de 1988. A delegação da gestão metropolitana aos estados, numa Federação em que os municípios são protagonistas na gestão de seus territórios, sem que isto seja claramente regulamentado e sem que a União forneça qualquer orientação ou regras para a gestão metropolitana, fez da gestão metropolitana uma tarefa improvável<sup>6</sup>.

De alguma maneira, esse “vazio jurídico” começa a ser preenchido a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF),<sup>7</sup> que, ao julgar leis fluminenses<sup>8</sup> que instituíram a região metropolitana do Rio de Janeiro, decidiu pela gestão compartilhada do saneamento em Regiões Metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.

---

5 INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS (IPEA). 40 Anos de Regiões Metropolitanas no Brasil. Brasília: Ipea, 2013, p. 323.

6 Idem, p. 331.

7 Decisão tomada no julgamento da ADI 1842/RJ, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT).

8 As Leis Estaduais Fluminenses, impugnadas na ADI 1.842/RJ, foram a Lei Complementar 87/1997 e a Lei Ordinária 2.869/1997.

### 3. A VISÃO DO STF SOBRE A TITULARIDADE DO SANEAMENTO

A decisão do STF, a respeito da titularidade do saneamento em regiões metropolitanas, apresenta as seguintes conclusões:

- a) regiões metropolitanas não são Entes federados (não são entidades políticas);
- b) são instâncias voltadas ao exercício de funções públicas de interesse comum;
- c) não possuem competência legislativa;
- d) a participação dos Municípios na região é compulsória;
- e) essa integração compulsória não ofende à autonomia municipal;
- f) gestão associada compulsória não significa a transferência de competência para o Estado ou para o Município polo da região;
- g) exige uma personalidade jurídica aglutinadora e direção colegiada;
- h) o poder concedente das funções públicas de interesse comum passa ao colegiado interfederativo;
- i) nesse colegiado nenhum Ente pode deter o poder absoluto (embora não obrigatória a paridade na participação);
- j) as decisões do colegiado não estão sujeitas à aprovação da Assembleia Legislativa Estadual.

Verifica-se que a posição do STF foi muito além do tema saneamento. Em realidade, a Corte estabeleceu um modelo de gestão dos serviços públicos de interesse comum em regiões metropolitanas.

Inovou ainda quando se afastou da tradicional dicotomia existente na doutrina a respeito da titularidade do saneamento. De acordo com a Excelsa Corte, o poder concedente para outorga dos serviços de interesse comum, após

a instituição de regiões metropolitanas, não pertence mais, de forma isolada, aos Municípios, ou ao Estado-membro, mas sim ao colegiado diretivo da região.

Importante nesse sentido o entendimento de que as decisões do colegiado metropolitano não estão sujeitas à aprovação da Assembleia Legislativa Estadual. Isso reforça a autonomia da instância deliberativa metropolitana.

Em relação ao acórdão,<sup>9</sup> foram opostos três embargos de declaração<sup>10</sup> que buscam aclarar, em síntese, o seguinte:

- a) deve o Estado-membro participar necessariamente do Colegiado Metropolitano?
- b) omissão do acórdão em relação a critérios de governança que vedem a concentração de poder em um único Ente;
- c) omissão em relação à abrangência do acórdão: se nacional ou apenas para o Estado do Rio de Janeiro;
- d) falta de regras de transição para os ajustes em vigor ou procedimentos de contratação em andamento na data da decisão;
- e) omissão da decisão quanto à participação da sociedade no colegiado metropolitano<sup>11</sup>.

Analisando o teor da decisão, resta claro o entendimento no sentido da participação do Estado-membro no Colegiado Metropolitano. Isso decorre da própria compreensão da Corte a respeito da titularidade do saneamento<sup>12</sup>. Não há omissão do acórdão, portanto, nesse ponto.

Sobre a falta de estabelecimento de critérios de governança na decisão que veda a concentração de poder em um único Ente, entendemos não se tratar

---

9 O acórdão foi publicado em 16 de setembro de 2013.

10 Os Embargos foram opostos pelos seguintes partidos políticos: Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Popular Socialista (PPS) e Partido Democrático Trabalhista (PDT). Até a data de submissão do presente artigo, em 10/12/2018, os aludidos embargos ainda não haviam sido julgados.

11 Esse direito de participação da sociedade civil no Colegiado Metropolitano acabou consagrado pelo inciso II do art. 8º do Estatuto da Metrópole.

12 Entendimento no sentido de superar a dicotomia Estado-membro ou Município, definindo que a titularidade passa a ser do Colegiado Metropolitano.

igualmente de omissão. Em realidade, trata-se de matéria afeta ao Poder Legislativo Estadual,<sup>13</sup> não cabendo ao Judiciário, nesse ponto, dispor sobre o tema.

Já em relação à falta de regras de transição para os procedimentos de contratação em andamento na data da decisão, parece-nos pertinente que a Corte venha a se pronunciar sobre esse ponto em razão da necessidade de se garantir segurança jurídica nas contratações.

No que tange à abrangência da decisão, compreende-se que ela atinge apenas o Estado do Rio de Janeiro.

É que o art. 102, § 2º, da CF, com redação dada pela Emenda Constitucional 45, de 2004, dispõe que:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.<sup>14</sup>

Só que esse efeito vinculante mencionado no art. 102, §2º, da Constituição, e no parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/1999 abarca tão somente a parte dispositiva da decisão<sup>15</sup> e não a “*ratio decidendi*”<sup>16</sup>.

---

13 Incumbe ao Poder Legislativo Estadual disciplinar, por meio de Lei Complementar, a organização da região metropolitana, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição Federal.

14 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 49a ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016, p. 46.

15 Como a parte dispositiva dispõe sobre a constitucionalidade de leis fluminenses, a abrangência da decisão está adstrita ao Estado do Rio de Janeiro.

16 De acordo com a posição atual do STF, as razões de decidir não abarcam casos semelhantes não julgados pela Corte. O tema, no entanto, deverá ser analisado novamente pelo Tribunal em razão do advento do novo CPC, que dispõe sobre os precedentes obrigatórios em seu art. 927. Mais esclarecimentos sobre o tema em: MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. O que vincula no efeito vinculante? CPC/2015 e transcendência de motivos. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-03/observatorio-constitucional-vincula-efeito-vinculante-cpctranscendencia-motivos>. Acesso em: 10 dez. 2018.

Isso impede que os motivos determinantes da decisão sejam utilizados por parte interessada, por exemplo, no manejo da Reclamação<sup>17</sup>.

Independentemente da abrangência da decisão, o posicionamento da mais alta Corte do país sobre o tema tende a influenciar os novos arranjos institucionais a serem moldados nas regiões metropolitanas brasileiras.

Espera-se, contudo, que esses novos arranjos não sejam reféns dos interesses patrimoniais da União e dos Estados membros<sup>18</sup>. Sobre o tema da preponderância do Estado-membro nos arranjos metropolitanos, destaca Paulo Modesto:

A competência do Estado para instituição da região metropolitana não autoriza que o Estado assuma para si a execução dos serviços de saneamento nem a titularidade do serviço (Art. 25, §3º, da CF). Essa decisão deve ser entregue à deliberação dos municípios integrados, preservando a autonomia de cada qual, ainda que exercida no âmbito do colegiado da região. Não é correto dizer-se que, instituída a região metropolitana, o serviço de saneamento adquire a condição de serviço de interesse predominantemente regional e a titularidade é transferida para o Estado-membro<sup>19</sup>.

A preservação da autonomia municipal é *conditio sine qua non* para a constitucionalidade das soluções metropolitanas que venham a ser adotadas.

---

17 A Reclamação (RCL) é um instrumento jurídico com status constitucional que visa a preservar a competência do Supremo Tribunal Federal (STF) e a garantir a autoridade de suas decisões (art. 102, inc. I, alínea "I", da Constituição Federal).

18 Chama a atenção o programa de concessões em saneamento, capitaneado pela União (via BNDES), sem a participação ativa dos Municípios na tomada de decisão. Ainda que as companhias de saneamento pertençam aos Estados membros, não é demais lembrar que a titularidade do saneamento é municipal. A decisão do STF apenas ressaltou que – em regiões metropolitanas – essa titularidade passa a ser exercida de maneira compartilhada. Sobre o tema das concessões ver: <http://oglobo.globo.com/economia/empresas-de-saneamento-de-oito-estados-serao-privatizadas-20773761>. Acesso em: 10 dez. 2018.

19 MODESTO, Paulo. Região Metropolitana, Estado e Autonomia Municipal: a governança interfederativa em questão. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 66, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/regiao-metropolitana-estado-e-autonomia-municipal-a-governanca-interfederativa-em-questao>. Acesso em: 10 dez. 2018, p. 6.

A postura inovadora do legislador constituinte originário, erigindo o Município à condição de integrante da Federação, conferiu ao Ente local um alcance inédito até então na história dos sistemas federativos.

A Federação é invenção norte-americana. O constituinte estadunidense de 1787 conseguiu uma maneira engenhosa de criar uma aliança entre Estados soberanos que cederam parte de sua autonomia para o estabelecimento do pacto federal<sup>20</sup>.

As características comuns das federações são a aliança entre unidades autônomas; a impossibilidade de ela ser desfeita ou a inexistência de direito de secessão; o fundamento constitucional do pacto; a descentralização política; a participação dos Estados no Poder Legislativo Federal; os órgãos representativos dos Estados membros; a repartição rígida de competências; a possibilidade de intervenção federal, em casos excepcionais; a possibilidade de formação de Estados membros e também a previsão de um órgão de cúpula do Poder Judiciário<sup>21</sup>.

Verifica-se, assim, que a Federação brasileira apresenta certa peculiaridade em relação aos postulados históricos do modelo federal. Nesse ponto, estamos ainda em uma verdadeira construção da nossa identidade federal.

Podemos apontar, como exemplo dessa incompletude, o fato de que os Municípios não possuem representatividade no poder central; afinal, o nosso sistema bicameral prevê a Câmara dos Deputados como representante do povo e o Senado Federal como representante dos Estados membros e do Distrito Federal.

De qualquer maneira, a partir desse *status* de Ente federado, conferido pelo art. 18 da Constituição, ganhou ainda mais valor a autonomia dos Entes locais que, na lição de Hely Lopes Meirelles, se expressa no:

---

20 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

21 BULOS, Uadi Lammêgo. Direito Constitucional ao alcance de todos. São Paulo: Saraiva, 2009.

[...] a) poder de auto-organização (elaboração de lei orgânica própria); b) poder de autogoverno, pela eletividade do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores; c) poder normativo próprio, ou de autolegislação, mediante a elaboração de leis municipais na área de sua competência exclusiva e suplementar; d) poder de auto-administração: administração própria para criar, manter e prestar os serviços de interesse local, bem como legislar sobre seus tributos e aplicar suas rendas<sup>22</sup>.

Pode-se dizer, ainda sobre autonomia, que ela consubstancia exercício de poder limitado pela Constituição. Não se pode, por conseguinte, falar de hierarquia entre União, Estados membros, Distrito Federal e Municípios; todos atuam sob o influxo de competências estabelecidas na Carta da República.

E nesse sentido, qual seja, de preservação da autonomia municipal desempenha o Estatuto da Metrópole um importante papel, afinal, veio corroborar e complementar o próprio entendimento do Supremo sobre a matéria<sup>23</sup>, reforçando a necessidade de planejamento e governança interfederativa nas ações metropolitanas, consoante minudenciado a seguir.

#### **4. O ESTATUTO DA METRÓPOLE E A GOVERNANÇA INTERFEDERATIVA**

O Estatuto da Metrópole (Lei 13.089/2015)<sup>24</sup> é uma lei de caráter nacional que estabeleceu diretrizes para o planejamento, a gestão e a execução de funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas. Merecem

---

22 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 13a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 93.

23 O Estatuto ratificou pontos importantes da decisão do STF, tais como a preservação da autonomia dos Entes federados no inciso III do art. 6º, além de complementar a decisão da Corte Suprema quando, por exemplo, garantiu a participação da sociedade civil nos processos de planejamento e tomada de decisão (inciso V, art. 7º, da Lei 13.089/2015). Tema esse que, como vimos, foi objeto dos embargos de declaração opostos junto ao Supremo.

24 BRASIL. Lei 13.089, de 12 de Janeiro de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13089.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13089.htm) . Acesso em: 10 dez. 2018.

destaque os seguintes pontos trazidos pelo Estatuto: a) conceitos de metrópole, região metropolitana, aglomeração urbana e microrregião; b) definição de que as instâncias colegiadas deliberativas devem contar com representação da sociedade civil; c) a previsão de um plano de desenvolvimento integrado com governança interfederativa (PDUI); d) o estabelecimento de um sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas. Afirmou ainda a prevalência do interesse comum<sup>25</sup> sobre o local e o necessário compartilhamento de responsabilidades entre os Entes. De fato, o Estatuto estabeleceu um novo passo na construção de um marco regulatório mínimo para as regiões metropolitanas. Reafirmou a competência dos Estados membros para a criação, além de estabelecer critérios para o apoio da União. O desafio mais proeminente ao cumprimento do Estatuto, no entanto, são a organização e o consenso dos integrantes das regiões metropolitanas em torno de problemas comuns, construindo a partir daí os alicerces para uma verdadeira governança interfederativa<sup>26</sup>. Esses problemas comuns são diametralmente opostos às demandas eminentemente locais, pois não correspondem à soma das dificuldades de cada Ente.

Outro problema reside nas diferenças orçamentárias e financeiras entre os integrantes das regiões, que não contam com fontes de recursos específicas para atender às demandas. Em face disso, avulta em importância a necessidade de se incorporar novos partícipes no financiamento, de maneira que instituições de natureza pública convivam com empreendedores privados. Os investimentos em saneamento exigem altos montantes de recursos, nem sempre suportáveis pelos Entes governamentais, de modo que a participação de atores privados pode ser decisiva na implantação de projetos específicos. Para Rove-

---

25 O Estatuto define função pública de interesse comum (art. 2º, II, da Lei 13.089/2015) como sendo a "política pública ou ação nela inserida cuja realização por parte de um município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes".

26 O Estatuto, no inc. IV do art. 2º, define governança interfederativa como sendo o "compartilhamento de responsabilidades e ações entre entes da Federação em termos de organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum."

na Negreiros, destacam-se os seguintes desafios político-institucionais para a cooperação interfederativa nas regiões metropolitanas:

a) a fragmentação institucional, que gera impactos na gestão e implementação das FPICs, em que se sobressai a pulverização da repartição formal de atribuições entre os entes federados e a autonomia dos governos locais na solução de problemas de interesse comum; b) o baixo reconhecimento do papel e do peso na dinâmica metropolitana de um ou mais municípios (em geral o município sede), que tende a ser desconsiderado nas estruturas de governança metropolitana; c) a dificuldade para implantar mecanismos e instrumentos que ampliem a participação do setor privado no financiamento de projetos e ações e d) as disputas políticopartidárias e a falta de identidade metropolitana.<sup>27</sup>

Está claro, portanto, que as políticas públicas para o desenvolvimento das metrópoles necessariamente devem integrar as políticas setoriais e isso só se viabilizará a partir de uma efetiva cooperação entre os níveis de governo, com a participação da iniciativa privada e da cidadania. Merece, ao final, um destaque especial o Pdui<sup>28</sup>. Esse plano integrado consiste num elemento fulcral da governança interfederativa. Sua construção é uma excelente ocasião para inserir o cidadão que mora na região metropolitana nos debates concernentes à execução das funções públicas de interesse comum. A presença da cidadania é fator de legitimação, além de auxiliar na implantação dos projetos e ações pactuadas.

Verifica-se, portanto, que a decisão do Supremo a respeito da gestão compartilhada do saneamento em regiões metropolitanas, aliada ao advento do Estatuto da Metrópole, formam um arcabouço jurídico apto a conduzir os

---

27 NEGREIROS, Rovena. Governança Interfederativa: os desafios postos para as RM's brasileiras a partir do Estatuto da Metrópole. Revista Desafios do Desenvolvimento, n. 66, 2016. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/desafios/images/stories/ed87/pdfs/160616\\_revista\\_desafios\\_87.pdf](http://www.ipea.gov.br/desafios/images/stories/ed87/pdfs/160616_revista_desafios_87.pdf). Acesso em: 14 jan. 2017, p. 19.

28 O Plano Urbanístico de Desenvolvimento Urbano Integrado está previsto no inc. VI do art. 2º do Estatuto da Metrópole.

novos arranjos institucionais metropolitanos a serem formatados nas diferentes regiões do país. São esses arranjos que encontrarão um panorama do saneamento, em que preponderam as Companhias Estaduais na prestação do serviço.

## **5. PANORAMA DO SANEAMENTO EM ESPAÇOS METROPOLITANOS**

No que concerne ao serviço de saneamento nas regiões metropolitanas, temos segundo o Ipea, o seguinte panorama descritivo:

Dos municípios que integram RMs, em aproximadamente 77% destes, a responsabilidade da prestação é de um prestador regional – as companhias estaduais de saneamento (CESBs); em 20% dos municípios, o serviço é prestado por uma empresa local de direito público, e o restante é dividido entre empresas de abrangência local de direito privado e empresas estritamente privadas<sup>29</sup>.

Os quadros a seguir, elaborados a partir de dados obtidos no estudo Território Metropolitano do Ipea,<sup>30</sup> revelam a distribuição dos prestadores de acordo com as regiões do país, a cobertura de abastecimento de água e de esgotamento sanitário nos Municípios integrantes de regiões metropolitanas:

---

29 INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS (IPEA). 40 Anos de Regiões Metropolitanas no Brasil. Brasília: Ipea, 2013, p. 238.

30 \_\_\_\_\_. Território Metropolitano, políticas municipais: por soluções conjuntas de problemas urbanos no âmbito metropolitano. Brasília: Ipea, 2013, p. 228.

**Tabela 1 – Distribuição dos prestadores de acordo com as regiões do país**

Região	Prestador Local	Prestador Regional
Norte	45,45%	54,55%
Nordeste	11,72%	88,28%
Sudeste	24,22%	75,78%
Sul	26,89%	73,11%
Centro-Oeste	12,50%	87,50%

Fonte: Elaborada pelo autor.

**Tabela 2 – Cobertura de abastecimento de água, segundo o tipo de prestador em domicílios particulares permanentes**

Região	Prestador Local	Prestador Regional
Norte	85,54%	23,41%
Nordeste	88,67%	77,09%
Sudeste	87,90%	82,23%
Sul	87,41%	88,89%
Centro-Oeste	82,40%	75,38%

Fonte: Elaborada pelo autor.

**Tabela 3 – Cobertura de esgotamento sanitário, segundo o tipo de prestador em domicílios particulares permanentes**

Região	Prestador Local	Prestador Regional
Norte	28,54%	20,32%
Nordeste	50,59%	44,97%
Sudeste	86,08%	78,61%
Sul	82,71%	82,26%
Centro-Oeste	43,94%	38,68%

Fonte: Elaborada pelo autor.

Claramente existe uma preponderância das companhias estaduais de saneamento na prestação regionalizada em regiões metropolitanas, resquício

direto do período do Planasa<sup>31</sup>. Segundo o Ipea, no entanto, as melhores coberturas pelo prestador local nos serviços de água e esgotamento sanitário se devem ao seguinte:

- i) a uma maior proximidade da gestão dos prestadores locais às características dos seus usuários, resultando em uma operação mais racional. ii) a um maior ajuste e integração ao planejamento municipal; e/ou. iii) a uma menor complexidade das redes de atendimento<sup>32</sup>.

Isso tudo revela que existe um campo aberto, considerando as dificuldades financeiras apresentadas pela grande maioria das companhias estaduais de saneamento, para se pensar noutros modelos de execução dos serviços. Dentre as possibilidades existentes está, por exemplo, a da parceria público-privada.

Se levarmos em conta ainda que o saneamento engloba limpeza e drenagem urbana, manejos de resíduos sólidos e de águas pluviais, resta mais espaço para a busca de alternativas que assegurem a realização do interesse público em nossas regiões metropolitanas.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao final do presente trabalho, pode-se verificar que as condições jurídicas para o desenvolvimento harmônico das regiões metropolitanas estão postas. Não há que se falar mais em ausência de parâmetros normativos. Temos, ao revés, problemas de ordem política que devem ser enfrentados para o melhor desempenho da gestão em nossas metrópoles. E, nesse contexto, avul-

---

31 Plano Nacional de Saneamento instituído em 1971. Para mais informações, ver: AEGEA. A História do Saneamento Básico no Brasil. Disponível em: <http://www.aegea.com.br/portfolios/a-historia-do-saneamento-basico-no-brasil/>.

32 IPEA. Território Metropolitano, políticas municipais: por soluções conjuntas de problemas urbanos no âmbito metropolitano. Brasília: Ipea, 2013, p. 241.

ta em importância a participação da cidadania. Incumbe a ela vigilar pelo interesse público nas nossas regiões metropolitanas. Não se admite que interesses públicos secundários<sup>33</sup> de salvar as contas públicas estaduais ou mesmo evitar a privatização de autarquias, em muitos casos, reconhecidamente deficitárias, prevaleçam.

E para que o interesse público primário seja preservado é condição indispensável a não concentração de poderes em um único Ente. No mesmo sentido, porém sob a ótica da regulação, merece destaque a reflexão de André Saddy<sup>34</sup> sobre a pertinência da separação do regulador e do prestador.

Resta claro, portanto, que os desafios a serem enfrentados pelas nossas regiões metropolitanas são complexos. Começam pela sobreposição de instrumentos de planejamento (PDUI, Planos Diretores Municipais, Planos Setoriais de Saneamento (Estadual, Metropolitano e Municipal) e mesmo de legislação (lei orçamentária estadual e municipais), exigindo um esforço de compatibilização e alinhamento entre os Entes e sobretudo dos seus dirigentes que em muitos casos estão situados em campos opostos da arena político-partidária.

Aguarda-se, portanto, que a sociedade civil se aproprie do seu espaço de representação nesses novos colegiados metropolitanos, de modo a evitar que o ideário de uma gestão metropolitana comprometida com o interesse público sucumba em face das divergências políticas locais e que, em última análise, os serviços de saneamento, nesse contexto, atendam de fato aos anseios dos moradores das regiões metropolitanas.

---

33 Interesse secundário, na definição de Renato Alessi, diz respeito ao interesse patrimonial do Estado que nem sempre coincide com o interesse primário da sociedade. Sobre o tema, vide: SILVA, Julio César Bittencourt. O Princípio da Supremacia do Direito Público sobre o Privado: fundamentos e perspectivas. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7f2776f553fe2d5f>. Acesso em: 10 dez. 2018.

34 SADDY, André. Regulação do Saneamento Básico: obrigatoriedade de existência de uma entidade que preste e outra que regule e fiscalize os serviços de saneamento básico. In: SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca. Aspectos Jurídicos do Saneamento Básico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 133.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 49ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016.

BRASIL. *Lei 11.079, de 30 de Dezembro de 2004*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm) . Acesso em: 14 jan. 2017.

BRASIL. *Lei 13.089, de 12 de Janeiro de 2015*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13089.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13089.htm) . Acesso em: 14 jan. 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ementa: 1. Ação direta de inconstitucionalidade. Instituição de região*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado> . Acesso em: 14 jan. 2017.

CHAUVET, Rodrigo da Fonseca. *Aspectos Jurídicos do Saneamento básico*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2017.

INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS (IPEA). *40 Anos de Regiões Metropolitanas no Brasil*. Brasília: Ipea, 2013.

INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS (IPEA). *Território Metropolitano, políticas municipais: por soluções conjuntas de problemas urbanos no âmbito metropolitano*. Brasília: Ipea, 2013.

MODESTO, Paulo. Região Metropolitana, Estado e Autonomia Municipal: a governança interfederativa em questão. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 66, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/regiao-metropolitana-estado-e-autonomia-municipal-a-governanca-interfederativa-em-questao>. Acesso em: 14 jan. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

NEGREIROS, Rovená. Governança Interfederativa: os desafios postos para as RM's brasileiras a partir do Estatuto da Metrôpole. *Revista Desafios do Desenvolvimento*, n. 66, 2016. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/desafios/images/stories/ed87/pdfs/160616\\_revista\\_desafios\\_87.pdf](http://www.ipea.gov.br/desafios/images/stories/ed87/pdfs/160616_revista_desafios_87.pdf). Acesso em: 14 jan. 2017.

# CONTABILIDADE PÚBLICA E GESTÃO MUNICIPAL

Marice Fronchetti<sup>1</sup>

Nos últimos anos, a sociedade brasileira sofreu profundas mudanças, passando da inércia ao envolvimento, em consequência do uso de recursos públicos, alterando a postura do pensamento do cidadão que passou a acreditar na busca da cidadania e na consolidação de um Estado Democrático de Direito.

Diante deste cenário, a administração pública sofreu mudanças de comportamento, migrando da formatação de gestão burocrática para foco gerencial.

Quando observamos os movimentos, percebemos uma participação maior da sociedade na gestão pública, lutando na criação de mecanismos para disponibilizar as informações necessárias e possibilidades para que os cidadãos possam praticar seus atos de cidadania. Foram criados diversos mecanismos para inibir desvios de recursos públicos. Nesse sentido, podemos citar a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei da Transparência, ambas com intuito de

---

<sup>1</sup> Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, Contabilidade e Administração de Empresas. Pós-Graduada em gestão de tributos, planejamento estratégico tributário e em análise de balanços. Consultora de Contabilidade da Confederação Nacional de Municípios. E-mail: marice@proceconta.com.br.

fornecer mais informações aos usuários (cidadãos) no acompanhamento da administração dos gestores públicos.

Desse modo, a contabilidade pública brasileira passa a ter papel de extrema importância na geração de informações, seja na área federal, estadual, municipal ou no Distrito Federal – tendo como base a Lei 4.320, de 17 de março de 1964, que instituiu normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, que visa a fortalecer a transparência na aplicação de recursos públicos e instrumentalizar o controle social.

A contabilidade pública registra a previsão da receita e a fixação da despesa, estabelecidas no Orçamento Público aprovado para o exercício, escritura a execução orçamentária da receita e da despesa, faz a comparação entre a previsão e a realização das receitas e despesas, controla as operações de crédito, a dívida ativa, os valores, os créditos e obrigações, revela as variações patrimoniais e mostra o valor do patrimônio que são de toda uma sociedade.

Assim, podemos perceber que o papel da contabilidade pública tem o interesse também em todos os atos praticados pelo administrador, sejam de natureza orçamentária (previsão da receita, fixação da despesa, empenho, descentralização de créditos etc.) ou sejam meramente administrativos, mas com desempenho e procedimentos voltados cada vez mais à transferência da utilização dos escassos recursos públicos. Deste modo, o objeto de qualquer contabilidade é o patrimônio.

A contabilidade pública não está interessada somente no patrimônio e suas variações, mas, também, no orçamento e na sua execução (previsão e arrecadação da receita e fixação e execução da despesa).

Contudo, a informação do próprio conceito e definição do Conselho Federal de Contabilidade é responsável por fornecer subsídio para se compreender a contabilidade pública como um instrumento de controle, ferramenta de transparência de informação contábil, responsável pela produção de relatórios

que sirvam à administração no processo de tomadas de decisões, assim como nas instituições privadas.

A sinergia do controle social depende do acesso à informação e da mobilização, do treinamento e da capacitação dos administrados; conclui-se, portanto, que a contabilidade aplicada ao setor público pode ser suporte de qualidade à instrumentalização do controle social à medida que essas informações sejam compreensíveis e significativas para o cidadão, considerando o próprio conceito dado a essa expressão pela Norma Brasileira de Contabilidade Aplicada ao Setor (NBC T) 16.1. Tal norma define a instrumentalização do controle social como “o compromisso fundado na ética” profissional, que pressupõe o exercício diário de fornecer informações que sejam compreensíveis e úteis aos cidadãos no desempenho de sua soberana atividade de controle do uso de recursos e patrimônio público pelos agentes públicos.

As boas práticas de governança exigem do administrador público a implantação de sistemas organizacionais, no âmbito de toda a estrutura da administração pública. Nesse sentido, a contabilidade como ciência – quando aplicada no processo gerador de informações –, os princípios, as normas e as técnicas contábeis direcionadas à evidenciação das mutações do patrimônio das entidades oferecem aos cidadãos informações sobre atos praticados pelos gestores públicos, além de ofertar resultados e diagnóstico detalhado da situação orçamentária, econômica, financeira e física do patrimônio.

A contabilidade aplicada ao setor público, como sistema de informações específico, vem incorporando novas metodologias e recuperando seu papel, adotando parâmetros de boa governança, demonstrando a importância de um sistema que forneça o apoio necessário à integração das informações macroeconômicas do setor público e à consolidação das contas públicas. Entretanto, ressurte-se de um conjunto de normas profissionais que contemple a Teoria da Contabilidade como base para o registro, a mensuração e a evidenciação de atos e fatos do setor público.

Para tanto, é preciso resgatar o tratamento dos fenômenos do setor público em bases teóricas que reflitam a essência das transações governamentais e seus impactos no patrimônio, e não meramente cumprir os aspectos legais e formais.

Quando temos a inadequada evidenciação do patrimônio público e a ausência de procedimentos contábeis suportados por adequados conceitos e princípios fica explícita a necessidade de se desenvolver diretrizes estratégicas para o aperfeiçoamento da contabilidade aplicada ao setor público.

Os órgãos de controle, Tribunal de Contas, Ministério Público, bem como outras instituições voltadas a fiscalizar os gastos públicos vêm se aperfeiçoando na tentativa constante de envolver a sociedade na busca de seus interesses.

É inquestionável que todo o processo de acompanhamento e controle do patrimônio público deve partir do estudo dos fenômenos e das transações que o afetam. Conseqüentemente, deve existir necessária integração e harmonização na interpretação dos atos e dos fatos administrativos.

Para dar efetividade à contabilidade aplicada ao setor público como fonte de informações, é preciso concentrar esforços para aplicar os Princípios Fundamentais da Contabilidade sob a perspectiva do setor público de maneira mais eficaz. A adoção de princípios e normas diferentes do que seja recomendável pela boa técnica ou decorrentes da falta de consenso entre os órgãos das unidades da Federação pode ocasionar demonstrações que não representem adequadamente a situação patrimonial.

Diante deste cenário de evolução, a tradução das Normas Internacionais de Contabilidade aplicadas ao Setor Público (*International Public Sector Accounting Standards – IPSAS*) para o português foi realizada pelo Comitê Gestor da Convergência no Brasil, o qual foi criado através de ação conjunta do Conselho Federal de Contabilidade (CFC) com o Instituto dos Auditores Independentes do Brasil (Ibracon). Em 15 de janeiro de 2010, foi editado o livro *Normas Internacionais de Contabilidade para o Setor Público (International Federation of Accountants)*, que conta com trinta e uma IPSAS traduzidas.

Todos os esforços estão voltados para assegurar a comparabilidade das demonstrações da entidade e ter como objetivo a definição da maneira pela qual as demonstrações contábeis destinadas a atender propósitos gerais devem ser apresentadas. Na busca deste propósito, são estabelecidas as condições gerais para apresentação de demonstrações contábeis elaboradas sob o regime de competência, diretrizes para a sua estrutura e requisitos mínimos para seu conteúdo.

Os administradores do dinheiro público diante de todos estes olhares e constantes questionamentos precisam obrigatoriamente entregar à sociedade informações exatas dos atos e fatos pertinentes à gestão pública, evidenciando de forma precisa e acessível a todo o cidadão suas ações governamentais no cumprimento de seu papel, que traga realmente o sentimento de cidadania.

Assim, faz-se necessário que o gestor público perceba a contabilidade pública como uma excelente aliada para as respostas que a sociedade busca na aplicação dos recursos públicos, pois esta informação terá de ser ampla e com total transparência, com o propósito de aumentar a transparência dos administradores com o gasto público.

Dessa forma, todo o processo de gestão estruturado e com foco em resultados que permite atender aos anseios da sociedade passa obrigatoriamente pela aplicação das normas e dos procedimentos adotados pela contabilidade, uma vez que esta tem possibilidade de aprofundar de maneira sólida os procedimentos adotados para gerir de maneira adequada os interesses da sociedade.

Destarte, o gestor público que se preocupa em fazer a diferença na sua administração precisa trabalhar verdadeiramente na busca de mudanças profundas para o seu Município, com transparência, eficiência, profissionalismo, participação plena da sociedade e muito rigor ético para atender o direito de todos os cidadãos.

Cabe principalmente ao gestor municipal perceber que poderá alcançar seus objetivos por meio de avanços tecnológicos e uma contabilidade estruturada, que registre e controle fatos contábeis modificativos, permutativos e

mistos, e os atos potenciais praticados por sua administração, os quais alteram quantitativamente e qualitativamente o patrimônio.

Neste novo ambiente, em que a eficiência, a produtividade e a qualidade constituem metas a ser alcançadas pelas organizações, a administração pública municipal necessita se adequar, objetivando seguir tais modelos de forma a proporcionar condições adequadas para sua população atendida e mais ainda para as empresas, que necessitam de infraestrutura e uma carga tributária condizente com os serviços prestados, tendo em vista proporcioná-las condições para serem competitivas e dessa forma gerar empregos e cumprir seu papel social.

Para atender a essas condições mínimas, é fundamental que o gestor público municipal perceba que sua administração precisa ser eficiente e dinâmica, além de ter como objetivo uma contabilidade pública capaz de proporcionar à administração informações atualizadas e exatas que possam ser expressas em termos monetários, informando os reflexos das transações realizadas, de modo a possibilitar as tomadas de decisões para o cumprimento da legislação vigente e, ainda, demonstrar a situação econômico-financeira do Município em determinado momento.

# OS DEVERES DE PRESTAÇÃO DE CONTAS POR PARTE DOS ENTES LOCAIS NO ORDENAMENTO PORTUGUÊS

Joaquim Freitas da Rocha<sup>1</sup>

Hugo Flores da Silva<sup>2</sup>

**RESUMO:** Assumindo que um Estado de Direito e Democrático não se basta com o simples revestimento formal conferido pela observância dos pressupostos de forma e de competência, e pela legitimidade advinda dos atos eleitorais, a prestação de contas constitui um acréscimo que permite identificar um ordenamento como juridicamente valioso. Um bom ator público, individual ou colegial, não pode eximir-se à demonstração das suas atuações e à revelação dos resultados efetivos destas, sob pena de se apresentar como um

---

1 Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Professor na Escola de Direito da Universidade do Minho (Portugal). Autor de várias obras nas áreas do Direito público, financeiro, tributário e fiscal.

2 Mestre em Direito tributário pela Universidade do Minho. Doutorando em Direito. Professor na Escola de Direito da Universidade do Minho (Portugal). Autor de várias obras nas áreas do Direito público, financeiro, tributário e fiscal.

executor opaco, que se esquivava à publicidade crítica e à réplica e que dificilmente se pode qualificar como democrático. Neste seguimento, a presente análise pretende, sem pretensões de exaustividade, trazer à evidência algumas das dimensões essenciais dos deveres de prestação de contas por parte de Entes locais, desdobrando-se a exposição em vários momentos analíticos, começando-se por um momento de natureza definatório-conceitual, com o objetivo de fixar um conceito juridicamente válido de prestação de contas. Seguidamente, expandir-se-á a abordagem em três distintas direções: primeiro, abordando os deveres de publicidade (*erga omnes*); depois, os deveres de reporte informativo institucional (DGAL e TdC); e, após isso, os deveres de informação de feição não institucional (cidadãos e empresas em geral). A finalizar, será efetuada uma breve referência ao dever de consolidação de contas (enquanto manifestação das exigências de prestação adequada de contas). O foco analítico centrar-se-á primacialmente na atividade financeira das autarquias locais.

## 1. CONCEITO E ÂMBITO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS

Começando pelo momento definatório, impõe-se colocar em relevo que a expressão jurídica “prestação de contas” (*accountability*, *rendición de cuentas*, *Rechenschaftspflicht*, responsividade) pode ser encarada sob diversos prismas ou ângulos de análise<sup>3</sup>.

Desde logo, numa interpretação ampla, tal expressão induz as ideias de sujeição a escrutínio alheio, submissão a apreciação crítica, ou apresentação de resultados, e convoca um nexo de adstrição entre dois distintos sujeitos (o controlador e o controlado). No plano jurídico-público, e em um Estado de Direito responsável, reconhece-se sem esforço que não existem atuações júri-

---

3 Sobre o conceito de *accountability*, cfr. COSTA, Paulo Nogueira da. O Tribunal de Contas e a Boa Governança, Contributo para uma reforma do Controlo Financeiro Externo em Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 273 e ss.

dicas opacas, insuscetíveis de sindicância, totalmente arbitrárias ou absolutamente discricionárias, mas que todas elas, em maior ou menor grau, estão sujeitas a indagação e a fiscalização externas. De resto, dificilmente se poderá compreender que as coisas se passem de modo distinto, impondo-se, no domínio da gestão pública, quer uma prestação de contas *erga omnes* – por exemplo, por via da publicidade das atuações mediante a sua difusão em modos visíveis e acessíveis aos cidadãos, empresas, eleitores ou munícipes –, quer uma prestação de contas *intuitu personae* – por exemplo, informando um destinatário concreto, quando este solicita esclarecimentos determinados. Em qualquer dos casos, aponta-se à accountability um importante papel de sinalização das debilidades dos sistemas, ou dos comumente designados “défices institucionais”, reconhecendo-se razão a autorizada doutrina quando refere (embora em contexto diverso) que “Opacity is not inherent in the concept of democracy. It is a pathology of present democratic practice”<sup>4</sup>.

Já em um sentido mais restrito, a prestação de contas apela à apresentação de um documento formal no qual estão plasmados os resultados (efetivação) da gestão financeira respeitante a determinado ator ou conjunto de atores e a determinado período financeiro, como será o que se passa, por exemplo, quando um certo órgão público envia ao órgão de controle a sua conta respeitante ao ano anterior.

Em referência aos Entes locais, e em um enfoque subjetivo-institucional, consegue-se perspectivar prestações de contas políticas, administrativas ou jurisdicionais, consoante a sua efetivação decorra perante órgãos de natureza política (por exemplo, Assembleias representativas); de natureza administrati-

---

4 Assim, ROSE-ACKERMAN, Susan, *The Economic Analysis of Public Law*. In: *European Journal of Law and Economics*, 1994, 1, 61. V., também, LEBECK, Carl, *Procedural fairness as constitutional justice: an essay on Hans Kelsen's theory of liberal constitutionalism*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 63, 2008, 580, onde se realça a importância da justificação pública enquanto exigência central do exercício do poder público. Por último, com interesse, cfr. RIJPKEMA, Peter, *The rule of law beyond thick and thin*, in *Law and Philosophy*, 32, 2013, 795 e ss.

va (por exemplo, superiores hierárquicos, órgãos de tutela governamental); ou perante Tribunais (v.g., Tribunal Constitucional, Tribunal de contas).

De um ponto de vista material, as obrigações de accountability podem abstratamente dizer respeito a distintos perímetros de abrangência, desde uma prestação de contas pela gestão global de determinado período ou exercício [averiguando-se, no cômputo geral, se certa atuação (e.g., financeira) foi positiva ou negativa], passando pela prestação de contas em referência a determinados atos em particular [por exemplo, reportando os resultados operacionais decorrentes de uma certa atuação ou conjunto de atuações (e.g., determinada operação de financiamento com recurso a crédito)].

Em vista da importância destas matérias – uma verdadeira necessidade essencial do Estado de Direito –, o legislador não ficou indiferente, reconhecendo um efetivo e vinculativo princípio da transparência, prescrevendo no art. 7º, n. 1, da Lei 73/2013,<sup>5</sup> que ele se corporiza em um “dever de informação mútuo” entre os Entes locais e o Estado, bem como no dever de divulgação aos cidadãos, de forma acessível e rigorosa, da informação sobre a respetiva situação financeira.

A juridicidade – e não o mero caráter político, intencional ou proclamatório – demonstra-se claramente ao se ter presente que, em qualquer dos casos, a não apresentação de contas, ou a sua apresentação deficiente, faz sujeitar o respectivo ator a consequências desfavoráveis, particularmente incorrendo

---

5 Por comodidade, e tendo-se presente que não será a designação mais corrente e usual, tal lei será aqui referenciada como LFL (Lei das finanças locais).

numa situação gravosa de responsabilidade, a vários níveis: político, criminal, contraordenacional, disciplinar, civil ou financeiro<sup>67</sup>.

No âmbito do presente escrito, utilizando os planos classificatórios expostos e tendo por referência os Entes locais, empregar-se-á a expressão num sentido amplo, abrangendo quer a prestação de contas pela gestão global e perante qualquer interessado, quer a prestação de contas por atos concretos e perante um sujeito determinado.

Por conseguinte – e, insiste-se, sempre tendo por referência os sujeitos públicos locais –, desdobrar-se-ão os desenvolvimentos subsequentes do modo que se segue:

- num primeiro apartado (ponto 2.), será dedicada atenção aos deveres genéricos (*erga omnes*) de prestação de contas, particularmente tendo em vista os deveres de publicidade;
- depois, a análise focar-se-á nos deveres específicos, os quais se materializam no cumprimento de deveres de informação, seja perante atores institucionais (3.1.), seja perante atores não institucio-

---

6 A respeito desta última modalidade, v., por exemplo, ROCHA, Joaquim Freitas da, e GOMES, Noel, “Da responsabilidade financeira”. In: *Scientia Iuridica*, Tomo LXI, 329, 2012, 293 e ss; e GOMES, Emerson César da Silva, “Responsabilidade financeira. Uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos tribunais de contas”. Porto Alegre: Núria fabris Editora, 2012.

7 Distinta das modalidades jurídicas referidas no texto, existe a noção mais restrita de responsabilidade por dívidas, a qual, como facilmente se depreende do próprio enunciado linguístico, pretende significar a imputabilidade de determinado conjunto de situações financeiras passivas (encargos, dívidas, débitos) em relação a determinado sujeito (devedor). Aqui – e sem intuítos de desviar a atenção do foco essencial –, surge como relevantíssima a no-bail out clause (interna) prevista no art. 57, n. 3, da LFL, nos termos do qual “(...) sem prejuízo das situações legalmente previstas, o Estado não pode assumir responsabilidade pelas obrigações dos Municípios e das Freguesias, nem assumir os compromissos que decorram dessas obrigações”. Trata-se da regra da não assunção compromissória e da materialização da ideia de que cada um deve ser responsável pelos seus atos, introduzindo uma acentuada componente de individualidade nos deveres de assunção de contas e nos subsequentes resultados. No plano do Direito da União europeia, onde esta cláusula igualmente assume (ou pretende-se que assuma) um estatuto de destaque, cfr. art. 125, n. 1 do Tratado sobre o funcionamento da União europeia (TfUE). Num enfoque doutrinário, v., por exemplo, ROCHA, Joaquim Freitas da, A solidez das finanças públicas estaduais e o Direito da União europeia. Em particular, o pacto de estabilidade e crescimento e o procedimento relativo a défices excessivos, in ALESSANDRA SILVEIRA (coord.), *Direito da União europeia e transnacionalidade*, Quid Juris, Lisboa, 2010, 155, 156 (entretanto atualizado num escrito inédito, em fase de publicação).

nais (3.2.); finalmente, será efetuada uma breve menção ao dever de consolidação das contas, enquanto exigência relativamente recente de maior fiabilidade e transparência (ponto 4).

Omnipresente estará a ideia de que um ator público que respeite a legalidade e não respeite a publicidade (crítica) acaba por não respeitar nem uma nem outra, pois o mero revestimento formal conferido pela observância da lei e pela legitimidade eleitoral é, nos dias de hoje, insuficiente.<sup>8</sup>

## **2. PRESTAÇÃO DE CONTAS GENÉRICA – DEVERES DE PUBLICIDADE**

Os deveres de publicidade decorrentes do referido princípio da transparência corporizam-se nas imposições de divulgação generalizada das principais manifestações da atividade financeira local. Como se intui, está-se aqui em presença da materialização da ideia de que a coisa pública é titulada por todos e, por consequência, deve por todos ser conhecida, assim como as dimensões essenciais da sua administração e gestão.

No que particularmente diz respeito aos Entes locais, e atendendo ao desenho jurídico constante da LFL, pode dizer-se que é possível individualizar dois círculos distintos de abrangência subjetiva deste tipo de deveres: (i) em primeiro lugar, os deveres que impendem sobre todas as entidades do pe-

---

8 Neste sentido, GOWDER, Paul, The rule of law and equality, in *Law and Philosophy*, 32, 2013, 584 (“...a state that satisfies regularity but not publicity might not look very different from a state that satisfies neither”).

rímetro local<sup>9</sup> e (ii), em segundo lugar, os deveres que impendem apenas sobre os Municípios.

- i) No que concerne aos deveres que impendem sobre todas as entidades incluídas no perímetro, os deveres de publicidade materializam-se na imposição de afixação no respetivo *site* dos mais relevantes documentos de previsão, execução e efetivação de receitas e despesas públicas<sup>10</sup>. Aqui se incluem nomeadamente, e entre outros, o orçamento (bem assim como a respetiva proposta), os quadros plurianuais de programação orçamental, os planos plurianuais de investimentos, os planos de atividades, e os mais recentes relatórios de atividades e de gestão, balanços e mapas de execução orçamental.
- ii) No que diz respeito particularmente aos Municípios – além, evidentemente, dos deveres supramencionados –, existe uma obrigação de publicitação de algumas das mais visíveis e significativas manifestações da atividade municipal, em especial aquelas que significam imposições econômicas na esfera jurídica dos administrados ou munícipes, sejam cidadãos, sejam empresas<sup>11</sup>. Aqui, a publicitação deve revestir uma dupla forma (afixação em forma-

---

9 Para efeitos de determinação do que se deva entender por "perímetro local", assumirá relevância a noção de "grupo autárquico" legalmente prevista. Neste seguimento, prevê o n. 3 do art. 75 da LFL que "o grupo autárquico é composto por um Município, uma entidade intermunicipal ou uma entidade associativa municipal e pelas entidades controladas, de forma direta ou indireta", considerando-se, para esses efeitos, que o controle corresponde ao poder de gerir as políticas financeiras e operacionais de uma outra entidade, a fim de beneficiar suas atividades.

O legislador, nos n. 4 e n. 5 do mesmo preceito, vai mais longe, ao determinar que existirá controle ou presunção de controle quando se derem por verificados alguns pressupostos, como a simples detenção (nos casos de serviços municipalizados e intermunicipalizados), a simples classificação legal (no caso das empresas locais), a titularidade de capital ou de direitos de voto, ou o exercício de determinados poderes (e.g., homologação dos estatutos ou regulamento interno, designação, homologação ou destituição de membros dos órgãos de gestão, dissolução da entidade, veto de orçamentos, assunção da responsabilidade subsidiária pelos passivos etc.).

10 Cfr. art. 79, n. 2, da LFL.

11 Cfr. art. 79, n. 1, da LFL.

to de papel em local visível nos edifícios da Câmara municipal e da Assembleia municipal e disponibilização na página principal do respectivo *site*) e abrange:

- a) atos normativos (regulamentos de taxas municipais<sup>12</sup>);
- b) documentos [mapas resumo das despesas (segundo as classificações econômica e funcional) e das receitas (segundo a classificação econômica)]; e
- c) valores (taxas do Imposto municipal sobre imóveis e de derrama municipal<sup>13</sup>, percentagem da participação variável no IRS<sup>14</sup>, tarifas de água, saneamento e resíduos<sup>15</sup> e montante total das dívidas desagregado por rubricas e individualizando os empréstimos bancários).

Importa salientar que a transparência que se pretende associar à atividade financeira dos Entes locais só será garantida se a informação financeira a publicizar for elaborada em modos adequados ao seu efetivo conhecimento e compreensão pelos destinatários<sup>16</sup>, o que pressuporá sua clareza, completude e coerência.

Nem sempre isso acontece. Por outras palavras: não basta que a informação seja “publicizada”, impõe-se que o seja em termos adequados a ser compreendida, o que, por sua vez, envolve o cumprimento das regras de clareza e determinabilidade que constituem o invólucro de juridicidade dos atos financeiros, inclusivamente no nível da linguagem. Caso contrário, o que se verifica é uma mera demonstração formal, plástica, eleitoralista e sem possibilidades de compreensão real, como sucede frequentemente, por exemplo, com a

---

12 V., a respeito, arts. 20 da LFL e 8º da Lei 53-E/2006 (Regime geral das taxas das autarquias locais).

13 V., art. 18 da LFL.

14 V. art. 26 da LFL.

15 V. art. 21 da LFL.

16 Cfr., em sentido amplo (referindo-se a todas as atuações públicas), GOWDER, Paul. The rule of law and equality, cit., 582.

publicação dos orçamentos locais, amiúde demonstrados sob a forma de meros quadros superficiais, lacunosos e impenetráveis, quase nada demonstrando e nada explicando.

De resto, a própria demonstração completa dos documentos por via de enunciados linguísticos tecnicamente densos, apenas acessíveis a destinatários jurídica e financeiramente especializados, não se revela satisfatória e pode ser considerada ilegal nos quadros de um verdadeiro Estado de Direito, por violação do princípio da segurança jurídica e proteção da confiança.

Ainda no que particularmente concerne ao orçamento local, reveste especial relevância o cumprimento escrupuloso das exigências da plenitude e da discriminação, e os seus corolários da unidade, universalidade, especificação, não compensação, e não consignação<sup>17</sup>. Estas exigências — particularmente a (suficiente) discriminação — desempenham um papel nuclear em matéria de transparência e clareza do documento orçamental, influenciando de forma determinante os termos em que o mesmo é percecionado e a compreensão da conformidade da sua execução.

### **3. PRESTAÇÃO DE CONTAS ESPECÍFICA – DEVERES DE INFORMAÇÃO**

Além dos deveres genéricos de publicidade acima referidos, também os deveres individuais de informação se inserem no quadro amplo dos deveres de prestação de contas. Insiste-se que em todos os casos se está em presença de verdadeiros deveres jurídicos, cuja inobservância pode implicar consequências gravosas e desfavoráveis para o(s) respectivo(s) infrator(es).

Porém, a realidade demonstra que a efetivação dessas consequências gravosas se pode revelar bastante problemática, bastando pensar na escassez

---

17 Para mais desenvolvimento, cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da. Direito Financeiro Local (Finanças Locais), 2a Edição, Cejur, Coimbra Editora, 100 e seguintes.

de meios materiais e humanos de fiscalização e nas centenas de Municípios, milhares de freguesias e inúmeras entidades que com eles se relacionam – e que utilizam direta ou indiretamente dinheiros públicos e que, por esse motivo, justificam a sequela das entidades sindicantes –, para concluir no sentido da inconsequência.

Em todo o caso, nos presentes desenvolvimentos, importará, não tanto essa visão ou abordagem crítica, mas antes a mera abordagem expositiva em termos jurídico-analíticos, pelo que por este caminho se seguirá.

Nesse particular, cumpre distinguir os deveres de informação cujo destinatário é um ator institucional (ponto 3.1.) dos deveres de informação cujo destinatário é um administrado ou munícipe indistinto (cidadão ou empresa) (ponto 3.2.).

### 3.1. Informação institucional

No quadro dos destinatários institucionais, assumem particular relevo de análise as entidades públicas de controle, especificamente a Direção-Geral das Autarquias Locais (DGAL) e o Tribunal de Contas (TdC)<sup>18</sup>.

#### 3.1.1. Informação destinada à DGAL

Também aqui é possível surpreender dois distintos círculos subjetivos de abrangência, embora com recorte e amplitude distintos, até porque igualmente distintos são os atores envolvidos:

- (i) por um lado, deveres de informação institucional que vinculam os Municípios e entidades a estes ligadas e, por outro lado, (ii) deveres de informação institucional que vinculam as freguesias. Em qualquer dos casos, a informação a prestar é remetida por ficheiro

---

18 A análise que se segue tem essencialmente em vista os deveres consagrados na LFL. Todavia, neste contexto, não podemos deixar de convocar os complexos de deveres de prestação de informação que especificamente decorrem (i) da Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso (LCPA) – Lei 8/2012, de 21 de fevereiro – e (ii) dos Código dos contratos públicos (CCP). i) No primeiro dos diplomas, tendo em vista o objetivo de controlar e reduzir os pagamentos em atraso, o legislador não se limitou a estabelecer um conjunto de normas disciplinadoras da assunção de compromissos. Ao mesmo tempo, e com o propósito de conferir efetividade às referidas normas, o legislador preocupou-se em criar condições que permitissem o controle do seu cumprimento, instituindo mecanismos e deveres de prestação de informação. A este propósito, prevê o art. 10º da LCPA que “para efeitos de aplicação da presente lei, as entidades devem fornecer toda a informação sobre os compromissos e pagamentos em atraso”. Este dever genérico de prestação de informação é concretizado no art. 15º da LCPA e nos arts. 16º e 17º do Decreto-Lei 127/2012, de 21 de Junho, que contempla as normas disciplinadoras dos procedimentos necessários à aplicação da LCPA, através da previsão de específicos deveres de prestação de informação. Sobre os referidos deveres de prestação de informação, cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da; GOMES, Noel; e SILVA, Hugo Flores da. Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 69 e seguintes. Sobre as consequências jurídicas da violação da LCPA, cfr.: SILVA, Hugo Flores da. “Principais consequências da violação da lei dos compromissos e dos pagamentos em atraso”. In: Direito Regional e Local, n. 20, Braga, out.-dez., 2012, Braga, 37 a 48. ii) No segundo diploma, a título exemplificativo podemos convocar a obrigação de publicitação dos elementos sobre a formação e execução dos contratos públicos no portal dos contratos públicos ([www.base-gov.pt](http://www.base-gov.pt), cfr. arts. 127º e 465º do CCP), garantindo que qualquer destinatário, a qualquer momento – sem necessidade de o requerer e sem que tenha que invocar qualquer tipo de legitimidade para o efeito –, possa consultar o registo de procedimentos de contratação de uma qualquer entidade adjudicante (onde se inserem as autarquias locais, nos termos do art. 2º).

constante da aplicação informática fornecida pela DGAL<sup>19</sup>. i) Em primeiro lugar, surgem os deveres que vinculam os Municípios, as entidades intermunicipais, as entidades associativas municipais e as entidades públicas reclassificadas, os quais se encontram obrigados a remeter à DGAL os seus principais documentos financeiros previsionais (quadro plurianual de programação orçamental e orçamento), e ainda as contas anual<sup>20</sup> e mensais, num prazo relativamente apertado (nos 10 dias subsequentes à respetiva aprovação ou ao período a que respeitam<sup>21</sup>). Importa reter que este dever de envio abrange igualmente os documentos de prestação de contas em forma consolidada (deveres esses infrarreferidos)<sup>22</sup>. Para além disso, devem igualmente ser remetidas informações sobre os empréstimos contraídos e sobre os ativos expressos em títulos de dívida emitidos, nos 10 dias subsequentes ao final de cada trimestre, e após a apreciação das contas, aqui já para efeitos de controle dos

---

19 Assim, art. 78º, n. 7, da LFL.

20 A elaboração do referido documento pelas autarquias locais é, de momento, levada a efeito nos termos do Plano Oficial de Contabilidade das Autarquias Locais, aprovado pelo Decreto-Lei 54-A/1999, de 22 de fevereiro. O referido Plano será substituído pelo Sistema de Normalização Contabilística para as Administrações Públicas (SNC-AP), aprovado pelo Decreto-Lei 192/2015, de 11 de setembro, cuja vigência se iniciará em 1o de janeiro de 2018, face ao disposto no art. 3º do Decreto-Lei 85/2016, de 21 de dezembro, que alterou o art. 18º do Decreto-Lei 192/2015, de 11 de setembro.

21 Em referência especificamente aos documentos de prestação de contas das autarquias locais, importa salientar que, nos termos do art. 76º, n. 1, da LFL, estes são apreciados pelos seus órgãos deliberativos, reunidos em sessão ordinária durante o mês de abril do ano seguinte àquele a que respeitam. De resto, esta disposição normativa surge alinhada com o disposto na Lei 75/2013 ("Regime jurídico das Autarquias locais"), particularmente nos seus arts. 11º, n. 2 (Assembleia de freguesia), e 27º, n. 2 (Assembleia municipal). Além disso, também é pertinente salientar que a regularidade procedimental e formal desses documentos prestacionais não se basta com a mera apresentação, discussão e votação pelo órgão deliberativo legalmente competente, exigindo-se igualmente que sejam acompanhados de um parecer técnico qualificado e de um ato de certificação, apresentados por um revisor oficial de contas ou por uma sociedade de revisores oficiais de contas (art. 76º, n. 3 da LFL). Estes últimos – considerados "auditores" e cujas incumbências constam do art. 77º da LFL – desempenham um papel extremamente relevante no quadro da busca de transparência das finanças municipais, permitindo que elas sejam levadas à prática de um modo legal e economicamente sustentado. Em todo o caso, o seu papel é meramente parecerístico, cabendo-lhes somente prerrogativas de apreciação, não se substituindo aos órgãos Município.

22 Cfr. art. 78º, n. 1, da LFL.

dados sobre a dívida pública<sup>23</sup>. Por fim, ainda neste âmbito, importa evidenciar as obrigações de reporte informativo relacionadas com o controle das despesas com o pessoal *lato sensu*, as quais abrangem – sempre tendo como destinatário a DGAL – os números relativos a contratos de avença e de tarefa, admissões de qualquer tipo, aposentações, rescisões e outras formas de cessação de vínculo laboral e fundamentação de eventuais aumentos de encargos, que não resultem de atualizações salariais, cumprimento de obrigações legais ou transferência de competências da administração central<sup>24</sup>.

- (ii) Em segundo lugar, importa salientar os deveres que recaem especificamente sobre as freguesias. Estas, para além dos suprarreferidos deveres informativos respeitantes a despesas com o pessoal, encontram-se obrigadas a enviar, também à DGAL, as respectivas contas, nos 30 dias subsequentes à data da sessão do órgão deliberativo em que aquelas contas foram sujeitas à apreciação, bem como os mapas trimestrais das contas, nos 10 dias subsequentes ao período a que respeitam<sup>25</sup>.

Foi acima referido que se está em presença de verdadeiros deveres jurídicos, e não de meras declarações de intenção ou atribuição de faculdades ou poderes discricionários. Em consonância com esta ideia, prescrevem-se sanções para o eventual incumprimento ao se estabelecer na própria lei que a autarquia infratora – seja por simples omissão de envio, seja por violação dos respetivos prazos – vê retidos 10% do duodécimo de suas transferências correntes (sem prejuízo de outro valor que seja anualmente estabelecido no decreto-lei de execução orçamental). Ainda assim, os montantes em causa são repostos no mês

---

23 Cfr. art. 78º, n. 2, da LFL.

24 Cfr. art. 78º, n. 5, da LFL.

25 V., art. 78º, n. 4 e, uma vez mais, n. 5.

seguinte àquele em que a situação se encontrar regularizada<sup>26</sup>. Além disso, e sem prejuízo dessas consequências, a não aprovação dos atos de prestação de contas por parte do órgão deliberativo poderá implicar a dissolução dos órgãos autárquicos, ou a perda de mandato dos representantes eleitos<sup>27</sup>.

### **3.1.2. Informação destinada ao Tribunal de Contas**

Como se sabe, nos termos do art. 214º da Constituição, o Tribunal de Contas (TdC) é um verdadeiro órgão jurisdicional e configura-se como o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe.

No que particularmente concerne ao âmbito local, a lei de organização e processo do TdC (LOPTC) prescreve claramente que as autarquias locais estão sujeitas à elaboração e à prestação de contas<sup>28</sup> e que tais contas serão prestadas por anos econômicos e elaboradas pelos responsáveis da respectiva gerência (ou, se estes tiverem cessado funções, por aqueles que lhes sucederem, sem prejuízo do dever de recíproca colaboração). Em termos temporais, elas são remetidas ao Tribunal até 30 de abril do ano seguinte àquele a que respeitam e formalmente serão elaboradas e documentadas de acordo com as instruções aprovadas pelo próprio Tribunal<sup>29</sup>.

---

26 Cfr. art. 78º, n. 8 e 9.

27 Cfr. arts. 9º, alínea f, e 8º, n. 1, alínea d, da Lei 27/1996.

28 Cfr. art. 51º, n. 1, alínea m, da LOPTC. Por falta de previsão no n. 1 do art. 51º da LOPTC, devem considerar-se excluídas daquele dever as entidades que integrem o âmbito subjetivo de aplicação da LOPTC por via da aplicação do n. 3 do art. 2º.

29 Assim, art. 52º, n.os 1, 4 e 5, da LOPTC. A Resolução 4/2001, da 2ª Secção do Tribunal de Contas, de 18 de agosto de 2001, com as alterações introduzidas pela Resolução 26/2013, do Tribunal de Contas de 21 de novembro, disciplina a organização e a documentação das contas das autarquias locais e entidades equiparadas abrangidas pelo Plano Oficial de Contabilidade das Autarquias Locais (Pocal). Neste contexto, importa, ainda, chamar a atenção para a possibilidade de prestação de contas por via eletrônica, a qual é suscetível de garantir uma prestação de contas mais célere, mais econômica e com menores custos ambientais. Essa matéria encontra-se disciplinada na Resolução 2/2009, 2ª Secção, de 3 de dezembro ("Prestação de contas por via eletrônica") e nas Instruções 1/2013, 2ª Secção ("Organização e documentação das contas das empresas locais").

Também aqui a inobservância destas regras de reporte informativo acarreta consequências jurídicas desfavoráveis, sendo de destacar duas: em primeiro lugar, o TdC pode aplicar multas<sup>30</sup>, quer nos casos de falta injustificada de remessa de contas, quer nos casos de violação de prazos (remessa intempestiva), quer ainda quando essas contas sejam apresentadas “com deficiências tais que impossibilitem ou gravemente dificultem a sua verificação”<sup>31</sup>. Tais multas têm como limite mínimo o montante que corresponde a 5 UC e como limite máximo o correspondente a 40 UC, embora este último limite possa ser reduzido para metade se as infrações forem cometidas meramente a título de negligência<sup>32</sup>.

Em segundo lugar, a falta injustificada de remessa das contas dentro dos prazos legalmente previstos poderá determinar a realização de uma auditoria, tendo em vista apurar as circunstâncias da falta cometida e da eventual omissão da elaboração da conta referida, procedendo-se, se possível, à reconstituição e exame da respetiva gestão financeira para fixação do débito aos responsáveis<sup>33</sup>.

Posteriormente, o próprio Tribunal remete as suas decisões aos respetivos órgãos autárquicos, com cópia aos membros do governo responsáveis pelas áreas das finanças e das autarquias locais<sup>34</sup>.

### **3.2. Informação não institucional**

Após a menção aos deveres de informação institucional que vinculam os Entes locais e no âmbito dos quais estes remetem dados financeiramente relevantes à DGAL e ao TdC, cumpre agora efetuar uma referência aos de-

---

30 Sobre a concreta aplicação das supramencionadas sanções, cfr., nomeadamente, as Sentenças da 2ª Secção do Tribunal de Contas n.os 34/2012 e 36/2013, disponíveis em: <http://www.tcontas.pt>.

31 Cfr. art. 66º, n. 1, alínea a, da LOPTC. Saliente-se que, nos termos da alínea f do mesmo preceito, pode ainda haver lugar à imposição de multa quando se verifique a introdução nos processos de elementos que possam induzir o Tribunal a erro nas suas decisões ou relatórios.

32 Cfr. art. 66º, n.os 2 e 3, da LOPTC.

33 Cfr. art. 52º, n. 7, da LOPTC.

34 V. art. 80º, da LFL.

veres não institucionais de informação, assumindo-se esta designação por se estar em presença de obrigações que têm como referente subjetivo os cidadãos ou as empresas em geral.

De um ponto de vista jurídico-normativo, tais deveres identificam-se, até certo ponto, com as garantias constitucionalmente previstas que assistem aos administrados como destinatários das atuações públicas, e que, evidentemente, não poderiam deixar de se refletir na esfera local, pois também o poder local [*rectius*: os órgãos do poder local] se encontram vinculados aos princípios gerais que vinculam e modelam a atuação administrativa.

Nesse quadro, assumem particular relevo, desde logo, os direitos à notificação e à fundamentação, assim como os correspondentes deveres<sup>35</sup>.

Com efeito, e em primeiro lugar, o direito à informação materializa-se no direito de qualquer administrado ser notificado de todos os atos públicos que afetem a sua esfera jurídica globalmente considerada, ou qualquer dos direitos ou interesses legalmente protegidos que a integram. Tal notificação, em princípio, deverá ser individualizada e de acordo com determinada forma legalmente prevista (e.g., notificação pessoal, por via postal, por via edital ou mesmo por via eletrônica), por aqui se depreendendo que o direito à notificação não apenas consubstancia uma exigência do direito à informação, mas igualmente materializa uma densificação dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, não se concebendo, num Estado de Direito, “atos surpresa” ou atos com os quais o respectivo destinatário não pode razoavelmente contar. Por conseguinte, os entes locais que pretendam projetar efeitos (favoráveis ou desfavoráveis) na esfera jurídica dos seus municípios ou fregueses devem informá-los adequadamente, antes de proceder à execução do ato em questão.

Mas não apenas. Além de noticiados, os atos da administração autárquica devem ser notificados adequadamente, o que envolve também a conside-

---

35 Cfr. art. 268º, n. 3, da CRP. V. GOWDER, Paul. The rule of law and equality. cit., 583.

ração de requisitos materiais ou de substância, designadamente por via da sua adequada fundamentação. Esta impõe-se que seja oficiosa, clara e completa, de modo que o sujeito que a recebe possa, de um maneira linear, reconstituir o iter decisório que conduziu ao veredito que agora o afeta.

Neste contexto, relevam igualmente os direitos a serem informados sobre o andamento dos processos em que se seja diretamente interessado, e de acesso aos arquivos e registros administrativos<sup>36</sup>. Particularmente na esfera local, e em qualquer dos casos, deve se exigir, por um lado, a apresentação formal de um pedido (por exemplo, por via de requerimento) e, por outro lado, a invocação de um interesse legítimo, não se admitindo o deferimento de pretensões informativas a quem não demonstre possuir legitimidade. Igualmente importante é a ideia de que estes direitos à informação não são absolutos, pois cedem perante outros direitos ou interesses constitucionalmente relevantes e protegidos, nomeadamente quando se esteja em presença de matérias protegidas por deveres legais de sigilo ou outras atribuições funcionais que se materializam em tarefas de maior premência.

Em termos práticos, significará tal que não basta a mera pretensão de informação, ou o simples desejo de ser informado, para investir o órgão público autárquico no dever concreto e específico de informar, sob pena de se transformá-lo num repositório de pedidos, desabafos ou queixumes, desviando-o das suas incumbências prioritárias em termos de prossecução do Interesse público e de satisfação das necessidades coletivas das respectivas populações. Por outras palavras: as exigências desmedidas e infundadas de *accountability* fazem incorrer os atores em burocracia e funcionalismo estéril, colocando-os a trabalhar mais para o sistema – respondendo a requerimentos, cartas ou *e-mails*, atendendo telefonemas etc. – e menos para a prossecução do interesse público<sup>37</sup>.

---

36 V. art. 268º, n. 1 e 2, da CRP.

37 Cfr., a propósito, PHILP, Mark. Access, accountability and authority: Corruption and the democratic process. In: Crime, Law & Social Change, 36, 2001, 362.

## 4. O DEVER DE CONSOLIDAÇÃO DE CONTAS

Por fim, no desenvolvimento expositivo, a que nos propusemos, cumpra efetuar uma referência, ainda que breve, a um dever conexo com os deveres de prestar informação, mas que, ainda assim, assume uma importância de tal modo significativa que justifica uma menção apartada.

Trata-se do dever de consolidação de contas.

Em termos simples, pode dizer-se que tal dever ganha corpo por via da imposição de agregação de contas quando se está em presença de um Ente local composto, o que, para estes efeitos, acontece nas situações de “grupo autárquico”. Vale isto por dizer que em tais situações as contas devem ser apresentadas de modo englobado para todo o agregado – essas contas “constituem um todo” –, sem prejuízo da apresentação individualizada por cada parte integrante<sup>38</sup>. A consolidação de contas corresponde, portanto, a um mecanismo através do qual se procura agregar a informação financeira respeitante às várias entidades que integram o “grupo autárquico”, como se de uma única entidade se tratasse.

No contexto em análise, e nos termos da lei<sup>39</sup>, um grupo autárquico será composto por um Município, uma entidade intermunicipal ou uma entidade associativa municipal e pelas entidades por estes controladas, de forma direta ou indireta. De modo a evitar espaços de indefinição aplicativa, o próprio legislador densifica o conceito de “controle”, ao afirmar que este “corresponde ao poder de gerir as políticas financeiras e operacionais de uma outra entidade a fim de beneficiar das suas atividades”. Isso acontecerá (ou poderá acontecer), de modo resumido e simplista, quando se estiver em presença, por exemplo, de

---

38 V. art. 75º, n. 1 e 7, da LFL.

39 V. art. 75º, n. 3 e ss. da LFL. Nos termos do art. 7º do Decreto-Lei 192/2015, de 11 de setembro, que aprova o SNC-AP, “no caso da administração local, o perímetro de consolidação é composto pelo conjunto de entidades incluídas neste subsector nas últimas contas setoriais publicadas pela autoridade estatística nacional, em cumprimento do Sistema Europeu de Contas Nacionais e Regionais”.

serviços municipalizados e intermunicipalizados, de entidades de natureza empresarial<sup>40</sup>, ou de quaisquer outras entidades relativamente às quais um Ente local detenha “fatores de controle”, como sejam a detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto, o poder de homologação dos estatutos ou do regulamento interno, a faculdade de designar, homologar a designação ou destituir a maioria dos membros dos órgãos de gestão, a suscetibilidade de vetar o orçamento ou de assumir subsidiariamente responsabilidade pelos passivos.

Os documentos de prestação de contas consolidados são elaborados e aprovados pelos órgãos executivos de modo a serem submetidos à apreciação dos órgãos deliberativos durante a sessão ordinária do mês de junho do ano seguinte àquele a que respeitam<sup>41</sup>.

Como se compreende, este dever de consolidação assume uma importância incontornável no quadro das imposições de prestação de contas. Sem ele, a realidade financeira municipal não poderá ser avaliada em termos globais e integrados, mas sempre de forma parcial e desintegrada.

A consolidação de contas – que não dispensa a prestação de contas individuais – procura contrariar o fenómeno da fragmentação de informação financeira que se associa à criação de distintos centros de imputação, o que, por natureza, prejudica a realização de uma avaliação integrada do conjunto de atividades desenvolvidas pelas entidades que constituem o “grupo autárquico”. Só através da consolidação das contas individualmente elaboradas pelas referidas entidades será possível obter uma representação financeira e contabilística adequada da atividade financeira municipal, nomeadamente tendo em con-

---

40 No caso das empresas locais, uma vez que estas se encontram sujeitas ao regime do Sistema de Normalização Contabilística (SNC), e os Municípios se encontram sujeitos ao Plano Oficial de Contabilidade das Autarquias Locais (Pocal), resulta dificultado o cumprimento deste dever de consolidação. Para mais desenvolvimentos sobre a questão, cfr. SILVA, António Costa e. O Tribunal de Contas e as Autarquias Locais. AE-DRL, Braga, 2015, 93, e seguintes. Um dos propósitos subjacentes à aprovação do SNC-AP corresponde, precisamente, ao objetivo de promover a uniformização dos procedimentos contabilísticos e aumentar a fiabilidade da consolidação de contas – cfr. o preâmbulo do citado diploma.

41 Assim, art. 76º, n. 2, da LFL.

sideração os diversos segmentos institucionais através dos quais ela se realiza, bem como a respectiva contribuição para a realização do interesse público local e para a formação da situação financeira local, mormente ao nível da formação da receita, da despesa e do endividamento. A consolidação financeira, nestes termos compreendidos, não só será suscetível de influenciar positivamente a gestão dos recursos financeiros locais, enquadrando-os numa lógica de grupo, como também contribui diretamente para o incremento dos níveis de transparência associados a essa gestão.

De resto, a consolidação induz mesmo uma maior confiança nas contas que representa, podendo ser determinante ao nível da capacidade de financiamento da autarquia, uma vez que as entidades financiadoras estarão em melhores condições de calcular o risco associado ao financiamento a conceder.

## **5. CONCLUSÃO**

Ora, a partir da exposição precedente, que conclusões é possível extrair?

Como se disse logo a início, um ordenamento que se queira qualificar como “Estado de Direito e Democrático” não se pode bastar com formalismos legais e eleitorais, devendo assumir-se como um referencial de transparência e de prestação de contas. Na verdade, pouco valioso será, por exemplo, encontrar-se eleito na decorrência de um ato eleitoral válido e praticar todos os atos públicos de acordo com a lei formal se, simultaneamente, não existir informação clara sobre a origem, a existência e o conteúdo desses atos públicos, principalmente os de cunho financeiro e nos quais a utilização dos dinheiros públicos é pressuposta.

No que especificamente diz respeito ao sistema financeiro local português, é possível afirmar-se que existe um quadro legal minimamente adequado, que prevê distintos modos, instrumentos e mecanismos de prestação de contas, seja numa ótica geral e abstrata, seja numa ótica individual e concreta.

E tal quadro é perentório no que concerne à juridicidade dos deveres que dele decorrem, prescrevendo-se consequências gravosas e sanções para os infratores, que vão desde a retenção dos devidos duodécimos à aplicação de multas.

Porém, o problema reside não na existência do quadro legal, mas na sua operacionalidade. Na verdade, a sindicância da prestação de contas revela-se de difícil execução, atenta às limitações materiais e pessoais dos órgãos de controlo jurídico (administrativos e jurisdicionais), bastando pensar que, entre Municípios, Freguesias e entidades com eles relacionadas, se contam larguíssimas centenas de sujeitos a controlar, investigar e analisar.

Além disso, por vezes, entre a previsão normativa e a sua efetivação, medeia uma considerável distância – basta pensar na frequente insuficiência da informação prestada pelas entidades públicas locais, seja por ligeireza (orçamentos transfigurados em meros quadros-resumo), seja por tecnicidade e opacidade dela, mediante a utilização de uma linguagem pouco compreensível por um normal destinatário. Existe, enfim, défice de concretização. Afinal, um mal que não é exclusivo deste segmento jurídico.

# A REGULAMENTAÇÃO DA LEI ANTICORRUPÇÃO NOS MUNICÍPIOS

Filipe Madsen Etges<sup>1</sup>

Rafaela Agliardi Ribeiro<sup>2</sup>

**RESUMO:** O tema do controle da corrupção está em alta no Brasil, contando com uma série de escândalos que maculam políticos e instituições, tanto públicas como privadas. No sentido de aprimoramento do microsistema legal de combate, editou-se, em 2013, a Lei 12.846, conhecida como Lei Anticorrupção, permitindo que empresas fossem punidas por atos corruptivos, além de prever mecanismos como o acordo de leniência e estímulo à *compliance* empresarial. Ocorre que a União regulamentou a legislação por decreto e passou a estimular os Municípios, por meio de sua Controladoria-Geral, a fazerem o

---

1 Professor na Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Mestre em Constitucionalismo Contemporâneo pela Unisc, especialista em Direito do Estado e graduado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), consultor legislativo na Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Gestão Pública Municipal na Unisc (Campus Capão da Canoa). Endereço eletrônico: filipe\_etges@al.rs.gov.br.

2 Graduanda do Curso de Direito e membro do Grupo de Pesquisa em Gestão Pública Municipal na Unisc (Campus Capão da Canoa). Endereço Eletrônico: rafa.agliardi@hotmail.com.

mesmo. Tal situação ocasionou certa dúvida jurídica quanto à autoaplicabilidade da lei e uma hesitação dos gestores municipais em aplicá-la. Com isso se fez presente, como pano de fundo, uma análise do fenômeno da corrupção em nossa cultura, verificada desde os tempos coloniais, herança de nossa colonização portuguesa, que trouxe consigo traços de patrimonialismo, clientelismo, coronelismo e uma apatia da sociedade em relação ao trato descontrolado da coisa pública. A seguir, foram analisadas as ferramentas acrescidas ao espectro normativo nacional pela Lei Anticorrupção e, finalmente, o cotejo de seu texto em relação à necessidade de edição de decreto regulamentar municipal, a fim de cumprir suas disposições. Concluiu-se que a Lei 12.846/2013 tem grande densidade normativa, com espaço para complementação muito restrito, e que não existe a necessidade de regulamentação pelo Poder Executivo municipal para garantir-lhe cumprimento. Do contrário, tal situação pode criar falsa impressão de que a não regulamentação permite aos gestores municipais eximir-se de aplicar as punições nela previstas.

## **1. NOTAS INTRODUTÓRIAS**

A Lei 12.846/2013, popularmente conhecida como Lei Anticorrupção, permitiu a responsabilização de pessoas jurídicas por atos lesivos contra o erário público, ampliando o sistema de combate à corrupção até então existente. Anteriormente à edição da lei, os atos corruptivos ficavam adstritos à responsabilização subjetiva do agente público, dificultando o ressarcimento do erário e o combate eficaz do fenômeno. Entretanto, passados cinco anos da sua edição, ainda pairam algumas incertezas, especialmente quanto à necessidade de regulamentação desta pelos Entes municipais, com intuito de lhe assegurar eficácia plena e segurança jurídica.

Com isto, o presente trabalho se propõe a analisar a questão, temporalmente, no período pós-promulgação da Lei 12.846/2013, abarcando a (des) necessidade de regulamentação da referida norma pelos Municípios brasileiros. Como contextualização do tema da corrupção optou-se por abordagem panorâmica de aspectos escolhidos, como patrimonialismo, coronelismo e apatia cívica do nacional, oriundos do período colonial brasileiro.

Com isso, pretende-se indagar se a Lei Anticorrupção, que dispôs sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, necessita de regulamentação local para ter eficácia ou se sua ausência impede que os Municípios punam as empresas envolvidas em atos contra a administração pública.

Para auxiliar a responder à questão, será importante compreender como alguns aspectos da formação histórica e social do Brasil tornaram tão significativa a constante atualização do microsistema legal e institucional de combate à corrupção. Será também imprescindível analisar os instrumentos trazidos ao arcabouço jurídico brasileiro pela Lei 12.846/2013 e suas implicações na cultura corruptiva nacional.

A problemática apresentada demonstra relevância social a partir da necessidade de proteção da moralidade nos âmbitos internacional e nacional. Assim como a apresentação de medidas aptas a refrear a corrupção são de extrema importância no contexto sociopolítico brasileiro.

Ademais, a discussão a respeito da regulamentação da lei em âmbito municipal é quase inexistente, verificando-se a necessidade de aprofundar o debate acerca da regulamentação municipal da Lei Anticorrupção para que se efetive a sua aplicação nas esferas do poder público municipal. Para alcançar os objetivos traçados, optou-se pela pesquisa bibliográfica e exploratória, por meio da consulta de documentação indireta, com fontes secundárias, tais como publicações avulsas, jornais, revistas especializadas, livros e periódicos de jurisprudências. Também foi utilizada a legislação nacional como fonte direta.

## **2. O CONTEXTO HISTÓRICO E SOCIAL POR TRÁS DO FENÔMENO CORRUPTIVO**

O panorama atual brasileiro, em relação aos vínculos espúrios de políticos e empresariado em conluio para lesar o erário público, nos remete a um quadro de profundo descrédito nas instituições. Uma série de escândalos envolvendo agentes públicos e privados dos mais altos escalões nacionais promove a deslegitimação daqueles que conduzem a democracia e tem colocado em perigo o próprio sistema democrático. A crise de legitimação dos representantes políticos no Brasil, claramente demonstrada pelas manifestações ocorridas na metade do ano de 2013, já é apontada desde os anos 1990 em relação aos países-membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Tal conjuntura ocasiona um declive na credibilidade dos governos e as correspondentes consequências negativas em termos de legitimidade própria e das instituições (BAUTISTA, 2011, p. 6). Segundo Abramo (2007), pesquisas apontaram que, nas eleições de 2006, mais de 8,3 milhões de eleitores brasileiros receberam oferta de dinheiro, bens ou vantagens em troca de voto.

Nesse sentido, nos cabe indagar: como chegamos a esse ponto como país? Segundo alguns autores, tal cultura corruptiva, que desemboca na conhecida Operação Lava-Jato, e que enseja o aprimoramento do microsistema legal de controle da corrupção, tem suas raízes na formação político-cultural brasileira desde sua época colonial.

A cultura herdada durante o processo colonizador, tipicamente patriarcal, de um manifesto descaso com os assuntos relativos à esfera pública por parte da população pode ser apontada como um dos fatores de influência na corrupção percebida na sociedade brasileira atualmente. Conforme indica Sérgio Buarque de Holanda, em *Raízes do Brasil*, esse “homem cordial” brasileiro que refletia na “extrema dificuldade do padrão médio de indivíduo nacional em tratar seus pares de forma impessoal e formal” trazia os laços de pessoalidade

– próprios do ambiente familiar – da esfera privada para a esfera pública (SILVEIRA, 2006, p. 210). Para esse homem cordial, reflexo da cultura do cidadão nacional, o Estado nada mais era do que uma ampliação do círculo familiar.

Para além dessa apatia e de notórias carências educacionais que assolavam (e ainda assolam) a população brasileira, havia um descompasso entre nossa fragilidade social e o sistema burocrático implantado no Brasil desde a vinda da coroa portuguesa para o país. Tal situação se percebe, inclusive, pelo sistema político adotado no período imperial:

O artificialismo das instituições do Império provinha de uma circunstância invencível. É que o Brasil adotou, em 1824, o sistema político (representativo liberal) mais avançado do Ocidente, próprio de nações já urbanizadas e de industrialização já iniciada, que possuem um eleitorado razoavelmente independente. O Brasil, porém, era um país arcaico, eminentemente rural, não urbanizado, de eleitorado fraquíssimo, praticamente inexistente. Assim não é de surpreender a crônica dificuldade de funcionamento do sistema representativo, que levava, muitas vezes, o Imperador a suprir, de cima para baixo, a inexistência do eleitorado (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 34).

Assim, a construção cívica nacional é acompanhada por deficiências de conduta oriundas do patriarcalismo, somadas a um eleitorado frágil, que tornava o sistema de representação política praticamente uma ficção. Seguindo na mesma linha de raciocínio, Oliveira Viana (1982, p. 377-390) aponta, em *O Clã Político*, que nossa cultura corruptiva pode estar relacionada com a constituição comunitária da população brasileira, que basicamente foi gerida pela metrópole portuguesa – uma vontade de Estado – e não a partir da livre agregação do povo.

Viana (1982) segue sua teoria descrevendo que a criação de nossos nacionais se devia à reunião de grupos de “moradores dispersos”, sendo que estes eram forçosamente agrupados em vilas, criando microrregiões populacionais sem um vínculo mais próximo que os unisse, salvo o pesado mando do go-

vernador. Com isso, a população brasileira “tendeu a se voltar submissamente para comunidades restritas, quase sempre circunscritas ao ambiente familiar, fatores que foram propícios para que estas células humanas se constituíssem como povos extremamente individualistas, isolados da vida coletiva”. Como consequência, as células familiares dominantes formaram o clã eleitoral, gênese de nossos partidos políticos, enquanto a população em geral não construiu um senso comunitário, coletivo.

Tal situação pode explicar a dificuldade dos políticos atuais em gerir a coisa pública de maneira impessoal, deixando de lado seus interesses pessoais, familiares e de apadrinhados políticos, ainda mais se essa realidade é acompanhada pela apatia popular e a tendência de tudo esperar da autoridade, de forte conotação patriarcal.

Lacca (2005, p. 59) amplia a tese advinda da deformação cultural baseada no patriarcalismo e na fraca formação cidadã brasileira para adentrar no lado subjetivo da corrupção, pois, para ele, o desvio de conduta que acarreta o ato ilegal tem ligação a uma tendência da moral humana. A inclinação para atos corruptivos seria inerente à condição de ser humano, sendo a moral “algo a se adquirir”. Além disso, a corrupção afetaria um bem fundamentalmente coletivo, cuja abstração e vagueza são propícias para que não impliquem remorsos no coração do corrupto.

No entanto, elementos objetivos – como o patriarcalismo e fragilidade institucional –, bem como fatores subjetivos – como uma tendência humana aos desvios ou a aceitação da corrupção como algo natural na sociedade, que não se pode extirpar – são ainda insuficientes para explicar o fenômeno da cultura de corrupção. Também o patrimonialismo é apontado como fator de influência.

A transferência do aparato burocrático português durante o processo de colonização brasileiro trouxe consigo uma forte relação de propriedade dos bens públicos em relação àqueles detentores do poder político. Assim,

Em se tratando do estudo desse momento da história brasileira, pode-se, em virtude da análise realizada de Weber, sugerir a leitura de que, por “patrimonial”, se compreende um Estado não só composto por um quadro administrativo pessoal do rei, como também um Estado cujas funções e cujos benefícios são apropriados de forma privada pelo rei e seus quadros. Essa característica do Estado português, nesse momento específico da história brasileira, é significativa, pois indica como o processo de colonização vai se desenvolver, no sentido de beneficiar os interesses dos setores ligados à Coroa portuguesa, por meio de “relações patrimoniais” (PORTELA JUNIOR, 2012, p. 19).

Silveira (2006, p. 207) aponta que a ideia de patrimonialismo, que vem plasmada na conduta institucional brasileira, se amolda à definição weberiana de dominação com base em um direito pessoal, de natureza consuetudinária. Tem-se aí um indicativo da gênese de nosso problema com a corrupção, uma vez que esse patrimonialismo, como exercício da dominação por uma autoridade, se legitima pela tradição cujas características principais repousam no poder individual do governante que, amparado por seu aparato administrativo, recrutado com base em critérios unicamente pessoais, exerce o poder político sob um determinado território.

Aprofundando o debate sobre o patrimonialismo, Raimundo Faoro, em *Os Donos do Poder*, explica as mazelas do Estado e da nação brasileira com base em nossa formação histórica, na estrutura patrimonialista herdada do colonialismo português, uma vez que, historicamente, o sistema administrativo lusitano não diferenciava as terras e o tesouro da Corte Real do patrimônio privado do governante. Além disso, apontava um estamento burocrático, formado por uma elite política em que “o distanciamento do Estado dos interesses da nação reflete o distanciamento do estamento dos interesses do restante da sociedade” (CAMPANTE, 2003, p. 155).

Com esse viés patrimonialista, o gestor de outrora desconhecia o limite entre o público e o privado, bem como a diferença entre seu patrimônio e

o patrimônio público, uma vez que a administração obedecia apenas ao seu livre arbítrio e não a critérios objetivos, fixados em normas impessoais e abstratas (SILVEIRA, 2006, p. 207).

Assim, a construção patrimonialista do Estado brasileiro, plasmada pela influência do Estado português, que confundia público e privado dentro da normalidade institucional, nos traz consequências perniciosas até os dias atuais.

Por último, é importante apontar um fenômeno tipicamente brasileiro chamado “coronelismo”. A existência do coronelismo no Brasil ainda pode ser percebida em locais mais remotos e suas práticas reproduzidas com mais ou menos intensidade por toda a sociedade política brasileira. Colussi (1996, p. 18) conceitua o fenômeno e suas implicações aduzindo que

O coronelismo, visto como fenômeno político e social, foi expressão de uma sociedade predominantemente rural e que abrangia a maioria dos municípios brasileiros. O poder privado fortalecia-se em consequência do isolamento, do atraso econômico e da falta de comunicação dessas localidades com os centros mais desenvolvidos. O único contato das populações com o aparelho do Estado dava-se em períodos de eleições, quando o voto significava a possibilidade de obtenção de favores ou de alguma melhoria material.

Desse modo, o controle da sociedade local imposto pelos coronéis, donos do poder, conduzia ao clientelismo, que se apresenta, conforme Santin (2007, p. 73), como a “troca de favores entre detentores do poder político e alguns eleitores, os quais realizam relações particularísticas de trocas de interesses comuns”. Ademais, aponta seus traços baseados no personalismo, por meio de relações políticas eminentemente pessoais que comprometem o interesse público e a distribuição social dos recursos do país para atender a interesses privados.

Logo, a prática coronelista e clientelista acompanha a escolha dos representantes da população atualmente, sendo fator preponderante para a ocor-

rência de práticas corruptivas, uma vez que essa troca de favores quase sempre se dá na base de vantagens auferidas sobre o patrimônio público, em detrimento do interesse coletivo.

Esse breve e não exaustivo panorama acerca das causas histórico-político-institucionais da corrupção nos ajuda a tentar entender o fenômeno, mas não esgota sua análise. Para ampliar essa percepção temos que, conforme aponta Leal (2013, p. 14-15), a corrupção não se atrela somente a ganhos financeiros, mas apresenta múltiplas faces e uma capacidade infinita de expansão nas redes de relações sociais e institucionais, públicas e privadas do cotidiano, não sendo possível diferenciar a corrupção para ganhos públicos ou privados ou aquela que agrega ganho monetário daquela que não repercute financeiramente. Além disso, a corrupção, tendo aspectos econômicos ou não, destrói ou impede direitos fundamentais como a dignidade humana, o direito à igualdade e à vida, entre outros.

É importante destacar que as condições sociais também possuem relações diretas com a corrupção, uma vez que, conforme Lacca (2005, p. 67), a pobreza, associada à marginalização e à falta de educação representam, para os propósitos do corrupto, a maior riqueza. Dada a ignorância do povo em geral, em especial sobre a burocracia estatal, os corruptos têm aproveitado para desviar fundos públicos e lesar o erário por meio do recebimento de comissões, fraude às licitações, venda e utilização de informação privilegiada, entre outras práticas. O autor aponta ainda o excesso de discricionariedade na decisão pública, especialmente associado à falta de clareza da lei e de transparência dos atos públicos, bem como a repartição de cargos públicos por critérios impessoais. Também a impunidade opera como fator de contaminação e de quebra de confiança de toda a cadeia do serviço público. Nesse contexto, os empresários, longe de pressionar por maior objetividade e imparcialidade nas relações entre os poderes econômicos e políticos, preferiam buscar o “contato” que lhes poderia render vantagens em privilégios, mediante o pagamento de propinas (LACCA, 2005, p. 75-78).

É com esse “gancho” propiciado por Lacca que inserimos o enfrentamento dessa relação entre poder público e empresariado quando lesiva ao interesse público, o que se propõe a evitar a Lei Anticorrupção. Essa legislação permite, de forma inédita, a responsabilização de forma objetiva das pessoas jurídicas de direito privado envolvidas em atos de corrupção.

### **3. AS IMPLICAÇÕES DA LEI 12.846/2013 NO COMBATE À CORRUPÇÃO**

A Lei 12.846/2013, de 1º de agosto de 2013, dispõe sobre a responsabilidade objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas por atos contra a administração pública, tanto nacional quanto estrangeira. Para Pietro (2018, p. 1039):

A Lei Anticorrupção amplia a responsabilização nas esferas administrativa e civil, na medida em que alcança as pessoas jurídicas, inclusive as que resultarem de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária (art. 4º); e alcança também os respectivos dirigentes, com previsão expressa da desconsideração da personalidade jurídica (arts. 3º e 14).

Ademais, a referida lei tem por objetivo sanar a lacuna existente no ordenamento jurídico a respeito da responsabilização das pessoas jurídicas que praticam atos lesivos à administração pública, especialmente atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos. Ressalta-se que, até a criação deste dispositivo, não havia legislação específica que tratasse da responsabilização das pessoas jurídicas (CAMPOS, 2014, p. 163).

Destaca-se que, por tratar de responsabilização objetiva, as sanções administrativas e cíveis serão aplicadas às pessoas jurídicas independentemente de dolo ou culpa, bastando que seja comprovada a prática de ato lesivo tipificado na Lei Anticorrupção (OLIVEIRA; NEVES, 2014, p. 11). Segundo Ca-

panema (2014, p. 20), a responsabilização objetiva busca punir diretamente as empresas, bastando que se comprove a ocorrência de pelo menos um dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei Anticorrupção e que tais atos sejam cometidos em interesse ou benefício da pessoa jurídica.

Dessa forma, verifica-se que a responsabilização objetiva surge como forma de garantir a efetividade da aplicação das sanções às pessoas jurídicas, evitando assim a alegação de que não houve culpa ou dolo por parte da empresa ou que foi terceiro quem deu causa à infração. Ainda, salienta-se que a responsabilização da empresa independe da responsabilização dos seus dirigentes e administradores, de acordo com o art. 3º da Lei 12.846/2013.

Os atos lesivos à administração pública são aqueles que atentam contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, conforme tipificação contida no art. 5º da Lei 12.846/2013. Nesse sentido, necessário acentuar que, conforme elucida Pena (2013), não se passou a considerar ilícito ato que anteriormente era permitido e praticado pelas empresas; a modificação foi que a pessoa jurídica passou a ser punida em razão de qualquer ato praticado em seu benefício, por qualquer empregado ou representante, ainda que não tenha concorrido ou concordado.

Outrossim, as sanções administrativas decorrentes da prática de atos lesivos estão previstas no art. 6º da referida lei, podendo ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, com a gravidade e a natureza da infração, e sem prejuízo do dever de reparação integral do dano. Admite-se a aplicação de multa que pode variar de 0,1% a 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica no último exercício ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, e da publicação extraordinária da decisão condenatória. No caso de não ser possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6 mil a R\$ 60 milhões, conforme previsto no § 4º do art. 6º da Lei 12.846/2013.

Nesse viés, necessário evidenciar que há um ponto indefinido no tocante à destinação dos valores arrecadados pelas multas pagas. A Lei Anticorrupção não aponta de modo preciso o destinatário dos valores arrecadados, apenas estabelece que sejam preferencialmente destinados aos órgãos ou entidades públicas lesadas (art. 24 da Lei 12.846/2013). Destarte, caberá à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário determinar no caso concreto o receptor da multa arrecadada (CAMPOS, 2014, p. 170).

Em seu art. 7º, a Lei Anticorrupção estabelece os parâmetros que deverão ser considerados para a aplicação das sanções administrativas, de modo a garantir que a sanção aplicada seja adequada ao caso concreto. Merece destaque o seu inc. VIII, o qual enuncia que a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica serão levadas em consideração no momento da aplicação das sanções.

Trata-se de uma “atenuante” que surge com o propósito de que as empresas ligadas à administração pública elaborem o programa de *compliance*, definido como “ato de cumprir, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal” (MANZI, 2008, p. 15). O programa de *compliance* é um avanço direcionado à ética e à transparência das relações negociais entre a administração pública e o setor privado, tendo em vista que permite às empresas adotarem instrumentos que entendam adequados e eficientes na prevenção e repressão de desvios de conduta interna da corporação e de atos de corrupção lesivos à administração pública (CAMPOS, 2014, p. 174).

Relevante mencionar que os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos relativos ao *compliance* devem ser estabelecidos por regulamento expedido pelo Poder Executivo federal, de acordo com o parágrafo único do art. 7º da Lei 12.846/2013.

O processo administrativo será instaurado e julgado pela autoridade máxima de cada órgão ou entidades dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Será conduzido por comissão composta por dois ou mais servidores estáveis, admitindo-se a desconsideração da personalidade jurídica quando configurado abuso de poder, observados o contraditório e a ampla defesa (arts. 8º, 10 e 14 da Lei 12.846/2013).

Em relação ao acordo de leniência previsto no art. 16 da Lei Anticorrupção, o qual se assemelha ao instituto de delação premiada prevista no Direito Processual Penal, verifica-se que se trata de acordo celebrado entre a autoridade máxima de cada órgão e as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos lesivos. Tem por objetivo permitir que a pessoa jurídica infratora colabore na investigação de ilícitos administrativos ou penais, favorecendo, a um tempo, o interesse público na investigação das infrações, resultando na descoberta de outros envolvidos no ilícito e no alcance de informações e documentos que corroborem a infração apurada, e o interesse do próprio infrator na obtenção da extinção da punibilidade ou redução da pena aplicável (PIETRO, 2018, p. 1047).

Do ponto de vista jurídico, assim conceitua-se acordo de leniência:

É o ato administrativo bilateral e discricionário, firmado entre a autoridade competente nacional ou legítima a defender a administração pública estrangeira, em razão de proposta formulada em primeiro lugar pela pessoa jurídica envolvida em atos lesivos à administração pública, definidos ou apontados na Lei nº 12.846/2013, mediante o compromisso de efetiva cooperação na identificação dos demais envolvidos e da obtenção célere de informações e documentos indispensáveis à apuração da verdade nas fases de investigação e do processo administrativo (CAMBI et al., 2014).

Os benefícios previstos no art. 16 da Lei 12.846/2013 abrangem a isenção de sanções administrativa (publicação extraordinária de sentença condenatória) e judicial (proibição temporária de receber benefícios econômicos

do poder público), além de reduzir a multa aplicável no processo administrativo, com o escopo de combater a corrupção na esfera pública e preservar a leal concorrência entre as pessoas jurídicas privadas.

Ademais, a Lei Anticorrupção em seu art. 17 define que a administração pública também poderá celebrar acordo de leniência pela prática de ilícitos previstos na Lei 8.666/1993, com vistas à isenção ou à atenuação das sanções administrativas em seus arts. 86 a 88. Todavia, de acordo com Machado (2014, p. 133), permitir a celebração de acordo de leniência na Lei de Licitações é abranger as penas de suspensão, impedimento e declaração de inidoneidade, cuja razão de ser é bastante diversa das penas de multa ou advertência.

De outro modo, salienta-se que o acordo de leniência não interferirá no dever de reparar integralmente os danos causados. Assim como abrandará apenas as penalidades a serem impostas à pessoa jurídica, ou seja, não há qualquer benefício previsto para as pessoas físicas que cometem o ilícito.

À vista disso, verifica-se que da mesma forma que o acordo trará vantagens à pessoa jurídica, também trará consequências gravosas às pessoas físicas envolvidas nos atos ilícitos, pois quanto mais colaborar o delator, maior será sua implicação na esfera criminal. A Lei 12.846/2013 não prevê extensão dos benefícios concedidos às pessoas jurídicas para os delatores (MAGALHÃES, 2013, p. 35).

No tocante à responsabilização judicial, ressalta-se que a pessoa jurídica poderá ser responsabilizada tanto na esfera administrativa quanto na esfera judicial, sem que caracterize *bis in idem*, tendo em vista a independência das instâncias administrativa e judicial. Destarte, o art. 19 da Lei Anticorrupção traz uma série de sanções que somente serão aplicadas na esfera judicial, merecendo destaque a possibilidade de dissolução compulsória da pessoa jurídica prevista no inc. III do referido artigo.

Outrossim, são partes legítimas para interpor a ação de responsabilização judicial a União, os Estados membros, o Distrito Federal e os Municípios,

por meio das respectivas Advocacias Públicas ou de órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público (art. 19 da Lei 12.846/2013).

Em relação à prescrição, na esfera judicial, da mesma forma que na esfera administrativa, ocorre em cinco anos, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado (art. 25 da Lei 12.846/2013). Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição interrompe-se com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração (parágrafo único do art. 25).

Outro ponto que merece destaque é o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), previsto no art. 22 da supracitada lei, tem como escopo reunir e conferir publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo. Expõe Campos (2014, p. 181) que:

[...] a pretensão do legislador foi agrupar e tornar públicas as sanções aplicadas pelo Poder Público às empresas responsabilizadas pela prática de atos lesivos à Administração Pública, bem como aos acordos de leniência celebrados, o qual deverá ser alimentado periodicamente pela autoridade competente de cada órgão.

É nítido o objetivo do CNEP de desestimular a prática de atos lesivos à administração pública, considerando que a imagem da empresa será associada à corrupção, passando a imagem de uma “empresa ficha suja”. À vista disso, compartilhando o entendimento da autora, a inscrição no CNEP deveria servir como banco de dados de análise obrigatória para futuras contratações do poder público, fazendo com que somente as empresas que tivesse sua “ficha completamente limpa” pudessem contratar com a administração pública (CAMPOS, 2014, p. 182).

Por fim, de acordo com o art. 22, o cadastro deverá conter razão social e CNPJ, tipo de sanção, data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso, e, depois de transcorrido

o prazo do cumprimento do acordo de leniência, da reparação do dano causado ou aquele disciplinado no ato sancionador, os registros serão excluídos mediante solicitação do órgão sancionador.

#### **4. A REGULAMENTAÇÃO DA LEI 12.846/2013 EM ÂMBITO MUNICIPAL**

Uma vez contextualizada a sistemática da lei, bem como sua capacidade transformadora da cultura de corrupção, é de verificar a necessidade de regulamentação normativa dos Municípios como pressuposto viabilizador de sua eficácia nesta esfera. Antes da Lei 12.846/2013, havia uma evidente dificuldade de responsabilizar as pessoas jurídicas por atos lesivos contra o erário público. Sem um instrumento legal adequado, as punições às fraudes a licitações e contratos administrativos, o oferecimento de promessa a agentes públicos, a utilização de interposta pessoa para ocultar ou dissimular a identidade dos beneficiários dos atos praticados, a criação irregular de empresa para participar de licitações ou contratos administrativos, além de outros atos de corrupção, circunscreviam-se à responsabilização subjetiva do agente (JUSTEN FILHO, 2010, p. 901).

O poder regulamentar, a ser realizado por iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo, decorre da previsão constitucional do art. 84, inc. IV e se estende aos chefes do Executivo dos demais Entes federativos por simetria. Entretanto, para verificar a necessidade de regulamentação, é importante analisar os limites do poder regulamentar. Para Aragão (2001, p. 119-124), o exercício de funções normativas pela administração pública se dividem pela extensão do seu exercício.

Assim, existem três situações normativas: a) leis de densidade normativa exaustiva, que obrigam o legislador a dispor de maneira completa sobre a matéria, não deixando espaço nenhum para regulamentação; b) leis de grande densidade normativa, que, apesar de buscar disposição completa acer-

ca da matéria, permitem algum juízo de conveniência e oportunidade administrativa na determinação do exato conteúdo da obrigação imposta; e c) leis de baixa intensidade normativa, que iniciam mas não terminam a normatização da matéria, estabelecendo apenas parâmetros bem gerais da regulamentação a ser efetuada pela administração pública. Estas últimas são chamadas de leis-quadro, próprias de matérias de grande complexidade técnica ou passíveis de constante modificação.

Desse modo, por meio da análise feita da Lei 12.846/2013, verifica-se que esta não pode ser condicionada no rol das leis de baixa intensidade normativa, uma vez que pretendeu regular a matéria de forma completa. Assim, é de se verificar se sua densidade normativa é exaustiva ou se permite certa regulamentação, mesmo que restrita.

No entendimento da União, trata-se de norma de grande densidade normativa, mas passível de complementação, pois a Lei 12.846/2013 foi regulamentada pelo Decreto 8.420/2015. O decreto detalhou o Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), estabelecendo critérios mais específicos para o cálculo de eventuais multas, bem como para os acordos de leniência. Além disso, o Ministério da Transparência do governo federal, por meio da Controladoria-Geral da União (CGU), lançou a cartilha *Sugestões de Decretos para a Regulamentação da Lei Anticorrupção nos Municípios*.

Segundo o sítio eletrônico do órgão federal, o objetivo é garantir a aplicação, de maneira eficaz e eficiente, da Lei Anticorrupção nas demais esferas de governo, tendo como diretrizes a simplificação, suficiência, especificidades municipais e cooperação. Analisando a cartilha em questão, observa-se entendimento quanto ao tema, pois:

Os dispositivos da Lei Anticorrupção, embora autoaplicáveis e não obstante o vigoroso potencial preventivo, inibitório e repressivo no combate à prática de ilícitos, demandam regulamentação que permita sua aplicação de maneira mais eficaz e eficiente, notadamente sob o ângulo operacional (BRASIL, 2017, p. 3).

As sugestões de decretos regulamentares propõem normatização quanto aos seguintes pontos da lei: sistema de cálculo da multa, Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) e acordos de leniência. Quanto à multa, procura estabelecer critério de dosimetria, sugerindo circunstâncias que devem ser consideradas como base do cálculo, tais como a gravidade e a repercussão social da infração, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Também o sopesamento das circunstâncias agravantes e atenuantes, que poderão ser avaliadas conforme a repercussão concreta no ato lesivo (BRASIL, 2017, p. 6).

Em relação ao Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), a cartilha destaca ser importante aos Municípios regulamentar a possibilidade de novas alegações de defesa caso sejam produzidas provas no bojo do PAR; elementos que devem constar na portaria de instauração do PAR, prazos procedimentais e normas relativas à condução dos trabalhos pela comissão, necessidade de que os relatórios finais sejam conclusivos, bem como que as decisões que eventualmente não os acolham sejam devidamente fundamentadas. São disciplinados aspectos para a realização de acordos de leniência, como as atribuições que serão executadas pela comissão de negociação e os efeitos de eventual desistência ou rejeição de seus termos (BRASIL, 2017, p. 7-8).

Em que pese o entendimento de que os Municípios devem regulamentar a lei, é de se verificar se realmente existe tal necessidade, analisando alguns dispositivos da própria legislação. No art. 24 encontramos uma possível remissão à regulamentação, pois dispõe que “a multa e o perdimento de bens, direitos ou valores aplicados com fundamento nesta Lei serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas”. Aqui se pode verificar uma discricionariedade da administração municipal ao escolher a entidade que receberá os recursos e multas aplicadas, uma vez que se utiliza da expressão “preferencialmente”. Também no parágrafo 3º do art. 22 se estabelece a obrigação das autoridades competentes de prestar informações ao Cadastro Nacio-

nal de Empresas Punidas (CNEP), caso desejem celebrar acordos de leniência. Nesse caso, se poderia cogitar a necessidade de regulamentar, na esfera municipal, quem e de que forma será realizada essa tarefa. Entretanto, nos dois casos apontados, solução possível se apresenta por mero ato administrativo, como ordem de serviço ou despacho em processo administrativo. Ou seja, a não regulamentação em nada influencia.

Quanto à dosimetria das multas, objeto de preocupação da regulamentação federal, temos que a Lei 12.846/2013 foi bastante detalhada, deixando pouca margem para discricionariedade do administrador. Vejamos que a multa fica entre 0,1% a 20% do faturamento bruto ou, não sendo possível utilizar este critério, a multa será de R\$ 6 mil a R\$ 60 milhões. Pode ser um espectro bastante amplo, mas a legislação segue no estreitamento do âmbito de escolha do poder público ao dizer que as sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações. Logo, logicamente exige fundamentação da escolha aplicada, de acordo com o caso e com a gravidade. Contudo ainda vai além, pois estipula em nove incisos critérios para escalonamento da multa, a saber: gravidade da infração; vantagem auferida ou pretendida; consumação ou não da infração; grau de lesão ou perigo de lesão; efeito negativo produzido pela infração; situação econômica do infrator; cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica (*compliance*); e, por fim, o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados. É de se perceber que a lei é bem detalhista nesse aspecto, deixando pouca margem, ou nenhuma, para regulamentação municipal. Mesmo quanto ao instituto da *compliance*, que possui sua regulamentação determinada expressamente pela Lei 12.486/2013, esta cabe ao Executivo federal e não aos Municípios.

Em relação ao Processo para Apuração de Responsabilidade (PAR), a lei remeteu à autoridade máxima de cada órgão dos poderes a sua instauração e julgamento, permitindo sua delegação, garantindo a ampla defesa e o contraditório. Ademais, estabeleceu prazos para apresentação de relatórios e para defesa. Ou seja, somado ao regular processo administrativo já utilizado pelos Municípios em outras situações, não há muito mais o que ser regulamentado nesse ponto.

Quanto à regulamentação federal na questão dos acordos de leniência, se percebe que inicialmente nada mais fez do que repisar o contido na lei. Também, boa parte das disposições existentes na Lei 12.846/2013 são oriundas da Medida Provisória 703, de 2015, já com vigência encerrada, mas que foram transcritas para o decreto regulamentar. Tal situação mais atrapalha do que ajuda em sua eficácia, pois com o encerramento da vigência da medida provisória, a regulamentação extrapola o conteúdo legal, ou seja, acaba inovando o direito por decreto, situação não permitida, para este caso, na Constituição Federal.

O que pode ser feito pelo Município, caso não possua, é a criação de um órgão especializado para instaurar e julgar, por delegação do chefe do Poder Executivo, os processos previstos na Lei Anticorrupção, ou então alterar sua legislação no sentido de determinar tais atribuições a órgão existente. Ocorre que tais ações não decorrem da necessidade de regulamentação da referida lei, mas sim de organização interna municipal.

Por fim, não nos parece que a Lei 12.846/2013 necessite de regulamentação por parte dos Municípios, mas sua implementação em nada atrapalha a sua eficácia. Há que se cuidar para não transbordar os limites legais do poder regulamentar por parte do Executivo municipal, o que de fato obstaculizaria a eficácia do instrumento, uma vez que a aplicação de punições às empresas envolvidas em atos de corrupção se arrastaria em longas discussões quanto à regulamentação em si, impedindo a perfectibilização do seu mérito no combate à corrupção.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A corrupção está presente no Brasil desde o período colonial assumindo diversas formas. É sabido que o dreno dos recursos públicos para interesses privados torna o país menos desenvolvido, na medida em que o serviço público se torna ineficiente, levando a um *deficit* econômico e acarretando diversas mazelas para a população.

Nessa medida, o combate à corrupção é tema que ocupa papel de destaque na pauta de reivindicações sociais, pois o uso privado da coisa pública não pode ser tolerado. O combate à corrupção depende de transformações culturais e institucionais, sendo necessário reforçar os institutos de controle da máquina pública.

Nesse contexto surge a Lei 12.846/2013, possibilitando combater frontalmente a corrupção com a atribuição de sanções severas às pessoas jurídicas que praticam atos ilegais contra a administração pública, trazendo mecanismos aptos a melhorar a política da empresa (*compliance*) e o acordo de leniência, o qual possibilita uma maior eficácia das investigações dos ilícitos.

A lei surge para punir atos das empresas outrora esquecidos pelo poder público, sendo que o êxito da Lei Anticorrupção depende de sua efetiva aplicação e fiscalização. Ademais, verifica-se que a lei sozinha não irá banir totalmente a corrupção, todavia a punição às empresas e a prevenção às práticas ilícitas contra a administração pública acarretam uma mudança no comportamento empresarial brasileiro, garantindo maior lisura às relações público-privado.

No entanto, percebe-se que para viabilizar tal intuito não será necessária a regulamentação da referida norma pelos Municípios. Se de um lado essa normativa pode gerar um valor político a ser considerado e propiciar maior conhecimento dos operadores jurídicos municipais do instituto, por outro pode criar a impressão de que só com a regulamentação se pode aplicar o controle previsto no diploma legal, gerando um imobilismo dos agentes municipais.

Conforme analisado durante o trabalho, se pode dizer que a Lei 12.846/2013 é norma de grande densidade normativa, com espaço para regulamentação deveras restrito e não se coloca como condição *sine qua non* de eficácia desta lei, embora possa ser realizado.

## REFERÊNCIAS

ABRAMO, Cláudio. *Compra de Votos nas Eleições de 2006, Corrupção e Desempenho Administrativo*. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/UserFiles/Image/compravotos2006.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 225:109-129, jul./set., 2001.

BAUTISTA, Oscar Diego. Ética en la gestión pública. Disponível em: <http://pendientedemigracion.ucm.es/centros/cont/descargas/documento17466.pdf>. Acesso em: 7 out. 2014.

CAMBI, Eduardo et al. *Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. Patrimonialismo em Faoro e Weber. Dados – *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 46, 2003.

CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 160-185, 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/80943>. Acesso em: 28 ago. 2018.

CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, M. D. do (Org.). *Lei anticorrupção empresarial: aspectos críticos à lei 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

COLUSSI, Eliane Lúcia. *Estado Novo e municipalismo gaúcho*. Passo Fundo: EDIUPF, 1996. 179 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Dialética, 2010.

LLACA, Edmundo González. *La corrupción: patología colectiva*. México: Editora Instituto Nacional de Administración Pública, 2005. 260 p.

LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

MACHADO, Fernando Moreno. *As sanções administrativas da lei de licitações e a desconsideração da personalidade jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº 12.846/2013). *Revista Controle*, Fortaleza, Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Disponível em: <http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/finish/347-revista-controle-volumexi-n-2-dezembro-2013/2290-artigo-2-aspectos-relevantes-da-lei-anticorruptaoempresarial-brasileira-lei-n-12-846-2013?Itemid=592>. Acesso em: 31 ago. 2018.

MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil*. São Paulo: Saint Paul, 2008.

OLIVEIRA, Chaiene Meira de. Lei anticorrupção brasileira: breve estudo da responsabilidade da pessoa jurídica. *Anais do I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis*. 1ed., 2016, p. 412-435. Disponível em: <http://www.fmp.edu.br/pesquisa/552/anais-do-v-salo-de-inicio-cientifica-2016/>. Acesso em: 30 ago. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O sistema brasileiro de combate à corrupção e a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). *Revista brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, a. 12, n. 44, p. 9-21, jan/mar. 2014.

PENA, Eduardo Chemale Selistre. Punição às empresas é diferencial da Lei Anticorrupção. *Revista Consultor Jurídico*, 26 set. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-26/eduardo-pena-punicao-empresas-diferencial-lei-anticorruptao>. Acesso em: 30 ago. 2018.

PIETRO, Maria Zanella di. *Direito Administrativo*. 31ª edição. Forense, 2018.

PORTELA JUNIOR, Aristeu. Florestan Fernandes e o conceito de patrimonialismo na compreensão do Brasil. *PLURAL, Revista do Programa de Pós Graduação em Sociologia da USP*, São Paulo, v.19.2, 2012, p. 9-27.

SANTIN, Janaína Rigo. O tratamento histórico do poder local no Brasil e a gestão democrática municipal. *Revista Estudos Jurídicos*, v. 40, n. 2, p. 72-78, jul.-dez. 2007.

SILVEIRA, Daniel Barile da. Patrimonialismo e a formação do Estado Brasileiro: uma releitura do pensamento de Sergio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Oliveira Vianna. *CONPEDI – Conselho Nacional de Pós-graduação em Direito*, v. 1, p. 203-223, 2006. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIV\\_Congresso/081.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIV_Congresso/081.pdf). Acesso em: 26 mar. 2018.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

VIANNA, Oliveira. *Populações meridionais do Brasil e instituições políticas brasileiras*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1982, p. 377-390. (Biblioteca do Pensamento Republicano, 14).

# OS PORTAIS DA TRANSPARÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE PROBIDADE AOS MUNICÍPIOS

Cynthia Gruending Juruena<sup>1</sup>

Lucas Bossoni Saikali<sup>2</sup>

## 1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Em uma sociedade pautada pelo desenvolvimento tecnológico e que se coloca à mercê das inovações realizadas por meio da rede mundial de computadores (ou internet), a informação se torna um dos principais bens jurídicos a ser tutelado. Bem por isso, o direito à informação é, portanto, fundamental para

---

1 Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), com bolsa Capes/PROEX Tipo I. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), com bolsa Capes/PROSUP Tipo II. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (Nuped) e da Rede de Pesquisa em Direito Administrativo Social. Tesoureira do Instituto Política por.de.para mulheres. Secretária-executiva da Revista de Direito Econômico e Socioambiental (PUCPR). E-mail: cjuruena@gmail.com.

2 Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) – bolsista Capes/PROEX Tipo I. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (Nuped) e da Rede de Pesquisa em Direito Administrativo Social. Secretário-executivo da Revista de Direito Econômico e Socioambiental. Advogado E-mail: saikalilucas@gmail.com.

a efetivação da democracia, na medida em que abrange o direito de informar, o de se informar e o de ser informado. Assim, o erigir da sociedade informacional, como diria Manuel Castells,<sup>3</sup> demonstra que o processamento e a transmissão de informações são cada vez forças motriz de produtividade e poder social<sup>4</sup>.

No âmbito da administração pública, a importância de se prestar informações para o público torna-se cada vez mais imprescindível para uma eficiente gestão. Segundo a Constituição de 1988, o Brasil é um Estado Social, Republicano e Democrático de Direito, devendo, a fim de garantir o regime democrático assinalado pela representação política, ser dotado de transparência, marcado pelo interesse público como objetivo da nação e suscetível de controle (por órgãos oficiais e pela sociedade civil). Dessa forma, “imprescindível o acesso à informação, de fontes plurais e confiáveis, e também a transparência na gestão do interesse público”<sup>5</sup>.

Entre os instrumentos por meio dos quais a administração pública pode garantir o acesso à informação pública, especialmente no que toca ao gasto com pessoal, tem-se o mecanismo dos portais da transparência. Os portais da transparência são sítios oficiais da administração pública direta e indireta que fornecem as informações públicas em meio eletrônico.

Não obstante, a atuação transparente dos Entes federativos e dos órgãos estatais é também relevante na medida em que a Lei de Improbidade Administrativa, em seu art. 11, consagra que a ausência da publicidade dos atos oficiais poderá ser considerada lesão aos princípios da administração, sendo

---

3 Ver em: CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede – a era da informação: economia, sociedade e cultura*, 5. ed. Trad. Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Vanancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

4 BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. *Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade de informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 9.

5 SALGADO, Eneida Desiree; VIOLIN, Tarso Cabral. *Transparência e acesso à informação: o caminho para a garantia da ética na Administração Pública*. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). *Eficiência e Ética na Administração Pública: Anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná*. Curitiba: Ithala, 2015. p. 272.

possível que o agente público seja condenado nos ditames da lei, conforme se verá nos pontos seguintes.

Dessa forma, o presente estudo visa analisar a importância dos portais da transparência como instrumentos de transparência e publicidade dos atos da administração pública. E, ainda, de que forma eles auxiliam os gestores a não incidirem na tipificação do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

## **2. A RELEVÂNCIA DOS PORTAIS DA TRANSPARÊNCIA PARA OS MUNICÍPIOS A PARTIR DA LEI 12.527/11**

O direito à informação é um dos pilares para se construir uma sociedade mais ativa, uma democracia mais fortalecida e para coibir certas práticas indesejáveis no tocante à administração pública. Diante da relevância desse direito fundamental, ocorre o surgimento de um marco legal no Brasil, com o advento da Lei de Acesso à Informação (LAI – Lei 12.527/2011), que objetiva, em suma, tornar públicas as informações administrativas, entre outros aspectos tocantes ao direito à informação.

Os portais da transparência oscilam bastante na administração pública direta e indireta. A Justiça Federal, os Tribunais Regionais Federais, o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho, o Superior Tribunal Militar e o Tribunal Superior Eleitoral apresentam sítios com *links* de acesso à informação e transparência. Em sentido oposto, a transparência no Poder Legislativo ainda é um desafio em sua concretização. Há uma nítida diferença entre o acesso à informação no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, esta última se coadunando melhor com as exigências legais<sup>6</sup>.

---

6 SALGADO, Eneida Desiree. Lei de Acesso à Informação (LAI): comentários à Lei nº 12.527/2011 e ao Decreto nº 7.724/2012. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção direito administrativo positivo; v. 33/ Irene Patrícia Nohara, Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, coordenadores), p. 58-59.

Ainda, é preciso registrar que a transparência e o acesso à informação divergem de um Ente federado para outro. Em âmbito federal se percebe que as exigências impostas pela Lei de Acesso à Informação são, via de regra, mais bem executadas. Muitas vezes os Municípios não possuem estrutura adequada para criação de portais da transparência e sua atualização, em razão principalmente da escassez de recursos financeiros.

O art. 3º, inc. I, da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), estabelece como regra geral a observância da publicidade, havendo a possibilidade do sigilo como exceção<sup>7</sup>. Essa publicidade referida no dispositivo pode ser assim definida: “a publicidade reclamada pelo direito de informação consiste na circunstância de que os atos do governo devem ser públicos e devem estar disponíveis a qualquer pessoa”<sup>8</sup>. Quanto menores forem as restrições impostas pelo Estado para o sigilo dos documentos, maior será, conseqüentemente, a abertura da administração pública.

Como os administradores devem agir em observância ao interesse público, e não a seus interesses pessoais, a publicidade se faz indispensável para que se possa garantir e controlar que os atos públicos tenham essa finalidade: o atendimento aos cidadãos<sup>9</sup>. A publicidade, desse modo, serve para que os cidadãos possam participar e exercer o controle social.

O art. 6º da Lei de Acesso à Informação preconiza quais são os deveres do poder público em relação à transparência de seus atos. O dispositivo traz, em seus incisos, o que cabe aos órgãos e entidades públicas assegurar. Em seu inc. I, estabelece a exigência de haver uma “gestão transparente da infor-

---

7 BRASIL. Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm). Acesso em: 5 nov. 2018.

8 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. O direito à informação e a liberdade de expressão. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 127.

9 SALGADO, Eneida Desiree. Lei de Acesso à Informação (LAI): comentários à Lei nº 12.527/2011 e ao Decreto nº 7.724/2012. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção direito administrativo positivo; v. 33/ Irene Patrícia Nohara, Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, coordenadores), p. 83.

mação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação”<sup>10</sup>. Salgado<sup>11</sup> explicita que deve haver uma padronização de procedimentos para produção e armazenamento de dados e documentos. É inadmissível que a administração pública não responda a requerimentos formais.

O art. 7º da LAI dispõe acerca do conteúdo das informações que os cidadãos possuem o direito de obter, sendo este um rol exemplificativo, pois em seu *caput* utilizou-se o termo “entre outros”. Esse dispositivo possui diversos incisos, alíneas e parágrafos; diante disso, se adentrará somente naqueles que são mais relevantes à pesquisa.<sup>12</sup>

O primeiro inciso estabelece a necessidade de “orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada”<sup>13</sup>. Eneida Salgado<sup>14</sup>, em análise do dispositivo, referencia que “os agentes públicos, além de serem obrigados a fornecer informações, têm que ajudar os cidadãos a acessá-las”.

Nesse sentido, a Lei de Acesso à Informação se preocupa com a disponibilização de informações que sejam acessíveis aos cidadãos, para que eles possam se apropriar efetivamente dos dados ou documentos que estão buscando. Além de a informação ter de ser clara e de linguagem acessível, a busca para a sua obtenção também deve seguir a mesma lógica. Assim, a administração

---

10 BRASIL. Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm). Acesso em: 5 nov. 2018.

11 SALGADO, Eneida Desiree. Lei de Acesso à Informação (LAI): comentários à Lei nº 12.527/2011 e ao Decreto nº 7.724/2012. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção direito administrativo positivo; v. 33/ Irene Patrícia Nohara, Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, coordenadores), p. 96.

12 BRASIL. Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm). Acesso em: 5 nov. 2018.

13 BRASIL. Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm). Acesso em: 5 nov. 2018.

14 SALGADO, Eneida Desiree. Lei de Acesso à Informação (LAI): comentários à Lei nº 12.527/2011 e ao Decreto nº 7.724/2012. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção direito administrativo positivo; v. 33/ Irene Patrícia Nohara, Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, coordenadores), p. 99.

pública deve ser ativa no fornecimento de informações e no auxílio aos cidadãos para o seu acesso.

Têmis Limberger<sup>15</sup> discorre que “a transparência é a possibilidade de o cidadão ter acesso à informação pública, quando a informação lhe aparece, enquanto a publicidade seria o movimento que a administração dá a conhecer os seus atos”. Portanto, apesar de serem conceitos distintos, possuem uma interconexão. A publicidade é a divulgação dos atos da administração, enquanto que a transparência é quando a administração pública propicia o conhecimento e acesso do cidadão às informações administrativas.

Desse modo, o objetivo principal da transparência é transformar as informações públicas em um instrumento de ação dos cidadãos; isto é, que a partir da apropriação das informações, os administrados consigam participar dos assuntos públicos. Entretanto, tem-se duas grandes barreiras para a concretização dessa finalidade, quais sejam, os entraves na alfabetização digital e as problemáticas da linguagem técnica.

Além disso, os portais da transparência podem se consubstanciar em um instrumento para assegurar a probidade administrativa dos atos da administração pública local. Em seguida, tratar-se-á do princípio constitucional da probidade.

### **3. OS CONTORNOS DA PROBIIDADE ADMINISTRATIVA E SUAS IMBRICAÇÕES COM A TRANSPARÊNCIA**

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA – Lei 8.429/1992) é o principal instrumento ao combate à corrupção, desonestidade e má-fé na gestão pública, na medida em que prevê sanções políticas, administrativas e cíveis

---

15 LIMBERGER, Têmis. Acesso à informação pública em rede: a construção da decisão adequada constitucionalmente, p. 259-276. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2013, p. 261.

ao agente público que, no desempenho de suas atribuições funcionais, praticar atos de improbidade administrativa que ocasionem (i) enriquecimento ilícito próprio ou de terceiro, (ii) dano efetivo ao erário e (iii) subversão aos princípios que regem a administração pública. Importante ressaltar que as sanções previstas no art. 12 da LIA podem ser aplicáveis de forma cumulativa, parcial ou isolada e não prejudicam eventual ação penal, como dispõe o art. 37, § 4º, da Constituição de 1988.

No presente artigo, importará o estudo dos atos de improbidade administrativa que lesam princípios da administração pública em razão da ausência de publicidade e transparências aos atos oficiais do Ente federativo – seja da União, do Estado ou do Município. O art. 11 da Lei 8.249/1992 dispõe que serão considerados atos de improbidade administrativa, conforme supracitado, aqueles que ofendam os princípios da administração pública. Segundo o dispositivo, qualquer ação ou omissão que venha a violar princípios como o da honestidade, o da imparcialidade, o da legalidade, entre outros.

Diante dos requisitos impostos pela Lei de Acesso à Informação, a leitura do art. 11, inc. IV, da Lei de Improbidade Administrativa<sup>16</sup> demonstra a necessidade de se buscar, no âmbito da administração pública, a publicidade dos atos oficiais, bem como do acesso à informação. Trata-se, dessa forma, da devida aplicação do princípio da publicidade administrativa, por meio do qual se permite à sociedade amplo acesso aos atos e informações do poder público, possibilitando, inclusive, maior controle.<sup>17</sup>

---

16 “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...] IV - negar publicidade aos atos oficiais.”

17 “O princípio da publicidade pode ser considerado, inicialmente, como apreensível em duas vertentes: (1) na perspectiva do direito à informação (e de acesso à informação), como garantia de participação e controle social dos cidadãos (a partir das disposições relacionadas no art. 5º, CF/88), bem como (2) na perspectiva da atuação da Administração Pública em sentido amplo (a partir dos princípios determinados no art. 37, caput, e artigos ss. da CF/1988).” (STF, SS 3.902/SP, j. 08.07.2009, Decisão Monocrática, rel. Min. Gilmar Mendes).

O dispositivo é configurado pela omissão voluntária (dolosa) do agente público ao não divulgar tempestiva e na forma prevista em lei os atos oficiais que são de seu dever publicar ou informar aos particulares interessados.<sup>18</sup> Tendo em vista que a transparência e a publicidade das condutas estatais leva segurança aos direitos individuais e políticos dos cidadãos, trata-se de “requisito essencial à transparência da gestão da coisa pública, ao controle interno e externo das atividades do Estado e à segurança jurídica dos cidadãos e da sociedade em geral”<sup>19</sup>.

Embora a incidência das regras do art. 11 seja subsidiária frente aos demais tipos do art. 9º e art. 10 da LIA (enriquecimento ilícito e dano ao erário, respectivamente), uma vez que somente será aplicado caso não haja a possibilidade da aplicação dos outros, a lesão aos princípios da administração pública também acarretam sanções pesadas aos eventuais condenados.<sup>20</sup> Para que se configure ofensa ou lesão aos princípios da administração pública é necessário: (i) que haja uma ação ou omissão, por um agente público, que viole um princípio regulador; (ii) comportamento que demonstre desonestidade, má-fé e falta de probidade; (iii) caracterização do elemento subjetivo (a existência de dolo na conduta é essencial); e (iv) que não haja violação do princípio por conta do disposto nos artigos anteriores.<sup>21</sup>

Ainda que as sanções previstas na lei, dispostas no art. 12, inc. III, para o caso da violação aos princípios, sejam mais leves em relação às demais, o que demonstra menor graduação destas pelo poder legiferante, a condenação

---

18 PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudências atualizadas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 120.

19 PAZZAGLINI FILHO, Marino. Princípios constitucionais reguladores da administração pública. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 21.

20 GAJARDONI, Fernando da Fonseca, et al. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 153.

21 PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudências atualizadas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 118.

pode levar a consequências de caráter irreversível na vida de um agente público. As sanções são as seguintes: (i) perda da função pública, (ii) ressarcimento do eventual dano ao erário (se houver), (iii) suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, (iv) pagamento de multa de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração recebida e (v) proibição de contratar com a administração pública pelo prazo de três anos. Destaca-se que a proibição de contratar com a administração pública também proibirá o agente público ímprobo de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

No que toca à necessidade de publicidade dos atos da administração pública, vale a lembrança ao art. 37, § 1º, da Constituição: não podem constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem propaganda (ou promoção) pessoal do agente público em quaisquer publicidades de atos, programas, obras, serviços e campanhas do poder público. Essa é uma forma de impedir o uso da máquina pública administrativa com o intuito de promoção pessoal do administrador, uma vez que se trata de ofensa grave ao princípio administrativo da impessoalidade.<sup>22</sup>

Portanto, para que seja considerado ato ímprobo nos ditames do art. 11 da LIA, a atuação do agente público deve constituir uma violação ao princípio constitucional da probidade administrativa (ou princípio da moralidade), qual seja, o dever de agir com presteza, honestidade e decência na gestão dos recursos e negócios públicos.<sup>23</sup> Nessa toada, a conduta do agente público que ferir o princípio da moralidade, bem com os demais, configurará improbidade administrativa e permitirá que o Ministério Público ingresse com uma ação

---

22 GAJARDONI, Fernando da Fonseca, et al. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 166.

23 PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudências atualizadas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 2.

por ato de improbidade, de acordo com os dispositivos supramencionados presentes na LIA.<sup>24</sup>

Sobreleva ressaltar que a LIA busca punir o agente público desonesto, que agiu com má-fé ao dilapidar o erário ou ao ofender os princípios da administração pública. Nesse sentido, a improbidade difere da ilegalidade em sentido estrito,<sup>25</sup> uma vez que não se busca a condenação do eventual gestor ou administrador inábil, de gestão imperfeita dos recursos públicos, pois ausente o elemento da “desonestidade”.<sup>26</sup> Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já observou a imprescindibilidade do elemento subjetivo nos casos que envolvem a apuração de atos de improbidade administrativa.<sup>27</sup> Portanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátria são cediças ao sustentarem a necessidade do elemento subjetivo do dolo e da má-fé para os casos em que incida o art. 11

---

24 NOHARA, Irene. Direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 76.

25 PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudências atualizadas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 5.

26 FIGUEIREDO, Marcelo. Proibidade Administrativa. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 49-50.

27 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DOSIMETRIA. SANÇÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. ARTIGO 11 DA LEI 8.429/1992. A OFENSA A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS, EM REGRA, INDEPENDE DA OCORRÊNCIA DE DANO OU LESÃO AO ERÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA “C”. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. (...) 5. O entendimento do STJ é no sentido de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. 6. É pacífico nesta Corte que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico. 7. Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, estar caracterizada a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. (...). (REsp 1508169/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016). O mesmo posicionamento é encontrado em diversos outros Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, a saber: AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2015; REsp 1.512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2015; AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5/3/2015; AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/8/2014.

da Lei de Improbidade Administrativa. Dessa forma, imperioso que o papel do Ministério Público e dos demais órgãos de controle não desandem em abuso.<sup>28</sup>

Como afirmam Eneida Desiree Salgado e Tarso Cabral Violin, “a cidadania deve conhecer o custo do aparato administrativo e o valor do trabalho de seus agentes, para comparar a conformidade entre o valor financeiro e o resultado”<sup>29</sup>. Em outras palavras, isso significa a necessidade de controle da própria sociedade civil quando os controles internos e interinstitucionais não funcionam de forma adequada. Portanto, necessária a utilização de instrumentos e mecanismos que possibilitem e facilitem o acesso à informação, dentre os quais, os portais da transparência, sobre o qual se expõe no próximo capítulo.

#### **4. OS PORTAIS DA TRANSPARÊNCIA COMO UMA FORMA DE OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA**

Diante da importância da transparência para a legitimação democrática, tem-se que uma das formas de fomento para a interlocução entre administração pública e administrados é a *cibertransparência*. Na cibertransparência as informações públicas são disponibilizadas aos cidadãos em meio eletrônico, para que eles tenham conhecimento dos atos da administração e possam, assim, participar e fiscalizar.

---

28 GUSSOLI, Felipe Klein. Caça aos ímprobos: como a aplicação da lei de improbidade desvinculada das garantias constitucionais desvirtua a finalidade legal. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). Eficiência e Ética na Administração Pública: Anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: Íthala, 2015. p. 264.

29 SALGADO, Eneida Desiree; VIOLIN, Tarso Cabral. Transparência e acesso à informação: o caminho para a garantia da ética na Administração Pública. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). Eficiência e Ética na Administração Pública: Anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: Íthala, 2015. p. 281.

A cibertransparência é uma expressão que designa essa nova forma de disponibilizar a informação pública para os administrados, utilizando-se o meio eletrônico. Além disso, este fenômeno não se traduz somente na utilização de uma ferramenta tecnológica, mas, muito além disso, em uma nova forma de manter as relações democráticas entre a administração pública e os cidadãos.<sup>30</sup>

Um enfoque importante da teledemocracia ou cibertransparência e da utilização desse recurso é para coibir as práticas corruptivas da democracia representativa. Nesta senda, tem-se que “la teledemocracia puede ser un poderoso antídoto contra esos fenómenos de corrupción parlamentaria, en la medida en que devuelve el poder político a los ciudadanos y evita su concentración en los partidos”<sup>31</sup>.

Verifica-se que o espaço local é importante para que haja maior interlocução entre a administração e os administrados, e que a cibertransparência é fundamental para fomentar esse diálogo e uma maior participação cidadã. Os portais da transparência, em nível local, propiciam essa aproximação.

A exigência de portais da transparência se encontra expressa na Lei de Acesso à Informação – Lei 12.527/2011 –, e é uma forma de concretizar a transparência no ambiente digital, como um instrumento de aproximação dos cidadãos ao Estado, e de coibir, por meio da transparência, atos ímprobos.

## 5. NOTAS FINAIS

O gerenciamento, no sentido de publicar e ser transparente, das informações e dos atos oficiais é medida que torna o Município verdadeiro garanti-

---

30 LIMBERGER, Têmis. Acesso à informação pública em rede: a construção da decisão adequada constitucionalmente, p. 259-276. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2013, p. 261.

31 “A teledemocracia pode ser um poderoso antídoto contra esses fenômenos de corrupção parlamentar, na medida em que devolve o poder político aos cidadãos e evita a sua concentração nos partidos” (tradução livre). PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. ¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com? Barcelona: Gedisa, 2004, p. 79.

dor do acesso à informação, permitindo, dessa forma, o exercício do controle social pela população. Ademais, é prática que fomenta a participação popular e, portanto, o regime democrático pregado pela Constituição Federal.

O Portal da Transparência é instrumento para formalizar esse gerenciamento. A possibilidade de se alocar informações sobre o valor do trabalho dos agentes públicos facilita o controle externo da sociedade civil sobre o Estado. Cuidar do aparato administrativo de um Município é custoso, seja do ponto de vista financeiro, seja do ponto de vista do esforço humano para lidar com os problemas diários. Dessa forma, o agir transparente do gestor pode tornar-se catalisador de um maior apoio popular e de maior segurança jurídica para que privados possam contratar com o Município.

Como se não bastasse, e conforme já se expôs acima, a devida transparência do agente público é carta fundamental para a execução dos princípios da administração pública, tendo força para impedir sanções aos prefeitos em eventuais ações de improbidade administrativa ajuizadas pelo Ministério Público com o fundamento em lesões aos princípios da publicidade e transparência.

## REFERÊNCIAS

BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. *Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade de informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BRASIL. *Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 5 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1508169/PR – Paraná. Relator: Ministro Herman Benjamin. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67695521&num\\_registro=201403239785&data=20161219&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67695521&num_registro=201403239785&data=20161219&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 7 nov. 2018.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O direito à informação e a liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede – a era da informação: economia, sociedade e cultura*, 5. ed. Trad. Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Vanancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, et al. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GUSSOLI, Felipe Klein. Caça aos ímprobos: como a aplicação da lei de improbidade desvinculada das garantias constitucionais desvirtua a finalidade legal. *In*: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). *Eficiência e Ética na Administração Pública: Anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná*. Curitiba: Íthala, 2015.

LIMBERGER, Têmis. Acesso à informação pública em rede: a construção da decisão adequada constitucionalmente. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2013, p. 259-276.

NOHARA, Irene. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudências atualizadas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios constitucionais reguladores da administração pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?* Barcelona: Gedisa, 2004.

SALGADO, Eneida Desiree. *Lei de Acesso à Informação (LAI): comentários à Lei nº 12.527/2011 e ao Decreto nº 7.724/2012*. São Paulo: Atlas, 2015. (Co-

leção direito administrativo positivo; v. 33/ Irene Patrícia Nohara, Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, coordenadores).

SALGADO, Eneida Desiree; VIOLIN, Tarso Cabral. Transparência e acesso à informação: o caminho para a garantia da ética na Administração Pública. *In*: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). *Eficiência e Ética na Administração Pública: Anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná*. Curitiba: Íthala, 2015.

# O CONTROLE EXTERNO NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: O SISTEMA LICITA CON COMO UM MECANISMO DE AUXÍLIO PARA O CONTROLE SOCIAL<sup>1</sup>

Betieli da Rosa Sauzem Machado<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo centra-se em examinar o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, com enfoque no sistema LicitaCon. Se justifica tal pesquisa por buscar verificar como se dá a atuação dos Tribunais de Contas como órgãos auxiliares na promoção do controle social. O problema de pesquisa evidencia-se na seguinte questão: o sistema LicitaCon criado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul pode ser considerado um

---

1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (Capes) – Código de Financiamento 001.

2 Mestranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa Prosuc/Capes, modalidade II. Pós-Graduada em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul e Centro de Ensino Integrado Santa Cruz. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016). Advogada. E-mail: betielisauzem@yahoo.com.br.

mecanismo de fortalecimento do controle social, fomentador do direito à transparência, visando, assim, à boa gestão pública? Objetivando responder o problema da pesquisa, dividiu-se a investigação nos seguintes momentos: primeiro, analisa-se o papel dos Tribunais de Contas no controle externo, suas competências e composição; segundo, verifica-se o controle social sob a ótica do direito à informação e à publicização no Brasil; e, por fim, examina-se o sistema LicitaCon como auxiliar do controle social e para a boa gestão pública. A pesquisa utiliza o método de procedimento bibliográfico, com consulta a diplomas legais e obras, sendo aplicado o método de abordagem dedutiva. Dessa forma, a partir dessas premissas conclui-se que o órgão de contas por meio do sistema LicitaCon vem fortalecendo o controle social e a transparência dos atos da administração no que concerne às licitações e aos contratos, gerando com isso uma melhora na gestão dos recursos públicos.

## **1. NOTAS INTRODUTÓRIAS**

Por meio da importância obtida pela administração pública no gerenciamento das riquezas coletivas e na busca pela prestação de serviços públicos eficientes, verifica-se que a administração pública visa à obediência das normas constitucionais e infraconstitucionais, tendo o dever de transparência na gestão da coisa pública na busca de atingir sua finalidade maior que é o interesse público. Nesse sentido, é possível verificar que o cumprimento dos princípios constitucionais referentes à gestão do patrimônio coletivo tem ganhado relevância com o surgimento de novos meios de se efetuar o controle da sua gestão.

Desse modo, o presente artigo centra-se em examinar o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, com enfoque no sistema LicitaCon. Se justifica tal pesquisa por buscar verificar como se dá a atuação dos Tribunais de Contas como um órgão auxiliar na promoção do controle social.

O problema de pesquisa evidencia-se na seguinte questão: o sistema LicitaCon criado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul pode

ser considerado um mecanismo de fortalecimento do controle social, fomentador do direito à transparência, visando, assim, à boa gestão pública?

Objetivando responder o problema da pesquisa, dividiu-se a investigação nos seguintes momentos: primeiro, analisa-se o papel dos Tribunais de Contas no controle externo, verificando a conceituação de controle externo, e logo após passa-se à abordagem da natureza jurídica dos Tribunais de Contas, competências e composição. No segundo momento, se verifica a conceituação de controle social, o direito à informação e à publicização no Brasil com o advento da Constituição de 1988. Por fim, examinam-se os impactos no controle social e no controle externo com o advento da Resolução 1.050/2015, a qual instituiu o Sistema LicitaCon como um possível auxiliar do controle social e para a boa gestão pública.

A pesquisa utiliza o método de procedimento bibliográfico, com consulta a diplomas legais e obras, sendo aplicado o método de abordagem dedutiva.

## **2. O PAPEL DO TRIBUNAL DE CONTAS NO CONTROLE EXTERNO: COMPETÊNCIAS E COMPOSIÇÕES**

Para satisfazer o interesse público, que é a finalidade primordial da administração pública, é necessário que exista o controle administrativo, o qual se caracteriza por ser um conjunto de instrumentos que o ordenamento jurídico estabelece com o intuito de que a administração pública, os poderes Judiciário e Legislativo e o povo, de forma direta ou por meio de órgãos especializados, possam exercer o poder de fiscalização, revisão da atuação administrativa e orientação de todos os órgãos, agentes públicos e entidades, em todas as esferas.

Assim, na organização político-administrativa do Brasil nota-se a presença de um Tribunal de Contas da União (TCU) e de diversos Tribunais de Contas estaduais. Logo, pode-se dizer, genericamente, que o Tribunal de Contas da União realizará a fiscalização das contas da União e os Tribunais de Contas

dos Estados irão fiscalizar as contas dos Estados membros e Municípios. (BITENCOURT; RECK, 2018).

Ademais, destaca-se que a composição dos Tribunais de Contas é mista, visto que é composta por políticos e profissionais. Dessa forma, o TCU é composto por oito ministros, sendo três nomeados pelo presidente da República entre membros das carreiras concursadas dentro do próprio TCU e seis nomeados livremente pelo Congresso Nacional, em que é usual a escolha recair geralmente entre ex-parlamentares. Ainda, geralmente são auxiliados por um extenso corpo técnico, que possui qualificação em diversas áreas. Por simetria, nota-se que os Tribunais de Contas dos Estados são formados por sete conselheiros, sendo dois escolhidos dentro do quadro técnico pelo governador, e os outros cinco pela Assembleia Legislativa. (BITENCOURT; RECK, 2018).

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Tribunal de Contas surgiu com maiores distinções, visto que suas competências e jurisdição foram ampliadas, passando a receber competências que antes não estavam presentes nas demais Constituições. Desse modo, a partir da Constituição de 1988 o Tribunal de Contas passou a ser um órgão auxiliar do Poder Legislativo no exercício da fiscalização financeira, contábil, orçamentária, patrimonial e operacional da União, bem como dos Entes da administração pública direta e indireta, com relação à legitimidade, à legalidade, à economicidade e à fiscalização da aplicação de subvenções e de renúncia das receitas (BULOS, 2012).

De tal forma, destaca-se que o Tribunal de Contas está previsto no Título IV – Organização dos Poderes, no Capítulo I – Do Poder Legislativo, regulado na Seção IX, que aborda a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, conforme previsto entre os arts. 70 a 75 da Constituição. Assim, Sodré (2006) destaca que o Tribunal de Contas é considerado um órgão independente e autônomo, que não pertence a nenhum dos poderes da República e exerce magistratura *sui generis*, como um órgão fiscalizador.

Como consequência, mesmo que o Tribunal de Contas seja considerado como um órgão público especializado em auxiliar e orientar o Poder Legis-

lativo no controle externo dos gastos públicos, não se subordina a ele, conforme o art. 71, *caput* da Constituição (JUSTEN FILHO, 2016). Portanto, nota-se que o órgão de contas tem suas peculiaridades, distinguindo-o das demais instituições superiores de auditorias externas dos outros países, visto que, além de investigar e coletar dados, também produz informações relacionadas à gestão de recursos públicos – quanto a legalidade, economicidade, eficiência e eficácia. Assim, detém competências de tomar decisões específicas que produzirão efeitos concretos, independentemente da aprovação do Congresso Nacional ou da Assembleia Legislativa.

Desse modo, pode-se destacar que as cortes de contas se configuram como órgãos de controle técnico das finanças públicas, os quais desempenham papel importante no controle externo da administração, por meio das funções de auditorias e ouvidorias, e ainda avaliações operacionais e fiscalizações de políticas governamentais (RIBEIRO, 2002).

Já com relação a sua natureza jurídica, Justen Filho (2013) explana que mesmo vinculado ao Poder Legislativo, o Tribunal de Contas é comparado aos Tribunais Judiciários, no que se refere às garantias de sua independência. De tal forma que é aplicado o que dispõe o art. 96 da Constituição, elegendo, dessa maneira, seu presidente e os membros de sua direção, organizando seus serviços auxiliares, promovendo os cargos e a fixação dos seus vencimentos respectivos, bem como elaborando o regimento interno.

Assim, Marçal Justen Filho vêm clarificar o entendimento de que o Tribunal de Contas se diferencia de todos os demais poderes na sua atuação quase jurisdicional:

No entanto e mais do que qualquer outro caso, seria possível aludir, a propósito do Tribunal de Contas, a uma atuação *quase jurisdicional*. Se tal expressão puder merecer algum significado próprio, isso reside na forma processual dos atos e na estrutura autônoma e independente para produzir a instrução e o julgamento. A fórmula *quase jurisdicional* é interessante não para

induzir o leitor a imaginar que a atuação do Tribunal de Contas é idêntica à do Poder Judiciário, mas para destacar como se diferencia do restante das atividades administrativas e legislativas. Nenhum outro órgão integrante do Poder Executivo e do Poder Legislativo recebeu da Constituição poderes de julgamento equivalentes, inclusive no tocante à relevância e eficácia, aos assegurados ao Tribunal de Contas. (JUSTEN FILHO, 2013, p. 1206, grifos próprios).

Em consequência a isso, entende-se que o Tribunal de Contas não está subordinado a nenhum dos três poderes da República, pois detém atribuições importantes, exercendo papel ímpar como auxiliar e orientador do Poder Legislativo no que tange ao controle externo, visando, desta forma, a proteger e assegurar aos cidadãos uma gestão da coisa pública transparente, ética e eficiente.

O voto do ministro Celso Antônio Bandeira de Mello na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.190, explicita o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à forma em que se encontra o Tribunal de Contas na estrutura constitucional brasileira, conforme trecho abaixo:

Os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários, nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanção que resulta, primariamente, da própria Constituição da República. (BRASIL, 2010).

Dito isso, verifica-se que em síntese a natureza de orientação do Tribunal de Contas é administrativa, por se tratar de um órgão consultivo e orientador da administração pública, em que além das suas atribuições ressalta-se que possui uma atribuição implícita, pois no momento em que este órgão decide, ele acaba influenciando a administração pública.

Portanto, Justen Filho (2013) explana que, no sistema anterior, a fiscalização externa envolvia apenas o exame da legalidade dos atos que tinham sido praticados. Ao passo que o art. 70 da Constituição refere-se à fiscalização de legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. Contudo essa redação não condiz com a criação de competência para rever o mérito dos atos administrativos ou de invadir o âmbito de liberdade da autoridade que praticou o ato. Com relação as suas atribuições, o art. 71 da Constituição<sup>3</sup> indica um rol de atribuições.

Portanto, não cabe, via de regra, ao órgão de contas averiguar o mérito dos atos administrativos, pois a discricionariedade é uma liberalidade de se verificar a conveniência e a oportunidade de escolher a melhor solução para o caso. Dessa forma, o mérito da atuação discricionária não está sujeito a revi-

---

3 Já o art. 71 da CF/88 e o art. 1º do Regimento Interno do Tribunal de Contas estabelecem as funções do Tribunal de Contas da União, o qual deve auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo e na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, nas seguintes atribuições, conforme dispõe o art. 71 da Constituição Federal: "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; III – apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV – realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V – fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII – prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII – aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI – representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. § 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. § 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito. § 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo. § 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades". (BRASIL, 1988).

são, nem mesmo pelos órgãos do judiciário, visto que se o mérito pudesse ser revisado pelo Poder Legislativo ou pelo Tribunal de Contas a discricionariedade perderia o seu sentido. (JUSTEN FILHO, 2013).

Outrossim, salienta-se que a ausência de referência na Constituição quanto a fiscalização do mérito, da conveniência ou da discricionariedade não é casual, pois a Constituição menciona apenas a economicidade e a legitimidade, que são matérias complementares da atuação do gestor público. Cabe aos órgãos fiscalizatórios verificar se existiu ou não abuso de poder, desvio de finalidade ou se a decisão adotada era a melhor, sem, no entanto, rever o mérito, via de regra. Porém, se houver o descumprimento da proporcionalidade, o órgão de contas está autorizado a revisar os atos administrativos.

Ademais, destaca-se que as competências atribuídas aos Tribunais de Contas têm se ampliado, não só em razão da Constituição de 1988, como em razão das modificações produzidas na prestação da atividade administrativa, as quais investiram o órgão com poderes mais amplos, buscando a ampliação da sua eficiência, pois impõem desafios aos órgãos de controle da coisa pública, celeridade nas demandas, fiscalização contábil, orçamentária, financeira, patrimonial e operacional dos órgãos e entidades de sua administração direta e indireta. (BULOS, 2012).

Dito isso, passa-se a abordagem do controle social sob a lógica do direito à informação e à publicização no Brasil.

### **3. O CONTROLE SOCIAL SOB A ÓTICA DO DIREITO À INFORMAÇÃO E À PUBLICIZAÇÃO NO BRASIL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Além da fiscalização pelo controle externo, para uma boa a gestão dos bens e recursos públicos, existe o controle social que é exercido pelos cidadãos, que são interessados diretamente na sua efetividade. Desse modo, o controle social pode ser exercido desde o processo de elaboração das políticas públicas até o monitoramento e o acompanhamento de sua execução, compreendendo também uma esfera mais extensa do que a que é prevista para o controle externo, por conta do seu caráter democrático. Em consequência, não há como falar-se em controle social sem que se mencione a transparência e a participação na gestão pública, visto que são fatores importantes para a efetividade do controle da sociedade sobre a gestão pública (LIMA, 2015).

Dessa maneira, com a Constituição de 1988, foram multiplicados os mecanismos para a efetivação do controle social. Assim, salienta-se a possibilidade de que qualquer cidadão, associação, partido político ou sindicato realize a denúncia de possíveis irregularidades ou ilegalidades aos órgãos de controle externo, conforme dispõe o art. 74 da Constituição.

Ademais, é importante destacar que a partir da nova matriz constitucional inaugurada com o advento da Constituição de 1988, o Estado passou a depender fortemente da sociedade como uma cogestora dos interesses públicos, visto que a própria ordem constitucional impõe a participação na gestão dos interesses públicos – premissa da *res publica*. Para que tal participação seja exercida, a publicidade dos atos da administração pública se tornou pressuposto essencial para participação social, ou seja, para a cidadania ativa. Dessa maneira, o Estado tem o dever de garantir padrões mínimos de inclusão e informação para que viabilize à cidadania ativa a possibilidade de criar, monitorar e acompanhar os projetos do governo nas políticas públicas. (FRAGA; NUNES, 2016).

Portanto, para que se estabeleça uma verdadeira democracia, ela deve se basear em uma estrutura organizativa que permita aos cidadãos o acesso aos processos de tomada de decisões referentes aos recursos empregados, proporcionando a formulação de ideias e programas que possam formar parte do programa político e que possam fazer algo para ser cumprido (CHOMSKI, 1989).

Consequentemente, a Constituição de 1988 apresenta um amadurecimento da democracia por meio da facilitação da propagação da informação. Nesse sentido, o direito de informação pode ser compreendido como o conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações que envolvam o interesse geral e particular, o qual origina, do ponto de vista jurídico, duas direções. Primeira, a dos direitos de informar e de ser informado, coincidindo com a liberdade de manifestação do pensamento por meio da palavra, seja ela escrita ou por qualquer outro meio de difusão. A segunda se refere à liberdade de informação, a qual abarca as liberdades de informar e de ser informado, indicando o interesse de que os indivíduos como comunidade estejam informados de modo consciente para o exercício das liberdades públicas (SILVA, 2004).

Na Constituição de 1988, o direito à informação encontra previsão nos arts. 5º, inc. XXXIII, e 37. Destaca-se que o art. 37 utiliza o termo “publicidade”, ao passo que o art. 5º utiliza o termo “direito à informação”. Ademais, salienta-se que tais direitos estão previstos e regulamentados em diversas leis. A que são mais notáveis sobre a temática são a Lei de Acesso à Informação (LAI – Lei 12.527) e a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF – Lei Complementar 101). Além disso, essas leis mencionam um conceito adicional, o da transparência. Assim, verifica-se que a LAI, em conjunto com a LRF, prevê obrigações para a administração pública (BITENCOURT; RECK, 2018). Logo, a LAI ampliou consideravelmente as possibilidades de controle social ao fixar procedimentos para a garantia do acesso dos cidadãos às informações.

Sob a ótica dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição, bem como tendo a imposição de princípio constitucional da publicidade/transparência

dos atos da administração pública, cabe aos Entes federativos o fornecimento e a disponibilização de informações requeridas de forma rápida, objetiva e clara, com linguagem de fácil compreensão, uma informação transparente (art. 5º da Lei 12.527/2011). Nesse sentido, buscando a concretização do direito fundamental de acesso à informação, os procedimentos publicizatórios devem ser executados com base nos princípios e nas diretrizes previstas no art. 3º da Lei 12.527/2011.<sup>4</sup> (FRAGA; NUNES, 2016).

Conseqüentemente, o controle social realizado pelo cidadão não se esgota em si mesmo e não possui a função de sobrepor o controle oficial regulado pela Constituição. Assim, compete ao controle social a complementação do controle oficial e depende deste para ter eficácia, visto que, ao ser constatada pelo controle social alguma irregularidade praticada pelo poder público, para se proceder com as constatações contra as irregularidades deve-se buscar na própria administração a correção das falhas identificadas, representando aos integrantes do sistema de controle interno, denunciando os fatos ao Tribunal de Contas ou ao representante do Ministério Público. (MILESKI, 2006).

Ademais, por intermédio dos regimes democráticos foi reconhecido aos cidadãos o direito a obter conhecimentos dos documentos e das informações que estão em posse das administrações públicas, assim, sendo reconhecido os princípios da administração aberta e do acesso livre aos documentos administrativos. (GONÇALVES, 2003).

Dessa maneira, verifica-se que o controle social opera em conjunto com o controle externo, buscando zelar pela conveniente aplicação dos princípios da administração pública previstos no *caput* do art. 37 da Constituição, além de viabilizar a consciência dos cidadãos com relação à grande responsabilidade que é a gestão da coisa pública. Ante o exposto, passa-se à análise do

---

4 "Art. 3º: I – observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II – divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III – utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV – fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V – desenvolvimento do controle social da administração pública." (BRASIL, 2011).

sistema LicitaCon como um mecanismo auxiliar para o controle social e a para a boa gestão pública.

#### **4. O SISTEMA LICITACON COMO AUXILIAR DO CONTROLE SOCIAL E PARA A BOA GESTÃO PÚBLICA**

Para que se concretize o interesse público, o qual é a principal finalidade da administração pública, é necessário que exista o controle administrativo, que se caracteriza como o conjunto de instrumentos e mecanismos que o ordenamento jurídico prevê com o escopo de que a administração pública, os poderes Legislativo e Judiciário e o povo, de forma direta ou por meio de órgãos especializados, efetivem o poder de fiscalização, orientando todos os órgãos, agentes públicos e entidades em todas as esferas e realizem a revisão da atuação administrativa.

Nesse sentido, destaca-se que o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, publicou a Resolução 1.050, de 13 novembro de 2015, instituindo por meio desta o sistema LicitaCon, buscando efetivar o melhor controle das licitações e dos contratos administrativos dos poderes, entidades e órgãos jurisdicionados. Dessa forma, o art. 2º da resolução prevê que o LicitaCon é um sistema informatizado destinado ao envio de dados, informações e documentos que sejam relativos a licitações e contratos administrativos, para fins de efetivo e simultâneo exercício do controle externo e de disponibilização de informações para a sociedade.

Com relação à necessidade da criação do sistema, ressalta a o órgão de contas no preâmbulo da resolução que considera o que dispõe os arts. 70 e 71, parágrafos 2º, 3º e 5º, da Constituição Estadual, os quais explicitam as competências do Tribunal de Contas do Estado, atribuindo-lhe amplos poderes investigação, requisição e exame de todos os elementos necessários ao exercício de suas atribuições, bem como vedam a sonegação de informações a pretexto de sigilo; considera ainda o que está determinado no art. 44 da Lei 11.424,

de 6 de janeiro de 2000, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado; leva em consideração também a Lei Federal 12.527, de 18 de novembro de 2011, a Lei de Acesso à Informação, em que o desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública atua como uma diretriz voltada a assegurar o exercício do direito fundamental do acesso à informação; e, por fim, considera a necessidade de se desenvolverem rotinas de fiscalização específicas para que haja o controle de licitações e contratos administrativos, conforme disciplina legal própria.

Além disso, conforme prevê o Tribunal de Contas, o LicitaCon poderá oportunizar a atuação tempestiva da fiscalização, visto que auxilia no aperfeiçoamento das ações de controle e na qualificação do planejamento de auditorias. Consequentemente, o referido sistema tende a ampliar a publicidade de dados, documentos relativos a licitações e contratos administrativos, informações, bem como auxilia no aumento e concretização da transparência e no acesso a informação das ações estatais.

Ainda, destaca-se que a criação do sistema LicitaCon é fruto dos objetivos fixados no Protocolo de Intenções que foi acordado pela IRB, Atricon e TCE-RS, no âmbito da Enccla, assim colaborando para a ação sistêmica e integrada dos órgãos de controle que buscam prevenir e reprimir a ocorrência de fraudes em procedimentos licitatórios.

O art. 5º da resolução fez previsão de que os Municípios poderiam passar a utilizar o LicitaCon a partir de 1º de dezembro de 2015, tornando sua instalação e execução obrigatórias para o envio de dados, informações e documentos a partir de 2 de maio de 2016. Já na esfera estadual o LicitaCon passaria a ser utilizado a partir de 1º de dezembro de 2016, com seu emprego obrigatório para o envio de dados, informações e documentos a partir de 2 de janeiro de 2018.

Ademais, o desatendimento às disposições da resolução, até mesmo as divergências entre as informações, os dados e os documentos enviados e os que foram efetivamente registrados em meio documental ou informatizado pelo órgão ou entidade de origem, ocasionam a aplicação de multa nos termos do

regimento, podendo ainda refletir na apreciação ou no julgamento das contas das autoridades responsáveis, segundo o art. 6º da resolução.

Além disso, o referido artigo também fez previsão em seu parágrafo único de que serão objeto de cruzamento os dados dispostos no LicitaCon e os dados do Sistema de Informações para Auditoria e Prestação de Contas (Siapc) buscando com isso a verificação de sua coerência, sem que isso prejudique os demais procedimentos de fiscalização do cumprimento da resolução pelos Entes.

O Tribunal de Contas publicou em 12 dezembro de 2017 a Instrução Normativa 13/2017, atendendo a determinação da Resolução 1.050/2015. Desse modo, a instrução normativa surgiu com o intuito de estabelecer os prazos e os procedimentos que devem ser observados pelos jurisdicionados do órgão de contas do Estado do Rio Grande do Sul na alimentação do sistema de licitações e contratos (LicitaCon).

Assim, a alimentação do sistema LicitaCon consiste no encaminhamento periódico ao órgão de contas do Estado do Rio Grande do Sul dos documentos, informações e dados que sejam relativos às licitações e aos contratos administrativos que forem realizados pelos jurisdicionados, incluindo os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, bem como a adesão à ata de registro de preços de outro órgão e os procedimentos de manifestação de interesse e credenciamento, de acordo com o art. 2º da IN 13/2017.

Ainda cabe salientar que o encaminhamento de documentos, informações e dados que são exigidos pelo sistema LicitaCon deve ser realizado de acordo com as fases do processo licitatório e as etapas da contratação. Nesse sentido, a administração em cada etapa a deve encaminhar os atos praticados, visto que não existe a possibilidade de enviá-los somente ao final do processo licitatório. Porém a instrução prevê um caso de exceção que está relacionado aos jurisdicionados que optarem pela utilização do módulo LicitaCon eValidador.

O sistema LicitaCon também apresenta dois módulos diferenciado de “alimentação”. Existe um módulo *on-line*, o qual é denominado de LicitaCon Web, e um módulo *off-line*, o qual é denominado LicitaCon eValidador.

No módulo LicitaCon Web, a inserção dos documentos, informações e dados é realizada com o preenchimento *on-line* do sistema, de acordo com o art. 4º da IN 13/2017. Já, no módulo LicitaCon eValidador, a inserção dos documentos, informações e dados é realizada por meio de remessas de arquivos digitais padronizados sendo sempre cumulativas, alcançando todos os arquivos, informações e documentos que sejam referentes às licitações e contratos que estejam em andamento na data do envio.

Outrossim, verifica-se que só é permitido a realização do cadastro de contrato no sistema LicitaCon após a realização do devido cadastro da licitação, inexigibilidade, dispensa, adesão à ata de registro de preços de outro órgão ou o credenciamento que lhe deu origem, com exceção de quando o mesmo for anterior às datas de 2 de maio de 2016 para os Municípios e 2 de janeiro de 2018 para os jurisdicionados na esfera estadual. Com relação à disponibilização dos dados, informações e documentos que forem cadastrados no Sistema LicitaCon, salienta-se que estes são disponibilizados no portal institucional do TCE-RS, sendo que eles são disponibilizados a partir da fase em que o edital é publicado, com exceção do orçamento sigiloso, visto que este é divulgado

apenas após o encerramento da licitação. Quanto ao prazo para a alimentação do sistema, este é estabelecido pelo art. 13 da IN 13/2017.<sup>5</sup>

Desse modo, conforme consta na justificativa para existência da Resolução 1.050/2015, ela busca disciplinar os procedimentos de controle de licitações e contratos administrativos dos poderes, órgãos e entidades jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado, o qual deve ser exercitado pelo Sistema de Licitações e Contratos (LicitaCon). Conseqüentemente, esse sistema acaba ampliando as possibilidades de exercício efetivo e concomitante do controle externo, disponibilizando para a sociedade relevantes informações sobre licitações e contratos administrativos.

Também oportuniza a atuação tempestiva da fiscalização, visto que o LicitaCon favorece o aperfeiçoamento das ações de controle e a qualificação do planejamento de auditorias. A par disso, a sistemática amplia a publicidade de dados, informações e documentos relativos a licitações e contratos administrativos, aumentando a transparência da ação estatal, assim fomentando o controle social, pois disponibilizar dados na rede de internet é uma forma de combater a falta de transparência do certame.

---

5 “Art. 13. Os prazos de alimentação do Sistema LicitaCon serão os seguintes: I – até 5 (cinco) dias úteis, a contar da data da publicação do edital, para cadastro dos documentos, dados e informações exigidos na Fase Interna da licitação (artigo 3º, inciso I); II – até 5 (cinco) dias úteis, a contar da data da republicação ou alteração do edital, quando houver, para o cadastramento das informações e inserção dos respectivos arquivos digitalizados; III – até 5 (cinco) dias úteis, a contar da data do evento, para o cadastramento das informações e inserção dos arquivos digitalizados referentes à suspensão e reinício da licitação, quando houver; IV – até 5 (cinco) dias úteis, a contar da data do julgamento, para o cadastramento das informações e inserção dos arquivos digitalizados referentes à impugnação, aos recursos da habilitação e aos recursos da proposta, quando houver; V – até 5 (cinco) dias úteis, a contar da data da homologação ou do ato terminativo da licitação, para o registro das informações e inserção dos demais documentos relativos ao processo licitatório; VI – até 5 (cinco) dias úteis após a publicação do extrato na imprensa oficial, nos casos de dispensas, inexigibilidades e adesões à ata de registro de preços de outro órgão, para o cadastramento dos documentos, dados e informações relativas à fase Interna (artigo 3º, inciso I, alínea a) e à fase Publicação (artigo 3º, inciso I, alínea b); VII – até 5 (cinco) dias úteis, a contar da data da assinatura do contrato, para o cadastramento dos documentos, dados e informações relativas à etapa Contratos (artigo 3º, inciso II, alínea a); VIII – até 5 (cinco) dias úteis, a contar da data do respectivo evento, quando houver, para o cadastramento dos documentos, dados e informações relativas à etapa Execução Contratuais (artigo 3º, inciso II, alínea b).” (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou examinar o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, com enfoque no sistema LicitaCon, o qual surge com o advento da Resolução 1.050/2015 do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, visto que tal sistema traz impactos significativos no processo de controle externo e de controle social nos processos licitatórios e de contratos da administração pública municipal e estadual.

Para tanto inicialmente discorreu-se sobre o papel dos Tribunais de Contas no controle externo, suas competências, natureza jurídica e composição; após passou-se a verificação do controle social sob a ótica do direito à informação e à publicização no Brasil; e, por fim, examinou-se o sistema LicitaCon como auxiliar do controle social e para a boa gestão pública.

Desse modo, destaca-se que os Tribunais de Contas são instituições importantes e que detém grande alcance sobre os atos da administração pública. Com a instituição de um sistema informatizado pelo órgão de contas do Estado do Rio Grande do Sul, é possível se constatar os esforços das cortes de contas na busca pela ampliação das possibilidades de exercer de forma efetiva e concomitante o controle externo, permitindo, com isso, a disponibilização para a sociedade das relevantes informações sobre licitações e contratos administrativos, visto que a tendência de ocorrer desvios de finalidades nos certames licitatórios são grandes.

Além do mais, pode-se destacar que a nova sistemática (LicitaCon) tende a ampliar significativamente a publicidade dos dados, documentos e informações relativas a licitações e contratos administrativos, logo aumentando por meio disso a transparência. Nesse sentido, não restam dúvidas de que o Sistema LicitaCon pode ser considerado como uma grande evolução na busca pela concretização dos princípios da administração pública, em especial o da transparência/publicidade, de acordo com Lei de Acesso à Informação.

Dessa forma, a partir dessas premissas e visando a responder o problema da pesquisa, pode-se concluir que o órgão de contas com o sistema LicitCon vem fortalecendo o controle social e a transparência dos atos da administração no que concerne a licitações e contratos, gerando com isso uma melhora na gestão dos recursos públicos. Além de ser um facilitador do trabalho de fiscalização desenvolvido pelos membros do TCE/RS, os quais podem verificar simultaneamente a realização dos atos referentes a licitações e contratos públicos.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê Rodrigues. A construção de categorias de observação do contrato público e suas relações com a corrupção a partir de uma perspectiva processualista e de utilização de uma metodologia do caso concreto. *In: LEAL, Rogério Gesta, et. al. (Eds). IV Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas*. Madri: Editora Bubok, 2018, p. 45-60.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao Compilado.Htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao%20Compilado.Htm) . Acesso em: 1 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 4 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4.190 MC-REF/RJ*. Rel. Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2010, DJ: 11/06/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612217>. Acesso em: 30 nov. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHOMSKY, Noam. *Sobre el poder y la ideología: conferencia de Managua*. 1. ed. Madrid: VISOR Lingüística y Conocimiento, 1989.

FRAGA, Juliana Machado; NUNES, Luiz Felipe. A fiscalização e o controle dos atos da administração pública nas licitações municipais: uma breve introdução aos estudos de caso. In: HERMANY, R.; ETGES, F. M.; NUNES, L. F.; JURUENA, C. G; GIACCOBO, G. E. (Org.). *Os grandes temas do municipalismo: o princípio da transparência na gestão pública*. 2. v. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, 2015, p. 15-31.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade de informação*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. 943 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo – Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas*, 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Método, 2015.

MILESKI, Hélio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.

RIBEIRO, Renato Jorge Brown. O problema central do controle na administração pública pode ser resumido ao debate sobre modelos? *Revista do Tribunal de Contas da União*, v. 33, n. 93, p. 55-73, jul./set. 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado. *Instrução Normativa n° 13/2017*. Dispõe sobre os prazos e demais regras técnicas relativas à

alimentação do Sistema de Licitações e Contratos – LicitaCon pelos órgãos e entidades jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: [http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/jurisdicionados/sistemas\\_controle\\_externo/licitacon/legislacao/IN\\_13\\_Licitacon.pdf](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/jurisdicionados/sistemas_controle_externo/licitacon/legislacao/IN_13_Licitacon.pdf) . Acesso em: 4 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas do Estado. *Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em: [http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/legislacoes/atos\\_normativos\\_tcers/lei\\_organica/LOTTERS-LE11424-LE14571-2014be.pdf](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/legislacoes/atos_normativos_tcers/lei_organica/LOTTERS-LE11424-LE14571-2014be.pdf) . Acesso em: 4 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas do Estado. *Resolução 1.050/2015*. Dispõe sobre o envio e a disponibilização, por meio do Sistema de Licitações e Contratos – LicitaCon, de dados, informações e documentos relativos a licitações e contratos administrativos dos poderes, órgãos e entidades jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: [http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/jurisdicionados/sistemas\\_controle\\_externo/licitacon/legislacao/Resolucao\\_1050.pdf](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/jurisdicionados/sistemas_controle_externo/licitacon/legislacao/Resolucao_1050.pdf) . Acesso em: 4 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas do Estado. *Resolução 1.073/2017*. Altera o inciso II do artigo 5º da Resolução nº 1050, de 04 de novembro de 2015, que dispõe sobre o envio e a disponibilização, por meio do Sistema de Licitações e Contratos – LicitaCon, de dados, informações e documentos relativos a licitações e contratos administrativos dos poderes, órgãos e entidades jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em [http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/jurisdicionados/sistemas\\_controle\\_externo/licitacon/legislacao/R1073.pdf](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/jurisdicionados/sistemas_controle_externo/licitacon/legislacao/R1073.pdf) . Acesso em: 4 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas do Estado. *Sistema de Licitações e Contratos, 2015*. Disponível em: [http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/jurisdicionados/sistemas\\_controle\\_externo/licitacon/apresentacao](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/jurisdicionados/sistemas_controle_externo/licitacon/apresentacao). Acesso em: 4 dez. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SODRÉ, Mariana Priscila Maculan. Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União. In: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de (Org.). *Sociedade democrática, direito público e controle externo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.

# AS NOVAS DESPESAS COM PESSOAL DAS PREFEITURAS

Isaac Newton Carneiro<sup>1</sup>

A Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar 101/2000, vai comemorando o fim de sua juventude e o seu ingresso na maturidade, considerando o tempo médio das leis brasileiras. Construída em um período de profundas preocupações com a estabilidade fiscal dos governos, causadas pelo alto poder de endividamento, a LRF gerou algum conforto principalmente em função de iniciar um controle sobre a União e sobre os Estados; permitindo, no caso dos Municípios, de servirem de bode expiatório. Afinal, a capacidade de endividar-se sempre aconteceu de modo proporcional ao tamanho de cada Ente. Assim, os Municípios, no ápice de sua participação econômica, alcançavam cerca de 13% das receitas públicas arrecadadas; bem menor que os próximos 18% dos Estados e quase 70% da União. A vilã dos gastos públicos sempre teve endereço e sede no meio geográfico do Brasil.

---

<sup>1</sup> Professor, advogado, coordenador jurídico da UPB (União dos Municípios da Bahia) e autor do Manual de Direito Municipal Brasileiro. E-mail: isaacnc@uol.com.br.

A proposta da chamada Lei de Responsabilidade Fiscal era simples conceitualmente. Controlar dívidas e oferecer uma solvabilidade para os Entes públicos. Para tanto sugeria: limitações de despesas com pessoal, controle do endividamento público e impossibilidade de conversão do patrimônio em despesas correntes. Tudo isso somado a uma série de medidas voltadas para a transparência do Estado, além da criminalização de condutas fiscais nocivas, levou a um relativo controle das finanças públicas nacionais. Mas as revelações dos problemas referentes à lei só vieram com o tempo.

Primeiro, devemos lembrar, o rígido código de proporções previa poucas diferenças para máquinas administrativas completamente diversas. No caso do municipalismo mesmo, não seria razoável colocar na mesma cesta 93% dos Municípios, que têm população abaixo dos 20 mil habitantes, com aqueles outros considerados médios e grandes, com aqueles que são capitais e, por fim, com São Paulo. Ou seja, quatro realidades fiscais e administrativas completamente diversas tratadas com o mesmo critério. Existem disparates imensos entre Entes desse círculo federativo. Não só isso. Outros fatores externos e desconcertantes e próprios da realidade pública trouxeram à tona uma nova forma de relacionarem-se os Entes da Federação.

Os Municípios, bem verdade, recebidos com grande efusão no decorrer da Constituição de 1988, viram ampliar-se paulatinamente suas atribuições; principalmente com uma cartela nova de serviços. De outro modo, a União procurou inverter seu caminho: ofereceu cada vez mais recursos para estrutura física, estabelecendo que os serviços deveriam ser custeados – e medidos com relação ao gasto fiscal – pelas municipalidades, ou outros Entes da Federação.

Foi neste caminho que vimos, por exemplo, serviços de saúde, de obrigação do governo federal – que também detém a maior parte do seu orçamento – sendo transferidos paulatinamente para os Municípios. Estes parceiros do sistema de saúde e de educação, mas que recebem programas federais e muitas vezes se veem obrigados a cumpri-los com aporte dos próprios recursos. Essa

medida se repete em outros campos, como o transporte escolar, a assistência social e uma miríade de ações oferecidas e partilhadas pelas municipalidades.

Hoje não é incomum vermos Municípios com uma cartela de serviços oferecidos que se torna inimaginável para a maioria das organizações – privadas ou públicas, dada a sua amplitude. Estarem oferecendo 40, 50 ou mais tipos de serviços distintos é fato completamente normal; corrente mesmo entre as municipalidades.

Ora, a natureza do serviço implica essencialmente existência de pessoas. Mesmo nos casos em que os serviços prestados demandam pouca atividade de seres humanos atuando – por exemplo, o serviço de lazer próprio de aproveitamento de uma praça pública –, demandam ao menos a existência de pessoas capazes de limpar o espaço, mantê-lo adequado, auxiliar no controle e na segurança.

Essa erupção de serviços públicos, necessitados pelas pessoas nas cidades e depois demandados como inerentes, trouxe um problema inexorável: a demanda de pessoas e a pressão dos seus respectivos gastos. Assim, se anteriormente as contratações de pessoal no seio das prefeituras ocorriam para atender interesses políticos, hoje o interesse político que parece se sagrar é o da União, que repassa serviços e não confere o respectivo valor à posição econômica do Município.

O resultado dessa circunstância foi o agravamento do impacto das despesas de pessoal nos resultados das contas públicas municipais. Os prefeitos passaram a enfrentar problemas com os Tribunais de Contas em razão dos gastos com pessoal, considerados elevados, face aos limites impostos pela própria lei de responsabilidade fiscal. As consequências tornaram-se inevitáveis: rejeição de contas, irresponsabilidade administrativa e sanção de agentes e administração.

Essa pressão sobre os agentes públicos fez surgir um debate em torno dos regimes de contratação de pessoal e as razões para estas relações jurídicas. Afinal não parecia ser sensato obrigar, por exemplo, que os Municípios

criassem cargos definitivos e fizessem concurso para atividades que poderiam ser extintas a qualquer momento. Isso aconteceu em diversas municipalidades, em que representantes do Ministério Público levaram até os prefeitos obrigação de criação de cargos definitivos para atendimento de programas temporários, como alguns relativos a saúde. A repercussão no futuro seria difícil, uma vez que a eventual existência de cargos definitivos, sem a efetiva resposta financeira para a sua manutenção, geraria transtornos insuperáveis para as contas públicas dos Municípios.

Aliás, hoje grande parte das municipalidades já sofre com esses fatos. Cargos criados em parceria com a União, como o de agente de saúde, ou agente comunitário, traz esta dificuldade. Esses cargos são remunerados em parte pela União, que também fixa o seu piso. Porém, cabe ao Município complementar os valores de pagamento e elencar entre suas despesas com pessoal esse encargo. Isso gera um impacto considerável nas despesas com pessoal dos Municípios.

Além disso, um outro fato tem se tornado complementar a esse. Trata-se da transitoriedade dos próprios serviços públicos. A releitura feita sobre a legislação trabalhista gerou o inevitável para um mercado cada vez mais liberal. A construção de direitos trabalhistas que reconheciam a diferença entre trabalhador e empregador vem desaparecendo... na lei. Isso alcançou os limites da situação das atividades públicas.

A contratação de pessoas para atuar no serviço público foi estabelecida na própria Constituição, com limites severos: por concurso público, via de regra; por outros modos excepcionalmente.

Agora, entretanto, o volume de serviços públicos a serem entregues pelas municipalidades demanda uma nova forma de relação; afinal eles passam a ter que resolver soluções mais complexas, destacando-se entre elas a contratação de pessoas para atender serviços temporários e serviços realizados pelos Municípios que se caracterizam pela temporariedade do emprego de sua fonte de receita – serviços feitos com recursos transferidos sem a efetiva garantia de

sua manutenção constante; ou tecnicamente conhecido como recursos decorrentes de transferências voluntárias.

Diante dessas dificuldades houve alguns movimentos interpretados pelos órgãos de controle como recuo diante da Lei de Responsabilidade Fiscal. Vale destacar, nesse sentido, a medida tomada dentro da própria União, por diversos Estados e agora pelos Municípios; reconhecida como válida. Trata-se da indicação das atividades que não têm natureza de serviço-fim da administração pública e, sendo assim, não precisam ser desenvolvidas pelo próprio Ente público. Serviços gerais, limpeza e faxina de órgãos administrativos, vigilância de prédios, entre outras atividades, passaram a não ser consideradas atividades finalísticas e, por conta disto, o pessoal que empresta esforço para esta ação é contratado de forma “terceirizada”; sendo que os valores que lhes são pagos não servem para o cômputo de despesa de pessoal.

Uma outra questão passou a ser considerada: o pagamento dos encargos de pessoal feito no âmbito de programas federais praticados pelos Municípios também passou a não ser considerado como despesa de pessoal. O debate sobre esse tema começou no início dos anos 2000, logo após a edição da LRF. O Tribunal de Contas de Minas Gerais teve a coragem antecipada de enfrentar o problema, verificando que, na saúde, programas como o da saúde da família são financiados pela União, que repassa os recursos e é dona efetiva da ação. Nesse caso, o pagamento do pessoal utilizado no programa não pode impactar na despesa realizada pelo Município, uma vez que a transitoriedade desta ação não serve a finalidade definitiva do que foi pensado pela Constituição e pela LRF quando enfrentaram o assunto “contratação de pessoal”.

Porém, sem sombra de dúvida, foram as decisões do Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia (TCM) aquelas que souberam superar o problema que tanto aflige os prefeitos. Com elevados índices de rejeição de contas, os prefeitos baianos viram-se na iminência de chegarem a um problema impossível: não conseguirem cumprir os índices de pessoal previstos na LRF.

Essa questão, que afligia na Bahia, espalhava-se, é verdade, por todo o Brasil; pelos motivos e fatos.

A pressão existente no sentido de obter-se uma mudança nesse caminho, provocada por lideranças municipalistas (leia-se o prefeito Eures Ribeiro, presidente da UPB), como deputados, senadores e demais membros que conviviam com o tema, levou o TCM a rever seu entendimento, fazendo considerar que a interpretação que vinha dando o próprio TCU e algumas cortes de conta sobre o que vinha sendo chamado terceirização deveria valer de modo geral. Ou seja, caso o gasto com pessoal se desse sobre atividades que não se configurassem aquelas essenciais, definidas em lei como funções fins da administração, estas não poderiam ser consideradas no cômputo de pessoal, pois haveria aqui algo de transitório, sem a definitividade das carreiras profissionais de Estado.

De outro lado, as contratações que acontecessem no seio das ações que atendem a programas federais, em que os recursos repassados não têm garantia de continuidade constitucional – são atividades realizadas no âmbito de recursos transitórios, ou com transferências voluntárias –, não devem ter suas despesas, quando realizadas com pessoal, computadas como encargos de pessoal da municipalidade.

Essas medidas, no seu conjunto, têm tentado aproximar a realidade das despesas de pessoal do que efetivamente acontece. Evidente que essas soluções não são as que resolvem por definitivo o grande problema das localidades, em que a proximidade do chamado da sociedade pelos serviços fica distante da realidade econômica proposta pelo pacto federativo.

A solução da questão municipal é idêntica àquela do problema da caótica realidade brasileira. Onde existe a demanda, não chegam os recursos. Onde estão os recursos, não se aspira à vida do povo brasileiro.

# A REORGANIZAÇÃO DOS QUADROS DE PESSOAL COMO PREMISSA PARA A SOBREVIVÊNCIA DOS MUNICÍPIOS

Elena Garrido<sup>1</sup>

**RESUMO:** A precariedade que assola o serviço público nos governos locais decorre fundamentalmente da inexistência de recursos para fazer frente aos inúmeros desafios decorrentes da ampliação das funções dos Entes Municípios, que impôs a instituição de carreiras de alto custo e o oferecimento de obrigações sem a geração de custeio, elevando as despesas com pessoal e produzindo descumprimentos de limites legais que acabam por penalizar os gestores e principalmente os Entes, retirando recursos financeiros importantíssimos para o atendimento da população. A urgência em superar essa crise de custeio das políticas públicas remete para alterações constitucionais que possam suprimir as barreiras burocráticas que impedem a agilidade nas contratações, a

---

<sup>1</sup> Advogada inscrita na OAB/RS nº 10.362. Pós-Graduada em Gestão Estratégica Municipal e mestre em Direito. Consultora Jurídica da CNM.

produção de fontes de custeio eficazes e a instituição de carreiras que promovam a meritocracia como ponto de partida da valorização do serviço público.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, ao integrar os Municípios brasileiros como Entes federados, o fez visando à organização de um Estado federal cooperativo em que todos os Entes atuem no sentido da superação das dificuldades nacionais.

No entanto, ao estabelecer as competências comuns, faltaram regras de cooperação, planejamento e execução capazes de direcionar a atuação das diversas esferas de governo para a concretização das políticas nacionais.

Em virtude disso, os três atores envolvidos no pacto federativo, em algumas ocasiões, acabam fazendo as mesmas coisas e ainda concorrendo entre si, na contramão da concepção cooperativa da Federação. Em razão disso, têm gerado pela judicialização das demandas resultados catastróficos aos erários e para a organização dos serviços que atuam no sentido do cumprimento das responsabilidades constitucionais.

Na ausência de regulamentação e de atuação construtiva dos demais Entes, os governos locais foram compelidos a executar as políticas públicas de interesse direto e premente das populações, resultando na ampliação de seus quadros de pessoal, além das possibilidades e limites de seus orçamentos, acarretando consequências danosas para o atendimento de obrigações outras como fomento ao desenvolvimento local, oferecimento de infraestrutura mínima para os grupamentos humanos e responsabilidade no equilíbrio financeiro, principalmente no que se relaciona com despesas de pessoal e promoção de carreiras sólidas e habilitadas para o desempenho das funções inerentes ao serviço público local.

## **2. AS OBRIGAÇÕES DE ESTADO ATENDIDAS PELOS MUNICÍPIOS: A SUBSIDIARIEDADE AO AVESSO**

O constituinte de 1988 elevou o Município à categoria de Ente federado na organização da Federação brasileira, inovando, já que em nenhuma outra Federação o Município a integra. O federalismo tradicional e vigente até então é dual, ou seja, composto por União e Estados membros.

A condição de Ente federado trouxe para o Município uma organização equiparada aos demais, com o diferencial de que não tem representação específica no Senado Federal e também é desprovido de Poder Judiciário e neste limitado à esfera estadual.

Em razão disso, possivelmente, este Ente local, onde reside e trabalha o cidadão, não merece dos doutrinadores, dos cientistas políticos e econômicos e da imprensa de maior repercussão, a consideração a que faz jus, pois na atualidade brasileira é no Município que o atendimento à população se concretiza. É na esfera municipal o governo com o qual o cidadão contribuinte conta e para o qual pode recorrer.

Os governos nacionais da Federação brasileira não entenderam o recado do constituinte originário e, embora este tenha assegurado ao Município a autonomia com que foram contemplados os Estados e o Distrito Federal, os governantes e o Parlamento continuaram a tratar o Município como mero executor das políticas que a União ou os Estados-membros idealizam e, o que é mais grave, sem o correspondente financiamento destas políticas.

A União, atuando como Ente indutor da superação das dificuldades nacionais, planeja e posiciona-se como o coordenador das políticas que deveriam atender às necessidades da população. No entanto, ao fazê-lo, distribui os encargos, deixando aos governos locais o mais perverso dos ônus, a admissão de pessoal, e o faz sem repassar qualquer recurso para este fim ou sem gerar

fonte de custeio para a assunção dessa responsabilidade continuada e de caráter permanente.

Esse procedimento põe em risco a integridade administrativa dos Entes locais visto ser hoje o encargo com pessoal o mais elevado percentual de despesa e responsável indiscutivelmente pelos *deficits* fiscal e orçamentário dos governos em geral.

O Brasil é hoje um país que amplia seu *deficit* orçamentário e aprofunda o fosso da crise fiscal fundamentalmente por conta da despesa com pessoal, sejam as folhas de pagamento dos servidores em atividade, sejam as folhas de pagamento dos servidores na inatividade que desorganizaram os orçamentos da Previdência.

Essa política, no entanto, com os Entes locais é extremamente perversa, pois estes nada fizeram para ampliar suas despesas com folha a não ser admitir gente para atender aos projetos implantados pelo governo federal e que em qualquer lugar do mundo são responsabilidade da União ou dos Estados membros. Saúde e educação são políticas de Estado, logo, responsabilidade da União. A delegação aos Municípios deveria obrigatoriamente ser apenas administrativa e não encargo financeiro impossível de ser cumprido. A educação representa na atualidade 25% da folha de pessoal dos governos locais.

O Fundeb, criado para assegurar a melhoria da qualidade do ensino e realizar o equilíbrio financeiro na educação básica (retendo 20% das arrecadações tributárias de Estados e Municípios, com zero participação da União já que alcança migalhas para apenas alguns Estados da Federação), é hoje instrumento de cobertura das folhas de pagamento (há Municípios que estão gastando mais de 100% do Fundeb na folha do magistério), deixando a qualidade a ver navios.

Fundamental lembrar que o piso nacional do magistério, que desde sua instituição até agora cresceu 138%, enquanto o Fundeb cresceu desde 2010 apenas 95%, foi uma proposta do governo federal, apoiada e emendada para mais pela Câmara dos Deputados e aplaudida pelo Senado Federal. Isso desrespeitou a autonomia dos Municípios, desorganizou totalmente os orça-

mentos, não levou em conta as regras da Lei de Responsabilidade Fiscal, sendo instituído de forma irresponsável, sem planejamento, sem fonte de custeio, pelo governo federal com a participação direta do Congresso Nacional com o intuito único de fazer demagogia, já que nada acrescentou de obrigações com a qualidade do ensino que a cada avaliação somente piora, pois educação não se faz apenas com salário para os professores.

Educação acontece por força de um conjunto de superações que os recursos do Fundeb auxiliariam a instituir e melhorar, não fossem todos usados para a corporação, deixando escolas, material didático e programas estruturantes sem implementação por incapacidade financeira dos Entes locais.

Não é culpa do piso do magistério, que é justo e deve ser pago, mas irresponsabilidade de quem o instituiu sem prever fonte de custeio capaz de arcar com o valor a ser pago.

De qualquer forma, o estabelecimento por lei federal de piso para servidores municipais é uma afronta à autonomia do Ente público Município assegurada pela Constituição.

Na área da saúde, ao criar o Sistema Único de forma universal, ninguém pensou antes como se desenvolveriam as ações e como seria o financiamento para alcançar essa universalidade. Sobrou para os governos locais.

Quando da instituição do SUS, a União tinha mais ou menos 800 mil profissionais atuando na área da saúde, e os Municípios aproximadamente 50 mil servidores. Atualmente, a União tem em torno de 80 mil servidores na área da saúde, limitados à estrutura do Ministério, e os Municípios respondem pela admissão de 1,6 milhão de profissionais especializados atuando na área da saúde e efetivando a universalização que, segundo dispõe a Constituição no art. 23, é competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

É de se perceber que, no federalismo cooperativo, o excesso de intervenção da União pode levar, de direito ou de fato, ao aniquilamento da forma de Estado federal. Mas, por outro lado, res-

peitadas as autonomias locais, é de se notar que o federalismo, visto como uma possibilidade de o Estado se organizar para gerir a coisa pública em função das pessoas necessita ser organizado e coordenado. (RODRIGUES, 2013, p. 99).

A cooperação na Federação brasileira se revela no elenco de responsabilidades alinhadas no art. 23 da Constituição, que obriga a atuação e a responsabilização conjunta das diversas esferas na consecução de obrigações indispensáveis “ao equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”.

Não existindo supremacia de nenhuma das esferas na execução das tarefas, as responsabilidades também são comuns, não podendo nenhum dos Entes da Federação se eximir de implementá-las, pois o custo político recai sobre todas as esferas de governo. (BERCOVICI, 2002, p. 17).

Indiscutivelmente este é o grande gargalo que pressiona os Entes federados que integram o Estado federal brasileiro. A existência de inúmeras competências comuns de impacto direto na população e a concentração da arrecadação no governo federal, que ao devolver recursos aos Entes federados o faz em partículas irrisórias, impacta negativamente tanto os governos estaduais como os municipais e favorece o endividamento destes e conseqüentemente o seu enfraquecimento, já que não atendem aos reclamos populares.

Acredita-se que o modelo federalista, do Brasil, é o cooperativo, tendo-se como certo que a União deve agir como organizadora, harmonizadora e coordenadora de um plano nacional de desenvolvimento que, compatibilizando planos nacionais e regionais, deve buscar o bem-estar, a dignidade, para todos os brasileiros, como o determinam a Constituição Federal. (RODRIGUES, 2013, p. 105).

Além disso, a criação de programas nacionais de impacto geral cuja execução é repassada aos governos locais sem o suficiente provisionamento de recursos, contrariando todas as normas de responsabilidade fiscal que obrigam a

todo o gerente de recursos públicos ou não, aponta para uma negação orquestrada da Federação, que parece querer retornar aos tempos da Primeira República.

Ainda que se reconheça o papel central e de coordenação por parte da União, ele não pode servir de pretexto para ações predatórias em franco desfavor dos estados-membros/Distrito Federal e municípios (e vice-versa). Tampouco se admite deslealdade e predação no relacionamento horizontal entre os entes. Tais tipos de ação são antijurídicas e devem ser repreendidas judicialmente. (MARRAFON, 2018)

Há uma tendência centralizadora disfarçada que põem em risco todas as conquistas até aqui alcançadas e não é sem efetiva preocupação que o Congresso Nacional acena com a possibilidade de regulamentar o pacto federativo brasileiro, pois a concentração de recursos é tamanha que os demais Entes federados e a população estão enfrentando o retrocesso de conquistas inadiáveis para a melhoria dos índices de desenvolvimento humano do nosso povo e das nossas regiões vulneráveis, asfixiados pelo excesso de responsabilidades e a falta de recursos mínimos para o seu cumprimento.

Por outro lado, esse mesmo Congresso que diz atuar para regulamentar o pacto federativo que aguarda por isso há 30 anos, é pródigo em oferecer benesses para as corporações, sem qualquer preocupação em assegurar o custeio indispensável para a despesa que a Lei de Responsabilidade Fiscal define como obrigatória e de caráter continuado e que por isso tem um ritual específico para ser gerada, a começar pela instituição de fonte de custeio capaz de suportá-la e premissas de cálculo suficientes para demonstrar o impacto orçamentário-financeiro que a despesa acarretará ao Ente nos próximos exercícios financeiros.

Atualmente, 40% (fonte Ipea) da folha de pagamento dos Municípios brasileiros correspondem ao pagamento de médicos, enfermeiros e professores, logo, comprovado está que os governos locais estão arcando diretamente com as políticas públicas que mais diretamente atendem à população. Somem-se a esses 40% os acréscimos indispensáveis de auxiliares de enfermagem, agentes

comunitários de saúde, psicólogos, fonoaudiólogos, odontólogos, fisioterapeutas e assistentes sociais e, na área de educação, secretários de escola, merendeiras, zeladores, serventes, bibliotecários, nutricionistas, diretores de escolas, orientadores educacionais, pedagogos e outros que auxiliam a atividade sem profissões definidas.

O federalismo brasileiro é extremamente pouco funcional. Nossos três níveis – União, estados e municípios – possuem responsabilidades superpostas e áreas onde ninguém é responsável por nada. (VELLOZO LUCAS, 2006, p. 18)

Nos mesmos moldes com que se decretou a Federação, partindo de cima para baixo, no Brasil se implantou o princípio da subsidiariedade no sentido inverso, ou seja, a União não faz o que seria sua competência, o recurso não é repassado para que outros Entes possam atender; o Estado membro por sua vez também se omite e resta ao Município, esfera de poder mais próxima do cidadão e única que a sociedade pode acessar, a obrigação de atender ao povo nas suas premências, alcançando políticas públicas que os demais Entes idealizaram, mas que somente ao Município resta executar.

### **3. O ROMBO ORÇAMENTÁRIO E A EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES**

Os governos locais atualmente com extrema dificuldade conseguem pagar suas folhas.

Os insumos, o fomento à produção e ao desenvolvimento, as obras mínimas de infraestrutura, a manutenção dos próprios públicos, a manutenção de programas específicos como transporte escolar, merenda e farmácias básicas, bem como postos de saúde para atendimento de emergências, deixam muito a desejar porque os recursos resultantes da arrecadação dos Entes locais são quase que integralmente consumidos com folha de pagamento.

Isso ocorre porque as políticas públicas propostas pelo governo da União, que serão atendidas pelos governos locais, deixam ao encargo dos Municípios exatamente a contratação de pessoal, parte mais cara, permanente e que impacta negativamente o futuro da administração local.

Os recursos repassados para as políticas de saúde não cobrem um terço do gasto real, e quem admite, paga e assegura a carreira dos profissionais é o Município.

Os recursos do Fundeb, que deveriam deixar 40% para o atendimento das outras áreas da educação, como manutenção de próprios e fornecimento de material didático e fomento à qualidade da educação, são inteiramente gastos com a folha da educação e, em alguns casos, ela ainda consome recursos próprios por ser o Fundeb insuficiente. Lembremos que o Fundeb na maioria dos Estados do Brasil é resultante da retenção de impostos dos Estados e dos Municípios. A União acrescenta recursos apenas para nove Estados do Nordeste. Portanto, a educação absorve recursos em dobro dos Municípios.

Com essa política de esfacelamento dos Entes locais patrocinada pela União, os Municípios em sua maioria estão ultrapassando os limites de despesa preconizados pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

A LRF, nos arts. 20 a 22, define despesa com pessoal e estabelece os limites, que no caso dos Municípios é de 60% da Receita Corrente Líquida, sendo 6% para o Poder Legislativo e 54% para o Executivo. Porém, quando o Poder Executivo chega a 95% desse percentual, ou seja, 41,3%, o Município já fica impedido de realizar uma série de operações que podem prejudicar o andamento do governo local, como: I – concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inc. X do art. 37 da Constituição; II – criação de cargo, emprego ou função; III – alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa; IV – provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de

servidores das áreas de educação, saúde e segurança; V – contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inc. II do § 6º do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias.

Os sucessivos impactos negativos dessa política de entrega aos Municípios da responsabilidade maior com o cidadão e as repetidas crises financeiras que são agravadas pela crise fiscal brasileira estão desestabilizando de forma irreversível a esfera de poder única que efetivamente o cidadão acessa e que lhe alcança algum socorro no momento de extrema necessidade.

A Federação está, portanto, correndo um sério risco de esfacelar-se. Os governos locais não conseguem mais enfrentar as dificuldades porque asfixiados; os Estados há muito tempo não se sustentam e suas práticas ineficientes apenas oneram ainda mais o cidadão comum. Logo, o que resta da Federação?

#### **4. PROPOSTAS QUE PODEM AUXILIAR OS ENTES LOCAIS A MINIMIZAREM OS EFEITOS DA POLÍTICA MADRASTA**

Há alguns remédios constitucionais e infraconstitucionais que podem ajudar os governos locais a minimizar os efeitos colaterais resultantes dessa política de pouco caso com as realidades que ultimamente vem assolando a vida pública do Brasil e entregando a nação às corporações, sem qualquer esforço paliativo, utilizando o tributo extraído do suor de cada trabalhador para beneficiar categorias funcionais que nada oferecem diretamente ao cidadão e que o pouco que oferecem é de péssima qualidade, tanto que quem pode busca na iniciativa privada o atendimento de suas necessidades básicas por saber que o público dificilmente suprirá suas necessidades.

Modificar a redação do inc. IX do *caput* do art. 37 da Constituição para possibilitar que os contratos por prazo determinado possam ser realizados para atender aos programas governamentais federais seria certamente uma medida saneadora, pois não obrigaria o Ente local a admitir definitivamente um profissional que atenderá a um programa governamental que não se sabe qual

será sua duração; se efetivamente suprirá a necessidade a que se propõe; que poderá ser substituído em um futuro próximo ou para o qual o governo federal não repassará o recurso necessário para sua manutenção e por essa razão o Município seria compelido a denunciá-lo.

Na atualidade, por força das exigências dos órgãos de controle externo, os governos locais estão sendo obrigados a realizar concurso público e a integrar em seus quadros de pessoal servidores que atuarão tão somente no atendimento de programas instituídos pelo governo federal, como são exemplos os profissionais das equipes saúde da família, do combate às endemias, agora os visitantes do Criança Feliz e tantos outros.

Esses programas não são obrigações diretas dos Municípios, no entanto, quem está realizando os concursos, admitindo os servidores em seus quadros de pessoal e os aposentando são os Entes locais, que em razão disso ampliam suas despesas com pessoal, extrapolando os limites impostos pela LRF e ficando impedidos de admitirem pessoal para o atendimento de demandas outras, estas sim de sua responsabilidade constitucional.

Outra sugestão que parece razoável é acrescentar à redação do art. 37 da CF regras destinadas à vedação de incorporação de vantagens temporárias decorrentes do exercício de atividades também temporárias, visto que estas práticas acabam por ampliar os valores salariais de forma cumulativa, gerando descontrole nas previsões orçamentárias. O crescimento vegetativo das folhas de pagamento é astronômico por conta dessas graças que não premiam o bom desempenho e sim o apadrinhamento.

Os orçamentos da maioria dos Entes federados, principalmente Estados e Municípios, estão seriamente comprometidos com folhas de pagamento extremamente onerosas e em alguns casos impagáveis, por força da enorme disparidade entre os vencimentos básicos para a admissão e o vencimento que efetivamente se concretiza, na maioria dos casos duplicado ou até mais que isso, por força de penduricalhos que ao longo da vida funcional vão sendo agregados para uns, em desfavorecimento a outros, causando desigualdades que prejudi-

cam a prestação dos serviços, que desmotivam a qualificação e a dedicação ao trabalho e que instigam a competição perniciosa, desvalorizando as carreiras.

As gratificações por funções eventuais não podem ser incorporadas definitivamente aos vencimentos dos servidores. É em razão dessas que os vencimentos básicos são baixos. As gratificações devem ser pagas enquanto durar o esforço da execução e não pelo resto da vida do servidor, o que significa ser paga inúmeras vezes pelo Ente público, já que se paga para o inativo, para o ativo que incorporou e para o servidor no exercício da função, o que na realidade é um ônus injusto para o contribuinte.

A qualificação e a dedicação ao trabalho com esforço criativo e em busca da eficiência é algo que sugere acrescentar à redação do art. 39 da Constituição Federal a obrigação de instituir planos de carreira tendo como priorização a meritocracia e a qualificação profissional no serviço público.

As carreiras públicas em sua maioria não estimulam responsabilidade, criatividade, urbanidade, eficiência, comprometimento, qualificação e atualização dos servidores, pois as promoções, quando ocorrem, tomam por base o tempo de serviço, a assiduidade a pontualidade e outros predicados que nada mais são do que obrigações do servidor, explicitadas em sua maioria nos próprios estatutos. Dessa forma, o mérito decorrente da efetiva preocupação com a qualidade do serviço prestado, com o cuidado com os bens públicos, pouco valor agrega às promoções, desmotivando a preocupação em corresponder às reais expectativas do público contribuinte para o qual o serviço existe.

Aproveitando que o *caput* do art. 39 da Constituição teve sua redação declarada inconstitucional (ADIN nº 2.135-4) e que a redação anterior reposta na modulação não corresponde ao texto constitucional modificado pela EC 19/1998, pois esta flexibilizou a instituição de mais de um regime jurídico em um único Ente, torna-se possível oferecer ao *caput* do art. 39 uma redação mais atual, possibilitando a implementação de planos de carreira que efetivamente premiem o bom servidor e promovam a qualificação e a atualização, bem co-

mo a preocupação de transformar positivamente o prestigiamento da cidadania que os servidores públicos devem perseguir ao longo das carreiras.

A regulamentação do art. 41 da Constituição, que possibilita a demissão do servidor público por baixo desempenho, precisa ser fomentada e apoiada, pois é um dos instrumentos que possibilitará o aperfeiçoamento dos serviços prestados, já que estabelecerá mecanismos para medir o desempenho dos servidores públicos no exercício das funções de seu cargo público.

A lei complementar que medirá o desempenho e que possibilitará ao bom servidor a permanência e a ascensão na carreira e que permitirá ao Estado demitir ou exonerar o mau servidor está aguardando há 20 anos a sua regulamentação, e, enquanto isso, o Estado brasileiro e os serviços públicos por ele prestados somente pioram em qualidade e em quantidade. Não é sem causa o caos que vivemos na segurança, na saúde e na educação. Ninguém mede nada, e cargo público é eterno, seja para o bom ou para o mau servidor.

É fundamental que as matérias que tramitam no Congresso Nacional com esse objetivo sejam apoiadas e mais precisamente que se trabalhe o apoio ao projeto que atualmente tramita no Senado Federal, o PLS 116 de 2017, de autoria da senadora Maria do Carmo Alves que regulamenta “o art. 41, § 1º, III da Constituição Federal, para dispor sobre a perda do cargo público por insuficiência de desempenho do servidor público estável”. Esse PLS precisa ser acompanhado, apoiado e insistentemente trabalhado por todos os Entes para que seja aprovado, possibilitando assim que este mandamento constitucional seja cumprido e que finalmente se faça algo pela eficiência no serviço público neste país.

Urge também que se acrescente à Constituição normas para clarificar o alcance da autonomia do Ente local, no que tange à organização dos serviços públicos, ao estabelecimento de regras de conduta dos seus servidores, bem como aos pisos salariais adequados aos seus orçamentos.

Embora o art. 30 da Constituição Federal assegure expressamente que é competência dos Municípios a organização dos serviços públicos por ele prestados, os demais Entes federados e os poderes Legislativos federal e esta-

duais insistem repetidamente em produzir encargos, criar categorias profissionais e estabelecer pisos salariais para profissionais que atuam nos Municípios, sem respeitar a capacidade financeira dos erários e os limites de expansão das despesas de pessoal dos governos locais. Com essa prática, os prejuízos causados ao serviço público nos Municípios e os danos impostos às estruturas e organização dos quadros de pessoal e aos orçamentos dos Entes federados locais é incalculável e de difícil recuperação, já que, de forma imprópria e eleitoreira, foram estendidos favores que os orçamentos não têm como atender, e em decorrência dessa prática os Municípios brasileiros em sua maioria estão inadimplentes com suas obrigações com o contribuinte e também com boa parcela dos seus servidores.

É imperioso estancar essa sangria e fechar essa porta irresponsável que gera despesas sem medir consequências, impondo ao cidadão o comprometimento atual e futuro das comunidades.

Impedir a geração de despesas sem a criação de fonte permanente de custeio é medida salutar que pode encaminhar a reorganização do Estado em longo prazo, possibilitando que ele finalmente possa ter como prioridade o cidadão e não o servidor público como ocorre atualmente.

Por fim, também surge como medida de justiça, principalmente se for considerado que em toda a Europa e nos demais países da América saúde e educação não são encargos das municipalidades, o entendimento de que os servidores admitidos pelos governos locais para atender aos programas planejados e instituídos pelo governo da União passem a ser responsabilidade do governo federal, ficando ao encargo do Município o controle e utilização desses servidores na execução das políticas públicas, mas suas carreiras e seus vencimentos sob a responsabilidade da União, visto serem atores diretos da realização de políticas públicas de caráter nacional.

Os diversos programas instituídos pelo Ministério da Saúde para suprir os problemas de atendimento à saúde da população, pactuados com os Municípios a partir de uma “adesão” imposta, geraram aos Entes locais uma total

desorganização das estruturas administrativas e nos quadros de pessoal, pois, além de impor aos governos municipais a obrigação de realizar o atendimento, obrigou-os também a admitir pessoal, produzindo um inchaço imprevisível à época e hoje insustentável nas folhas de pagamento dos Municípios, de maneira que as demais áreas da gestão, fundamentais para o desenvolvimento, ficaram totalmente a descoberto, pois em decorrência das obrigações nacionais os orçamentos foram totalmente engessados e todos os limites de despesas alcançados sem deixar margem para a realização de qualquer outra ação que não o atendimento das demandas nas áreas de saúde e assistência.

O que já foi irresponsavelmente produzido nos quadros de pessoal dos Municípios brasileiros é irreversível e, por consequência, não há como organizar os quadros existentes na atualidade, visto que nenhum Município tem recursos financeiros que possibilitem igualar os vencimentos básicos dos seus servidores àqueles que foram produzidos pelo Congresso Nacional para premiar as categorias profissionais que galgaram acesso às galerias de Câmara e Senado.

Atualmente nenhum profissional de nível superior em qualquer quadro de pessoal nos pequenos e médios Municípios brasileiros recebe o salário pago aos profissionais da saúde, assim como nenhum servidor de formação em nível fundamental recebe o vencimento básico pago aos agentes comunitários de saúde e aos agentes de combate à endemias. Logo, isso desmotiva totalmente os profissionais do mesmo nível que estão atuando em outras funções e sendo pagos pelo mesmo orçamento e arrecadação que paga ao pessoal da saúde.

Essa falta de isonomia corrói as carreiras públicas nos Municípios e pugna pela falta de excelência na prestação dos serviços. Aliada a isso, há total inexistência de recursos financeiros que possibilitem a participação dos servidores em treinamentos, atualizações e reciclagens que os preparem para enfrentar novos desafios, trabalhar as tecnologias que surgem a todo o momento e as inovações que por força delas passam a fazer parte do dia a dia da gestão.

## 5. CONCLUSÃO

Entre os princípios da administração pública, o da eficiência é o menos considerado e indiscutivelmente o mais significativo, pois atrela a ação pública aos resultados que efetivamente alcancem a população com respostas positivas.

Primar pela eficiência no quadro de caos em que se encontra a relação dos recursos humanos com os Entes a que servem, atualmente, é uma temeridade e, em razão disso, o abandono do povo à mercê de suas tragédias é uma realidade que se repete diariamente em todo o Brasil.

Assistir a esse desmando sem indignar-se é impossível. A indignação impõe ação e a propositura de mudanças imediatas e plausíveis que amenizem esse quadro desproporcional entre povo e corporações públicas, para aos poucos tentar devolver o Brasil aos brasileiros.

As propostas de reorganização da relação entre serviço público e servidor, ao menos na esfera local, podem contribuir para evitar o total desmantelamento das estruturas administrativas dos governos municipais e possibilitar a retomada da autonomia dos Entes, que devem trabalhar no sentido de oferecer ao povo soluções compatíveis com suas realidades, costumes e tradições, respeitando contextos históricos, folclóricos, ambientais, climáticos e vocacionais.

Espera-se que a República que ora passa a viver um novo momento, com um novo direcionamento, efetivamente olhe mais para a nação e os brasileiros e menos para os que tomaram o Estado para si.

## REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. A repartição de competências no federalismo cooperativo brasileiro. *Revista de Direito Sanitário*, v. 3, nº.1, mar. 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 16 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FARIAS, Paulo José Leite. *Competência Federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

MARRAFON, Marco Aurélio. Federalismo cooperativo exige reciprocidade entre entes federativos. *Revista Consultor Jurídico*, 9 jul. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-09/constituicao-poder-federalismo-cooperativo-exige-reciprocidade-entre-entes-federativos>. Acesso em: 9 mar. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marties; BRACO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

RICCITELLI, Antonio. *Direito Constitucional: teoria do estado e da constituição*. São Paulo: Manole, 2007.

RODRIGUES, Hugo Thamir. Políticas tributárias e federalismo: uma leitura possível do caso brasileiro. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos - tomo 13*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013

VELLOZO LUCAS, Luiz Paulo. *Qualidades, poder local e qualidade na administração pública*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2006.

# **O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE EM GRAU MÁXIMO PELA LIMPEZA DE BANHEIROS DE USO PÚBLICO OU DE USO COLETIVO DE GRANDE CIRCULAÇÃO: ANÁLISE DOS PRECEDENTES QUE RESULTARAM NO ITEM II DA SÚMULA 448 DO TST**

Fábio Luiz Pacheco<sup>1</sup>

## **1. INTRODUÇÃO**

Quando trabalhadores atuam realizando a limpeza e a higienização de banheiros e/ou de instalações sanitárias de uso público ou de uso coletivo de grande circulação de pessoas, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) tem o

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC/RS. Ex-assessor jurídico municipal e da Confederação Nacional de Municípios (CNM). Ex-chefe de Cartório Eleitoral (TRE/RS). Ex-assistente de juiz do trabalho (TRT/3ª Região). Ex-oficial de justiça federal da Justiça Federal do RS (TRF/4ª Região). Assistente de desembargador (TRT/4ª Região). Aprovado no I Concurso Nacional da Magistratura do Trabalho. Professor e palestrante.

entendimento consolidado (item II da Súm. 448) de que é devido o pagamento do adicional de insalubridade em grau máximo, a teor do que dispõe o Anexo 14 da NR-15 da Portaria 3.214/1978 do Ministério do Trabalho.

Nesse aspecto, imprescindível verificar quais seriam, para o TST, as situações de fato que caracterizam as expressões “uso público” e uso “coletivo de grande circulação”, ambas mencionadas no item II da Súm. 448 da Corte Superior trabalhista.

O presente estudo, então, tem o intuito de verificar todos os precedentes informadores do item sumular mencionado, especialmente as peculiaridades fáticas que os envolvem. Por oportuno, também buscar-se-ão ilustrar algumas situações afins àquelas que firmaram os precedentes, no intuito de auxiliar os operadores do Direito quando se depararem com as expressões “uso público” e uso “coletivo de grande circulação”.

## **2. O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E O CONTATO DE TRABALHADORES COM LIXO URBANO**

É incumbência do empregador a manutenção de um meio ambiente laboral hígido (arts. 7º, inc. XXII, 200, inc. VIII, e 225, *caput*, da Constituição, Convenção 155 da OIT e art. 157 da CLT), o que decorre da função social da propriedade (arts. 5º, inc. XXIII, 170, inc. III, e 186, inc. III, da CF/88), da boa-fé contratual (art. 422 do CC) e do respeito à dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da cláusula constitucional de solidariedade (arts. 1º, incs. III e IV, e art. 3º, inc. I, da CF/88).

Quanto às atividades insalubres, ou seja, nocivas à saúde, há disposição expressa na CLT acerca da sistemática de sua caracterização, conforme dispõem os arts. 190 e 195:

Art. 190. O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância

aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

Art. 195. A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho.

Com base nos preceitos legais transcritos, percebe-se que para o recebimento do adicional de insalubridade não basta a constatação por laudo pericial da exposição do empregado à ação de agentes insalubres. Também é necessário que a atividade desempenhada pelo trabalhador seja formalmente enquadrada pelo Ministério do Trabalho, por meio de norma infralegal, entre aquelas que possibilitam a percepção do adicional em comento.

No que toca às atividades laborais que acarretam contato permanente dos trabalhadores com esgotos (galerias e tanques) e lixo urbano (coleta e industrialização), a regulamentação do Ministério do Trabalho prevê o pagamento do adicional de insalubridade em grau máximo, conforme o Anexo 14 da NR-15 da Portaria 3.214/1978 do Ministério do Trabalho:

### **AGENTES BIOLÓGICOS**

Relação das atividades que envolvem agentes biológicos, cuja insalubridade é caracterizada pela avaliação qualitativa.

#### **Insalubridade de grau máximo**

Trabalho ou operações, em contato permanente com:

- Pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas, bem como objetos de seu uso, não previamente esterilizados;
- Carnes, glândulas, vísceras, sangue, ossos, couros, pelos e dejeções de animais portadores de doenças infectocontagiosas (carbunculose, brucelose, tuberculose);
- Esgotos (galerias e tanques); e

- Lixo urbano (coleta e industrialização).

O Tribunal Superior do Trabalho (órgão ápice desse ramo especializado do Poder Judiciário e uniformizador da legislação trabalhista infraconstitucional), interpretando as normas celetistas e as provindas do órgão regulamentador (Ministério do Trabalho), tem posições marcantes sobre a matéria em estudo:

**OJ nº 4 da SBDI-1 do TST. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LIXO URBANO.** (nova redação em decorrência da incorporação da Orientação Jurisprudencial nº 170 da SBDI-1) - DJ 20.04.2005.

I - Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho.

II - **A limpeza em residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo não podem ser consideradas atividades insalubres, ainda que constatadas por laudo pericial, porque não se encontram dentre as classificadas como lixo urbano na Portaria do Ministério do Trabalho.** (ex-OJ nº 170 da SDI-1 - inserida em 08.11.2000).

**Súmula nº 448 do TST. ATIVIDADE INSALUBRE. CARACTERIZAÇÃO. PREVISÃO NA NORMA REGULAMENTADORA Nº 15 DA PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO Nº 3.214/78. INSTALAÇÕES SANITÁRIAS.** (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 4 da SBDI-1 com nova redação do item II) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014.

I - Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho.

II - **A higienização de instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação, e a respectiva coleta de lixo, por não se equiparar à limpeza em residências e escritó-**

**rios, enseja o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, incidindo o disposto no Anexo 14 da NR-15 da Portaria do MTE nº 3.214/78 quanto à coleta e industrialização de lixo urbano.**

Traçadas as balizas fáticas e jurídicas, cabe examinar os precedentes que levaram à consolidação do TST a respeito da matéria, mormente ao item II da súmula 448.

### **3. ANÁLISE DOS PRECEDENTES**

Por meio de verificação no sítio eletrônico do TST, no *link* “Jurisprudência” e, posteriormente, no *link* “Súmulas”<sup>2</sup>, são reveladas todas as 463 deste órgão superior. Acessando a súmula 448, constituída por dois itens, percebem-se os julgados que influenciaram (precederam) a consolidação do entendimento.

Focando no item II, alvo desta pesquisa, são verificados oito precedentes, os quais passa-se a examinar objetivamente, a fim de extrair as balizas que motivaram o TST a firmar o entendimento acerca da matéria, mormente suas considerações sobre locais públicos e de grande circulação.

Esses são, pois, os referidos oito precedentes:

**2.1. EEDRR 582-32.2010.5.04.0351 – Min. Augusto César Leite de Carvalho;**

**DEJT 14.11.2013/J-07.11.2013 – Decisão unânime.**

- **Quadro fático:** limpeza e coleta do lixo de dois banheiros de uso do público com cerca de dez vasos sanitários cada um, além de um banheiro da área administrativa, localizados em um hotel.

---

2 Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/sumulas>. Acesso em: 18 out. 2018.

2.2. EEDRR 324700-96.2008.04.0018 – Min. Dora Maria da Costa;  
DEJT 30.10.2013/J-24.10.2013 – Decisão unânime.

- **Quadro fático:** limpeza e coleta do lixo de banheiros públicos utilizados por funcionários e público em geral da Secretaria Estadual da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul.

2.3. ERR 109800-80.2007.5.12.0026 – Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho;

DEJT 18.10.2013/J-10.10.2013 – Decisão unânime.

- **Quadro fático:** coleta de lixo e higienização de sanitários de estabelecimento de ensino / colégio, onde transita um elevado número de pessoas (alunos, pais, professores, visitantes...).

2.4. ERR 113200-88.2007.5.04.0232 – Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte;

DEJT 04.10.2013 /J-13.06.2013 – Decisão unânime.

- **Quadro fático:** limpeza de sanitários e coleta de lixo em banheiros de escola pública municipal com mais de 225 alunos.

2.5. EEDRR 113300-43.2007.5.04.0232 – Min. Aloysio Corrêa da Veiga;  
DEJT 20.09.2013/J-12.09.2013 – Decisão unânime.

- **Quadro fático:** banheiro de escola pública municipal, frequentado por cerca de 250 (duzentas e cinquenta) pessoas.

2.6. ERR 102100-02.2007.04.0018 – Min. João Batista Brito Pereira;  
DEJT 30.08.2013/J-15.08.2013 – Decisão unânime.

- **Quadro fático:** limpeza de banheiros de Universidade, frequentado por público numeroso.

2.7. EARR 746-94.2010.5.04.0351 – Min. Renato de Lacerda Paiva;  
DEJT 05.04.2013 /J-07.03.2013 – Decisão por maioria.

- **Quadro fático:** recolhimento de lixo e limpeza de banheiros de hotel e do respectivo centro de eventos (que contava com seis banheiros masculinos e seis femininos), locais de intensa circulação de pessoas.

2.8. ERR 642068-77.2000.5.12.5555 – Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi;

DEJT 29.08.2008 /J-02.06.2008 – Decisão por maioria.

- **Quadro fático:** limpeza de banheiros de estação ferroviária, local onde transitam um universo diversificado de pessoas.

Consolidando as informações, vê-se que os precedentes que resultaram no item II da Súm. 448 do TST tratam, em suma, da limpeza, higienização e coleta de lixo dos seguintes locais públicos ou coletivos de grande circulação de pessoas:

Uso público:

- sede de Secretaria pública / de governo estadual;
- Escola pública municipal;
- Estação ferroviária.

**Uso coletivo de grande circulação:**

- Hotel e centro de eventos;
- Estabelecimento de ensino / colégio;
- Universidade.

Com base nesses oito julgados, acima resumidos, percebe-se que o TST levou em conta para fixar e consolidar seu entendimento (a) os locais onde são realizados o labor e (b) o provável número de frequentadores dos banheiros e instalações sanitárias, pouco destacando o número de banheiros, de vasos sanitários ou de mictórios propriamente higienizados.

## 4. ATIVIDADES DE USO PÚBLICO OU DE USO COLETIVO DE GRANDE CIRCULAÇÃO

Muito embora não seja possível definir os critérios objetivos e matemáticos relacionados aos locais que serão considerados como de uso público ou coletivo, crível averiguar os “indícios judiciais” constantes nos precedentes acima.

Quanto aos locais de “**uso público**”, com base nas decisões já colacionadas e, ainda, com fulcro em breves lições de Direito Administrativo, seriam aqueles lugares (bens imóveis) pertencentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às suas respectivas autarquias e fundações públicas, utilizáveis por qualquer cidadão, sejam bens de uso comum do povo, de uso especial ou dominicais (nos termos do art. 99 do Código Civil).

Com respaldo em tais premissas, além das sedes de secretarias de governo estaduais<sup>3</sup>, quaisquer repartições públicas situadas tanto em órgãos públicos da administração direta (ministérios federais e secretarias municipais, por exemplo) como em entidades da administração indireta (autarquias e fundações) seriam consideradas como um local de uso público (bem de uso especial) a ensejar o pagamento do adicional de insalubridade em grau máximo àqueles trabalhadores que se ativam na função de limpeza de respectivos banheiros.

A mesma compreensão vale para as escolas públicas municipais<sup>4</sup>. Além delas, quaisquer unidades educacionais públicas federais, estaduais ou municipais (creches, centros de ensino, escolas técnicas, EJAs, universidades), nas quais transitam grande número de pessoas, como alunos, pais, professores, outros empregados, visitantes, são consideradas locais públicos para fins

---

3 Segundo precedente: EEDRR 324700-96.2008.04.0018.

4 Quarto e quinto precedentes: ERR 113200-88.2007.5.04.0232 e EEDRR 113300-43.2007.5.04.0232, respectivamente.

da caracterização da insalubridade em grau máximo aos trabalhadores que higienizam seus banheiros.

Por fim, destacam-se as estações ferroviárias<sup>5</sup> – administradas e/ou mantidas por qualquer Ente público. A higienização das instalações sanitárias situadas em tais estações gera o pagamento ao trabalhador do adicional de insalubridade em grau máximo. A elas, por razoabilidade, equiparam-se os banheiros localizados nas estações rodoviárias, nas de metrô, nos aeroportos, nos logradouros públicos (banheiros químicos). Nesses locais públicos presume o TST que haja grande circulação de pessoas.

No que se refere aos locais de “**uso coletivo de grande circulação**”, além de instalações sanitárias localizadas em hotéis e em centros de eventos<sup>6</sup>, também aqueles lugares em que transite grande quantidade de pessoas, quer utilizem ou não os serviços prestados, são considerados insalubres em grau máximo. Como exemplo, citam-se as pousadas, os *hostels*, os grandes parques fabris, os templos religiosos<sup>7</sup> e os grandes eventos (*shows*, festas e feiras, por exemplo).

Igualmente, tal qual os colégios e universidades<sup>8</sup>, lugares frequentados por público numeroso, outros estabelecimentos em que transite número indeterminado de pessoas, como grandes restaurantes e grandes escritórios, também são considerados locais de “grande circulação”, a ensejar o adicional em estudo aos empregados que higienizam os banheiros neles situados.

---

5 Oitavo precedente: ERR 642068-77.2000.5.12.5555.

6 Primeiro e sétimo precedentes: respectivamente, EEDRR 582-32.2010.5.04.0351 e EARR 746-94.2010.5.04.0351.

7 <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=11048&digitoTst=61&anoTst=2016&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0009&submit=Consultar>.

8 Terceiro e sexto precedentes: ERR 109800-80.2007.5.12.0026 e ERR 102100-02.2007.04.0018.

## 5. CONCLUSÃO

O atual processo trabalhista valoriza sobremaneira os entendimentos consagrados pelos Tribunais Superiores (conforme as disposições, por exemplo, dos arts. 8º, § 2º, 894, 896 e 896-A, todos da CLT e do art. 489, § 1º, incs. V e VI, do CPC).

Dessa forma, revela-se importante o estudo aprofundado dos motivos fáticos e jurídicos que levaram à consolidação da jurisprudência sumulada do TST. No aspecto, buscou-se examinar a totalidade dos precedentes que resultaram no item II da Súm. 448 do TST, que trata do pagamento do adicional de insalubridade em grau máximo pela limpeza de banheiros de uso público ou de uso coletivo de grande circulação.

A apreciação dos oito precedentes que firmaram o entendimento sumular retro leva à conclusão de que, para o TST (que também interpreta o Anexo 14 da NR 15 da Portaria 3.214/1978 do Ministério do Trabalho), a utilização das instalações sanitárias por um número razoável de pessoas (locais públicos ou privados), seja diária ou não e, ainda, independentemente do número de vasos sanitários e/ou mictórios, tende a gerar o adicional de insalubridade em grau máximo aos trabalhadores que se ativam à sua higienização.

A utilização dos banheiros (efetiva ou em potencial) por um número indeterminado ou indeterminável de pessoas, bem como por um público determinado e numeroso, provoca o contato dos trabalhadores que os limpam com uma quantidade exorbitante de agentes biológicos, a amparar o pagamento do adicional em comento.

Mais concretamente, os oito precedentes tratam destas situações: o labor na higienização de banheiros localizados em sedes de secretarias públicas/de governo estaduais, escolas públicas municipais e estações ferroviárias (locais públicos) e em hotéis e centros de eventos, estabelecimentos de ensino/

colégios e universidades (locais de grande circulação) gera o dever de pagamento do adicional de insalubridade em grau máximo.

Além desses lugares, buscou-se trazer à tona vários exemplos de outras situações semelhantes, que também poderão ser caracterizados como locais públicos ou de grande circulação de pessoas, a teor do item II da Súm. 448 do TST. Por amostragem, seriam também insalubres em grau máximo o trabalho na limpeza de banheiros localizados em: (a) repartições públicas situadas tanto em órgãos públicos da administração direta (ministérios federais e secretarias municipais, por exemplo) como em entidades da administração indireta (autarquias e fundações); (b) unidades educacionais públicas federais, estaduais ou municipais (creches, centros de ensino, escolas técnicas, EJAs, universidades); (c) estações rodoviárias, de metrô, portuárias, aeroportuárias, logradouros públicos (banheiros químicos); (d) pousadas, *hostels*, parques fabris, templos religiosos e grandes eventos (*shows*, festas e feiras); e (e) restaurantes e grandes escritórios.

# **AUTONOMIA FINANCEIRA MUNICIPAL E IGUALDADE NA FEDERAÇÃO: PERSPECTIVA PARA A RACIONALIZAÇÃO E EFICIÊNCIA DO GASTO PÚBLICO POR MEIO DOS CONSÓRCIOS INTERMUNICIPAIS**

Daniela Arguilar Camargo<sup>12</sup>

**RESUMO:** O pacto federativo está disposto na Constituição Federal, em que estão definidas as competências tributárias de cada Ente federativo, seus encargos e serviços, bem como a partilha da receita dos tributos ora arrecadados. Grande parte dos enfrentamentos na organização social e política

---

1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (Capes) – Código de Financiamento 00.

2 Doutoranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul. Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Pós-graduada em Direito Tributário pela Escola Superior da Magistratura Federal. Integrante do Grupo de Pesquisa “Gestão Local e Políticas Públicas” da Universidade de Santa Cruz do Sul. Advogada. E-mail: danielacamargo68@gmail.com.

surge do desequilíbrio entre União, Estados membros e Municípios. A reforma do sistema tributário do Brasil teve um intenso debate na década de 1990, tendo como centralidade a proposição de um modelo que aumentasse a capacidade de autofinanciamento dos Municípios. A estratégia metodológica dedutiva e bibliográfica parte da análise do pacto federativo brasileiro para posteriormente observar a autonomia financeira municipal e ao final apresentar, como proposta para a racionalização e eficiência do gasto público, os consórcios entre Municípios, com a finalidade de estes realizarem ações conjuntas, que não conseguiriam fazer individualmente, atingindo os mesmos objetivos.

## **1. NOTAS INTRODUTÓRIAS**

O pacto federativo corresponde ao esforço pelo alcance da unidade por meio da diversidade, ou seja, uma construção institucional muito complexa em que a sua estabilidade depende do equilíbrio dos seus Entes. A Constituição Federal de 1988 é essencialmente descentralizadora, e nesse momento os Municípios brasileiros sentiram os reflexos das mudanças ocorridas, cuja finalidade era a promoção de um equilíbrio na distribuição de receitas entre os Entes, observando as implicações na busca da capacidade de atender aos interesses da sociedade. Esses fatores modificaram os ordenamentos distributivos e em contrapartida mais atribuições foram conferidas para os Entes menores determinados no capítulo IV da Constituição.

A necessidade de revisão do pacto federativo ocupa a agenda dos políticos e pesquisadores, assim como os impactos referentes às transformações econômicas mundiais sobre o Brasil e os seus Entes federados, que complexificam as desiguais relações entre os Entes. O descompasso entre a receita da União e a redução da receita tributária distribuída entre os Entes é uma grande contradição que deforma o espírito da Constituição “Cidadã” que busca o equilíbrio fiscal. O Estado brasileiro possui um dos sistemas tributários mais

regressivos, pois proporciona uma distribuição concentrada, em que a arrecadação acessória (contribuições) ultrapassa a principal (tributária).

A participação dos Municípios no bolo tributário, com o elevado estoque de dívidas, proporciona um aumento no saldo devedor, e estes fatores causam deformações e dificuldades nas contas dos Entes federados. Dessa maneira, o estudo possui como problemática de pesquisa: poderiam os consórcios entre Municípios serem considerados uma estratégia para a racionalização e eficiência do gasto público, efetivando em parte a autonomia financeira dos Municípios? Por óbvio que não se trata de uma solução para todos os problemas municipais, mas se trata de um grande avanço para os Municípios brasileiros.

Assim, para a realização deste estudo utilizou-se o método de abordagem dedutiva, tendo em vista que o conteúdo da conclusão já está implícito no decorrer do trabalho com a compreensão do pacto federativo, da autonomia financeira e dos consórcios intermunicipais; e o método de procedimento bibliográfico, analisando obras e *sites*. Ao final, apresenta-se como proposta para a racionalização e a eficiência do gasto público a criação de consórcios entre Municípios diante das hipóteses de enfrentamento apresentadas.

## **2. BREVES APONTAMENTOS AO PACTO FEDERATIVO BRASILEIRO**

O pacto federativo, ou também chamado de federalismo fiscal, está disposto nos arts. 145<sup>3</sup> e 162<sup>4</sup> da Constituição Federal de 1988, em que estão elencadas as competências tributárias de cada Ente federativo, os serviços públicos e encargos pelos quais são responsáveis (arts. 21 a 32 do referido or-

---

3 “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I – impostos; II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; III – contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.”

4 “Art. 162. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios divulgarão, até o último dia do mês subsequente ao da arrecadação, os montantes de cada um dos tributos arrecadados, os recursos recebidos, os valores de origem tributária entregues e a entregar e a expressão numérica dos critérios de rateio.”

denamento). Detendo relação com os mecanismos de partilha das receitas tributárias arrecadadas, como o Fundo de Participação dos Municípios, Estados membros e Distrito Federal, assim como os Fundos Constitucionais de incentivo ao desenvolvimento regional.

A Federação é composta por três níveis, a União – o governo central –, os Estados membros e Distrito Federal – governo intermediário – e os Municípios – governo local, conforme Afonso et al. (1998). Esses Entes federados, por meio da norma tributária, possuem a competência para fiscalizar e arrecadar tributos dentro de sua permissão constitucional. O federalismo fiscal brasileiro está presente desde a Constituição Federal de 1891, em que foram adotadas a separação das receitas tributárias, especificando os tributos, e as competências dos Entes federados, assim sustenta Torres (2009).

Pode-se afirmar que o federalismo inicia com a proclamação da República em 1891, contudo, entende Dolhnikoff (2005) que o ato adicional de 1834 resultou na transformação institucional, pois promoveu a divisão das competências de matéria tributária, legislativa e coercitiva entre o centro e a província. Assim, havia a divisão constitucional combinando os interesses provinciais com o do Estado, ou seja, envolvendo-as na construção da nação, garantindo a centralidade os recursos para que mantivesse a unidade. O ano de 1934 foi marcado pela forte centralização do poder, na qual o federalismo ora adotado não se ajustava na realidade do país, considerando ainda que o número de tributos aumentou de 15 (em 1891) para 23 (em 1934).

Em sequência, ao final da Segunda Guerra Mundial a redemocratização e a nova Constituinte de 1946 inauguraram a descentralização, ocorrendo uma distribuição do gasto público nacional, detendo a União 50 % do total arrecadatório de tributos, entre os anos de 1950 e 1960, o que ainda foi considerada uma reação aos excessos do centralismo que ocorreu no Estado Novo. Em 1964, com o novo golpe de Estado, aproveitou-se a reforma fiscal e concentrou-se as receitas e o comando dos gastos na União. Com a nova Constituição

em 1967, dita como conservadora, ocorreu um pequeno crescimento do governo central, detendo, em 1969, 50,9% dos tributos, conforme Carvalho (1995).

Contudo, a reforma de 1967 feita pelo Regime Militar inovou e introduziu o mecanismo de transferências intergovernamentais das receitas em benefício daqueles governos subnacionais pouco desenvolvidos. Assim, com o advento da Constituição de 1988, reduziu-se a competência tributária da União e ampliaram-se as transferências intergovernamentais, sem alterar a fisionomia do sistema fiscal. Rezende (1995, p. 7) afirma que o desequilíbrio da representação política no Congresso Nacional ocasionou o perverso formato do federalismo fiscal, marcado por desequilíbrios na repartição das receitas, “decorrente dos quocientes eleitorais previstos na Constituição e do número mínimo de representantes de cada Estado, amplia o conflito de interesses entre aqueles que defendem a descentralização de competências e os que querem a descentralização da arrecadação”.

Com a revolução do sistema tributário, principalmente na questão da distribuição de competências exclusivas, o país passa por um processo de descentralização fiscal e eleva a autonomia financeira dos Entes federados e os setores internos do governo, não somente ampliando a arrecadação e participação dos Entes na receita tributária, como também aumentando as atribuições e responsabilidades, para a efetivação dos direitos sociais garantidos constitucionalmente, assim entende Oliveira (2007).

A autonomia ora conferida aos Entes deve comportar o lastro financeiro, que os permita atuar nas áreas demarcadas constitucionalmente, fazendo-se necessário que a lei fundamental contemple o sistema tributário para garantir a independência de que gozam dentro do regime. Com a previsão de repasses de recursos, não podem os destinatários criar uma certa dependência, pois os repasses são considerados como fontes auxiliares dos recursos, e não como fonte primária.

Ainda, cumpre salientar que com base no art. 23 da Constituição Federal de 1988 estabeleceram-se as competências comuns entre os Entes, e, sen-

do assim, o sistema tributário também deve ser proporcional ao passo que cada governo possa atribuir os recursos necessários para a consecução de suas finalidades. Em tese, cada Ente possui a disponibilidade de recursos próprios para que exerça as suas atividades tributárias, contando com os repasses intergovernamentais. A Constituição Federal estabelece por meio de lei complementar a disposição sobre os conflitos de competência, bem como a regulação das limitações ao poder de tributar.

Por óbvio que sendo integrante da Federação também se inclui no pacto federativo, pois trata-se de um vínculo político-constitucional, comprometido com o excesso de despesas, na tentativa de manutenção do poder. Os conflitos são resultantes do fato de que Municípios e Estados precisam de mais recursos para o atendimento de suas demandas, ao passo que a União tenta manter a maior parte do bolo tributário, que hoje totaliza 57% (Estados detém 25% e Municípios 18%). O confronto entre eles pressupõe divergências de interesses e desigualdades, e como a Constituição Federal estabeleceu atribuições a cada um, é evidente que deve dar instrumentos ou recursos para que atendam às demandas.

Celebra-se o pacto federativo, por meio da Constituição, devendo ser sopesadas as necessidades dos Estados membros e Municípios, assim como os recursos previstos. Se não há compatibilidade com relação a isso, o pacto se torna manco, porque não há razoabilidade entre os meios e os fins, criando uma dominação do Ente maior sobre os menores. Ou seja, no Estado brasileiro, de acordo com Carvalho Filho (2001), o pacto está manco. Ocorre um desequilíbrio em favor do governo central, sendo que a repartição das receitas deveria ter equilíbrio e bom senso, de maneira que os Entes menores tenham recursos para atender as suas necessidades (CARVALHO FILHO, 2001).

Esse desequilíbrio possui uma conotação negativa; contudo, o nosso sistema federal centralizado, desde a sua instituição, não poderia se afigurar de outra maneira, tendo em vista o prisma do federalismo cooperativo, pois a União detém o controle da maior parte dos tributos e pode executar o repasse para outros Entes, de modo devolutivo e redistributivo. Outras justificativas de

concentração de renda por parte da União vão ao entendimento de que seria a promoção de equilíbrio na oferta dos bens públicos locais, de modo a equalizar as suas jurisdições com relação aos serviços públicos, apesar das críticas referentes à divergência entre os custos nas unidades federativas.

O governo central adotou um tipo de competição tributária, tendo como finalidade a maximização da arrecadação e a minimização dos repasses aos governos subnacionais. Denota-se que a União está praticando uma competição intergovernamental, mudando o perfil de arrecadação, contendo a partilha de recursos próprios e, embora amplie a sua receita, isso impacta diretamente os Entes subnacionais.

Dessa maneira, em vez de ser coordenadora da Federação, ingressa na disputa por receitas tributárias, que, conforme já evidenciado, revela-se danosa ao pacto federativo, além de não garantir o equilíbrio e o funcionamento harmônico do Estado, gerando impactos na eficiência do sistema tributário nacional. A partilha de rendas reduz a autonomia financeira dos Entes subnacionais e reduz os benefícios econômicos, institucionais e políticos que o federalismo agrega, deixando de atenuar as desigualdades regionais.

A reforma do pacto federativo é altamente reivindicada pelos gestores de todas as esferas administrativas, principalmente por parte dos gestores municipais, tendo em vista que é nos governos locais que as políticas são executadas e estes devem ter condições para isso. Assim, passa-se a observar os desafios da autonomia financeira local.

### **3. DESAFIOS DA AUTONOMIA FINANCEIRA LOCAL**

No pacto federativo, tem-se principalmente a defesa da autonomia local, sempre procurando manter a integridade territorial da Federação. Com o advento da Constituição Federal de 1988, os Municípios passaram a ter *status* de Ente da Federação, detendo a capacidade de exercer direitos e possuir obrigações, não estando subordinados aos demais Entes (União e Estados mem-

bros), tendo sua autonomia garantida pela Constituição Federal. A autonomia municipal contempla a tríplice capacidade de governo (por meio dos prefeitos, vice-prefeito e vereadores), administração (de acordo com as competências e limites previstos constitucionalmente) e organização (mediante Lei Orgânica municipal), conforme Moraes (2004).

Os Municípios passaram a ganhar espaço e autonomia; no Brasil Império ganha-se o foro constitucional, acenando ao fortalecimento da esfera local. Em 1834, ocorreu um maior prestígio ao poder municipal, contudo não houve um maior fortalecimento local. Ainda, com a Constituinte de 1891, foi consagrado o federalismo, surgindo a autonomia local e o termo “Município”. O renascimento do Município emerge com a Constituição de 1934, restabelecendo a autonomia municipal em termos políticos, financeiros e de organização. Reinauram-se os valores democráticos e restabelecendo a autonomia em três linhas de base (financeira, política e administrativa) com a Constituição de 1946, e por fim, com a Constituição de 1988, temos a vinculação dos Municípios à entidade federativa (União), conforme o exposto por Mello (1995).

A autonomia municipal passa a apresentar-se nas normas de direito brasileiras, abrangendo a tríplice (política, administrativa e financeira), complementando o desenvolvimento humano e submetendo-se ao mesmo tratamento que o ordenamento jurídico dispõe, sendo que o Município dotado de autonomia, com a descentralização de políticas públicas, poderá colaborar na sua gestão, com maior efetividade e concretização de direitos e objetivos de interesse local (MORAES, 2004).

Entre as três autonomias, a financeira, que é objeto do estudo, está na possibilidade de os governos locais instituírem e arrecadarem tributos próprios, assim como a aplicação desses recursos sem a interferência dos outros Entes federados. A Constituição Federal de 1988 determina que os Municípios terão as suas fontes de recursos, de acordo com os arts. 145, 149, § 1º, e 156, e receberão recursos arrecadatários de outros Entes federativos, arts. 158 e 153, § 5º, inc. II, além do fundo de participação, art. 159 (CARAZZA, 2011). Possuem a

competência para tributar o Imposto sobre Serviços (ISS), a Propriedade Territorial e Predial Urbana (IPTU) e as operações de transferência onerosa de imóveis *inter vivos* (ITBI). Podem ainda arrecadar valores de taxas e contribuições de melhorias, sendo que em 2002, com a Emenda Constitucional 39, passaram a instituir a contribuição para o custeio de iluminação pública.

Essa competência, com as transferências intergovernamentais, deveria prover a autonomia financeira necessária para o enfrentamento das necessidades e responsabilidades do governo municipal. Contudo, não é o que ocorre, pois muitos Municípios são dependentes das receitas de transferência. E essa dependência só aumentou, de acordo com Santos e Santos (2014), no segundo mandato do presidente Cardoso, pela pior evolução das receitas tributárias. Em razão disso, essas vinham aumentando desde 1995, atingindo o seu auge em 1998, e começaram a diminuir a partir desse momento. Porém, em 2002 os resultados das receitas foram piores que em 1995, observando a autora que os Municípios chegaram a menor autonomia financeira.

A receita tributária dos Municípios é composta pelos impostos IPTU, ITR, ITBI e ISS; taxas sobre serviços públicos, contribuição de melhoria decorrente de obras públicas, contribuições para o custeio de serviço referente a iluminação pública, transferências constitucionais (dos Estados e União), compensação financeira (*royalties*). Ainda como fonte tem-se a patrimonial, pela exploração econômica de um patrimônio público municipal, assim como com a cobrança de tarifas de transporte coletivo, feiras; e aquela decorrente de multas administrativas, dentro dos regulamentos municipais. Ou seja, resumidamente, os tributos próprios municipais são o ISS, IPTU, ITBI, taxas e contribuição de melhoria; as transferências da União são 25% do IR e IPI – FPM; 2,5% do IPI-FPEX; 50% do ITR e 70% do IOF; e referente as transferências dos Estados, 25% do ICMS – quota-parte; 50% do IPVA; 2,5% do IPI-FPEX.

Por conseguinte, um Município sem autonomia financeira torna inexpressiva a autonomia administrativa e política, sem que tenha recursos próprios para garantir a realização de obras ou manutenção dos serviços municipais. De

acordo com Meirelles (2006, p. 112), “seria uma quimera atribuir-se autogoverno ao Município sem lhe dar renda adequada à execução dos serviços necessários ao seu progresso”.

Examinando as finanças públicas, Castro (2006) aponta uma significação de autonomia financeira municipal, qual seja, a arrecadação a aplicação da receita, sem prejuízo da prestação de contas e publicação de balancetes. Essas duas últimas são obrigatórias, contudo essa obrigatoriedade não diminui a autonomia, sendo uma forma de gestão mais transparente, permitindo a fiscalização da administração por parte da sociedade. A fiscalização é realizada pelos Tribunais de Contas dos Estados e, quando existir em determinado Município, o Legislativo municipal auxilia na verificação dos gastos públicos.

A liberdade de gestão dos recursos é restrita, de acordo com os limites impostos pela Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, assinala Meirelles (2006, p. 148) que “no uso do poder de tributar e da faculdade de aplicar suas rendas o município não encontra outras limitações além daquelas que emanam dos princípios tributários adotados pelo nosso sistema constitucional, para todas as entidades estatais”, apontando ainda que não constituem restrições perante a autonomia local.

Assim sendo, considera-se o Município como o Ente mais próximo da sociedade, aquele que consegue perceber as reais necessidades dos cidadãos e, em virtude disso, aplicar os recursos nas áreas de interesse, sendo a aplicação orientada conforme os preceitos e limites estabelecidos. A análise da autonomia financeira leva ao entendimento do regramento referente aos gastos públicos, como também os orçamentos, e como esta autonomia deve ser exercida por parte da administração. Reafirma-se que conceder autonomia financeira sem oferecer recursos suficientes nada mais é do que maquiagem a situação que permeia no Brasil, a dependência aos repasses constitucionais, tendo em vista que a execução de políticas sociais depende da existência das verbas e, sem essa condição, a administração fica impedida de executar.

Conforme elucida Lima (2003 p. 299), preconiza-se o equilíbrio financeiro desejável, e se estabelece com “combinação de autonomia orçamentária e vinculação do gasto”. Acrescenta-se ainda a finalidade equitativa das transferências, que se tornam benéficas para a Federação, pois tratam, materialmente, de igual forma os Entes federativos. A carência financeira municipal não se deve somente à repartição das rendas, como também à repartição de encargos, pois os impostos municipais têm uma representatividade econômica apenas em governos locais com indústria desenvolvida e localidades urbanas (BARROSO, 2006).

A hipossuficiência dos Municípios se deve às escolhas do federalismo fiscal, embasadas na formação da Federação, em que se primou pelo acúmulo de competências tributárias por parte do Ente nacional, que após a arrecadação deve repartir esses resultados com os Entes subnacionais, devendo, por meio de critérios técnicos, buscar pela equidade entre eles, conforme preconiza o federalismo cooperativo. Para além das transferências, uma opção para os governos locais seria a consecução de suas competências materiais por meio de consórcios e convênios, pouco incentivados pelo poder central. Dessa forma, observa-se a ausência de autonomia financeira dos Municípios, deixando por consequência as outras autonomias comprometidas, tornando-se apenas preconizadas formalmente.

#### **4. PROPOSTA PARA A RACIONALIZAÇÃO E EFICIÊNCIA DO GASTO PÚBLICO: OS CONSÓRCIOS INTERMUNICIPAIS**

Os debates com relação ao gasto público no Brasil vêm tomando maiores espaços. De um lado estão aqueles que acreditam que, embora os gastos sejam crescentes, estão sob controle, ocorrendo até mesmo um espaço para manutenção do serviço público. Já outros pensam na ineficiência do Estado, apontando o tamanho do Brasil e a carga tributária crescente, em que pela efetividade da ação social o Estado seria esqualido (BALEEIRO, 1997). Assevera

ainda o referido autor que a escolha da despesa envolve o ato político, que se justifica nos critérios políticos, ou seja, nas ideias e interesses relevados pelos grupos que detém o poder.

A preocupação por parte da população e dos agentes políticos com relação à qualidade do gasto público aumentou significativamente nos últimos anos, sendo que a responsabilidade por parte dos gestores perante a administração pública atingiu um novo marco. Dentre as diversas abordagens sobre as formas mais adequadas para gerir o Estado, a mais necessária é a de implementar melhores políticas públicas, sendo que, nesse sentido, a qualidade do gasto público a ser realizado é fundamental.

O *deficit* público é um dos elementos fortemente presentes em um processo inflacionário, na medida em que a emissão de moeda passa a ser utilizada como solução para o descompasso entre receitas e despesas públicas. Esse processo, em muitas situações, é controlado com a elevação das taxas de juros, visando, por um lado, a atrair investimentos em títulos públicos e, por outro lado, a desestimular o consumo (BUFFON, 2009).

A elevação das taxas de juros tem, pois, um custo social altíssimo, já que o Estado passa a ter necessidade de arrecadar cada vez mais para fazer frente às crescentes exigências do mercado financeiro, relativamente à remuneração do capital investido em títulos públicos. Concomitantemente, o Estado reduz suas possibilidades de carrear recursos para investimentos de caráter social. Além disso, taxas de juros demasiadamente elevadas implicam inequívoca retração no consumo, para não dizer recessão econômica (BUFFON, 2009).

Sendo assim, para que o setor público realize a sua finalidade de bem-estar social, a qualidade da despesa pública e da sua execução é um aspecto principal. Entre os aspectos para a alocação de recursos para que a sociedade venha a ser beneficiada está o acesso à informação, como uma forma de modificar o comportamento dos gestores; a tomada de decisão diante dos projetos de investimento para análise do custo/benefício.

Algumas distorções das transferências intergovernamentais são realizadas com o intuito de diminuir os desequilíbrios horizontais e verticais, que deveriam privilegiar aquelas regiões mais pobres e com menor índice de receita própria que tenham um grande volume de gastos. Trata-se de regiões ou Entes municipais com menor desenvolvimento, não sendo dotados de uma infraestrutura capaz de gerar recursos que venham a necessitar. Contudo, conforme o entendimento de Gasparini e Cossio (2006), os dados da Secretaria do Tesouro Nacional revelam que isso não ocorre.

De acordo com os autores, com relação ao FPM, a Secretaria do Tesouro Nacional indicava que, em 2001, 63% dos Municípios do Norte e Nordeste não receberam um valor maior a título do FPM, como os do Sul e Sudeste receberam. Revelam ainda um complicador para a divisão do FPM, que seria referente aos critérios que são estipulados pela faixa de população. Gasparini e Cossio (2006) confirmam que aqueles Municípios que tem até 5 mil habitantes não possuem condições para ofertar os serviços públicos que uma municipalidade deveria oferecer. Além do mais, justificam que há distorções nos critérios de distribuição do FPM, que seria a ideia de que o Município pequeno é necessariamente pobre, e que um Município pequeno é um Município do Nordeste.

Diante disso, a proposta a ser apresentada para a racionalização e a eficiência do gasto público municipal é a formação dos consórcios intermunicipais. Em 1998, a Emenda à Constituição 19, que altera o dispositivo 241<sup>5</sup>, disciplinou a cooperação com a finalidade de gerir serviços públicos, entre outros, abrindo a possibilidade de superação da fragilidade dos arranjos federativos brasileiros. De acordo com Krell (2008), essa emenda era necessária, tendo em vista que a jurisprudência desde 1980 entendia que determinada regra que

---

5 "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 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."

viesse a subordinar a celebração de acordos ou convênios entre órgãos do Executivo feriria o princípio da independência e harmonia entre poderes.

No ano de 2005, foi promulgada a Lei 11.107, com o objetivo de fixar normas gerais para que União, Estados membros, Distrito Federal e Municípios formalizem consórcios públicos para a realização dos objetivos de interesse comum local, estando este consórcio sujeito às restrições da Lei de Responsabilidade Fiscal. Conforme Krell (2008), a criação da lei teve como base institucional o art. 241, art. 22, inc. XVII, e art. 23, parágrafo único, todos da Constituição Federal de 1988. De acordo com Borges (2006), trata-se de um grande instrumento que virá a ensejar possibilidades para os Municípios enfrentarem conjuntamente os seus desafios. O compartilhamento de recursos traduz-se em condições que atinjam maiores resultados, que não teriam possibilidade de realização se usados individualmente.

Os consórcios são considerados por Krell (2003) como pactos cooperativos horizontais, que buscam a soma de recursos materiais, humanos, técnicos, bem como financeiros, para ação conjunta diante dos problemas. Aponta a iniciativa parte das prefeituras, quando não conseguem resolver seus problemas sozinhas, como principal razão para a formação dos consórcios, a de agrupar um número de Municípios de forma que esta atividade venha a atingir uma escala mínima de rentabilidade.

São apresentados como entidades que se reúnem com a finalidade de realizar ações em conjunto, as quais não conseguiriam realizar se observados individualmente. A sua conceituação está disposta no Decreto 6.017/2007, art. 2º, que os identifica como pessoas jurídicas formadas pelos Entes federativos com a finalidade de estabelecer relações de cooperação federativa e de realizar objetivos de interesse comum, tendo personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos.

Ainda destaca Lacalle (2002) que essa forma de cooperação auxilia no acompanhamento e no diagnóstico dos problemas, bem como na possibili-

dade de autofinanciamento dos Municípios por serviços públicos, em que cada integrante colabore com uma parte, sendo que a união dos esforços resultaria na realização de projetos difíceis que apenas um Município não conseguiria fazer.

A criação de consórcios intermunicipais a partir da análise da cooperação entre os Municípios se mostra como um modo de obterem resultados mais eficazes para questões em comum, como autoriza o art. 241 da Constituição Federal, podendo gerir questões sobre serviços públicos, ainda a transferência de encargos, serviços, pessoal e bens que se tornam essenciais para continuidade da prestação.

A formação de consórcios, mais notadamente e aqui focada entre Municípios, pode auxiliar na união de pequenos Municípios como uma forma de racionalização do gasto público, sendo que poderá haver ainda uma racionalização na distribuição de infraestrutura e de equipamentos públicos, possibilitando o acesso por parte da população a serviços públicos mais eficientes e com melhor qualidade.

Ao final, apresentada a proposta para racionalização e eficiência do gasto público por meio da realização de consórcios entre Municípios, fica evidenciado que estes se demonstram como instrumento eficaz para o aumento da autonomia financeira municipal e significativo no diálogo entre os governos locais, diminuindo as suas desavenças e ampliando a cooperação; e principalmente a superação das incapacidades financeiras municipais e a racionalização de recursos públicos e eficiência do gasto público.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do evidenciado no estudo, devemos retornar aos princípios da Constituição Federal e envolver a classe política, para que venha a assumir compromissos para o resgate do pacto federativo, assim como de uma reforma tributária justa, que destine aos Entes menores recursos na proporção igual de suas atribuições, ora destinadas pela Constituição e demandadas pelos cida-

dãos que neles residem. Os fatores mencionados ao longo do texto, assim como as políticas econômicas de desenvolvimento do Brasil, vêm causando deformações e dificuldades no equilíbrio das contas públicas da União, Estados membros e Municípios.

Os Municípios só poderão exercer a sua autonomia como Entes da Federação se a sua autonomia financeira for uma conquista permanente, tendo em vista as mudanças ocorridas com o pacto federativo em 1988, com aumento de competências. A objetividade inicial era o equilíbrio na distribuição das receitas entre os Entes, mas não foi o que ocorreu, observando-se o bolo tributário, em que 18% dos tributos ficam nos Municípios, 25% nos Estados membros e 57% com a União.

A hipossuficiência dos Municípios se deve às escolhas do federalismo fiscal, que foi primado pelo acúmulo de competências tributárias por parte da União, que após a arrecadação deve repartir os resultados com os Entes subnacionais, buscando sempre a equidade entre eles, conforme elucida o federalismo cooperativo. Pensando além das transferências intergovernamentais, uma via para os governos locais seria a consecução de suas competências materiais por meio de consórcios ou convênios, ainda pouco incentivados por parte da União. Desse modo, com ausência de autonomia financeira, deixa-se as outras autonomias comprometidas, tornando-se apenas preconizadas formalmente. Os estudos levam a concluir que o Estado brasileiro não vivencia as conquistas de um federalismo cooperativo.

A preocupação por parte da população e agentes políticos com relação à qualidade do gasto público aumentou significativamente nos últimos anos, sendo que a responsabilidade por parte dos gestores perante a administração pública atingiu um novo marco. Entre as diversas abordagens sobre as formas mais adequadas para gerir o Estado, a mais necessária é a de implementar melhores políticas públicas, sendo que nesse sentido a qualidade do gasto público a ser realizado é fundamental.

A problemática da pesquisa, que era a consideração dos consórcios intermunicipais como estratégia para a racionalização de recursos e eficiência do gasto público, ficou respondida quando se apresentou os consórcios entre Municípios como uma forma diminuir a dependência dos repasses, tendo em vista que a formação destes pode auxiliar na união de pequenos Municípios como uma forma de racionalização do gasto público. Poderá haver ainda uma racionalização na distribuição de infraestrutura e de equipamentos públicos, possibilitando o acesso por parte da população aos serviços públicos mais eficientes e com melhor qualidade. Possibilita então que Municípios em conjunto consigam efetivar e concretizar os interesses e necessidades comuns dos seus cidadãos, que se considerados individualmente não conseguiriam, por absoluta inviabilidade orçamentária.

Ao final, mostra-se necessário evidenciar pontos positivos e negativos. Os positivos se relacionam com o favorecimento a formação de consórcios: a existência de uma identidade regional entre os Municípios; as lideranças das regiões têm a capacidade de, mesmo que adversos em alguns pontos, produzir alianças; questões que envolvem problemas comuns, em que a cooperação se torna necessária; criação de um comprometimento com a implantação das políticas públicas; resolução de problemas regionais, sem a limitação das fronteiras administrativas, levando à União ou aos Estados membros elementos reais das necessidades sociais, o que ajuda na adequação das políticas públicas. Quanto aos pontos negativos, que devem ser enfrentados, estariam os fatores que dificultam a formação dos consórcios, ausência de identidade regional entre Municípios, bem como o baixo capital social das instituições do local; comportamento individualista e as desavenças político-partidárias.

## REFERÊNCIAS

AFONSO, J. R. R., RAMUNDO, J. C. M, ARAUJO, E. A. *Breves notas sobre o federalismo fiscal no Brasil*. Disponível em: [http://www.bndes.gov.br/SiteB-NDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/bf\\_bancos/e0000168.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteB-NDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/bf_bancos/e0000168.pdf). Acesso em: 4 maio 2017.

BARRETO, Aires. ISS na Constituição. In: GOMES, Marcus Lívio; VELLOSO, Andrei Pitten. *Sistema Constitucional Tributário: dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários: estudos em homenagem ao ministro Luiz Fux*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. A derrota da federação: o colapso financeiro dos estados e municípios. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BORGES, Aline Gonzales. Consórcios públicos, nova sistemática e controle. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico*, Salvador, v. 2, n 6, p. 20-32, jul. 2006.

BUFFON, Marciano. *Tributação e Dignidade Humana: entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARNEIRO, Daniel Dix. *ISS Imposto sobre serviços de qualquer natureza*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2009.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Pacto federativo: aspectos atuais. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, 2001.

CARVALHO, José Murillo de. Federalismo y Centralización en el Império Brasileno: Historia y Argumento. In: CARMAGNANI, Marcello. *Federalismos Latinoamericanos: México/Brasil/Argentina*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. 6. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2006.

DOLHNIKOFF, Miriam. 2005. *O pacto imperial: origens do federalismo no Brasil*. São Paulo. Globo, 2005.

GASPARINI, C. E.; COSSIO, F. A. B. Transferências intergovernamentais. In: MENDES, Marcos (Org.). *Gasto público eficiente: propostas para o desenvolvimento do Brasil*. São Paulo: Instituto Brauel, 2006.

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 cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

LACALLE, Fernando Orosco. O consórcio intermunicipal como estratégia de desenvolvimento regional: estudo de caso do unipontal. *Intertemas*, São Paulo, v. 2, n.5, p. 20-100, jun. 2003.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes. Transferências orçamentárias da União para estados e municípios: determinantes e beneficiários. In: REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. (Org.). *Descentralização e Federalismo Fiscal no Brasil: desafios da Reforma Tributária*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003.

MELLO, Marcus André B.C. de. *O Município na Federação Brasileira e a Questão da Autonomia in Subsidiariedade e Fortalecimento do Poder Local*. Debates. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto. *Autoritarismo e Crise Fiscal no Brasil (1964-1984)*. São Paulo: Hucitec, 1995

REDENSCHI, Ronaldo. ISS-questões controversas submetidas à análise do Supremo Tribunal Federal. In: GOMES, Marcus Lívio; VELLOSO, Andrei Pitten. *Sistema Constitucional Tributário: dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários: estudos em homenagem ao ministro Luiz Fux*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

REZENDE, Fernando. O Financiamento das Políticas Públicas: problemas atuais. In: AFFONSO, Rui de Britto Álvares; SILVA, Pedro Luís de Barros (orgs.) *A Federação em Perspectiva: ensaios selecionados*. São Paulo: Fundap, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – Constituição Financeira, sistema tributário e estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

# REVISÃO DO PLANO DIRETOR: ALCANCES E LIMITAÇÕES PARA O DESENVOLVIMENTO URBANO SUSTENTÁVEL

Fábio Scopel Vanin<sup>1</sup>

Gerusa Colombo<sup>2</sup>

**RESUMO:** O artigo visa, a partir da abordagem do conceito de desenvolvimento sustentável urbano, definido com base nos autores Sachs, Acse-rad e Castells, a demonstrar como as ideias influenciaram as normas de direito urbanístico no Brasil. Ademais, com a apresentação da Lei Geral que trata do tema, denominada Estatuto da Cidade, demonstra como o conteúdo de suas di-retrizes vinculam todo o Direito Urbanístico produzido no país, em especial na

---

1 Fábio Scopel Vanin é advogado e professor de Graduação. Doutorando em Direito pela Unisc e mestre em Direito pela UCS. Possui pós-graduação pela FGV/RJ e Cursos de Desenvolvimento Profissional pelo Lin-coln Institute, Cambridge/EUA. Já atuou como assessor jurídico da Câmara Municipal de Vereadores de Caxias do Sul, coordenador jurídico da Secretaria Municipal do Meio Ambiente e secretário Municipal do Urbanismo de Caxias do Sul-RS. Atualmente é coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário da Serra Gaúcha.

2 Mestranda em Direito pela Universidade de Caxias do Sul, com aderência à linha de pesquisa Direito Ambiental e Novos Direitos. Membro do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental Crítico: Teoria do Direito, Teo-ria Social e Ambiente (UCS). Bolsista Capes.

formatação do instrumento denominado plano diretor. Ao final, tendo em vista que parte dos Municípios brasileiros passa por um processo de revisão dos seus planos, busca-se salientar características, alcances, virtudes e limitações do plano diretor municipal, norma que, em última análise, visa a materializar os objetivos e as diretrizes da legislação urbanística e vincular a atuação do poder público e da sociedade em nível local a essas orientações teórico-normativas. Adotou-se o método de abordagem dialético, tendo em vista que o trabalho abarca o mundo dos fenômenos por meio de sua ação recíproca, e o método procedimental estruturalista, vendo a realidade concreta do ponto de vista interno dos fenômenos.

## **1. NOTAS INTRODUTÓRIAS**

A relação do homem com utilização dos recursos naturais tem despertado o interesse, de forma cada vez mais significativa, de órgãos internacionais e governos; assim, a situação em que o planeta se encontrará nos anos futuros configura-se como uma das principais preocupações contemporâneas. Embora não seja posição teórica unânime e tendo o seu conceito permanentemente revisado, o desenvolvimento sustentável ainda se apresenta como um dos caminhos viáveis e como a matriz-base da legislação urbano-ambiental brasileira.

Nesse contexto, o equilíbrio social, econômico e ambiental é uma das diretrizes no tema da Política Urbana brasileira, que possui uma interface muito próxima com as normas de tutela do meio ambiente. Sendo o Brasil um país cada vez mais urbano, a formulação, implementação e controle de normas e políticas públicas urbanísticas se demonstra cada vez mais relevante na consecução da garantia do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A Constituição Federal de 1988 definiu os objetivos da Política Urbana e regrou que as diretrizes estariam dispostas em lei geral, passando a integrar o ordenamento jurídico no ano de 2001, com o Estatuto da Cidade. Para tanto, é necessário verificar o conteúdo dessas normas e se elas tendem a vincu-

lar todo o ordenamento jurídico do país, bem como verificar por meio de quais instrumentos serão implementadas.

Desse modo, salienta-se que um dos principais instrumentos é o plano diretor, que possui uma concepção própria, tendo que lidar com o desafio de traduzir critérios técnicos de planejamento urbano em um formato de norma jurídica, garantir mecanismos para responder com efetividade ao dinamismo socioambiental e, ao lado de outras normas, garantir a implementação dos objetivos e das diretrizes da Política Urbana, em especial o desenvolvimento sustentável urbano.

Passados mais de 15 anos da entrada em vigor do Estatuto da Cidade, o momento atual é marcado por debates que visam à revisão dos planos diretores dos Municípios. Dessa forma, o artigo se propõe a retomar alguns conceitos e reflexões para o exercício deste desafio.

## **2. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL URBANO: DESDOBRAMENTOS EM ÂMBITO LOCAL**

Conforme leciona Sachs (2002, p. 50-55), o desenvolvimento sustentável surgiu a partir de duas posições opostas sobre o futuro da humanidade, que foram debatidas durante as preparações para a Conferência de Estocolmo. Assim, uma considerava que “as preocupações com o meio ambiente eram descabidas” e impediriam o crescimento de países em desenvolvimento; já a outra apontava para o apocalipse, no caso de não haver uma estagnação no crescimento demográfico e econômico, principalmente do consumo. Desse modo, verifica-se que essas duas posições foram descartadas, emergindo uma alternativa média, que objetivava o estabelecimento de um aproveitamento racional na natureza, com vista ao desenvolvimento socioeconômico, denominado desenvolvimento sustentável, que engloba os aspectos e a harmonização de objetivos sociais, ambientais e econômicos.

O desenvolvimento sustentável indica uma utilização racional dos recursos naturais, que defina padrões qualitativos da produção e do consumo, garantindo a existência digna das atuais e futuras gerações, muito embora, na prática, esta definição acabe não se materializando, uma vez que o desenvolvimento sustentável foi interpretado de diferentes formas. O significado passou a variar a partir de concepções ou ecológicas, ou sociopolíticas ou econômicas, o que tem prejudicado o seu correto entendimento.

Consoante dispõe Acsehrad (2009, p. 43), “diversas matrizes discursivas têm sido associadas à noção de sustentabilidade”, e, entre elas, podem ser destacadas cinco: a matriz da eficiência, que pressupõe o combate ao desperdício, estendendo a eficiência econômica para relações não mercantis; a de escala, que sugere um limite quantitativo ao crescimento econômico; a da equidade, a qual “articula analiticamente os princípios de justiça e ecologia”; a matriz da autossuficiência, que aponta para a desvinculação de economias nacionais e das sociedades tradicionais no mercado global; e a da ética, a qual traz um debate de valores, evidenciando como ocorre “a interação da base material do desenvolvimento com as condições de continuidade da vida no planeta”. O elaborado estudo de Asselara (2009) demonstra a complexidade da temática, restando evidente que não existe um entendimento unânime acerca do tema, o que possibilita diversas formas de abordagem.

Para este estudo é importante destacar como o desenvolvimento sustentável é visto no âmbito do meio ambiente urbano, em que o significado do termo também pode ser abordado de diversas formas. O conceito trazido por Castells e Borja (1997, p. 95) aponta para um entendimento adequado do assunto:

El desarrollo sostenible presenta distintas dimensiones que deben ser tenidas en cuenta en el diseño de las estrategias de desarrollo urbano. El concepto “desarrollo sostenible” debe enfatizar el desarrollo como incremento de riqueza material, como aumento de la calidad de vida – de definición variable, según la cultura – y la reproducción de las condiciones sociales, materia-

les e institucionales para seguir adelante con esre desarrollo. Por tanto, la sostenibilidad no tiene una única dimenssi3n ambiental, sino que incluye una visi3n integral del desarrollo urbano.

Rech (2010, p. 48-49), seguindo a mesma linha, afirma que “o conceito de sustentabilidade ainda em constru3o 3 científcico, epistêmico e vai sendo definido ao longo das diferentes abordagens [...]”, indicando que, em nível de planejamento urbano, devem ser observadas:

A ocupa3o adequada, mediante zoneamento ambiental, zoneamentos de ocupa3o sustentável, tanto na 3rea urbana quanto rural, de atividades sustentáveis e de uma infraestrutura urbana e rural, com vias de escoamento do tr4nsito, sistema de transporte, 3reas de lazer, atividades econ3micas geradoras de emprego, distribu3o de equipamentos institucionais, como hospitais, escolas, servi3os p3blicos, etc., s3o providências m3nimas para garantir a sustentabilidade.

Neste sentido, 3 inten3o deste t3pico explorar as tr3s matrizes discursivas da sustentabilidade urbana apontadas por Acselrad (1999, p. 84-85), para ap3s indicar as caracter3sticas de um desenvolvimento sustentável em 3mbito local. Uma das matrizes indicadas pelo autor 3 a cidade como espa3o de “qualidade de vida”. Nela est3 presente o respeito 3s quest3es hist3ricas e culturais locais, aliadas a uma ideia de autossufici3ncia e de um significado para a cidade, sendo defendidas estruturas que favore3am o di3logo e a constru3o de ideias. A ocupa3o urbana nesses moldes dever3 “mesclar zonas de trabalho, moradia, lazer, reduzindo dist4ncia e ‘pedestrizando’ o local de modo a frear a mobilidade da energia, das pessoas e bens” para garantir a autossufici3ncia local, representando uma recusa ao modelo de cidade inserida no contexto global.

A outra matriz v3 a cidade como um espa3o de legitima3o das pol3ticas urbanas. Nesse quadro, a sustentabilidade tem liga3o com as “condi3o3es de reprodu3o da legitimidade das pol3ticas urbanas”, que devem ser democr3-

ticas e garantir investimentos na manutenção dos equipamentos urbanos. A insustentabilidade, nessa matriz, é “a incapacidade dos governos em adaptarem as ofertas de serviço a quantidade e a qualidade das demandas sociais”. Nessa matriz, portanto, a ocupação urbana se dá a partir das políticas urbanas formuladas, sendo que “a crise de legitimidade urbana poderá ser atribuída à incapacidade de a cidade fazer frente aos riscos tecnológicos e culturais” (ACSELRAD, 1999, p. 85-86).

A terceira matriz, apresentada por Ascelrad (1999, p. 86-87) é a representação tecnomaterial, em que a cidade é observada a partir de dois modelos: o “metabolismo urbano” e a “racionalidade energética”. O metabolismo urbano consiste na observância das cidades como “modelos interativos de circulação”, sendo que a sustentabilidade deriva da capacidade adaptativa dos ecossistemas urbanos, e a insustentabilidade, da incapacidade de as estruturas urbanas manterem-se “diante de rupturas nas condições materiais requeridas”. A racionalidade ecoenergética é o modelo em que a cidade é vista como um sistema termodinâmico aberto, “um vetor de consumo de espaço, energia e matérias-primas e um vetor de produção de rejeitos”. Nesse aspecto, a sustentabilidade urbana residiria em que “uma mesma oferta de serviços minimiza o consumo de energia fóssil e de outros materiais, explorando o máximo os fluxos locais e satisfazendo o critério de conservação de estoque e de redução do volume de rejeitos” (ACSELRAD, 1999, p. 86-87).

A questão da ocupação do solo pode ser bem observada a partir da racionalidade ecoenergética: seria sustentável a ocupação urbana que observasse a correta “distribuição locacional das populações e atividades no espaço urbano”. A insustentabilidade decorreria, assim, das “crescentes assimetrias entre a localização espacial dos recursos da população, das pressões excessivas sobre o meio físico circundante e sobre os sistemas ecológicos regionais”. Desse modo, seria sustentável a cidade a partir da “redistribuição espacial da pressão técnica da população e atividades sobre a base de recursos ambientais urbanos”, con-

centrando as ações na descentralização, por meio da distribuição dos serviços em diferentes regiões do aglomerado urbano (ACSELRAD, 1999, p. 82-83).

Ao pensar a solução do problema da sustentabilidade a partir da ideia de planejamento, a matriz que melhor ilustra uma possível solução é aquela que observa as cidades a partir da representação tecnomaterial, no modelo da “racionalidade ecoenergética”. Todavia, as duas outras matrizes devem ser observadas de forma conjunta (COMPANS, 2009, p. 141).

Não existe intenção de optar-se por uma delas, e sim de destacar as competências e guardar atenção especial com suas limitações para um melhor aproveitamento dos modelos, sob pena de não se apontar conclusões plausíveis na análise proposta. É o que fundamenta Acselrad (1999, p. 87):

Associar a noção de sustentabilidade à ideia de que existe uma única forma social durável de apropriação e uso do meio ambiente dada pela própria natureza das formações biofísicas significa ignorar a diversidade de formas sociais de duração dos elementos da base material do desenvolvimento.

A construção dos preceitos não é tarefa fácil, visto que a complexidade do tema faz com que se tenha especial cuidado ao desenvolver tal pretensão. A ideia é pensar a cidade que queremos no futuro, no sentido de que “é sustentável hoje aquele conjunto de práticas portadoras de sustentabilidade no futuro”. De acordo com Acselrad (1999, p. 81), “como a comparação passado-presente, no horizonte do atual modelo de desenvolvimento, é expressiva do que se pretende insustentável”, devemos partir para uma comparação do que temos hoje e o que queremos para o futuro. Pensar o futuro é planejar – a falta de planejamento foi o que colocou a ocupação urbana na situação de risco –, e sua correta utilização pode vir a garantir um presente e um futuro sustentável para as cidades.

Um dos preceitos de um desenvolvimento sustentável urbano é primar por um planejamento urbano construído de forma transdisciplinar e epistê-

mica (SACHS, 2002, p. 30-31). Dessa forma, é fundamental que haja o diálogo entre juristas, urbanistas, sociólogos, políticos, gestores públicos e a sociedade: “o futuro das cidades dependerá em grande parte dos conceitos constituintes do projeto de futuro construído pelos agentes relevantes na produção do espaço urbano” (ACSELRAD, 1999, p. 81).

O segundo preceito a ser considerado é a observação do território do Município como um todo. O plano diretor é considerado pelo Estatuto da Cidade o instrumento básico de desenvolvimento e expansão urbano e deverá englobar o território do Município como um todo, sendo necessário, desde já, que o planejamento da ocupação direcionado nesta norma observe a área urbana e rural do Município.

O terceiro preceito a ser apontado consiste em ações que enfrentem a problemática da cidade ilegal, por meio de um zoneamento que indique as potencialidades de cada área, apontando as áreas ocupadas de forma irregular e indicando com critérios técnicos quais serão desocupadas e quais serão revitalizadas.

O quarto preceito apontado diz respeito às normas, que no contexto das políticas públicas visam a vincular o administrador, sendo indispensável que os índices apontados na legislação urbanística tenham critério científico e sejam uma construção da própria cidade.

O quinto preceito sugerido aponta para a necessidade de gestão democrática da cidade, que deve se efetivar e legitimar a participação da população, como no processo legislativo de construção do plano diretor, em que na fase da discussão está prevista a realização de audiência pública.

O sexto preceito faz referência à necessidade do governo local de construir um efetivo planejamento urbano, no qual o plano diretor guarde relação com as demais normas locais e com sua aplicação fiscalizada, sob pena de não se implementarem as suas formulações.

O sétimo preceito trata a questão urbano-ambiental como uma ação transversal do poder público e trata do investimento em educação ambiental, no patrimônio cultural, em áreas verdes, praças, em um sistema de trânsito e

mobilidade urbana inovador, políticas habitacionais, aliados a uma economia que fomente uma existência digna, seja de forma autossuficiente ou inserindo a cidade no contexto global.

Ao recorrer aos ensinamentos de Sachs (2002, p. 41), se aprende que indicar um caminho na busca da sustentabilidade é um “desafio grande, porém possível” e ele “atravessa muitos campos do conhecimento”. Assim, um dos caminhos na garantia de um desenvolvimento urbano sustentável pode ser traçado com a observação dos preceitos indicados, que asseguram o efetivo direito a cidade (ROCHA, 1999, p. 36).

Observados nesses apontamentos teóricos como um norte, passa-se a estudar de que forma esses instrumentos jurídicos de planejamento de ocupação urbana, como o Estatuto da Cidade e o plano diretor, buscaram garantir que no Brasil estão estabelecidas essas regras e, em especial, se elas se adéquam ou não a esta ideia de desenvolvimento sustentável urbano.

### **3. O DIREITO ADMINISTRATIVO URBANÍSTICO BRASILEIRO E O ESTATUTO DA CIDADE**

Com a abordagem feita buscou-se desenvolver um apanhado teórico sobre o que se entende por desenvolvimento sustentável urbano. Entretanto, se tratando de um trabalho que propõe a apresentar as características e a aplicabilidade de normas jurídicas, torna-se indispensável que os preceitos indicados ao final do primeiro tópico sejam relacionados às normas jurídicas vigentes.

Desse modo, os fundamentos jurídicos que sustentam uma ideia de desenvolvimento urbano sustentável serão apontados a partir da verificação dos objetivos e diretrizes da Política Urbana. Essas regras fazem parte do ramo do Direito denominado “Direito Urbanístico”, que consiste no “conjunto de normas que têm por objeto organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade” (SILVA, 2010, p. 49).

No que tange à competência dos Municípios, a Constituição Federal de 1988 estabelece, no seu art. 24, inc. I, que “compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico”. Porém, na visão de Rech e Rech (2010, p. 59), a redação é “de forma equivocada e persistindo na cultura centralizadora da produção de direito”, pois, “na verdade, quem deveria ter competência concorrente são os municípios, buscando adequar o Estatuto da Cidade de forma plena às situações locais de cada cidade” e, em razão disso, que se pretende investir contra a concepção do “federalismo, como fundamento para a autonomia plena das cidades, dentro dos limites necessários para que possa efetivamente estabelecer normas de construção de um projeto de cidade efetivo, legítimo e eficaz”. Por isso é entendido que aos Municípios compete complementar a legislação federal e estadual no que couber e especialmente legislar sobre assuntos de interesse local, segundo o art. 30 da Constituição Federal.

A Constituição Federal é quem “encarta as decisões políticas da sociedade” (CICHI, 2007, p. 113), e o objetivo da Política Urbana no Brasil, que consta no art. 182, *caput*<sup>3</sup>, 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 (PINTO, 2005, p. 117-128).

Conforme Rocha (1999, p. 136) a efetivação da função social da cidade será cumprida quando o direito à cidade puder ser exercido em sua plenitude: “isto inclui o direito à vida com dignidade, a moradia, a alimentação, a saúde, a segurança, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”; assim, observado este preceito, estaria garantido o bem-estar dos habitantes. Com igual entendi-

---

3 “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.” (BRASIL, 1988).

mento, Cammarosano (2006, p. 22) 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, pre-  
vendo mecanismos de promoção do adequado aproveitamento do solo urbano.

Conforme Rech e Rech (2010, p. 40), a função social da propriedade deve reger normas urbanísticas, sendo que “a sustentabilidade urbanística é o princípio norteador do que efetivamente deve ser a função social da propriedade, mas que ainda é tratada apenas no aspecto do direito imobiliário”, carecendo o ordenamento de normas urbanísticas, por isso “a propriedade ainda tem um caráter absoluto em nossos municípios”.

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 11.257/2001, o Estatuto da Cidade<sup>4</sup>.

No total, o Estatuto da Cidade<sup>5</sup> prevê dezesseis diretrizes, que devem ser compreendidas como um caminho a ser percorrido, para que sejam atingidos os objetivos da Política Urbana. Entre elas, podem ser citadas aque-

---

4 VICHÍ, Bruno de Souza. Política Urbana: Sentido Jurídico, Competências e Responsabilidades. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 119.

5 “Art. 2o A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico.” (BRASIL, 2001).

las dispostas no art. 2º, nos incs. I, IV e XII, e que darão respaldo a garantia de um Município ambientalmente sustentável, por meio dos instrumentos jurídicos de planejamento. Tais diretrizes garantem o direito a cidades sustentáveis, a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, e que o planejamento do desenvolvimento das cidades deve ocorrer de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano, bem como os seus efeitos negativos sobre o meio ambiente.

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. Para 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 cidade (VICHI, 2007, p. 122).

Visto haver respaldo jurídico ao desenvolvimento sustentável urbano, é necessário destacar que Estatuto da Cidade, no seu art. 4º, inc. III<sup>6</sup>, prevê inúmeros instrumentos que serão utilizados para que ele seja garantido: o plano diretor, a disciplina do parcelamento do uso e da ocupação do solo; o zoneamento ambiental; o plano plurianual; as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual; os planos, programas e projetos setoriais; e os planos de desenvolvimento econômico e social. Cabe destacar que outros instrumentos e outras normas municipais, como Código de Obras, Código de Posturas e Política Municipal do Meio Ambiente, também são fundamentais na consecução dos objetivos normativos. Neste artigo, o foco é trabalhar o principal desses instrumentos: o plano diretor.

---

6 “Art. 4o Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões; III – planejamento municipal, em especial: a) plano diretor; b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; c) zoneamento ambiental; d) plano plurianual; e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual; f) gestão orçamentária participativa; g) planos, programas e projetos setoriais; h) planos de desenvolvimento econômico e social.” (BRASIL, 2001).

Antes de adentrar nas regras do plano diretor, cabe descrever outras questões relacionadas ao Estatuto da Cidade. Desse modo, Moreira (2002, p. 43) leciona que, ao tratar da história que deu origem ao Estatuto da Cidade, a norma “contempla vários pleitos que partiram de todos os segmentos da sociedade”, sendo que o resultado apresentado na redação final do regramento é fruto de “intensas discussões e debates que ocorreram tanto nos meios acadêmicos como junto à população, resultando na adoção de princípios e diretrizes para o planejamento urbano”, mas a tarefa de “tornar realidade os postulados inscritos no Estatuto da Cidade” caberá à ação dos Municípios.

Em que pese as 16 diretrizes estipuladas no Estatuto da Cidade, este trabalho tem foco especial em três delas, que são aquelas contidas no art. 2º, incs. I, IV e XII. Dessa forma, a dúvida que se apresenta é: as diretrizes do Estatuto da Cidade servem como opções para que o Município, no exercício de sua autonomia, opte por algumas, podendo deixar de lado a observância de outras? Ou se tais orientações são vinculantes, permitindo apenas que, em nível local, haja uma definição prioritária por alguma, mas que isso não exclui, em nenhuma hipótese, a necessidade de observância das demais.

Antes de adentrar no esclarecimento da controvérsia, cabe destacar o entendimento de Amadei (2006, p. 36) acerca da interpretação das diretrizes e sua relação com o desenvolvimento sustentável urbano. Ao definir “uma síntese principiológica do Estatuto da Cidade”, o autor dispõe, como uma das diretrizes orientadoras, o princípio da sustentabilidade, também denominado “princípio de ordenação e desenvolvimento sustentável, quer para a atual geração, quer para a geração futura”. Essa classificação, feita com base em algumas das diretrizes do Estatuto da Cidade, acaba por fundamentar a ideia de desenvolvimento sustentável urbano, garantido por meio de instrumentos jurídicos de planejamento.

Dessa forma, “pelo referido princípio, que se acolhe do art. 2º, I, do Estatuto da Cidade”, fica definida “a necessidade de operações urbanísticas com viabilidade da vida presente, afastando-se, assim, o urbanismo utópico e idealizado (que sufoca a possibilidade da vida sadia no presente)” e, da mesma

forma, “a necessidade de sustentabilidade da vida futura, o que afasta o urbanismo de improviso, indiferente ou permissivo”. Na visão do autor, com base no princípio sugerido, “a atuação urbanística deve sempre estar em atenção para a conformidade com a realidade” e ao “respeito ao meio ambiente” (AMADEI, 2006, p. 36-37).

Quanto à vinculação, Rech (2010, p. 45) dispõe que diretrizes são normas que têm como implicação “políticas públicas a serem adotadas” e que aquelas previstas no Estatuto da Cidade “não podem deixar de ser observadas no Plano Diretor”. Em posição semelhante, Saule Junior (2002, p. 84-85) destaca que a possibilidade do uso de instrumentos pelos Municípios, “contrariando as diretrizes gerais da política urbana poderá ser questionada até por via judicial”, podendo ser considerada uma “lesão à ordem urbanística”. Respondendo ao questionamento feito no início deste tópico, Saule dispõe que “cabe aos Municípios aplicarem as diretrizes de acordo com as suas especificidades e realidade local”. No entender de Sunfeld (2002, p. 54-55), “ao assentar suas diretrizes gerais, o Estatuto expressa a convicção de que, nas cidades, o equilíbrio é possível – e, por isso, necessário”:

Deve-se buscar o equilíbrio das várias funções entre si (moradia, trabalho, lazer e circulação), bem como entre a realização do presente e a preservação do futuro (art. 2º, I); entre o estatal e não estatal (incisos III e XVI); entre o rural e o urbano (inciso VII); entre a oferta de bens e a necessidade dos habitantes (inciso V); entre o emprego do solo e a infraestrutura existente (inciso VI); entre os interesses do Município e dos territórios sob sua influência (incisos IV e VIII).

Ainda, afirma Sunfeld (2002, p. 54-55) que “o crescimento não é um objetivo, o equilíbrio sim, por isso, o crescimento deverá respeitar os limites da sustentabilidade”. Dessa forma, resta claro que as diretrizes da Política Urbana são vinculantes e que o objetivo é um equilíbrio, que deve promover um

desenvolvimento urbano sustentável, “seja relacionado aos padrões de produção e consumo, seja quanto a expansão urbana”. Assim, “toda a ação individual potencialmente desequilibradora deve ser previamente comunicada, estudada, debatida e, a seguir, compensada” (SUNFELD, 2002, p. 54-55).

Com a exposição das posições doutrinárias sobre o tema, verifica-se, resumidamente, que as diretrizes vinculam o plano diretor e os demais instrumentos jurídicos de planejamento urbano, devendo ser aplicadas pelos Municípios de acordo com as suas características específicas. Reforçando esse entendimento, são esclarecedoras as palavras de Leal (2010, p. 136), que considera as diretrizes verdadeiras “opções políticas fundamentais”, que vinculam todas as demais normas de direito sobre o tema:

Quero destacar, na verdade, a ideia de que as diretrizes que expõe o Estatuto da Cidade expressam verdadeiras opções políticas fundamentais do legislador e da comunidade nacional no campo da gestão do espaço urbano brasileiro, configurando, assim, uma eleição de valores éticos e sociais como fundantes, por sua vez, de uma ideia de Estado e de Sociedade (Democráticos de Direito). Por tais motivos, essas diretrizes não expressam somente uma natureza jurídica normativa, mas também política, ideológica e social, como, de resto, o Direito e as demais normas de qualquer sistema jurídico.

O autor acrescenta que as diretrizes gerais dispostas no Estatuto da Cidade “impõem à propriedade urbana no país um uso restrito – porque não absoluto” e obrigatoriamente “deverão ser observados os parâmetros de ocupação do espaço urbano dados, tanto pelo Estatuto da Cidade como pela legislação federal, estadual e municipal consectárias”, especialmente quanto às questões ambientais; edificações; aquelas postas pelo plano diretor ou zoneamento espacial; as referidas no parcelamento do solo; entre outras (LEAL, 2010, p. 136-137).

Dessa forma, a formulação e a implementação do Plano Diretor devem observar as diretrizes e objetivar um desenvolvimento urbano sustentável,

não sendo uma opção de cada Ente local, mas uma definição política, ideológica e social positivada, que vincula toda criação normativa urbanística a ser criada no Brasil.

É responsabilidade dos governos locais atuarem com base nessa orientação, exigindo-se, como Entes responsável pela execução da Política Urbana, uma ação promotora, com a formulação e a implementação de políticas públicas que garantam um Município ambientalmente sustentável, em especial na confecção do plano diretor.

#### **4. PLANO DIRETOR COMO INSTRUMENTO LOCAL NA GARANTIA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL URBANO**

O plano diretor é definido como “o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” e, justamente por ser considerado “o mais importante instrumento de planificação urbana previsto no Direito Brasileiro” (CÂMARA, 2002, p. 311), 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 a qualidade de vida, justiça social e desenvolvimento das atividades econômicas.

É denominado *plano*, pois “estabelece os objetivos a serem atingidos, o prazo em que devem ser alcançados (ainda que, sendo plano geral, não precise fixar prazo, no que tange às diretrizes básicas), as atividades a serem executadas e quem deve executá-la”. Ainda, é intitulado *diretor*, “porque fixa as diretrizes do desenvolvimento urbano do Município” (SILVA, 2012, p. 139). Contudo tal nomenclatura não é a única utilizada nos Municípios brasileiros, o que ocasiona “uma proliferação de ruídos de comunicação, impedindo a construção, até mesmo, de uma linguagem científica possível de compartilhamento com segurança” (ALCHIO, 2007, p. 181).

O processo do plano diretor ocorre por meio de lei, mediante a participação da população, pois a gestão democrática é “diretriz para a implementação de políticas urbanas e, conseqüentemente, para elaboração do Plano Diretor” (VICHI, 2007, p. 181), o que assegura o art. 2º, inc. II, do Estatuto da Cidade: “por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano”. Inclusive, a realização de audiência pelo poder público com participação da população interessada também é diretriz do Estatuto da Cidade, “nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população”.<sup>7</sup>

Os poderes Legislativo e Executivo municipais, no processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, garantirão “a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade”, bem como a publicidade e o acesso de qualquer interessado “quanto aos documentos e informações produzidos”, segundo preconiza o Estatuto da Cidade.<sup>8</sup>

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 (2010, p. 87-89), entendendo que “não se pode continuar acreditando cegamente na

---

7 “Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; (...) XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população” (BRASIL, 2001).

8 “Art. 40 § 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.” (BRASIL, 2001).

ilusão de que o planejamento pelo planejamento seja a solução”. Assim, pois, existem “planejadores que esquecem que o sucesso de um planejamento não depende apenas do que é feito, mas como é feito”, argumentando ainda que o plano, em especial no Brasil, “não é mais Diretor” e “acaba assumindo a definição por completo do que se pode esperar da cidade”. Logo, “a lei tem ficado demasiadamente inchada, superlativa, minudente, exauriente, enfim, sufocadora, autoritária, fascista”. Em outras palavras, o próprio autor indaga: “Planejar é bom; porém, qual a extensão desse plano para que a ordenação não se transforme em um grilhão da comunidade?”. Nesse sentido, o planejamento deixa de existir, dando espaço a um ato de “controle da cidade, travestido de plano” (ALCHIO, 2010, p. 87-89):

Não estamos diante de um objetivo a ser alcançado e das diretrizes para tal fim. Já se quer, através do plano, o engessamento das possibilidades de erro. Com isso, obtém-se tão somente a vedação do diferente. Mesmo o diferente que possa vir a ser melhor. Ou, coisa pior, o discurso do plano, se transforma veladamente em algo suficiente em si, ficando extremada a visão estática de nossas leis-plano. Nossas lei-plano, no Direito Urbanístico, padecem de uma nobreza franciscana, a despeito de seu inchaço. Particularmente deixam de dar atenção àquele que é o principal princípio para qual os doutrinadores do Direito do Urbanismo se têm voltado nos últimos tempos. Referimo-nos ao Princípio da Mobilidade ou Mutabilidade das normas de planos urbanísticos. Raramente os PDUs se ocupam com a mutação normativa, que é inerente ao Direito Urbanístico.

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 problema (ALCHIO, 2010, p. 91).

Assim, Alochio (2010, p 126) 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”.

Essa “mobilidade das normas urbanísticas” se faz necessária, para Miranda (2002), pois os problemas de ocupação urbana “evoluem com o tempo, e a forma de os resolver tem de acompanhar esse dinamismo”. 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” (MIRANDA, 2002, p. 14).

O Estatuto da Cidade prevê uma revisão periódica do plano diretor, a cada dez anos. Segundo Alochio (2010, p. 133) “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 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 a adoção de uma nova moldura de planejamento”.

Dessa forma, verifica-se 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 responda aos anseios sociais e econômicos, que permanecem em constante mutação e que para tais mudanças culminem nos objetivos propostos pelo Estado.

Para isso, são necessárias respostas rápidas e convincentes dos mecanismos legais em relação a essa realidade.

Entre outras exigências, como a necessidade de englobar o território como um todo e a participação popular por meio de audiências públicas durante o processo legislativo de criação, o Estatuto da Cidade prevê uma obrigatoriedade na elaboração do plano em alguns casos, como em Municípios acima de 20 mil habitantes. Tal opção é preocupante a partir da constatação de que a grande maioria dos Municípios brasileiros não tem essa população e encontram-se desobrigados de instituir o plano diretor. A verdade é que, se o instrumento foi criado como um marco nacional acerca do planejamento urbano, não atingirá esse objetivo.

Explica Silva (2008, p. 257-258) que até 1º de julho daquele ano dados do IBGE indicavam a existência de 5.564 Municípios registrados, dos quais 3.970 Municípios (aproximadamente 71%) tinham até 20 mil habitantes, não estando obrigados a instituir o plano diretor. Tal situação representa um grave risco, pois, como está sendo demonstrado, o planejamento é que garante um Município ambientalmente sustentável e os impactos ambientais urbanos têm sua origem, entre outros aspectos, na sua ausência. O Estatuto da Cidade deveria expressamente definir ao menos um plano mais simplificado para esses Municípios, evitando que no futuro eles sofram os mesmos problemas, em especial os ambientais, dos grandes aglomerados urbanos.

Ademais, é obrigatória a formulação do plano diretor nos casos de Municípios integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; em que houver interesse ou necessidade de desapropriação pelo descumprimento da função social da propriedade, construção ou parcelamento compulsório ou cobrança de IPTU progressivo; e naqueles integrantes de áreas especiais de turismo ou inseridos em áreas de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental.

Além disso, há também a previsão do conteúdo mínimo a ser dado ao plano diretor, que consiste na delimitação das áreas urbanas, direito de preemp-

ção, outorga onerosa do direito de construir, operações urbanas consorciadas e da transferência do direito de construir, além de indicar um sistema de acompanhamento e controle.

Segundo Pinto (2005, p. 257-258), um aspecto fundamental a ser destacado para a compreensão do plano “no sistema de planejamento urbano é o que ele se constitui em pré-requisito para a realização de obras públicas e para o parcelamento do solo urbano”. Nesse sentido, “o Plano não deve se limitar a fixar diretrizes gerais, a serem posteriormente traduzidas em leis urbanísticas, mas deve estabelecer concretamente a ordenação do território urbano” e reunir de forma exclusiva “os elementos necessários para defini-la”.

De tal forma, o plano diretor deve abarcar as regras de planejamento que irão estabelecer de que forma irá ocorrer parcelamento do solo e orientará onde serão realizadas as obras públicas e como se dará a ocupação do território urbano. Assim, definido o plano diretor, as demais normas de planejamento da ocupação estarão vinculadas às regras nele formuladas e eventuais diretrizes políticas programáticas de governantes servirão apenas para sustentar a definição das prioridades (RECH; RECH, 2010, p. 87).

Contudo, apesar de o plano diretor ser o principal instrumento, “não se pode permitir que um otimismo exacerbado em relação ao instituto acabe por ocultar alguns problemas inerentes à aplicação”, nem tampouco vê-lo “como a solução de todos os problemas das cidades contemporâneas” (VANIN, 2015, p. 103). Na visão de Lúcia Leitão (2006, p. 219-239) três pontos são relevantes para a tornar um plano diretor ineficaz, ou seja, que não produz o efeito desejado:

- (i) uma *imprecisão conceitual*, explicitada na *excessiva abrangência* no que se refere aos problemas que se pretendem solucionar com o instrumento; (ii) o desconhecimento, ou a *negação*, da *diversidade dos municípios* brasileiros, evidenciada no caráter de obrigatoriedade do plano; (iii) a minimização da importância das *características e vícios culturais* presentes na gestão da coisa pública brasileira.

Além do plano diretor, os governos locais necessitam de outros instrumentos para que os objetivos da política urbana sejam alcançados e as diretrizes sejam observadas, garantindo um Município ambientalmente sustentável. Essa constatação se dá pois o plano, isoladamente, de nada valerá se outros instrumentos jurídicos municipais não estiverem de acordo com suas regras, entre os quais estão o Código de Obras, o Código de Posturas e a Política Municipal do Meio Ambiente e outras normas que impactem o desenvolvimento urbano.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O desenvolvimento sustentável urbano, observada a base teórica estudada, pode ser traduzido em preceitos que observem um planejamento urbano construído de forma transdisciplinar e epistêmica, em que todo o território do Município é considerado, inclusive a cidade desenvolvida na informalidade, que vincule o administrador local e preveja a gestão democrática da cidade, relacionando o plano diretor com os demais instrumentos e normas locais, tendo a questão urbano-ambiental como uma ação transversal do poder público.

Confrontando-se a ideia dos preceitos com as normas de direito, em especial os objetivos e as diretrizes da Política Urbana no Brasil, verifica-se que a perspectiva de desenvolvimento sustentável urbano está traduzida na legislação, em especial no art. 2º, incs. I, IV e XII, do Estatuto da Cidade e que há vinculação na observância das diretrizes, ou seja, não se trata de uma discricionariedade dos Municípios a observância de uma diretriz em detrimento de outra.

Para a consecução dos objetivos, assim como a observação e a implementação das diretrizes da política urbana, em especial e neste caso aquelas que garantam o desenvolvimento sustentável urbano, estão previstos instrumentos, entre os quais o principal é o plano diretor, um plano-lei, que deve ser observado e construído com cautela, pois precisa compatibilizar o planejamento urbano com o dinamismo socioeconômico e garantir a sustentabilidade ambiental.

Assim, o plano diretor, que é indispensável para que se defina em âmbito local o significado de função social da propriedade, obrigatório naqueles Municípios em áreas de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental, tendo no rol do seu conteúdo mínimo a indicação um sistema de acompanhamento e controle, não é norma isolada e necessita, para que haja efetividade, estar em consonância com as demais normas e instrumentos, para a garantia do desenvolvimento sustentável urbano.

## REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. Discursos da Sustentabilidade urbana. *Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais*, Anup, a. I, n. 1, p. 79-90, maio 1999.

\_\_\_\_\_. Sentidos da Sustentabilidade Urbana. In: ACSELRAD, Henri. *A Duração das Cidades: sustentabilidade e risco das políticas urbanas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2009. p. 43-70.

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Plano Diretor e Estatuto da Cidade: Medidas Cautelares e Moratórias Urbanísticas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

AMADEI, Vicente de Abreu. *Urbanismo Realista*. Campinas: Millenium, 2006.

BORJA, Jordi; CASTELLS, Manuel. *Local y global: la gestión de las ciudades en la era de la información*. Madri: Taurus, Habitat, 1997.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 7 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei 11.257, de 10 de julho de 2001. Estatuto da Cidade*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LEIS_2001/L10257.htm). Acesso em: 7 nov. 2018.

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.

COMPANS, Rose. Cidades Sustentáveis, Cidades Globais: Antagonismo ou Complementariedade? p. 121-154. In: ACSELRAD, Henri (Org.). *A Duração das Cidades: sustentabilidade e risco das políticas urbanas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: Enfam, 2010.

LEITÃO, Lúcia. Remendo novo em pano velho: breves considerações sobre os limites dos planos diretores. p. 219-329. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. (coordenadores e co-autores). *Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

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

MOREIRA, Mariana. A História do Estatuto da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio (Org.). *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei 10.257/01*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 27-43.

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

RECH, Adir Ubaldó; RECH, Adivandro. *Direito Urbanístico: fundamentos para a construção de um Plano Diretor sustentável na área urbana e rural*. Caxias do Sul: Educs, 2010.

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

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

\_\_\_\_\_. Estratégias de transição para o século XXI. In: BURSZTYN, Marcel. *Para pensar o desenvolvimento sustentável*. Ed. Brasiliense. São Paulo, 1994. .

SAULE JUNIOR, Nelson. Estatuto da Cidade e o Plano Diretor: Possibilidades de uma Nova Ordem Legal e Urbana Justa e Democrática. In: OSORIO, Leticia Marques (org.). *Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002.

SILVA, Carlos Henrique Dantas da. *Plano Diretor: Teoria e Prática*. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SUNFELD, Carlos Ari. O Estatuto da cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio (Org.). *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei 10.257/01*. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

# O PLANEJAMENTO URBANO MUNICIPAL PELO PODER LOCAL PARA A TRANSFORMAÇÃO DOS TERRITÓRIOS EM CIDADES INTELIGENTES

Jamile Brunie Biehl<sup>1</sup>

**RESUMO:** A Constituição Federal de 1988 da República Federativa do Brasil, em seus dispositivos, dotou de autonomia os Municípios para que estes conduzissem práticas locais de planejamento de desenvolvimento socioeconômico e ordenação de uso do solo, visando à sadia qualidade de vida da população e ao desenvolvimento sustentável do local. Nesse sentido, ao ser analisada a estrutura federativa brasileira e observando a abertura legislativa para a participação democrática deliberativa nos atos de gestão pública, é possível que se estabeleça, por intermédio de políticas públicas locais, uma relação entre a legitimação do poder local e a participação popular na utilização dos ins-

---

1 Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul – UCS. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera LFG. Pós-graduada em Direito Ambiental pelo Grupo Educacional Verbo Jurídico. Advogada. E-mail: jamilebiehl@gmail.com.

trumentos de planejamento urbano dentro dos Municípios para a consolidação da categoria conceitual de cidades inteligentes, conceito este que vem ganhando espaço e incentivos para sua promoção dentro dos territórios municipais.

## **1. NOTAS INTRODUTÓRIAS**

As disposições constitucionais e infraconstitucionais de planejamento urbano se mostram efetivas na medida em que são acompanhadas de políticas públicas locais que viabilizam a participação social nos processos deliberativos, gerando o empoderamento social e o conseqüente sentimento de pertencimento à comunidade, potencializando a descentralização, notadamente no que diz respeito à criação de políticas públicas próprias municipais voltadas à efetivação de cidades inteligentes.

Tal favorecimento do comunitarismo viabiliza a participação da sociedade civil nos processos deliberativos locais, o que promove a cidadania, representando medida própria de inclusão social, em que a população se relaciona em/por seu pertencimento ao Município, bem como ao Estado de Direito. Na comunidade civil, as decisões tomadas em conjunto se traduzem em direitos e deveres para ambos os envolvidos e permitem aos cidadãos intervirem nas decisões políticas e sociais do país, em nível local, perante os quais a reciprocidade e cooperação são determinantes para o desenvolvimento sustentável.

Para a ocorrência desse arranjo participativo, é necessária a prática da política deliberativa entre os sujeitos de direito, devendo os gestores públicos locais desenvolver métodos e condições de debates e discussão, utilizando-se, principalmente, os atores-chaves locais, quais sejam: a sociedade civil, o setor privado e os gestores públicos. Tal procedimento gera a construção da informação público-privada de forma autêntica e depurada.

Portanto, nesse panorama, ao poder administrativo resta ser direcionado a determinadas demandas sociais mais importantes, impulsionadas pela participação social, sendo imprescindível que, dentro dos Municípios, o maior

número possível de pessoas se integre em associações democráticas, com diferentes finalidades, para aprimorar a cultura participativa, que representa meio de acesso à convivência democrática, em todos os processos públicos possíveis.

## **2. A CATEGORIA CONCEITUAL DE CIDADES INTELIGENTES – *SMART CITIES* – E O EMPODERAMENTO LOCAL: A CONFIRMAÇÃO DAS CIDADES SENSÍVEIS COMO FORMA DE RECONHECIMENTO DO PODER SOCIAL MUNICIPAL**

Ao se tratar da categoria conceitual de *smart cities*, ou cidades inteligentes, tal definição faz referência principalmente à promoção de cidades humanas, acolhedoras e democráticas, que identifiquem as necessidades mais básicas dos cidadãos e promovam a interação da sociedade civil com o governo, e que por tais estreitamentos ocorram melhoria na qualidade de resposta das políticas públicas locais à população (ROLNIK, 2018, s/p).

As cidades devem ser vistas como um organismo complexo, em que tal sistema é um processo que acompanha o desenvolvimento sociocultural do povo. Nesse cenário, o urbanismo é uma ferramenta, e não a solução para a ordenação dos territórios.

Em verdade, ser sustentável é uma forma de conviver, sendo que a categoria conceitual de *smart city* está mais intimamente relacionada à ideia de desenvolver-se de forma inteligente, representando um local/território que conscientemente optou por transformar-se de forma coletiva com projetos inovadores que colocam a tecnologia à serviço do conforto e da sustentabilidade.

Uma das principais premissas a ser pensada quando se busca o desenvolvimento das *smart cities* é a de aumentar a qualidade de vida dos cidadãos, sem perder de vista o desenvolvimento sustentável do Município, almejando-se primordialmente transformar as cidades em espaços mais eficientes e com a “cara” dos seus habitantes, mantendo a harmonia entre a responsabilidade social, a sustentabilidade econômica e uma gestão ambiental responsável.

No processo de transformação de *smart cities* fomenta-se o reconhecimento de que aos cidadãos, por portar um *ethos* urbano e pertencer a um Município, sempre implicou formas socioculturais renovadas ao longo do tempo, perante o qual o urbano é a obra máxima do homem, obra esta que ele não cessa de reconstruir, pelo pensamento e pela ação, criando outras tantas cidades, no pensamento e na ação, ao longo dos séculos.

O Município sempre foi o local onde as coisas acontecem, sendo historicamente o território onde se realizam todos os processos de todas as fases da vida dos cidadãos. Permitir o desenvolvimento desse espaço acolhedor e privilegiado de transformação econômico-social, mediante a promoção de campos de pesquisa e discussão interdisciplinar, constitui forma de empoderamento social local da sociedade civil e meio eficaz de controle social e planejamento urbano – que devem se dar sempre *in loco* para atingir categoriais maiores e globais de proteção.

Cada realidade municipal enseja diferentes planos de ação a serem tomados para remediar as desigualdades e os problemas nela existentes, tão peculiares e culturais. Portanto, é nesse ponto que o agir mundialmente pouco se mostra eficiente se a realidade local não for considerada com suas exigências mais características, ainda que se reconheça o atual caráter da globalização. De acordo com as considerações de Costa e Reis (2010), pode-se apontar:

O espaço local apresenta-se como ideal, pois a proximidade dos cidadãos com os centros decisórios é maior. Além do mais, há um comprometimento maior dos cidadãos, porque é no espaço local que ele vive, trabalha, se diverte, convive com os demais, enfim, é onde ele vivencia os seus direitos e os seus deveres enquanto cidadão (COSTA; REIS, 2010, p. 104).

Nesse cenário, destaca-se o princípio da subsidiariedade, ao partir da lógica de uma atuação primária que deve ser realizada nas comunidades de menor dimensão, emergindo dos indivíduos o poder local e de planejamento

urbano com vistas a um desenvolvimento sustentável para somente sob uma perspectiva subsidiária invocar a atuação do poder público estatal, o que gera elementos de empoderamento e soberania do indivíduo. Assim, aproxima-se o diálogo e as decisões dos cidadãos às diretrizes públicas, fomenta-se sua participação política e propicia-se o estabelecimento de diálogos pluralistas em nível municipal (HERMANY; GIACOBBO, 2017, p. 60).

Tal valorização da cidadania local fortalece o papel das comunidades menores e dos cidadãos e assegura um locus delimitado para atuação estatal, porquanto só irá agir se a comunidade não puder, por medidas próprias, deliberar e decidir sobre os assuntos públicos – o que atende aos princípios do interesse público, propicia o envolvimento dos cidadãos em diferentes níveis e reforça a ideia de democracia participativa.

Nesse processo, há um reconhecimento de valores e clarificações de conceitos, objetivando o desenvolvimento das habilidades da própria população, modificando as atitudes da comunidade em relação ao meio, que gradualmente passa a entender e apreciar as inter-relações entre os seres humanos, suas culturas, seus meios biofísicos e as cidades – por eles próprios – construídas.

Desse modo, no processo de desenvolvimento sustentável com vistas à minimização dos impactos socioeconômicos de diferentes regiões e conscientização sistemática e gradativa da população, o planejamento se faz imprescindível – o que se dá por meio da aplicação da lei municipal com a participação pública. A inexistência de planejamento para a implementação de políticas públicas ocasiona a falta de efetividade do plano diretor, em nível municipal, bem como a falta de criação de espaços próprios para os cidadãos participarem das decisões e prerrogativas dos Entes públicos gera o distanciamento das decisões dos gestores públicos com a comunidade local.

O que se observa é que, na realidade, se planejam apenas os grandes empreendimentos e os centros ou condomínios de alto padrão, ocupados pelos habitantes mais elitizados dos Municípios, ignorando os aspectos sociais e ambientais que são alicerces do direito urbanístico sustentável e os aspectos so-

ciais de cada comunidade. O sentimento de pertencimento do cidadão é premissa básica de operabilidade que reconhece a eficácia destes instrumentos de legitimação da práticas locais de desenvolvimento econômico/social/tecnológico dentro dos Municípios.

As consequências de uma urbanização sem planejamento são inúmeras e conhecidas, visto que por sua falta surgem os mais diversos problemas de ocupação urbana e rural irregulares, levando ao caos nos Municípios decorrente da ocupação desordenada (RECH; RECH, 2015, p. 81), gerando a produção de miséria, degradação do meio ambiente, e criação de grandes periferias sem saneamento básico e infraestrutura. Nesse pensamento, assevera Daniella Dias:

Observa-se que no que diz respeito a inefetividade da proteção das Áreas de Preservação Permanente, as políticas públicas que são realizadas aleatoriamente e o Plano Diretor, instituído primordial para se traçar as diretrizes e regras para a implementação de políticas de desenvolvimento e expansão urbana, ainda não possui a relevância necessária nos Municípios brasileiros. [...] os administradores municipais ainda não tomaram consciência sobre a importância da existência e da efetividade do Plano Diretor para o cumprimento das funções sociais da cidade e da propriedade (DIAS, 2010, p. 83).

As diretrizes gerais da política urbana estabelecidas no Estatuto da Cidade como normas gerais de direito urbanístico são em especial para os Municípios as normas balizadoras e indutoras da aplicação dos instrumentos de política urbana regulamentados na lei. A prática do planejamento urbano, mais do que estabelecer modelos ideias de funcionamento dos Municípios, possui uma função de correção dos desequilíbrios das ordens causadas pela urbanização, sendo um importante instrumento de transformação social, utilizando-se de dados e informações precisas, com diagnósticos locais.

Os Municípios representam os locais onde estão os empregos, as mercadorias, a sede governo municipal, as praças públicas e demais serviços pú-

blicos (escolas, hospitais, cartórios), as opções culturais, os restaurantes e os principais espaços de lazer (SEGUIN, 2002, p. 3). Conforme dispôs Prestes, o direito à cidade é um conceito em construção, cuja dimensão constitucional decorre do Estado Socioambiental Democrático de Direito. Para a autora, “o direito fundamental à cidade decorre da simbiose do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225 CF), do direito à política urbana (BRASIL, 1988, artigo 182 e artigo 183) do direito à gestão democrática e do direito à moradia (artigo 6º da Constituição Federal)”. Essas garantias decorrem dos direitos fundamentais, sendo a cidade o espaço para essa efetivação e vivência (PRESTES, 2008, p. 58).

Portanto, ainda que inteligentes, dinâmicos e tecnológicos, os Municípios pressupõem a construção de um *ethos*, o que implica a atribuição de valores para aquilo que se convencionou chamar de *urbano*, em que sua estrutura se revela imediatamente pela percepção de emoções e sentimentos dados pelo *viver urbano* e também pela expressão de utopias, de esperanças, de desejos e medos, individuais e coletivos, que esse habitar em proximidade propicia, conectando-se com os pressupostos claros da teoria da democracia deliberativa indispensável de ser observada nos espaços públicos de construção de decisões de interesse coletivo.

### **3. OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS MUNICIPAIS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO FEDERALISMO BRASILEIRO: O PLANEJAMENTO LOCAL COMO MEIO DE PROMOÇÃO PARA TRANSFORMAÇÃO DE CIDADES INTELIGENTES**

A importância do planejamento objetivo e preciso dos territórios dentro dos Municípios já restaram evidenciadas – geram empoderamento social local e tutela dos territórios. As disposições jurídicas pertinentes ao ordenamento municipal privilegiam o pacto federativo ao definir as competências da União, dos

Estados membros e dos Municípios no campo normativo e executivo das políticas públicas urbanísticas, bem como ao determinar os princípios fundamentais que consolidam a política urbana com a finalidade de assegurar o direito à cidade (JARDIM, 2007, p. 98) e a transformar estes locais em cidades inteligentes, no sentido amplo da palavra – que pressupõe conservação do DNA local.

No âmbito municipal, o plano diretor é o principal instrumento de planejamento de política urbana instituído pela Constituição Federal e enumerado no Estatuto das Cidades em seus arts. 39 a 42. Sua relevância recai principalmente no fato de ser ele detentor de um mecanismo mais sistematizado e eficiente do que os demais instrumentos de Política Urbana (parcelamento, edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo, desapropriação, entre outros), bem como por estar sujeito a inúmeros requisitos de validade e diretrizes norteadoras (SILVA, 1997, p. 56), possibilitando e exigindo a participação de toda a população e especialistas das mais diversas matérias em seu processo de implementação e elaboração de planos e projetos urbanísticos. O plano diretor ainda se destaca por permitir organizar o crescimento, o funcionamento e o planejamento dos territórios, sempre com a observância da tutela ambiental em todos seus atos.

Nesse cenário, esse instrumento legislativo permite que o cidadão atue ativamente no desenvolvimento ambiental, social e econômico do Município, tendo em vista que historicamente os planos diretores sempre foram tratados por técnicos e especialistas. Essa participação da população não é restrita ao processo de elaboração da Lei do Plano Diretor, e sim abrange todo o seu processo de implementação, como na utilização de ferramentas de Política Urbana: estudo de impacto de vizinhança, estudo de impacto ambiental, planejamento orçamentário, entre outros.

Conforme dispõem Janaína Rigo Santin e Ricardo Quinto Mattia na obra de Edésio Fernandes:

A Constituição Federal garantiu competência ao Município para agir no controle da urbanização, e o Estatuto das Cidades regulamentou os instrumentos constitucionais previstos para essa intervenção como também criou um rol mais amplo de instrumentos. Tais instrumentos podem e devem ser usados pelos Municípios a fim de que os processos de uso, desenvolvimento e ocupação do solo urbano, sejam satisfatórios e para que as cidades brasileiras possam oferecer melhores condições de vida para a população, oferecendo condições de regularização fundiária às cidades ilegais e inibindo o uso da propriedade para fins especulativos, o que causa exclusão social e mau ordenamento espacial (SANTIN; MATTIA, 2007, p. 49).

Assim sendo, o Estatuto das Cidades validou o plano diretor como instrumento determinante voltado à qualidade de vida dos cidadãos, ao apontá-lo como ferramenta a ser utilizada com vistas à construção de um novo modelo de Município – o que se almeja na transformação de territórios municipais em *smart cities*. O plano diretor, aprovado por lei municipal, “é a lei municipal fundamental para a política de desenvolvimento e expansão urbana” (BRASIL, 2001, art. 40). Portanto, aproxima as diretrizes urbanas das realidades locais, o que deve ser periodicamente revisto com o escopo de garantir sua efetividade na gestão municipal, considerando as necessidades e as mutações culturais ao longo dos tempos. Tal destaque se deu por sua associação com a realidade – o art. 182 da Carta Magna aponta que a política de desenvolvimento urbano deve ser executada pelo poder público municipal, de acordo com as diretrizes fixadas em lei. Nas palavras de Rech e Rech:

Assim, é de competência dos municípios a elaboração de uma política de desenvolvimento urbano, que é sinônimo de planejamento. A política de desenvolvimento, após elaborada e transformada em lei, que é considerada como um plano de desenvolvimento (RECH; RECH, 2012, p. 90).

Portanto, no federalismo brasileiro, todas as técnicas destinadas a fazer o diagnóstico e prognóstico da realidade municipal, bem como definir princípios e diretrizes básicas, devem ser traduzidas em normas de direito, no plano diretor, visto que nada acontece na administração pública que não seja previsto em lei. A lei é o principal instrumento de planejamento da gestão pública, e como tal assim deve ser tratada. O plano diretor atende a todas estas expectativas, porquanto previsto em lei e na medida certa para cumprir as normas e diretrizes gerais de planejamento urbanístico (RECH; RECH, 2015, p. 82).

Tal plano é procedimento fundamental de planejamento urbano e expansão saudável dos Municípios, eis que viabiliza a organização do crescimento urbano, em que, neste mesmo sentido, o zoneamento ambiental possui um papel indispensável na medida em que é o instrumento jurídico de ordenação do uso e ocupação do solo, com a repartição do território municipal visando a destinação da terra e seu uso. Estipula a qualificação do solo no que diz respeito ao seu ordenamento em urbano, de expansão urbana, urbanizável e rural, e divide, ainda, o território do Município em zonas de utilização, no que diz respeito a sua finalidade e zonas de aproveitamento (SILVA, 2002, p. 67).

Na repartição da cidade e das áreas urbanizáveis segundo a sua principal destinação de uso e ocupação do solo, observado que ele estabelece, normalmente, as áreas residenciais, comerciais, indústrias e institucionais; delimita os locais de utilização específica; dispõe sobre construção e usos admissíveis; ordena a circulação, o trânsito e o tráfego no perímetro urbano, disciplina as atividades coletivas ou individuais que de qualquer modo afetem a vida na cidade (MEIRELLES, 2003, p. 341).

Essa ferramenta está intimamente ligada à ideia de urbanismo, eis que foi com a concepção de definir espaços urbanos voltados para determinados fins (ANTUNES, 2014, p. 126), com vistas a planejar cidades modernas industriais, que se deu abertura a esse instrumento como meio de garantir a necessidade de

organização espacial (BARDET, 1990, p. 18). O planejamento dos Municípios em zonas específicas gera uma harmonização no crescimento regional com vistas a garantir o desenvolvimento sustentável e expansão urbana dos Municípios.

Aponta-se que em muitos Municípios os instrumentos jurídicos à disposição do poder público apresentam-se formalmente corretos, bem elaborados e de acordo com as demais legislações vigentes, mas não denotam eficácia na medida em que seus preceitos legais não são absorvidos pela população e/ou não se ajustam à realidade local.

Quanto mais didático, prático e assimilável pela população, maior a eficácia das disposições legais previstas em lei. No entanto, aponta-se que a proteção do patrimônio socioambiental local só ocorrerá se a população considerar o território como seu e estiver satisfeita com a administração pública e a gestão municipal. Aqui que se reconhece a indispensabilidade de o Município crescer junto com a população, incentivando a educação formal e informal em diferentes níveis, bem como ouvindo a necessidade dos moradores por meio de realização de audiências públicas.

A realização de audiências públicas para abrir espaço para a comunidade local se manifestar, o investimento em políticas públicas locais, instituição de políticas de desapropriação de áreas de risco e alocação da população de baixa renda, bem como atualização dos estudos prévios de planejamento de expansão urbana com base na realidade e mutação cultural local, são determinantes à concretização do empoderamento social e consequente reconhecimento do atendimento das necessidades locais para a qualidade de vida da população e da consolidação das cidades inteligentes.

#### **4. A OBSERVAÇÃO DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (ODS) NOS MUNICÍPIOS E A PARCERIA PÚBLICO PRIVADA COMO MEIO DE TRANSFORMAÇÃO DO TERRITÓRIO LOCAL EM CIDADES INTELIGENTES**

Para alcançarmos os padrões de sustentabilidade almejados dentro dos Municípios na categoria conceitual de *smart cities*, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) representam uma importante ferramenta a ser observada e utilizada, já que se tratam de um programa não governamental que utiliza atores locais para a correção de distorções existentes em um determinado território (LEAL, 2003, p. 159). Cada vez mais, os territórios têm observado a importância e a pertinência de implementação de tal programa dentro dos territórios Municípios, por todas as peculiaridades existentes em cada local – o que se relaciona diretamente à categoria de desenvolvimento almejada pelas *smart cities*.

As premissas estipulados por meio dos ODS se referem a ações mundiais nas áreas de erradicação da pobreza, segurança alimentar, educação, saúde, agricultura, igualdade de gênero, redução das desigualdades, água, saneamento, energia, padrões sustentáveis de produção e de consumo, mudanças climáticas, proteção e uso sustentável dos oceanos, cidades e Municípios sustentáveis, manutenção e proteção dos ecossistemas terrestres, crescimento econômico e socioambiental, infraestrutura, industrialização etc. O endereço eletrônico Estratégia ODS assim dispõe:

Os ODS foram construídos em um processo de negociação mundial, que teve início em 2013 e contou com a participação do Brasil em suas discussões e definições a respeito desta agenda. O país tendo se posicionado de forma firme em favor de contemplar a erradicação da pobreza como prioridade entre as iniciativas voltadas ao desenvolvimento sustentável.

Para tanto, a fim de atingir tais objetivos de forma assertiva, é necessário que seja realizado nos espaços locais o monitoramento das metas e das ações apontadas por meio de indicadores detalhados das condições sociais, ambientais e econômicas da população, com o escopo de reconhecer as desigualdades dentro dos territórios, as formas como se apresentam, para então avaliar as medidas de erradicação (MONTIBELLER FILHO, 2004, p. 19).

Nesse sentido, as políticas públicas locais, principalmente nos territórios municipais, são formas de auferir com maior precisão tais dados e controlar as mudanças mais sutis decorrentes das ações a serem tomadas pelo poder público em participação com a comunidade local e o investimento social privado com a lógica do bem comum (JARDIM, 2007, p. 99), o que torna o reconhecimento da municipalização dos ODS fator determinante para a concretização das premissas.

As políticas públicas são condições indispensáveis que não devem ser compreendidas como categoria definida e instituída pelo direito, e sim de arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, devendo o direito estar apto a descrever, compreender e analisar de forma a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico. Essas, conforme conceito dado por Bucci, entendem ser “processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito” (BUCCI, 2001, p. 264).

Desse modo, para a concretização do projeto de forma realmente eficaz, a organização da sociedade civil e dos movimentos atuantes dentro de cada Município é indispensável para acompanhamento das metas e implementação de soluções, ao passo que é possível levantar os reais fatores de poder existentes em cada território e utilizá-los a favor do crescimento socioeconômico local com a instituição de políticas públicas municipais.

No mesmo sentido, o setor privado, a fim de alinhar-se com os propósitos dos ODS, deve deixar de desenvolver projetos isolados e simbólicos, passando a investir no desenvolvimento de modelos de negócio sustentáveis na

agricultura, na indústria e nos serviços local. Tais formas de desenvolvimento no território *in loco* ensejam perspectivas altamente positivas no longo prazo e alteram o padrão comportamental da comunidade, ao passo que se ajustam a instrumentos de desenvolvimento socioeconômicos mais sustentáveis, fomentados pela própria iniciativa privada.

O fortalecimento da atuação público-privada é uma das formas mais eficazes no desenvolvimento local, porquanto que na medida em que ambos os atores-chave se alinham em suas metas, os maiores possíveis obstáculos tornam-se verdadeiras engrenagens positivas a favor do próprio desenvolvimento local.

Para tanto, a estratégia principal dos ODS é justamente uma união de esforços que reúne as principais organizações representativas da sociedade civil, do setor privado, de governos locais e da academia com o propósito de ampliar e qualificar os debates e estudos a respeito dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil, mobilizando e fomentando a criação e instauração de meios efetivos para cumprimento das metas e objetivos principais da agenda (Estratégia ODS, 2018, s/p).

Dentro dos Municípios, a identificação e o levantamento destes atores-chave são mais facilmente assimilados, bem como o reconhecimento e a conscientização de seus papéis para o cumprimento da Agenda 2030 é possivelmente mais viável, na medida em que a complexidade de gerir e obter dados de grandes territórios se torna sempre mais difícil e menos eficaz, porquanto dentro dos Municípios os diálogos entre poder público, sociedade civil e iniciativa privada são menos burocráticos e cerimoniosos.

Dessa feita, a estratégia ODS reúne três atores que são considerados chaves e indispensáveis nesse processo, porque suas intenções e colaboração são determinantes no cumprimento das premissas da Agenda 2030, quais sejam: a sociedade civil, o setor privado e os governos locais. Trabalhando-se essas três esferas de poder de forma integrada, com o estabelecimento de compromissos e obrigações reais e viáveis, o investimento de recursos retorna na forma de desenvolvimento local aos próprios agentes envolvidos, e o monito-

ramento se torna medida a favor de toda a Federação no crescimento e desenvolvimento regional.

Os modelos de colaboração atuais, sustentáveis e contemporâneos às novas expectativas de crescimento e desenvolvimento da sociedade preveem planos e políticas públicas municipais, baseadas principalmente na descentralização do poder da União e na capacidade dos territórios de se gerir com os governos locais (SANTIN; MATTIA, 2007, p. 47). As estratégias e metas dos ODS correspondem ao desejo atual da sociedade civil de permitir uma multiplicidade de forças sociais para atuarem ativamente no desenvolvimento socioeconômico dos territórios, com a utilização das ferramentas disponíveis no nível municipal, considerando principalmente as forças de poder existentes em cada local e as características físicas, culturais e econômicas de desenvolvimento dentro dos Municípios.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ante todo o disposto, observa-se que a sociedade se apresenta como o mundo da vida simbolicamente estruturado, pois as ações são coordenadas por meio de atos de fala, pela representação do mundo e pela expressão de intenções pessoais. “A prática comunicativa cotidiana, na qual o mundo da vida está centrado, alimenta-se de um jogo conjunto, resultante da reprodução cultural, da integração social e da socialização, e esse jogo está, por sua vez, enraizado nessa prática” (HABERMAS, 1989, p. 97).

Extraíndo-se pelo presente artigo a verdadeira natureza jurídica do planejamento urbano dentro dos Municípios e toda prática democrática deliberativa envolvida, é evidente a urgência de se administrar os espaços de deliberação social pelos gestores públicos locais com vistas a promover a participação dos atores sociais municipais no planejamento urbano e a transformação dos territórios em cidades desenvolvidas, acolhedoras e sustentáveis – pressupostos das *smart cities*.

Conforme assevera Rolnik, a grande problemática do crescimento desordenado dos Municípios pode ser traduzida não exatamente por falta de planejamento, mas sim como uma “opção de planejamento, de políticas urbanas e práticas políticas que construíram um modelo excludente” em virtude da crença estatal de que o crescimento econômico seria capaz de financiar o desenvolvimento urbano, que se encontrava em expansão (ROLNIK, 2001, p. 24).

Para que ocorra a deliberação *in loco* no âmbito municipal é indispensável a promoção de uma gestão democrática, que possibilite aos destinatários da norma e das decisões que envolvem o planejamento a possibilidade de participar de sua construção, o que exige uma nova forma de atuação municipal, em que o Ente público reconheça a indispensabilidade da contribuição da comunidade local para formulação e reformulação das decisões públicas e a urgência da promoção dos espaços próprios municipais para deliberação pública (SOUZA, 2013, p. 9).

Nessas condições, aliada ao planejamento prévio estratégico por agentes interdisciplinares, a democracia participativa complementar à democracia representativa requer esforço social e representa uma importante ferramenta de atuação da população nos instrumentos decisórios locais. A plena participação da comunidade nas decisões políticas e na gestão democrática dos Municípios coloca à disposição da população e das associações representativas dos vários segmentos comunitários os meios necessários para uma efetiva participação da comunidade, de modo a garantir-se o pleno exercício da cidadania e a transformação dos territórios em cidades inteligentes, com a devida proteção das áreas de interesse coletivo.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BANUNAS, Ioberto Tatsch. *Poder de polícia ambiental e o município: guia jurídico do gestor municipal ambiental orientador legal do cidadão ambiental*. Porto Alegre: Saluna, 2003.

BARACHO, Alfredo de Oliveira. *O princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BARDET, Gaston. *O urbanismo*. Campinas, Papirus, 1990.

BRASIL. (Constituição, 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) . Acesso em: out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Cidades sustentáveis, subsídios à elaboração da Agenda 21 brasileira*. Brasília, Ministério do Meio Ambiente, 2000.

\_\_\_\_\_. *Como avançar nos ODS*. Disponível em: <http://www.estrategiaods.org.br/o-que-sao-os-ods/como-avancar-nos-ods/>. Acesso em: out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Decreto 4.297, de 10 de julho de 2002*. Regulamenta o art. 9o, inciso II, da Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981, estabelecendo critérios para o Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil - ZEE, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4297.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4297.htm). Acesso em: out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Estratégia ODS*. Disponível em: <http://www.estrategiaods.org.br/estrategia-ods/>. Acesso em: out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar 140, de 08 de dezembro de 2011*. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm). Acesso em: out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm). Acesso em: out. 2018.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Secretaria de Assuntos Estratégicos. *Programa de Zoneamento Ecológico-Econômico da Amazônia legal*. Brasília, DF: SAE/PR/CCZEE, 1991.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Marli Marlene da Costa; REIS Suzéte da Silva Reis. Espaço local: o espaço do cidadão e da cidadania. In: HERMANY, Ricardo (Org.). *Gestão local e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010.

CRESWELL, John W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2007.

DIAS, Daniella S. A efetividade do direito urbanístico após vinte anos da promulgação da Constituição brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 47, n. 186, abr./jun. 2010.

DOWBOR, Ladislau. *Educação e Desenvolvimento Local*. Set. 2007. Disponível em: <http://www.dowbor.org/artigos.asp>. Acesso em: out. 2018.

GIACOBBO, G. E.; HERMANY, R. Descentralização e Municipalismo no Brasil. In: Antônio Cândido de Oliveira; Ricardo Hermany;. (Org.). *Municipalismo: perspectivas da descentralização na América Latina, na Europa e no Mundo*. 1ed. Brasília: Confederação Nacional de Municípios, 2017, v. 1.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I e II, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HERMANY, Ricardo; BENKENSTEIN, Jeanine Cristiane; SODER, Rodrigo Magno. O empoderamento social e o poder local como instrumentalizadores na formulação democrática de Políticas Públicas municipais. In: SCORTEGAGNA, Fernando; COSTA, Marli da; HERMANY, Ricardo. *Espaço local, cidadania e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

HERMANY, Ricardo; COSTA, Dartagnan Limberger. *Elementos de emancipação social local: a perspectiva do programa de governança solidária local como indutor da emancipação social dos cidadãos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

JARDIM, Zélia Leocádia da Trindade. Regulamentação da política urbana e garantia do direito à cidade. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (Coord.). *Direito da cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

MARCONI, Maria de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Técnicas de pesquisa*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 13. ed. atualizada por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis. São Paulo: Malheiros, 2003.

MONTIBELLER FILHO, Gilberto. *O mito do desenvolvimento sustentável: meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias*. 2. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 2004.

MORAES, Roque. Análise de conteúdo. *Revista Educação*. Porto Alegre, v. 22, n. 37, p. 7-32, 1999.

MOTTA, Suetônio. *Urbanização e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Abes, 2003.

OLIVEIRA, Isabel Cristina Eiras de. *Estatuto da Cidade: para compreender...* Rio de Janeiro: Ibam\Duma, 2001.

ONU. *Habitat*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia/onuhabitat/>. Acesso em: out. 2018.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. *Dimensão constitucional do direito à cidade e formas de densificação no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008.

RECH, Adir Ubaldo; RECH, Adivandro. *Direito urbanístico*. Caxias do Sul: Educs, 2015.

\_\_\_\_\_. *Zoneamento ambiental como plataforma de planejamento da sustentabilidade: instrumentos de uma Gestão Ambiental, urbanística e agrária para o desenvolvimento sustentável*. Caxias do Sul: Educs, 2012.

ROLNIK, Raquel (Coord.). *Estatuto da cidade: guia para implementação do estatuto da cidade*. Brasília: Câmara de deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

ROLNIK, Raquel. *Smart cities, possibilidades e pesadelos para a democracia*. Disponível em: <https://caosplanejado.com/smart-cities-possibilidades-e-pesadelos-para-a-democracia/>. Acesso em: out. 2018.

SANTIN, Janaína Rigo; MATTIA, Ricardo Quinto. Direito Urbanístico e Estatutos das Cidades. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 30, n. 63. 2007.

SANTOS, Milton. *Por uma nova globalização: do pensamento único a consciência universal*. 22. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso. *Direito ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiro, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito urbanístico brasileiro*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e. *Pesquisa avaliativa: aspectos teóricos e metodológicos*. São Paulo: Veras; São Luis, MA; Gaep (Grupo de Avaliação e Estudo da Pobreza e de políticas Direcionadas à Pobreza), 2008.

SOUZA, Jessé. *A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro*. Brasília: Editora UnB, 2000.

SOUZA, Leonardo da Rocha de. *A consideração dos ausentes à deliberação ambiental: uma proposta a partir da ética do discurso de Jurgen Hebermas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

STRAUSS, Leo. *Direito natural e história*. Lisboa: Edições 70, 2009.

VILHENA, Maria do Rosário. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário*. Coimbra: Almedina, 2002.

# REFLEXÕES SOBRE OS ACORDOS DO CLIMA E A IMPORTÂNCIA DA ECONOMIA VERDE PARA OS MUNICÍPIOS

Sâmia Caroline Souza Kist<sup>1</sup>

**RESUMO:** A crise ambiental mundial tem sido um grande desafio desde meados dos anos 1960, quando os movimentos ecológicos começaram a surgir e houve a constatação de que os recursos ambientais eram esgotáveis. Porém, historicamente, um dos grandes impasses para que haja acordos mundiais para manter o equilíbrio do planeta é que não há concordância de muitos países em relação às diferenças na economia de cada um. Assim, diversas são as tentativas de um desenvolvimento sustentável em nível mundial. A economia verde surge como uma opção para a concretização da sustentabilidade, com o equilíbrio em três aspectos principais, quais sejam, o econômico, o ambiental e o social. No Brasil, os Municípios são atores fundamentais para substanciar tais elementos.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Ambiental. Especialista em Direito Civil. Professora na disciplina de Direito Ambiental. Pesquisadora e advogada. E-mail: samiacaroline\_sk@hotmail.com.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a forma com que as relações vêm se apresentando nos acordos mundiais relacionados ao meio ambiente e as alternativas neles apresentados como soluções para a preservação ambiental. Dentro do tema das tratativas, analisa a opção dos Pagamentos por Serviços Ambientais (PSA) no contexto da chamada “economia verde”.

Da mesma maneira investiga as possibilidades da implantação dos Pagamentos por Serviços Ambientais, bem como os pontos positivos e negativos, que no Brasil podem ser executados com excelência na esfera dos Municípios.

Para o estudo desse tema, tão relevante quando paradoxal, foram buscadas bibliografias pertinentes, reflexões acerca do que o panorama mundial tem apresentado, tanto em países desenvolvidos quanto nos que estão em pleno desenvolvimentos.

Na primeira parte o trabalho apresenta um cenário global sobre as preocupações ambientais mais relevantes. Faz um breve histórico sobre os principais acordos e conferências realizadas em busca de soluções de preservação ambiental.

Em seguida discorre sobre o desenvolvimento sustentável, aprofunda o conceito e as possibilidades. Vai além, ao refletir sobre o alcance do sentido literal de sustentabilidade. Apresenta algumas das reais chances de superação do conflito de interesses presente nos acordos climáticos em prol da preservação do meio ambiente, sem prejuízo do crescimento da economia.

Na segunda parte relata a questão da “economia verde”, com o Pagamento por Serviços Ambientais (PSA), referencia pontos controvertidos entre opiniões favoráveis e contrárias a respeito de pagar pela utilização dos recursos naturais.

O fecho do trabalho se dá no ponto em que a primeira e a segunda parte se interligam, pois nas tratativas relacionadas aos impactos ambientais

muito será presente a opção da implantação da “economia verde”, em que o valor pecuniário está diretamente conexo com a preservação do meio ambiente.

## **2. REFLEXÕES A RESPEITO DOS ACORDOS CLIMÁTICOS E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

As tratativas para acordos relativos ao futuro ambiental cada vez são mais constantes na realidade mundial. Em uma breve retomada visualizamos enorme quantidade de tentativas para tornar unânimes as diretrizes para a preservação do meio ambiente. Destaque para declarações de Estocolmo em 1972, protocolo de Quioto, Rio 92, Rio +20, Conferência do Clima da ONU, em Lima, no final da 2014, Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas de 2015, em Paris, entre outros. Observa-se a real necessidade de uma solução concisa e universal.

Um dos grandes impasses para que um acordo seja firmado entre os diversos países é que o que se busca é que as responsabilidades sejam comuns, mas diferenciadas para os países conforme seu desenvolvimento. Ocorre que não há concordância de muitos países em relação às diferenças, pois alegam que não faz mais sentido excluir ou resguardar os países que avançam economicamente.

O que justifica a busca por soluções são aspectos pontuais relacionados à economia e ao meio ambiente, conforme Veiga e May, que afirmam a existência mais específica nas três grandes questões relacionadas à preservação do meio ambiente, quais sejam: “A primeira delas, considerada global por excelência, diz respeito às mudanças climáticas; a segunda, considerada de caráter mais regional, refere-se à quantidade e qualidade da água; e a terceira, também considerada de importância global, mas com implicações e respostas regionais e locais, a perda da biodiversidade.” (VEIGA; MAY, 2010)

O grande desafio da economia mundial é alcançar o desenvolvimento sustentável, seja com determinações em acordos mundiais, seja por meio de práticas internas.

Desde o documento *Our Common Future* (Nosso Futuro Comum) ou, como é bastante conhecido, Relatório Brundtland, em 1987, o desenvolvimento sustentável foi reconhecido como o processo que “satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades” e passou a ser buscado de diversas formas. Apesar dessa busca, muitas vezes a preservação ambiental ainda é considerada paradoxal ao progresso por algumas nações. A exemplo da conduta observada na ocasião das tratativas no Protocolo de Quioto, um dos instrumentos jurídicos internacionais mais importantes na luta contra as alterações climáticas, que integra os compromissos assumidos pelos países industrializados de reduzirem as suas emissões de determinados gases com efeito de estufa responsáveis pelo aquecimento mundial. O documento teve adesão limitada, foi rejeitado pelos Estados Unidos, ratificado pelo Canadá, que depois recuou, e Japão e Rússia já informaram que não irão cumprir os compromissos prestados. Claramente fica caracterizado que os interesses econômicos e políticos prevalecem aos relativos à preservação ambiental.

Ocorre que a situação ambiental a cada dia se torna mais grave, com reflexos visíveis na própria economia, e passa a ser encarado como um desafio, segundo ensinamento de Veiga ao discutir sobre desenvolvimento sustentável: “Hoje, como foi visto, pode-se identificar duas tendências básicas entre os economistas que se dedicam ao tema: os que acreditam que o arsenal econômico pode ser aperfeiçoado para responder ao ‘novo’ e os que consideram que a problemática ambiental coloca em xeque os próprios fundamentos da ciência econômica” (VEIGA,2010).

O desafio ainda é novo, mas os problemas já são antigos, por isso requerem atitudes rápidas e precisas. Rech, na mesma linha, propõe que o desenvolvimento sustentável se confunde com a sustentabilidade em si. “Em relação à sustentabilidade, o processo de suas buscas é tão importante, ou mais, que o próprio objetivo, pois, de acordo com o caminho a ser utilizado, há uma chance de alcançar o objetivo” (RECH, 2012).

Destaca-se, assim, a ideia do autor Sachs, no sentido de aliar-se o aspecto socioeconômico ao ecológico, quando desenvolveu cinco dimensões de sustentabilidade: Sustentabilidade Social; Sustentabilidade Econômica; Sustentabilidade Ecológica; Sustentabilidade Espacial; Sustentabilidade Cultural.

Berger e Marques explicam com propriedade a ideia de Sachs quando reiteram as dimensões e explicam cada uma. Assim a sustentabilidade social visa a melhorar condições de vida da população; a econômica, busca a alocação e gestão eficiente dos recursos; a ecológica procura medidas que viabilizem a adequada proteção ambiental; já a espacial visa a melhor uso e planejamento do espaço territorial; enquanto a sustentabilidade cultural objetiva o respeito às questões culturais de cada povo e região.

Dessa maneira, entende-se a sustentabilidade plena quando todas estão em harmonia.

Fica caracterizada assim a sustentabilidade como forma plena contendo o desenvolvimento sustentável. A aderência à diplomacia do clima vem aumentando, na conferência ocorrida no Peru, por exemplo, em que cerca de 200 países participaram, conforme dados da Fundação para o Ecodesenvolvimento da Amazônia, incluindo Estados Unidos e China.

Conforme leciona Silveira e Rodrigues (2013), precisamos refletir acerca do termo desenvolvimento sustentável, visando a aprofundar uma discussão de desenvolvimento econômico ou de desenvolvimento humano que possa dar conta da necessidade de limitar a ação humana e sua interferência no ambiente natural. Dessa forma, a expressão desenvolvimento sustentável contrapõe a ideia de desenvolvimento a qualquer preço.

Para os autores, portanto, o fato de o termo desenvolvimento sustentável refletir um modismo temporal e de seu *status* oscilar entre o *slogan*, a estratégia de marketing e o vazio semântico pelo uso corriqueiro, não significa que se deva rejeitá-lo, ou adorá-lo.

Os autores ainda ressaltam que existem três correntes básicas que tratam do tema da sustentabilidade, sendo, portanto: a primeira aquela que não

acredita na possibilidade de conciliar crescimento econômico com a preservação ambiental, mesmo que para sua defesa não existam argumentos científicos que corroborem sua tese (segue a mesma linha utilizada por Kuznets do “U” invertido); a segunda corrente acredita que não temos mais como reverter o crescimento e suas mazelas ambientais (estudos de Elimar Alta ater e Nicholas Georgescu-Roegen); e a terceira corrente prega a condição estacionária de crescimento, que aponta que precisamos de uma preservação mínima para garantir a renovação dos recursos naturais (trabalhos de Herman E. Daly e John Stuart Mill).

Mesmo apontando que todas essas correntes possuem críticas que as tornam, respectivamente, como: sem cientificidade, negativista, ou ainda, sem possibilidade de delimitação factível; são importantes versões que permitem regular, enfrentar e dar maior efetividade ao tema da sustentabilidade. Uma possibilidade de transposição certamente se dará na medida em que a investigação científica e o interesse acadêmico de diferentes áreas do conhecimento ganham os gestores públicos e privados na busca da solução de problemas que envolvam temas como resíduos sólidos, matriz energética, crescimento econômico, planejamento urbano, ocupação do solo, recursos hídricos, qualidade de vida, entre outros com importância na área ambiental.

Academicamente, torna-se ainda mais importante o debate em torno da expressão, que reflete as transformações do processo científico, as crenças políticas e econômicas, bem como os rumos e os limites da relação homem/natureza. Os aspectos ambiental, econômico e social, tidos como os principais aspectos que formam o tripé da sustentabilidade, precisam ser constantes criticamente revistos, e criadas outras alternativas.

Seria salutar para o planeta pensar em uma perspectiva transdisciplinar, aquela que busca a partir de aproximação, relacionamento e articulação dos diferentes saberes a sua superação, rompendo com a lógica disciplinar do conhecimento. Em que, como na educação, nenhuma área do conhecimento, isoladamente, seja responsável pelas abordagens em questões ambientais, mas

todas sintam-se desafiadas a pensarem, proporem e colocarem em prática um plano ambiental que deve perpassar nossos ordenamentos legais (constitucional e infraconstitucionais), bem como a visão e a atuação de nossos gestores públicos e privados.

A comunidade científica, a gestão pública, privada ou os ordenadores do direito não conseguirão movimentar esforços suficientes se as comunidades locais e a sociedade como um todo não buscarem medidas que possam dar conta dessa preocupação na construção da sustentabilidade. A contradição das necessidades e das possibilidades de todos está na matriz da sustentabilidade e precisa regular os processos de desenvolvimento e crescimento.

Porém em pouco se avançou e reafirmou as dificuldades para a verificação de parâmetros efetivos.

Outro ponto bastante controvertido e já suscitado em negociações para acordos climáticos é a chamada “economia verde”.

### **3. ASPECTOS ACERCA DA “ECONOMIA VERDE”**

Conhecida como “economia verde” ou “capitalismo verde”, é a possibilidade capaz de combinar um valor pecuniário com a preservação ambiental. Ainda sob discussão, é uma solução que seguidamente é apontada.

Com opiniões contrárias e favoráveis, questiona-se: “Resta determinar o valor econômico dos serviços prestados ecossistemas, e a partir daí encorajar os benefícios a restaurar e mantê-los? Embora pareçam passos conceitualmente subsequentes, não é tão fácil assim. Durante milênios a humanidade vem recebendo esses serviços de forma gratuita, sem nada pagar por eles...” (VEIGA; MAY, 2010).

Assim, os entendimentos contrários argumentam o lucro fácil e a vantagem de possuir melhores condições financeiras, o que facilita para quem mais polui e aumentaria a retirada de recursos naturais e a poluição. Já algumas con-

cepções favoráveis acreditam que os benefícios sempre recebidos da forma gratuita, ao serem cobrados, ocasionariam mudanças de paradigmas.

O Pagamento por Serviços Ambientais é resultado de políticas que estabelecem formas para redução do desgaste ambiental causado pela ação humana. “Esses instrumentos se baseiam nas forças de mercado e nas mudanças dos preços relativos, para modificar o comportamento de poluidores e dos usuários de recursos, tanto públicos quanto privados” (GULLO, 2011).

Neste sentido, há equidade, pois tanto a seara pública quanto a privada devem obrigar-se diante do Pagamento por Serviços Ambientais quando lhe couber.

Powell & White (2001), citados por Veiga Neto e May (2010), esclarecem que os mercados de serviços ambientais podem ser classificados em três categorias de acordo com o nível de intervenção governamental: a primeira com grau de intervenção menor, em que predominam os acordos privados; a segunda seria aquela em que predominam os mecanismos de troca entre agentes; e a terceira seria aquela em que estão situados os pagamentos realizados pelo setor público.

Assim, com sutileza, os Pagamentos por Serviços Ambientais vão sendo implantados mundialmente, porém com tema para discussão são extremamente ambíguos. Para ilustrar, cite-se, em nosso país, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981) que já previa, timidamente, alguns pagamentos por serviços e benefícios em troca de preservação ambiental. O Brasil possui legislação extremamente avançada em questões de proteção ambiental, diversas leis que contemplam a previsão do pagamento por serviços ambientais.

Nossa Constituição Federal amplia essa possibilidade, ao estabelecer em seu art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Nesse sentido, possibilita ao poder público

e à coletividade o incentivo para a preservação ambiental, ou seja, há uma responsabilidade dos Municípios, Estados e União, em conjunto com a sociedade.

Tal proteção deve estar presente no cotidiano da coletividade, incentivada pelo poder público por meio de políticas públicas e regulamentada com legislação infraconstitucional. Nesse sentido, os Municípios são atores fundamentais, pois são os Entes que estão mais próximos da população, o que possibilita, por meio de incentivos, a maior preservação do meio ambiente.

Destaca-se a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010), que abarca em seus princípios o poluidor-pagador e o protetor-recebedor, conforme o art. 6º, inc. II.

Assim, convém brevemente abordar tais princípios. Antunes (2005, p. 37) explica o conceito do princípio do poluidor-pagador (PPP): “O PPP parte da constatação de que os recursos ambientais são escassos e o seu uso na produção e no consumo acarretam a sua redução e degradação. Ora, se o custo da redução dos recursos naturais não for considerado no sistema de preços, o mercado não será capaz de refletir a escassez”.

Já o protetor-recebedor estimula, através de compensação financeira, ações de Entes públicos ou privados para a proteção de um bem ambiental em benefício da coletividade.

Na legislação pátria, ainda o Código Florestal (Lei 12.651/2012) abordou o tema do Pagamento por Serviços Ambientais: “Art. 41. É o Poder Executivo federal autorizado a instituir, sem prejuízo do cumprimento da legislação ambiental, programa de apoio e incentivo à conservação do meio ambiente, bem como para adoção de tecnologias e boas práticas que conciliem a produtividade agropecuária e florestal”.

Evidencia-se a expressão “incentivo à conservação” que já no *caput* do artigo demonstra a possibilidade de aplicação do princípio do preservador-recebedor.

A seguir, no inc. I, explicita: “I – pagamento ou incentivo a serviços ambientais como retribuição, monetária ou não, às atividades de conservação

e melhoria dos ecossistemas e que gerem serviços ambientais”. Fica demonstrado que o ordenamento jurídico brasileiro evoluiu de forma imponente, tendo em vista que teve a capacidade de perceber que o incentivo garante maior preservação do que a simples imposição de sanções.

As sanções vêm, normalmente no sentido de atenuar ou reparar um dano já ocorrido pelo chamado poluidor, enquanto que o incentivo à preservação visa ao real equilíbrio ao meio ambiente, pois evita que o dano aconteça. Assim, está-se diante do princípio da precaução, ou seja, há a certeza do dano e o incentivo por meio do Pagamento por Serviços Ambientais poderá evitá-lo. Antunes (2014, p. 48) explica com propriedade ao dizer que esse princípio aplica-se a impactos ambientais que já se tem conhecimento acerca dos danos, quando não se pode estabelecer com segurança o nexo de causalidade com a identificação de prováveis impactos ambientais.

Outro ponto que merece destaque é uma política de incentivo da Agência Nacional de Águas (ANA), que é agência reguladora vinculada ao Ministério do Meio Ambiente (MMA).

Conforme dados da própria agência, para incentivo do produtor rural a investir em ações que ajudem a preservar a água, houve a criação do Programa Produtor de Água. Tal programa usa o conceito de Pagamento por Serviços Ambientais (PSA), ao estimular os produtores a investirem no cuidado do trato com as águas, recebendo apoio técnico e financeiro para implementação de práticas conservacionistas.

Dessa forma, o produtor tem benefícios econômicos da sua produção, e ainda melhora a quantidade e a qualidade da água da região, beneficiando a todos.

Claramente verifica-se com essa prática a aplicação do princípio do preservador-recebedor pelo Pagamento por Serviços Ambientais, pois fica demonstrado o incentivo econômico de um meio de preservação do bem ambiental, aqui a água, que reflete como um benefício para a comunidade local.

Assim, o Brasil, que já conta com leis modernamente protetivas ao meio ambiente, se destaca também em ações por meio de políticas com ampla adesão da sociedade, que absorve melhor o incentivo para não poluir do que as sanções impostas após a poluição ter ocorrido.

Porém, para ser mundialmente implantado o mecanismo oferecido pela chamada economia verde por meio das tratativas climáticas abordadas inicialmente, é preciso uma sistemática em que seja solucionada a questão do equilíbrio, para que o alcance financeiro não seja o maior do que o alcance de renovação dos recursos, pois do contrário a desordem ambiental estará instaurada.

O economista Abramovay (2012, p. 84) explica o importante papel da economia verde: “Trata-se do processo pelo qual a oferta de bens e serviços apoiam-se em técnicas capazes de reduzir as emissões de poluentes (começar pelos gases de efeito estufa), de reaproveitar parte crescente de seus rejeitos e, acima de tudo, de diminuir o emprego de materiais e energia dos quais os processos produtivos se organizam”. Assim, tais técnicas citadas pelo economista, no momento que aplicadas com excelência em favor da coletividade, se incentivadas economicamente têm a possibilidade de alcançar um número muito maior de pessoas e evitar os impactos ambientais.

Sabe-se que a problemática do aumento populacional em centros urbanos é uma das questões presentes nos grandes debates acerca da economia da preservação ambiental. Entende-se que há a necessidade da criação e incentivo de iniciativas de reorganização por meio das matrizes do desenvolvimento sustentável, com adaptação à nova realidade, garantindo a sustentabilidade no aspecto ambiental, bem como no aspecto econômico para garantir o bem-estar da população. Nesses aspectos, os Pagamentos por Serviços Ambientais são extremamente eficazes.

## 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio dos aspectos observados neste artigo, é possível concluir que as questões relacionadas aos prejuízos ambientais mundiais são de difícil resolução.

Sabe-se que atualmente há problemas ambientais comuns mundialmente, tais como as mudanças climáticas, a quantidade e a qualidade da água e a perda da biodiversidade. Na tentativa de resolução de tais questões, muitos países têm se reunido para elaborar acordos que contenham metas a serem cumpridas no longo prazo e que resultem na melhora ambiental.

Porém, em muitas oportunidades, nas tentativas de acordos ambientais, são os interesses de cada país que prevalecem ao real motivo da reunião.

Assim, o cenário global ambiental a cada dia fica mais saturado, o que causa impactos significativos. Preocupados muitas vezes apenas com o crescimento econômico, muitos países não percebem que os problemas ambientais impactam a própria economia.

Conclui-se que o tema é extremamente controverso e amplo, devido a serem questões que envolvem interesses das grandes potências mundiais. Ao invocar o desenvolvimento sustentável ressurgem discussões de suas formas de implantação.

A globalização e o crescimento cada dia ganham mais força, e na maioria das vezes sem o mínimo de cuidado com a natureza, desde as grandes indústrias até pequenas atitudes na sociedade. A ideia do desenvolvimento sustentável visa a banir a ideia de que os cuidados ambientais desacelerem de forma significativa o progresso das nações. Na mesma linha, vêm se apresentando como alternativas os Pagamentos por Serviços Ambientais, como a implantação de uma “economia verde”, que em sua essência busca a valorização do meio ambiente, para que, ao pagar, se sinta o ônus de prejudicar o meio ambiente.

Diante das ideias expostas, destaque-se o grande desafio global a ser enfrentado pelos países em “acordo climático” para que com urgência pactuem alianças a favor do meio ambiente. Alternativas existem diversas, neste texto apresentamos duas: o desenvolvimento sustentável e a implantação da “economia verde”.

É preciso que medidas sejam tomadas de forma efetiva pelos atores políticos envolvidos nas tratativas dos acordos ambientais. A sociedade fica submetida às vontades dos governantes mundiais. É razoável que haja confiança das nações em seus representantes.

O Brasil, que já estava à frente na legislação em matéria ambiental, agora demonstra que também evolui no ordenamento quando o assunto é Pagamento por Serviços Ambientais e demonstra ainda a evolução em políticas com o incentivo de ações práticas.

Ademais, no Brasil, que em sua Constituição Federal estabelece a figura dos Municípios como Entes autônomos, estes se apresentam como atores fundamentais, tendo em vista sua proximidade com a sociedade, o que possibilita uma maior conscientização para a preservação ambiental. Pois esta proteção deve estar presente no cotidiano local, incentivada pelo poder público com políticas públicas e regulamentada em legislação infraconstitucional.

Fundamental é a possibilidade da concretização das medidas de preservação do meio ambiente, pois o planeta está visivelmente abalado e as adversidades a cada dia aumentam, a exemplo de poluição, desmatamento e escassez da água, conforme abordado.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Ricardo. *Muito além da economia verde*. São Paulo: Abril, 2012.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (ANA). *Produtor de água*. Disponível em: <http://www3.ana.gov.br/portal/ANA/programas-e-projetos/programa-produtor-de-agua>. Acesso em: 9 mar. 2019.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Política nacional do meio ambiente – PNMA: comentários à Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BERGER FILHO, Airton Guilherme Berger; MARQUES, Edson Dinon. A sociedade de risco e os princípios de direito ambiental. In: AUGUSTIN, Sérgio e SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Org. *O Direito na sociedade de risco: dilemas e desafios socioambientais*. Caxias do Sul, RS: Plenum, 2009.

ECOAMAZÔNIA. *Mudanças climáticas*. Disponível em: <http://www.ecoamazonia.org.br/tag/mudancas-climaticas/>. Acesso em: 9 mar. 2019.

GULLO, Maria Carolina. O PSA como instrumento econômico da política ambiental: algumas considerações. In: RECH, Adir Ubaldino (org.). *Direito e Econômico Verde: natureza jurídica e aplicações práticas do pagamento por serviços ambientais, como instrumento de ocupações sustentáveis*. Caxias do Sul: Educs.

LEFF, Enrique. *Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Tradução de Lúcia Mathilde Enlice Orth. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

POWELL, I. A. *Conceptual Framework: developing markets and market-based instruments for environment services of forest*. Washington, D. C: Forest Trends, 2001.

RECH, Adir Ubaldio; RECH, Adivandro. *Zoneamento ambiental como plataforma de planejamento da sustentabilidade: instrumentos de uma gestão ambiental, urbanística e agrária para o desenvolvimento sustentável*. Educs, 2012.

SACHS, I. Estratégias de transição para o século XXI. In: BURSZTYN, M. *Para Pensar o Desenvolvimento Sustentável*. São Paulo: Brasiliense, 1993.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da; RODRIGUES, Isabel Nader. Desenvolvimento sustentável e a matriz energética: aspectos ambientais, econômicos e sociais. In: Clóvis Eduardo Malinverni da. (Org.). *Princípios de direito ambiental: articulações teóricas e aplicações práticas*. Caxias do Sul: Educs, 2013.

VEIGA, José Eli. *Desenvolvimento sustentável, o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

VEIGA NETO, Fernando Cesar, MAY, Peter Hermam. Mercados para serviços ambientais. In: *Economia do meio ambiente: teoria e prática*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier. p. 309-331.

# ESTADO LAICO E PARTICIPAÇÃO DO ESTADO EM EVENTOS RELIGIOSOS

Francisco Miguel Soares<sup>1</sup>

**RESUMO:** A relação entre Estado e Igreja é algo que se confunde com a própria história, havendo diversas mudanças ao longo do tempo. Este artigo pretende, à luz do Estado laico, buscar avaliar a forma de participação do Estado em eventos religiosos.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal estabeleceu a existência de um Estado laico, de forma a apresentar a separação entre Estado e religião, o que não afasta a discussão dos limites existentes, especialmente da forte manifestação religiosa que ocorre nos país.

É fato incontroverso o legado histórico, especialmente da religião católica no país, a exemplo da nomenclatura de certos Estados, como ocorre com

---

1 Mestrando em Direito Constitucional na Universidade Federal Fluminense (UFF).

o Espírito Santo, São Paulo e Santa Catarina, não sendo possível, sob qualquer ótica, entender pela separação absoluta.

No mesmo sentido, diversas são as datas oficiais, inclusive feriados, vinculadas a eventos ou entes religiosos, inclusive havendo feriado da padroeira do país.

Certo é que a República Federativa do Brasil não possui religião oficial, mas em seu texto constitucional, a par da separação, deixa evidente o respeito a elementos fundamentais de caráter religioso, especialmente a “liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e garantindo, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias”.

Destaque-se que há até mesmo formas de incentivo, como a imunidade tributária sobre templos, o que demonstra não apenas uma posição passiva, mas também ativa, de incentivo à prática religiosa.

O espanhol Ramón Soriano, em sua obra *Las Libertades Públicas*, afirma que a liberdade religiosa é o princípio jurídico fundamental que regula as relações entre o Estado e a Igreja em harmonia com o direito fundamental dos indivíduos e dos grupos a sustentar, defender e propagar suas crenças religiosas, sendo os demais princípios e liberdades coadjuvantes e solidários no princípio básico da liberdade religiosa.

Na verdade, não há como separar a direito à liberdade de religião do direito a outras liberdades, tais como de pensamento, ensinamento, crença e pregação.

Há, portanto, de um lado proteção à laicidade e, de outro, incentivo à promoção humana na vertente da prática religiosa, vedando-se, implicitamente e explicitamente, intolerância e fanatismo.

Não existe no texto constitucional nenhuma vedação de participação de religiosos, mesmo que formalmente vinculados, em esferas de governo, bem como na vida pública. Isso não significa, porém, que há participação ativa do Estado nas religiões.

O presente trabalho tem por escopo justamente analisar os aspectos dessa relação entre Estado e as religiões, especialmente mediante participação, ou colaboração, em eventos de tom religioso, ainda que muitas vezes com viés também cultural.

Nesse prisma, maior relevo assume a postura de governos municipais, haja vista a realidade local de cada Município, nos quais, muitas vezes, a figura religiosa faz parte da própria identidade e história da localidade.

A Constituição Federal estabeleceu no art. 19, inc. I, a vedação expressa de subvenção ou de alianças com características de dependência, deixando, em caráter residual, na forma da lei, a possibilidade de colaboração em que esteja caracterizado o interesse público.

É nesse contexto que se pretende abordar a questão, o que será realizado em três etapas.

A primeira consiste em breve abordagem histórica da relação Estado e Igreja, na qual pretende-se melhor explorar os conceitos de laicidade e laicismo, além do exercício da liberdade religiosa. Sem prejuízo, ainda que de forma mais superficial, pretende-se verificar a possibilidade de existência de um modelo colaborativo entre Igreja e Estado para o desenvolvimento do homem.

A segunda parte dedica-se a verificar o aparente conflito de normas entre o art. 19, inc. I, e o art. 215, ambos da Constituição Federal, buscando estabelecer o que seria a possibilidade, residual e excepcional, do caráter colaborativo quando houver interesse público.

A terceira parte pretende identificar casos práticos nos quais houve questionamento judicial acerca dessa colaboração do Ente público com eventos religiosos, a fim de traçar um panorama, aos olhos do Poder Judiciário, de como a questão vem sendo interpretada.

## 2. A RELAÇÃO HISTÓRICA ENTRE ESTADO E RELIGIÃO: BREVES CONSIDERAÇÕES

Ao longo da história das sociedades, a religião sempre esteve presente na organização estatal. Se não com o domínio direto, ao menos como formador de opinião e influenciador nos aspectos decisórios. São realidades conexas, implicando uma dimensão social da religião.

Mundialmente é possível verificar características religiosas em diversas sociedades, sendo, por vezes, efetiva manifestação cultural, de modo a traçar características sobre determinados povos, como se verifica no mundo muçulmano, na cultura hindu e até mesmo no Ocidente cristão.

Sob esse mesmo prisma, por vezes, a característica maior são os conflitos religiosos.

A condenação e a morte de Jesus, segundo historiadores, decorre de um conflito jurídico-político, inaugurando o período histórico de perseguições religiosas.

Após o fim das perseguições decretada por Constantino, chegou-se ao ponto de o cristianismo ser declarado como religião oficial do Império Romano, havendo legitimação da atividade religiosa.

É nesse momento que se inicia uma relação institucional entre Estado e a Igreja, notadamente, nessa época, a Igreja Católica.

Na continuidade da histórica, a Reforma Protestante e a formação do Estado moderno alteram essa relação, expressando ruptura entre Estado e Igreja Católica, trazendo, basicamente, três modelos de relação: a separação absoluta, com tolerância; a separação com colaboração pelo Estado; e a existência do Estado como inimigo e perseguidor da religião.

Assim sintetiza Ricardo Gaiotti Silva (2016):

O interessante nas correntes citadas, salvo as de ruptura total entre religião e os países, é que o dado religioso não é suprimido

das atividades públicas, havendo, assim, uma colaboração direta ou indireta das religiões no desenvolvimento dos próprios princípios laicos definidos na carta magna destes Estados, ou seja, mesmo sem uma religião oficial, um país genuinamente laico não precisa e nem deve “eliminar” o dado religioso da esfera pública para que o país continue sendo laico e livre quanto às religiões.

O ser humano é o grande protagonista da ação do Estado, ou seja, é através do homem, muitas vezes eleito democraticamente, mediante representação popular, que são tomadas as decisões pelo Estado. Homem esse muitas vezes que é baseado em suas ações em elementos culturais e religiosos, devendo impor a impessoalidade em suas decisões.

A separação, portanto, não implica indiferença.

A neutralidade necessária vem determinar que o Estado respeite uma espécie de “livre mercado religioso”, com abertura ideológica, deixando e estimulando a construção de um arquétipo plural.

A realidade brasileira não destoa da história mundial. Religião e Estado sempre estiveram próximos.

A Igreja Católica, preponderantemente, está presente no desenvolvimento cultural, social, ético e moral desde o Descobrimento, destacando-se o primeiro ato público realizado: uma missa.

Justamente por tal trajetória que temos Estados com nomes vinculados à Igreja Católica, bem como diversos feriados, aprovados por lei, além de uma padroeira oficial.

Atualmente tem-se um crescimento e fortalecimento do grupo evangélico, o que, igualmente, vem gerando certa tensão religiosa, ainda que bem diversa daquela vista em outros países.

Desde a Constituição de 1934, o Brasil adota o regime de colaboração, no qual a regra é a separação, permitindo-se a colaboração por parte do Estado, aliada a um interesse público.

Nesse contexto, nas palavras de Casamasso (2006), a Constituição de 1934 é um divisor de águas na trajetória da laicidade brasileira, figurando o Estado como ator econômico e dinâmico agente social.

Sobre a laicidade, afirma Daniel Sarmiento (2010):

A laicidade estatal, que é adotada na maioria das democracias ocidentais contemporâneas, é um princípio que opera em duas direções. Por um lado, ela salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenções abusivas do Estado nas suas questões internas, concernentes a aspectos como os valores e doutrinas professados, a forma de cultuá-los, a sua organização institucional, os seus processos de tomada de decisões, a forma e o critério de seleção dos seus sacerdotes e membros. [...] Mas, do outro lado, a laicidade também protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa, impedindo todo o tipo de confusão entre o poder secular e democrático, em que estão investidas as autoridades públicas, e qualquer confissão religiosa, inclusive a majoritária.

A Constituição Federal de 1988, cidadã por natureza, desenvolve um modelo ainda mais plural, mediante a expressão admissão de diversas confissões religiosas, bem como diretrizes que acabam por afetar a liberdade religiosa, especialmente o postulado normativo da dignidade da pessoa humana e o próprio pluralismo político, visto que inegável a umbilical relação entre política e religião.

Formalmente ou informalmente, certo é que durante certo tempo, a par da separação constitucional, a Igreja Católica sempre pareceu possuir certa relação de privilégio perante o Estado, situação que vem mudando diante do crescimento e influência do segmento evangélico/protestante, especialmente em tempos de conservadorismo, no qual um e outro são frequentemente associados e, por que não, confundidos.

Esse “privilégio” outrora da Igreja Católica e atualmente atribuído ao segmento evangélico, nos obriga a distinguir a laicidade do laicismo. André Ramos Tavares (2016) assim diferencia:

o laicismo significa um juízo de valor negativo, pelo Estado, em relação às posturas de fé. Baseado, historicamente, no racionalismo e cientificismo, é hostil à liberdade de religião plena, às suas práticas amplas. A França, e seus episódios de intolerância religiosa, pode ser aqui lembrada como exemplo mais evidente de um Estado que, longe de permitir consagrar amplamente a liberdade de religião e o não comprometimento religioso do Estado, compromete-se ao contrário com uma postura de desvalorização da religião, tornando o Estado inimigo da religião, seja ela qual for. Já a laicidade, como neutralidade, significa a isenção acima referida.

Complementa Gaiotti Silva (2016):

A laicidade do Estado é um tema singular, uma vez que o povo que participa da constituição estatal possui no seu âmago uma relação íntima com a religião, quer seja professando a fé manifestada através do culto ou até mesmo na liberdade em não crer, porém, o fato que não se pode negar é que os elementos do cristianismo, sobretudo do catolicismo, estão presentes no Brasil, desde o descobrimento.

A par da questão cultural, como os feriados e cidades já mencionados, isso não significa que ocorra uma espécie de lesão ao Estado laico estabelecido constitucionalmente. A ninguém é conferida a habilidade de apagar sua história. São elementos enraizados.

A laicidade permite a convivência pacífica entre o sagrado e o civil, não reduzindo a religiosidade apenas à esfera privada, mas considerando que o homem é um ser social. Sendo assim, “proteger” as religiões é de certa forma

proteger o homem, destinatário da liberdade religiosa como um direito fundamental. Já o laicismo provoca aversão total às religiões nos Estados laicos, muitas vezes por meio de perseguições e privações de direito.

O Brasil, como visto, é um país laico, de forma que cabe ao Estado permitir e estimular o amplo exercício religioso, de caráter plural e aberto, não fomentando arbitrariedade ou intolerâncias, bem como medidas necessárias para a boa convivência, cabendo ainda aos dirigentes a necessária imparcialidade na condução da máquina pública.

São condutas positivas (o estímulo à liberdade e diversidade religiosa) e negativas (não estimular qualquer religião em demasia) que devem conviver de forma balanceada e harmônica.

É de se lembrar que a liberdade religiosa não é norma apenas existente na Constituição Federal de 1988, mas também na Declaração Universal dos Direitos Humanos, desde 1948, conforme prescrição dos arts. II e XVIII.

Segundo Casamasso (2006), a liberdade religiosa “compreende um arco de direitos e liberdades que abrange desde o direito de os indivíduos aceitarem ou rejeitarem livremente uma crença, até o direito de os fiéis formarem livremente associações religiosas”.

Não há dúvidas que a liberdade religiosa é um direito fundamental, estando, segundo Jorge Miranda (2012), no cerne dos direitos fundamentais, sendo uma tarefa do Estado, por meio do administrador e também do legislador, de garantir seu pleno exercício.

Assim, para o desenvolvimento integral do homem se faz necessária a garantia da liberdade, pois o torna mais digno, o enobrece, colaborando para o desenvolvimento de uma sociedade mais humana.

A laicidade de forma alguma significa que o Estado não deve permitir e/ou tolerar uma religião, ou reduzi-la à esfera privada, pois o direito à liberdade religiosa é independente se há ou não uma religião nacional.

A questão que se põe, na prática, são os limites do Estado no exercício do poder colaborativo, aliado ao interesse público, na forma residual disciplinada parcialmente pelo art. 19, inc. I, da Constituição Federal.

### **3. LAICIDADE E ESTADO COLABORATIVO: A CONCRETIZAÇÃO DO ART. 19, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Como apresentado anteriormente, há de um lado o Estado laico e a vedação aos Entes políticos de subvencionar igrejas e de manter com elas ou seus representantes relações de dependência ou aliança (art. 19, inc. I<sup>2</sup>, da Carta Magna) e de outro o dever estatal de promoção e proteção dos direitos culturais, apoio e incentivo a valorização e a difusão das manifestações culturais (art. 215<sup>3</sup>, § 1<sup>o4</sup>, da Carta da República). O conflito normativo apresentado é meramente aparente, conforme se demonstrará.

É importante reiterar que a própria Constituição, adotando o modelo colaborativo, faz uma ressalva a possibilidade de apoio por parte do poder público a eventos religiosos.

O Constituinte originário tomou a precaução de ressaltar a colaboração de interesse público, posto que a satisfação dos anseios e interesses da coletividade é justamente um dos grandes objetivos do Estado.

O próprio conceito de serviço público delimita essa busca pelo melhor atendimento ao interesse público, já que segundo Carvalho Filho (2013), “serviço público é toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados,

---

2 “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

3 “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.”

4 “§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.”

basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”.

Não se deve perder de vista que é dever constitucional do Estado garantir o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais, nos termos do art. 215.

Incumbe ainda ao Estado proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (art. 215, § 1º).

Além disso, o Plano Nacional de Cultura, estabelecido na forma da lei, deve conduzir, entre outras, a: “I – defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II – produção, promoção e difusão de bens culturais; III – valorização da diversidade étnica e regional” (art. 215, 3º).

É de se verificar que muitas vezes aquilo que é cultura também é religião, visto que o dado histórico nos mostra que a religião atuou na formação do cidadão brasileiro.

Defende-se ser perfeitamente compatível com a ordem constitucional o auxílio, a promoção e a proteção de manifestação religiosa, desde que feita de forma não discriminatória ou privilegiada a de uma em detrimento de outra e que a despesa pública seja razoável e sujeita a um rigoroso controle de contas.

Nesse contexto, abordando o art. 19, inc. I, da Constituição Federal já se manifestou o Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADPF 54, nas palavras do ministro Marco Aurélio em julgamento realizado em abril de 2012:

A laicidade do Estado não significa, por certo, inimizade com a fé. Não impede a colaboração com confissões religiosas, para o interesse público (CF, art. 19, I). A sistemática constitucional acolhe, mesmo expressamente, medidas de ação conjunta dos Poderes Públicos com denominações religiosas e reconhece como oficiais certos atos praticados no âmbito de cultos religiosos, como é o caso da extensão de efeitos civis ao casamento religioso.

Igualmente, sob o viés prático, defende-se que o auxílio, no contexto colaborativo, deverá ser pautado por um juízo de discricionariedade limitada que precisa observar sempre a relação de custo/benefício para a população, assegurando que sejam realizados investimentos financeiros proporcionais ao interesse público, impossibilitando o favorecimento a uma religião específica em detrimento a outras e respeitando o Estado laico.

Acerca do interesse público, nos parece que é a realidade local que será determinante para configurá-lo, podendo ocorrer resumidamente de duas formas.

Primeiramente, deve-se verificar o que seria o interesse público, expressão que envolve conceito jurídico indeterminado.

A expressão *interesse público*, muito embora seja vastamente utilizada pela administração pública, pela jurisprudência e pela doutrina, nem sempre é empregada com o mesmo sentido, pois que é ao mesmo tempo fundamento e limite para a atuação colaborativa que se pretende.

Segundo Bandeira de Mello (2009), o interesse público não é algo autônomo, apartado do interesse dos indivíduos. Atua, na verdade, como um interesse coletivo dos indivíduos, que o reconhece como sua própria vontade e querer, traduzindo valoração positiva.

Em outras palavras, o indivíduo entende aquele determinado ato como de seu interesse, bom para a coletividade em geral, a par de alguma singularidade.

Não é, portanto, o interesse do Estado em si, mas sim daqueles que o formam, dentro de um senso comum, que encontra seu significado dentro do direito positivo.

Acerca do direito positivo, cumpre frisar, que o próprio art. 19, inc. I, da Constituição Federal remete aos termos da lei, ou seja, é a lei que definirá que interesse público é esse, não deixando claro se haveria necessidade de uma lei específica ou não.

É possível, na verdade, que se entenda direito positivo como aspecto de juridicidade.

Assim, a primeira hipótese de se vislumbrar um interesse público concreto na realidade local decorre do aspecto histórico-cultural, a medida que determinado evento religioso pode estar diretamente ligado às características da localidade.

Como exemplo, pode-se citar os padroeiros de determinada cidade, como ocorre com a própria padroeira do Brasil, que possui uma cidade de nome similar, bem como Municípios conhecidos, como o Rio de Janeiro, que a cada 20 de janeiro realiza festividades para São Sebastião, que é, por lei, feriado municipal.

No mesmo sentido, o candomblé, como ocorre na Bahia, é marca cultural daquele Estado, sendo evidente o interesse público na sua promoção.

Veja-se que a própria lei, decorrente de processo legislativo hígido, já pode caracterizar um interesse público local ao prever um feriado ou simplesmente a incluindo em calendário oficial.

Por evidente, o interesse público deve ser verificado caso a caso, especialmente em face da grande inflação legislativa que se observa nas Câmaras Municipais dos mais de 5 mil Municípios brasileiros.

Como se verá mais a frente, é justamente a amplitude desse interesse público que pode configurar eventual inconstitucionalidade, quando o viés colaborativo, na prática, ultrapassa a mera colaboração.

O segundo viés do interesse público a ser demonstrado com possibilidade de colaboração é a realização de eventos pontuais, que pelas características configurem certo interesse público, especialmente pelo estímulo à rede hoteleira e turística.

Exemplo de tal situação foi a realização da Jornada Mundial da Juventude realizada em meados de 2013.

Nada obstante ter sido realizada de forma concentrada no Município do Rio de Janeiro, o Município de Niterói, vizinho, superou sua expectativa de receber 60 mil pessoas, vindo a contabilizar número final de 70 mil pessoas, as

quais, inegavelmente, geraram interesse econômico, social e de lazer, trazendo justificativas para a colaboração realizada com o evento religioso.

A religião cria vínculos, havendo pessoas, além de simples missionários, que acompanham a realização de grandes eventos, tornando atrativa a colaboração por parte do poder público, ainda que vislumbrando efeitos outros, como o econômico, do que a mera promoção religiosa, a qual, por evidente, é estimulada, mesmo que indiretamente.

Vislumbra-se, portanto, que o interesse público pode ocorrer tanto no interesse direto, decorrente das relações locais, bem como de forma indireta, a fim de promover determinado evento não pela questão religiosa tão somente, mas por entender que o estímulo ao evento é interessante ao interesse público geral.

Outro aspecto que deve ser considerado é a forma do exercício da pretendida colaboração, a fim de que não assuma papel de protagonismo, a ponto de afrontar a vedação constitucional.

Como visto, a colaboração é medida de exceção, sendo, como regra, vedada a subvenção ou qualquer relação de dependência ou aliança.

É comum que o Ente público figure como apoiador, sequer atuando como organizador ou patrocinador, atuando de forma a auxiliar na realização dos eventos, mediante auxílio com limpeza, organização de trânsito com disponibilização de mais agentes, disponibilização de guardas municipais, entre outras atuações em caráter acessório.

Em outro giro, é igualmente comum, e objeto de certos questionamentos, a atuação que venha a realizar os eventos de forma direta, mediante dispêndio financeiro, com entrega de bens, contratações de artistas, fornecimento de materiais e afins, especialmente em razão da forma jurídica normalmente adotada, qual seja, a de convênio.

O art. 19, inc. I, não é expreso, deixando lacuna sobre a possibilidade ou não da cooperação possibilitar ou não a utilização de recursos financeiros de forma direta, cabendo, a nosso ver, exame do caso concreto, utilizando-se mecanismos de interpretação, especialmente razoabilidade e proporcionalidade.

de, recomendando-se, como dito, a maior transparência possível na divulgação dos recursos públicos, bem como proteger ou favorecer determinada religião.

Ao se destacar a razoabilidade e proporcionalidade, deve-se socorrer das lições de Robert Alexy (2011), segundo o qual há a possibilidade, ainda que aparente, de colisão entre direitos fundamentais, sendo, por vezes, necessária a realização de ponderações, quando, inevitavelmente, pode ocorrer uma análise do direito frente a moral.

#### **4. COLABORAÇÃO EM EVENTOS RELIGIOSOS E O EXAME PELO PODER JUDICIÁRIO**

Decerto que a mera análise do texto constitucional não é, por si só, suficiente para resolver a questão. Para tanto, torna-se interessante a análise de como a questão foi debatida e analisada em discussões judiciais.

Se não há certeza absoluta quanto à matéria, mesmo porque casuística por natureza, é possível, mediante a análise de precedentes, a fim traçar um panorama da questão.

Cumprido destacar que é de relevo analisar precedentes judiciais não apenas que foquem diretamente na questão central de colaboração em eventos religiosos, mas outros, correlatos, nos quais é possível extrair um pronunciamento acerca da liberdade religiosa e laicidade estabelecida pela Constituição Federal.

O primeiro exemplo decorre do julgamento acerca da Lei Distrital 4.876/2012, que dispunha sobre determinadas formas de colaboração do Distrito Federal. Destaque-se a integralidade do diploma legislativo objeto de questionamento para que se possa aferir qual a efetiva disposição das normas, especialmente por ser a própria Constituição Federal que se refere “aos termos da lei”:

## LEI Nº 4.876, DE 9 DE JULHO DE 2012

(Autoria do Projeto: Poder Executivo)

Dispõe sobre a colaboração de interesse público do Distrito Federal com entidades religiosas prevista no art. 18, I, da Lei Orgânica do Distrito Federal.

O GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL,

Faço saber que a Câmara Legislativa do Distrito Federal decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A colaboração de interesse público com instituições religiosas para realização de eventos rege-se por esta Lei.

§ 1º A colaboração de que trata este artigo independe de crença, culto, seita, confissão religiosa ou qualquer outra forma de organização a que pertença a instituição religiosa.

§ 2º Não se subordina ao regime desta Lei a colaboração de interesse público do Distrito Federal com instituição religiosa para auxiliar as áreas de assistência social, saúde ou educação, regida pela legislação própria.

§ 3º Para os fins desta Lei, a colaboração de interesse público para realização de eventos deverá ser feita preferencialmente com aqueles incluídos no calendário oficial de eventos do Distrito Federal.

Art. 2º O Poder Público, por seus órgãos ou entidades, fica autorizado a assumir com as instituições religiosas, em relação aos eventos, as seguintes obrigações:

I – organizar o trânsito e a segurança;

II – fornecer infraestrutura e equipamentos; (Inciso declarado inconstitucional: ADI nº 2012 00 2 017245-5 – TJDF, Diário de Justiça de 19/8/2013.)

III – dar suporte para a prestação de serviços artísticos e culturais; (Inciso declarado inconstitucional: ADI nº 2012 00 2 017245-5 – TJDF, Diário de Justiça de 19/8/2013.)

IV – fornecer acomodação e refeição. (Inciso declarado inconstitucional: ADI nº 2012 00 2 017245-5 – TJDF, Diário de Justiça de 19/8/2013.)

Art. 3º As obrigações do Poder Público, previstas no art. 2º, podem ser assumidas na forma de: (Artigo declarado inconstitucional: ADI nº 2012 00 2 017245-5 – TJDF, Diário de Justiça de 19/8/2013.)

I – fornecimento de bens ou prestação de serviços, diretamente ou por empresa contratada;

II – repasse, mediante convênio, de recursos públicos.

Art. 4º Na colaboração com instituição religiosa, é proibido ao Poder Público:

I – fazer repasse de recursos a título de subvenção social;

II – assumir qualquer obrigação para viabilizar:

a) custeio de despesas de manutenção, aquisição ou reparo de bens, construção ou reforma de prédio;

b) promoção, publicidade ou propaganda de crença religiosa;

c) fornecimento de vestuário, brinde ou qualquer outro bem para distribuição gratuita ou para venda aos participantes do evento.

Parágrafo único. Fica ressalvado do disposto no inciso II, a, o custeio de despesas de conservação, reparo ou reforma de bens do patrimônio artístico e cultural do Distrito Federal, assim declarado na forma da legislação específica.

(Parágrafo declarado inconstitucional: ADI no 2012 00 2 017245-5 – TJDFT, Diário de Justiça de 19/8/2013.)

Art. 5º O uso de local aberto ao público para a realização de evento artístico ou cultural promovido por instituição religiosa independe de autorização, devendo a instituição avisar ao órgão ou à entidade competente, com antecedência mínima de cinco dias úteis.

Art. 6º O uso de prédio público para realização de evento artístico ou cultural promovido por instituição religiosa depende de autorização do órgão ou da entidade responsável.

Art. 7º A prestação de serviços de trânsito e de segurança pública rege-se pelas normas do órgão ou da entidade responsável pelo serviço.

Art. 8º O Poder Público pode contratar empresa especializada, mediante licitação, para cumprir as obrigações de que trata o art. 2º, II, III e IV. (Artigo declarado inconstitucional: ADI nº 2012 00 2 017245-5 – TJDFT, Diário de Justiça de 19/8/2013.)

Parágrafo único. O contrato de que trata este artigo deve prever os itens rotineiramente usados em eventos artísticos ou culturais promovidos por instituição religiosa, passíveis de apoio do Poder Público.

Art. 9º O fornecimento de bens ou a prestação de serviços de que tratam os arts. 6º, 7º e 8º devem ser requeridos pela instituição religiosa com antecedência mínima de trinta dias da realização do evento. (Artigo declarado inconstitucional: ADI no 2012 00 2 017245-5 – TJDF, Diário de Justiça de 19/8/2013.)

§ 1º O requerimento deve conter:

I – demonstração do interesse público e relevância artística ou cultural do evento;

II – elementos e informações necessários à avaliação do evento e de sua relevância para o Distrito Federal ou para a Região Administrativa onde se realiza;

III – compromisso de devolver o bem nas mesmas condições em que foi recebido.

§ 2º Será indeferido, no todo ou em parte, o requerimento que contrariar disposição desta Lei.

Art. 10. O repasse de recursos para instituição religiosa é feito mediante convênio, observadas as disposições desta Lei e de seu regulamento, da lei que trata de licitações e contratos e da legislação orçamentária. (Artigo declarado inconstitucional: ADI nº 2012 00 2 017245-5 – TJDF, Diário de Justiça de 19/8/2013.)

§ 1º Para celebrar convênio com o Distrito Federal, a instituição religiosa deve comprovar:

I – regularidade fiscal com o Distrito Federal, com a Seguridade Social e com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço;

II – inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.

§ 2º Nos processos em andamento, se a concessão e o recebimento dos recursos tiverem observado rigorosamente as normas então vigentes, os contratos e os convênios firmados cuja execução não tenha acarretado lesão ao interesse público, prejuízo a terceiros, nem vícios insanáveis, podem ter seus atos convalidados pela própria Administração.

Art. 11. O órgão ou a entidade responsável deve comunicar à Secretaria de Estado de Transparência e Controle, com antecedência mínima de cinco dias úteis, a data e o local da realização de evento com o qual colabore.

Art. 12. O regulamento que disciplina o repasse de recursos para instituição religiosa mediante convênio deve prever: (Artigo de-

clarado inconstitucional: ADI nº 2012 00 2017245-5 – TJDFT, Diário de Justiça de 19/8/2013.)

I – os requisitos para a celebração do convênio, as cláusulas essenciais de sua lavratura e as condições para sua execução;

II – a prestação de contas pela instituição religiosa;

III – os critérios de fiscalização e acompanhamento.

Parágrafo único. O Poder Executivo tem o prazo de sessenta dias, contados da publicação desta Lei, para a regulamentação de que trata este artigo.

Art. 13. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Art.

14. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 9 de julho de 2012 124º da República e 53o de Brasília

AGNELO QUEIROZ

Por ocasião do julgamento do processo 2012002017245-5, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) entendeu que dispositivos da mencionada lei ultrapassavam o mero aspecto colaborativo, especialmente ao não prever a necessidade de contratação de licitação ao possibilitar fornecimento de infraestrutura e repasse de valores.

Do alcance do julgado, especialmente algumas normas de caráter mais genérico, é possível indagar se o TJDFT não excedeu seu poder de apreciar a constitucionalidade em si da norma, adentrando em aspectos da discricionariedade do próprio administrador público, haja vista que eleito democraticamente para tal.

Como consabido, o Poder Judiciário tem natureza contramajoritária, tendo sua atuação, por regra, limitação na própria natureza de sua investidura, sendo prática de boa convivência respeitar o limite discricionário dos demais poderes.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao analisar o repasse de valores pelo Município de Santa Bárbara d'Oeste, entendeu que não estariam presentes o interesse público e o viés colaborativo no auxílio, mediante repasse financeiro, vinculado ao evento *Marcha para Jesus*, de caráter evangélico.

Para melhor entendimento, segue a ementa do acórdão do Processo 0011832-03.2011.8.26.0533:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Santa Barbara D'oeste. Realização de evento religioso denominado Marcha para Jesus. CF, art. 19, I. 1. Evento. Natureza. O evento Marcha para Jesus é promovido em conjunto com as Igrejas Evangélicas e tem caráter eminentemente religioso, conforme se extrai da LM nº 3.136/09 e outras informações juntadas aos autos e obtidas na página eletrônica oficial do evento. 2. Poder Público. Participação. O art. 19, inciso I da Constituição Federal veda a subvenção de cultos religiosos e igrejas, não importando se está se dará de forma contínua ou se resumirá em apenas um evento. Hipótese que não se enquadra na concepção de colaboração por interesse público, que pressupõe o exercício de uma atividade considerada útil pelo Estado para alcançar um fim pretendido pela coletividade, sem relação com a crença religiosa preconizada pela instituição. 3. Multa. Os artigos 287, 644 e 645 do CPC não excluem a Fazenda Pública do pagamento da multa pela inexecução da obrigação de fazer. Cabe ao administrador, em isso ocorrendo, adotar as providências administrativas, judiciais e criminais contra o servidor faltoso que a elas deu causa. Procedência. Recurso do Município a que se nega provimento.

Verifica-se, seja na realização do controle abstrato de constitucionalidade, seja na apreciação do caso concreto, posicionamentos mais restritivos dos tribunais citados. No mesmo sentido, é comum que órgãos do Ministério Público emitam recomendações aos agentes públicos orientando a não execução de certos atos, por entender que excedem o caráter colaborativo, inclusive alertando acerca da possibilidade de configuração de improbidade administrativa.

Todavia, tal posição não é consolidada, havendo embasamento suficiente em sentido contrário.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao analisar questão relativa à já citada Jornada Mundial da Juventude (JMJ), realizada no Rio de Janeiro, entendeu de forma diversa, mesmo diante de vultosa quantia investida.

Nesse sentido, veja-se a ementa de acórdão exarado pela Primeira Câmara Cível nos autos da Apelação nº 0021543-66.2014.8.19.0001, de Relatoria do Desembargador Camilo Ribeiro Ruliere, julgado em 25/08/2015, com publicação em 27/08/2015:

Constitucional – Administrativo – Ação Civil Pública por improbidade administrativa – Causa petendi que decorre do emprego de verbas públicas nos eventos de natureza religiosa, denominados “Jornada Mundial da Juventude” e “Semana Religiosa/Cultural na Cidade de Madri”, em 2011. Sustenta o autor a impossibilidade de subvenção a qualquer evento religioso - Pleito de indisponibilidade dos bens dos réus; invalidação do contrato firmado entre a RIOTUR e a Mitra Arquiepiscopal do Rio de Janeiro; condenação ao ressarcimento do dano; e aplicação das cominações previstas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92. Dispendio de dinheiro público na modalidade de subvenção não demonstrado – Incentivo visando realizar evento internacional de grande porte que, ainda que possua caráter religioso, representa o fomento do turismo não só no Estado ou no Município do Rio de Janeiro, mas em todo o Brasil. Inegável interesse público, diante do incremento do turismo interno e externo, e do expressivo impacto econômico gerado, considerando que de acordo com os números do Ministério do Turismo, foram injetados R\$1,8 bilhões pelos turistas no País. Atos praticados que não implicam improbidade administrativa – Legalidade e interesse público não ofendidos – Danos ao erário não caracterizados Elementos subjetivos que não estão evidenciados. Aporte de capital para o fomento do evento que se justifica, diante dos inegáveis benefícios econômicos gerados principalmente para a Cidade do Rio de Janeiro, com aumento de arrecadação de tributos, geração de empregos, e incremento do turismo e do consumo. Ausência de violação à vedação de subvencionamento de eventos religiosos, ao direito a liberdade de credo, ao princípio

do Estado Laico, ou a qualquer princípio basilar da Administração Pública. Aplicação do artigo 19, inciso I, in fine e do artigo 180, ambos da Constituição Federal - Inexiste adequação típica das condutas dos réus às normas insculpidas nos artigos 10º e 1º da Lei nº 8.429/92, de modo que não incidem as penas do artigo 12, da referida Lei - Manutenção da Sentença proferida com base no artigo 17, parágrafo 8º da Lei nº 8.429/92 Desprovemento da Apelação. (TJ-RJ - APL: 00215436620148190001 RJ 0021543-66.2014.8.19.0001, Relator: DES. CAMILO RIBEIRO RULIERE, Data de Julgamento: 25/08/2015, PRIMEIRA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 27/08/2015 00:00)

O entendimento foi no sentido de que a celebração cultural pode ultrapassar a questão religiosa, sendo a realização do evento relevante para toda a população por motivos de natureza religiosa, econômica, social, cultural ou por simples lazer.

Outra questão que igualmente chama atenção, também oriunda do Rio de Janeiro, refere-se à construção de uma igreja por parte do Município do Rio de Janeiro.

Naquela oportunidade, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que a situação, mediante investimento de R\$ 150 mil para construção de um templo em homenagem à São Jorge não configura ato de improbidade administrativa, seja por ausente o dolo, seja porque o valor, perante o orçamento do Município, não era significativo.

Veja-se o julgado, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Mais Filho, julgado pela Primeira Turma em 2015:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONSTRUÇÃO DA IGREJA DE SÃO JORGE, EM SANTA CRUZ, BAIRRO DA PERIFERIA DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ. INDISPENSABILIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO DO AGENTE, PARA CONFIGU-

RAR-SE IMPROBIDADE, NOS CASOS DO ART. 11 DA LEI 8.429/92. CARÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO PROBATÓRIA CONSISTENTE, DE MODO A SUPOSTAR JUÍZO CONDENATÓRIO QUANTO ÀS IMPUTAÇÕES DE ENRIQUECIMENTO LÍCITO, DANO AO ERÁRIO E CONDUTA DOLOSA DO AGENTE. RECURSOS ESPECIAIS AOS QUAIS SE DÁ PROVIMENTO.

1. O Tribunal a quo não demonstrou a presença do indispensável elemento subjetivo do agente na prática do ato que lhe foi imputado

como ímprobo; pelo contrário, malgrado o acórdão recorrido mantivesse a condenação dos recorrentes por improbidade administrativa capitulada no art. 11 da Lei 8.429/92, tal como a sentença condenatória, assentou o elemento subjetivo do agente perpetrado no dolo genérico, por se entender que a aplicação de recursos públicos em obras e eventos religiosos viola a **laicidade** estatal.

2. Esta orientação não tem o abono jurisprudencial do STJ, que exige a comprovação do dolo como elemento da conduta, para submeter legitimamente o infrator às iras do art. 11 da Lei 8.429/92; precedentes: REsp. 1.478.274/MT, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe

31/3/2015; AgRg no REsp. 1.191.261/RJ, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 25/11/2011; o dolo deve ser verificado na conduta, na

maquinação, na maldade, na malícia do agente, sendo isso o que deve ser demonstrado e o que não foi, no caso em apreço.

3. Ademais, o ato havido por ímprobo deve ser administrativamente relevante, sendo de se aplicar, na sua compreensão, o conhecido princípio da insignificância, de notável préstimo no Direito Penal moderno, a indicar a inaplicação de sanção criminal punitiva ao agente, quando o efeito do ato agressor é de importância mínima ou irrelevante, constituindo a chamada bagatela penal: de minimis non curat Praetor, neste caso, trata-se de contribuição do Município do Rio de Janeiro para construção de uma pequena igreja dedicada à devoção de São Jorge, na periferia da Cidade do Rio de Janeiro, no valor de R\$ 150.000,00.

4. Recursos Especiais de CÉSAR EPITÁCIO MAIA e STÚDIO G. CONSTRUTORA LTDA, aos quais se dá provimento para afastar suas condenações por improbidade administrativa. Resp 1536895/RJ – Primeira Turma – 15.12.2015 – Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho

Em que pese o supracitado entendimento, há, a nosso ver, dada a peculiaridade do caso, que se destacar três aspectos.

O primeiro é que não cabe ao Superior Tribunal de Justiça o exame da questão constitucional em si, ou seja, o real alcance da interpretação do art. 19; o segundo é que o resultado de julgamento não engloba a possibilidade de financiamento (subvenção) em si, mas sim a existência ou não de dolo; o terceiro é que se trata de um precedente único, de figura política conhecida, o que não permite afirmar que se trata de uma posição jurisprudencial consolidada, podendo conter elemento político no julgamento.

Certo é que a jurisprudência ainda não possui unidade na matéria, muitas vezes ficando limitada pela análise de fatos e provas do caso concreto.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A separação entre Igreja e Estado é tema tormentoso ao longo da história. Se de um lado, por vezes, a Igreja se confundiu com o próprio Estado, há certo tempo defende-se a separação, quase que por completo.

Diz-se quase por completo em razão do Brasil não ter adotado o modelo de separação absoluta, admitindo a colaboração do Estado em determinados eventos.

Esta colaboração possui o requisito do interesse público, o qual deve ser previsto em lei.

Contudo, por se tratar de diversos conceitos jurídicos indeterminados, não é possível traçar um aspecto objetivo da questão, não havendo sequer posição de unicidade no tratamento da matéria pelos Tribunais.

Igualmente há que se assumir, não obstante a impossibilidade de privilégio a uma ou outra religião, que há pelo aspecto histórico e cultural, certa preponderância da Igreja Católica nas vinculações a tais questões colaborativas.

Não há como ignorar não apenas o fato da importância da Igreja Católica na história nacional, mas especialmente pelas marcas deixadas, seja no nome de cidades, seja na existência de diversas datas oficiais vinculadas a personagens da Igreja Católica.

Aos governantes, cabe a administração com lisura e imparcialidade.

Entretanto, o momento atualmente vivido, no qual já é possível evidenciar grande crescimento do grupo evangélico, inclusive assumindo posições diversas no Legislativo e Executivo, demanda certo cuidado, haja vista a possibilidade de surgimento de rivalidades e desvio de finalidade na prática de certos atos, seja para proteger ou mesmo perseguir certa religião.

Entendemos como possível a colaboração mesmo com caráter financeiro, desde que com a devida modicidade, de forma clara e transparente, especialmente quando vinculada à realidade local, isto é, quando determinado evento seja não apenas manifestação religiosa, mas também cultural de certa localidade.

Entretanto, o limite é muito tênue, quase invisível entre a possibilidade e a impossibilidade, de forma que é dever do Poder Judiciário ter a mesma cautela que detém, ou deveria ter, o agente público na prática do ato colaborativo.

## REFERÊNCIAS

ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade Religiosa e o Estado*. Coimbra: Almedina, 2002 .

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: O longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

CASAMASSO, Marco Aurélio Lagreca. *Política e Religião: O Estado Laico e a Liberdade Religiosa à luz do Constitucionalismo Brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. *In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Cláudio Ari. Método jurídico e verdade moral no constitucionalismo discursivo de Robert Alexy. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, a. 8, n. 30, p. 715-751, set./dez. 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. Tomo IV, 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2018.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. *In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Ricardo Gaiotti. A liberdade religiosa e o princípio da colaboração entre os Estados e as religiões. *Revista Brasileira de Advocacia Pública – RBAP*, Belo Horizonte, a. 2, n. 2, p. 235-256, jan./jun. 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: o problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais. *Interesse Público – IP*, Porto Alegre, a. 6, n. 28, p. 29-42, nov./dez. 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

# ATIVOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA: A ANTIJURIDICIDADE DA TRANSFERÊNCIA DOS ATIVOS (E DO SERVIÇO) AOS MUNICÍPIOS E O DIREITO À LUZ NO ESPAÇO PÚBLICO DAS CIDADES

Mártin Haebelin<sup>5</sup>

Alexandre Curvelo<sup>6</sup>

Alexandre Pasqualini<sup>7</sup>

**RESUMO:** Uma resolução normativa determinou a transferência dos ativos e do serviço de iluminação pública aos Municípios, gerando preocupação sobre o direito à luz nos espaços públicos das cidades, considerando

---

5 Doutor em Direito (PUCRS). Mestre em Direito do Estado (PUCRS). Pós-doutorado em andamento em Economia (UFRGS), com bolsa da Capes (Processo n. 23038.004864/2015-63). Pesquisador visitante do Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Professor na Graduação em Direito e no Mestrado em Direitos Humanos da UniRitter. Advogado.

6 Pós-Doutorado em Direito (Universidade de Heidelberg). Doutor em Direito (PUCRS). Mestre em Direito do Estado (PUCRS). Professor de Direito Administrativo (Escola Superior da Advocacia). Advogado.

7 Mestre em Direito do Estado (PUCRS). 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.

a falta de recursos financeiros, pessoais e técnicos dos Entes municipais. De acordo com pesquisa recentemente realizada por instituição de defesa de interesses municipalistas em âmbito nacional, diversos Municípios não realizaram a transferência e seus representantes desconhecem suas consequências. O objetivo do presente artigo é abordar dois problemas: a juridicidade da transferência e a possibilidade de os Municípios prestarem o serviço. Os métodos de abordagem utilizados foram os indutivos e os dedutivos (na medida em que se entende que o sistema não pode ser analisado tão somente partindo-se do arcabouço normativo) e os métodos de interpretação o normativo-estruturante (na busca de resolução do primeiro problema) e sistemático (na busca de resolução do segundo problema). Ao fim, conclui-se que, embora a transferência seja inconstitucional e ilegal por diversas razões, é possível, em interpretação conforme, salvar sua juridicidade, desde que transformada a obrigatoriedade da resolução em uma faculdade, com concordância do Ente municipal.

## 1. INTRODUÇÃO

A Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), por meio da Resolução Normativa 414, de 9 de setembro de 2010, reformulou as condições gerais sobre o fornecimento de energia elétrica, determinando, em seu art. 218 (já considerando a redação alterada pelas posteriores Resoluções Normativas 479/2012 e 587/2013), que as concessionárias distribuidoras de energia elétrica seriam obrigadas a transferir o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço (AIS) à pessoa jurídica de direito público competente até o prazo-limite do dia 31 de dezembro de 2014. Em leitura combinada com o art. 21 do ato normativo, isso significa que as concessionárias deveriam transferir esses ativos (luminárias, lâmpadas, relés, reatores, etc.) aos Municípios de suas respectivas localidades.

A modificação da responsabilidade em relação aos ativos de iluminação pública foi recebida com preocupação pelos representantes dos Municí-

pios e por entidades municipalistas. Diante do público e notório combalimento das finanças públicas (especialmente as municipais), a transferência resultava, real ou potencialmente: na retirada de verbas de outras áreas prioritárias (como saúde, educação e segurança); no repasse de encargos ao consumidor; ou, mesmo, em problemas na prestação do próprio serviço de iluminação pública, considerando a inexistência, na maior parte dos Municípios, de infraestrutura e de recursos humanos e técnicos adequados para essa atividade. Houve certa consternação também quanto à possibilidade de eventuais configurações de improbidade administrativa de agentes públicos municipais que não realizassem a transferência, ainda que por força dessas referidas impossibilidades fáticas.

Diante de tal cenário, o presente artigo aborda dois problemas relacionados à temática dos ativos e de sua transferência, quais sejam: i) a juridicidade da transferência de ativos de iluminação pública na forma de uma obrigação aos Municípios; e ii) no caso da transferência ser antijurídica (inconstitucional e/ou ilegal), a possibilidade de os Municípios prestarem esse serviço, considerando que diversos deles, conforme pesquisas citadas abaixo, já receberam, por transferência, os ativos.

Enfrentamos esses problemas em plano de trabalho que se inicia com uma abordagem introdutória sobre os ativos e sobre o serviço de iluminação pública, considerando o panorama fático de sua transferência aos Municípios – incluindo a divulgação de uma pesquisa inédita sobre o tema, realizada pela Confederação Nacional de Municípios. Após, pontuamos aspectos jurídicos relacionados à transferência dos ativos de iluminação pública, voltados à disciplina jurídico-normativa dos bens públicos, à repartição constitucional das competências administrativas e ao princípio da reserva legal. Como exposto desde o início do texto, a questão dos ativos interliga-se àquela do serviço propriamente dito. Assim considerando, na última parte do texto, abordamos os aspectos jurídicos relacionados à transferência do serviço, considerando o princípio da subsidiariedade, o mandamento de prestação “adequada” dos serviços pú-

blicos e aspectos contratuais da questão, notadamente aquele relativo à regra da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos públicos.

Com tal plano de trabalho, buscamos a resolução daqueles dois problemas levantados, o que significa a resolução, com bases teóricas sólidas, no plano doutrinário, normativo e jurisprudencial, de uma relevante questão prática enfrentada atualmente pelos mais de 5 mil Municípios brasileiros.

## **2. ILUMINAÇÃO PÚBLICA: OS ATIVOS, O SERVIÇO E O PANORAMA FÁTICO DE SUA TRANSFERÊNCIA AOS MUNICÍPIOS**

### **2.1. O histórico da transferência e o panorama fático atual**

As condições gerais de fornecimento de energia elétrica são historicamente disciplinadas pelos órgãos do governo federal responsáveis pela estrutura e pelo sistema de abastecimento da energia elétrica à sociedade, assim ocorrendo desde a edição da Portaria 345, de 27 de março de 1957, pelo Ministério da Agricultura. Após, também por meio de portaria, coube ao Departamento Nacional de Produção Mineral, ao Ministério das Minas e Energia e ao Departamento de Águas e Energia Elétrica, respectivamente, estabelecer normativas regulatórias, até que, em 29 de novembro de 2000, coube à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), agência atualmente responsável pelo sistema, editar sua primeira resolução de condições gerais (a Resolução Aneel 456).

Por interesse das “Concessionárias de Distribuição de Energia Elétrica e Consumidores”, instaurou-se, na referida agência reguladora, o processo 48500.002402/2007-19, o qual teve por objeto uma revisão daquela Resolução Aneel 456. Após a realização de audiências (para público interno, em 2007, e pública, em 2008) e de consulta pública (em 2009), foi elaborada uma minuta final, publicada posteriormente na forma da Resolução Normativa 414, em 9 de setembro de 2010.

Essa resolução normativa, entre outras diversas questões, editou, em seus arts. 21 a 26, normas sobre a iluminação pública. Mais especificamente, já considerando a redação do art. 21 alterada pela posterior Resolução Normativa 479, de 3 de abril de 2012, prescreveu como de responsabilidade do Ente municipal (em exercício direto ou por sua delegação) as atividades relacionadas às instalações de iluminação pública. Já em seu art. 218, também alterado em sua redação original, promoveu a transferência de ativos de iluminação pública, o que a resolução normativa fez com a seguinte redação:

Art. 218. A distribuidora deve transferir o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS à pessoa jurídica de direito público competente.

§ 1º A transferência à pessoa jurídica de direito público competente deve ser realizada sem ônus, observados os procedimentos técnicos e contábeis para a transferência estabelecidos em resolução específica.

§ 2º Até que as instalações de iluminação pública sejam transferidas, devem ser observadas as seguintes condições:

I - O ponto de entrega se situará no bulbo da lâmpada;

II – A distribuidora é responsável apenas pela execução e custeio dos serviços de operação e manutenção; e

III - a tarifa aplicável ao fornecimento de energia elétrica para iluminação pública é a tarifa B4b.

§ 3º A distribuidora deve atender às solicitações da pessoa jurídica de direito público competente quanto ao estabelecimento de cronograma para transferência dos ativos, desde que observado o prazo limite de 31 de dezembro de 2014.

A transferência de ativos de iluminação pública provocada pela resolução normativa da Aneel é uma modificação crucial dentro de um sistema maior que inclui a geração, a transmissão e a distribuição de energia e, nesta, o fornecimento de energia não apenas diretamente para os consumidores, mas para os usuários do sistema também no espaço público, como em logradouros e praças.

Por sua relevância, a questão foi objeto de inúmeros debates, em um ambiente de intensa discussão sobre os possíveis efeitos práticos dessa transferência.

Esses efeitos práticos ainda não são de todo conhecidos, pela atualidade do tema, considerando que a obrigação do recebimento dos ativos tinha a data-limite de 31 de dezembro 2014.

Conforme balanço divulgado pela Aneel, em 6 de novembro de 2014, dos 5.568 Municípios brasileiros, a transferência não havia ocorrido em 1.809 Municípios, cerca de 32% do total<sup>8</sup>.

No ano de 2015, a Confederação Nacional de Municípios realizou pesquisa com 2.578 Municípios, em que identificou que 30,4% deles ainda não havia recebido os ativos. A pesquisa inédita (cuja autorização recebemos para publicar, pioneiramente, no presente texto), mostrou que, entre os entrevistados, 83,5% disse ter ciência do impacto que isso representou às contas do Município, em que pese apenas 16,3% tenha tomado alguma medida contra a transferência. Os dados completos podem ser visualizados nas representações gráficas abaixo, produzidas exclusivamente por aquela entidade:

---

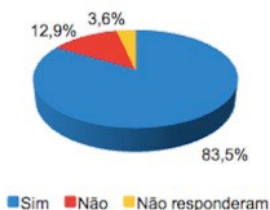
8 Disponível em: [http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/noticias/Output\\_Noticias.cfm?Identidade=8218&id\\_área=90](http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/noticias/Output_Noticias.cfm?Identidade=8218&id_área=90). Acesso em: 27 dez. 2016.

## Total de Municípios Pesquisados: 2578

A concessionária de energia elétrica já transferiu os ativos de iluminação pública ao Município?



O Município tem ciência do impacto que isso representou às contas (ou infraestrutura) do Município, bem como eventuais reclamações relacionadas à transferência?



1. A concessionária de energia elétrica já transferiu os ativos de iluminação pública ao Município?

Sim	1.758	68,2%
Não	785	30,4%
Não responderam	35	1,4%
<b>Total</b>	<b>2.578</b>	<b>100,0%</b>

## Se a questão 1 for "Sim"

1.1. O Município tem ciência do impacto que isso representou às contas (ou infraestrutura) do Município, bem como eventuais reclamações relacionadas à transferência?

Sim	1.468	83,5%
Não	227	12,9%
Não responderam	63	3,6%
<b>Total</b>	<b>1.758</b>	<b>100,0%</b>

2. O Município já tomou alguma medida judicial contra a transferência dos ativos?

Sim	421	16,3%
Não	2.015	78,2%
Não responderam	142	5,5%
<b>Total</b>	<b>2.578</b>	<b>100,0%</b>

Percebe-se, das pesquisas, que, não obstante já transcorrido o prazo para a transferência, boa parte dos Municípios brasileiros não recebeu os ativos, nos termos determinados pela Aneel. O dado que parece se sobressair, porém, é aquele de que, mesmo se estando em zona de incerteza quanto aos efeitos da transferência, uma vez que se trata de obrigação recente, mais de 4/5 dos representantes municipais (número, portanto, maior do que os que disseram ter recebido os ativos) afirmaram ter ciência do impacto da transferência no orçamento, na infraestrutura ou na prestação do serviço. Ainda assim, vale notar, é pequeno o percentual de Municípios que resolveram adotar alguma medida contra a transferência.

## **2.2. A responsabilidade pela iluminação pública: uma questão de natureza constitucional**

Não há como analisar a questão da responsabilidade sobre a iluminação pública sem perceber a gravidade do tema, incluindo a preocupação, que não se pode hostilizar, de perigo à continuidade do serviço de iluminação pública, o que importaria deixar espaços públicos às escuras. Há, outrossim, lados bem identificados que correspondem a análises dissonantes sob o seu aspecto jurídico.

Trata-se de um tema, por excelência e por natureza, constitucional. Ocorre, porém, que os dois lados da controvérsia avocam, em suas interpretações, a Constituição para si. Uns suscitam a inconstitucionalidade do dispositivo, principalmente por ter estabelecido obrigação não decorrente de lei; outros defendem sua constitucionalidade, principalmente por considerar que a iluminação pública seria “interesse local” e, pois, responsabilidade dos Municípios.

A interpretação que prevaleceu para a edição da resolução normativa foi a da constitucionalidade, conforme se pode perceber do citado processo da Aneel cuja instauração deu-se por provocação das concessionárias de distribuição de energia. Sem adentrar em detalhes de seu entendimento, o relator assim afirmou:

Outro aspecto que reputo de grande importância é a obrigação de se promover a transferência dos ativos de iluminação pública, ainda em posse de algumas distribuidoras de energia elétrica, para os respectivos municípios, objetivando deixar claramente definida a competência da municipalidade para a prestação desses serviços, conforme previsão constitucional.

(BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Voto no processo n. 48500.002402/2007-19. Julgado em 09 set. 2010. Relator: Diretor Romeu Donizete Rufino. Disponível em: [http://www.aneel.gov.br/cedoc/aren2010414\\_1.pdf](http://www.aneel.gov.br/cedoc/aren2010414_1.pdf). Acesso em: 27 dez. 2016)

A Constituição Federal de 1988 é um documento de marcada pluralidade. O fato de pessoas e grupos de pessoas adotarem sobre ela determinado entendimento, contudo, não permite concluir que a Constituição diga, sob o mesmo aspecto e ao mesmo tempo, coisas diferentes e incompatíveis entre si. Não se pode a compreender, como ensina Cass Sunstein (2009, p. 19), sob um viés de “*many minds argument*”, no sentido de que ela pode ser interpretada de acordo com a preferência de grupos.

Em vez de enxergar o documento constitucional consagrando essas diversas mundivisões, cabe ao intérprete entender, antes de tudo, o que decorre de sua interpretação consentânea com os valores e princípios nela elencados, em análise estrutural e sistemática. Ainda que se pudesse falar em um direito suprapositivo no plano dos princípios, ao qual as normas constitucionais devesses obediência (BACHOF, 1951, p. 54), no plano das regras constitucionais há de se revitalizar o entendimento – de tão clássico, contemporâneo – de que a Constituição não rivaliza posições normativas, isto é, não consagra antinomias em si mesma. Aliás, quaisquer antinomias não se podem presumir. Na lição de Carlos Maximiliano (2005, p. 110), “[m]ilitam as probabilidades lógicas no sentido de não existirem, sobre o mesmo objeto, disposições contraditórias ou entre si incompatíveis, em repositório, lei, tratado, ou sistema jurídico”. Daí porque caberia ao intérprete examinar as expressões que se contradizem atentamente para descobrir “o nexó oculto que as concilia”.

A tarefa imposta a esse texto, em última análise, é exatamente a de demonstrar esse “nexo oculto” da falsa antinomia que se apresenta entre a posição da constitucionalidade e a posição da inconstitucionalidade da obrigação de transferência de ativos de iluminação pública aos Municípios. Inclusive porque, como se pretende demonstrar, o patrimônio e as competências administrativas e legislativas dos Entes federados no contexto do serviço de fornecimento de energia elétrica (serviço esse que abrange a iluminação pública) está suficientemente demarcada no texto constitucional.

Fazemos desde logo, porém, uma consideração necessária. Na discussão travada sobre a iluminação pública desde que editada a resolução, costuma-se tratar da transferência de ativos apenas sob a ótica da transferência de ativos, em análise daquele art. 218. Entretanto, a transferência, em si, não é suficiente para o entendimento da questão. Isso porque, junto ao citado dispositivo, a Resolução Normativa 414/2010 da Aneel editou disposições sobre a iluminação pública, dentre as quais se lê, no art. 21, a seguinte prescrição:

Art. 21. A elaboração de projeto, a implantação, expansão, operação e manutenção das instalações de iluminação pública são de responsabilidade do ente municipal ou de quem tenha recebido deste a delegação para prestar tais serviços.

§1º A distribuidora pode prestar os serviços descritos no caput mediante celebração de contrato específico para tal fim, ficando a pessoa jurídica de direito público responsável pelas despesas decorrentes.

§2º A responsabilidade de que trata o caput inclui todos os custos referentes à ampliação de capacidade ou reforma de subestações, alimentadores e linhas já existentes, quando necessárias ao atendimento das instalações de iluminação pública, observado o disposto nos §§ 1º a 4º do art. 43.

A redação enseja uma clara premissa inicial: a transferência de ativos de iluminação pública não é meramente uma transferência de ativos de iluminação pública. Sob essa premissa, e apenas sob essa premissa, é possível entender a revisão das condições gerais de fornecimento de energia elétrica, especificamente no ponto em que, além de transferir ativos de iluminação pública para os Municípios, transferiu a esses o serviço relacionado às instalações de iluminação pública.

A própria resolução normativa, vale notar, trata, no § 1º do art. 21, como “serviços” aquelas atividades referidas no *caput* (elaboração de projeto, implantação, expansão, operação e manutenção das instalações). Houve, por-

tanto, uma transferência de ativos *e*, para a sua realização, a transferência de atividade (um serviço público) relacionado à iluminação pública. Apropriado, por isso, falar-se em uma “*política energética constitucional*, centrada na reserva de bens (fontes de energia) e *atividades* (processos produtivos de energia e seu oferecimento) para o Estado brasileiro” (LOUREIRO, 2010, p. 123, grifos no original). É a constitucionalidade dessa transferência binária, dos ativos e de um serviço, que deve ser analisada, razão pela qual sobre elas passamos a nos ater, em itens específicos.

### **3. TRANSFERÊNCIA DE “ATIVOS” DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA**

Inicialmente, conforme anteriormente delineado, analisamos aspectos jurídicos relacionados à transferência dos ativos de iluminação pública. Para tanto, desenharemos esses aspectos considerando três tópicos distintos: i) a disciplina jurídico-normativa dos bens públicos; ii) a repartição constitucional das competências administrativas; e iii) o princípio da reserva legal.

#### **3.1. A energia elétrica na disciplina jurídico-normativa dos bens públicos**

Pode-se discutir a natureza jurídica da energia elétrica enquanto bem. Pontes de Miranda, por exemplo, após afirmar que as energias e a eletricidade não seriam corpóreas, falava das “vacilações” dos juristas e de sua surpresa com o aparecimento da energia elétrica. Por sua perplexidade, dizia Pontes (1984, p. 144), os juristas “não admitiram que se tratasse de ‘coisa’: para eles, energia e matéria são distintas e irredutíveis, o que denuncia a permanência de superado e irritante aristotelismo”. A energia, entendia ele (1984, p. 145), “é coisa, como o ar, a água, a terra; tem-se de tratar como coisa, de cuja especificidade resulta ser específico o contrato de energia”.

Se se pode discutir sua natureza jurídica, há o que não se pode discutir, juridicamente, sobre a energia elétrica. Não se pode discutir: que ela é um bem; que esse bem é público; que, na disciplina jurídico-normativa dos bens públicos, nossa atual Constituição a reservou à União; e que ela deve ser considerada, como bem, a partir do seu aproveitamento econômico, e daí as “especificidades” referidas por Pontes.<sup>9</sup>

*Bem*, para efeitos jurídicos, é aquilo a que um interesse legitimado pela ordem jurídica conecta a um sujeito. Em outras palavras, aquilo que se pode apreender, em determinada ordem de coisas, com poder para irradiar relações jurídicas. Conquanto se pode apreender a energia elétrica com vista à formulação de relações jurídicas, é ela um bem.

Um bem pode ser considerado *público* em dois sentidos. Em um sentido mais abrangente, é possível entender “público” um bem cujas características impõem o seu uso pela coletividade, como ocorre, via de regra, com os bens de uso comum do povo, a exemplo do meio ambiente, assim consagrado no art. 205 da Constituição Federal. Também podemos dizer “público”, em um sentido mais usual, quando aquilo que se apreende irradiando relações jurídicas conecta-se, *ex vi lege*, a uma pessoa jurídica de direito público, tomando a administração pública sua regulamentação. Tendo em conta esses dois sentidos, José Cretella Júnior (1978, p. 204) conceitua domínio público como “conjunto de bens móveis e imóveis destinados ao uso direto do Poder Público ou à utilização direta ou indireta da coletividade, regulamentados pela Administração e submetidos a regime de direito público”. É no sentido mais usual que o nosso Código Civil, a seu modo e não sem alguma imprecisão, dispõe em seu art. 98 que “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno”. A energia elétrica é um bem público porque deve ser destinada à coletividade. Mas o é, mais clara e especificamente, quando

---

9 Cf. MARQUES NETO, 2005.

a Constituição Federal conecta as principais fontes de energia, com força cogente, a uma pessoa jurídica de direito público.

A pessoa jurídica de direito público a qual nossa atual Constituição conecta, como bens, fontes de energia elétrica, é a União. É dizer: a energia elétrica, com relação a essas fontes, é *bem da União*. Uma vez que a Constituição proclama como “bens da União” (art. 20) os “recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva” (inc. V), os “potenciais de energia hidráulica” (inc. VIII) e os “recursos minerais, inclusive os do subsolo” (inc. IX) – e reforça esse domínio no art. 176, prescrevendo que “as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União” –, podemos constatar que seu domínio estende-se a uma maciça maioria das fontes energéticas.<sup>10</sup> Aos demais Entes federados, nos termos do § 1º do art. 20, a Constituição não consagra qualquer domínio dessas fontes, apenas assegura “participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração”. Não há inovação da Constituição Federal de 1988 nesse ponto. A energia sempre foi um bem público relacionado às listas

---

10 No que se refere à geração de energia, segundo a Aneel, havia, em 2008, 1.768 usinas em operação e mais de 1.100 agente regulados (entre concessionárias de geração, comercializadores, autoprodutores e produtores independentes). Só as usinas hidrelétricas respondiam por 71,20% da geração da energia, seguidas pelas usinas termelétricas – relacionadas, em grande parte, aos recursos naturais e minerais –, que respondiam por 24,22% da geração. Cf. BRASIL, Agência Nacional de Energia Elétrica, 2008, p. 34-5.

da União. Isso, é claro, considerando o tempo a partir do qual as Constituições federativas, em 1934, passaram a tratar especificamente do tema.<sup>11</sup>

Demonstrado que a energia elétrica é um bem público conectado à União, resta um último ponto sobre o qual razoavelmente não se pode discutir: a energia elétrica deve ser considerada, como bem, a partir do seu aproveitamento econômico. Não à toa, os documentos constitucionais vêm reiterando, como faz o citado art. 176 da atual Carta, que os potenciais energéticos não se confundem com o solo, importando antes sua exploração e o seu aproveitamento econômico. O próprio Código Civil, em seu art. 1.230, acompanha a redação da Constituição nessa distinção e, ao tratar sobre energia, no art. 83, inc. I, ressalva que bem móvel não seria qualquer energia, e sim “as energias que tenham valor econômico”.

Ora, o valor econômico dos potenciais energéticos está na sua exploração, isto é, no momento em que – forçando certo aristotelismo, por didático – essa energia, em potência, traduz-se em suas formas variadas de consumo, em ato.

É um ilustre civilista que, ao tratar da energia em seu tomo dedicado ao direito das coisas, que elucida sobre esse ponto, enfatizando que

[a] energia, mesmo quando “natural”, não é aproveitável, de modo directo, pelo cidadão comum. Apenas uma teia de actuações e serviços – de produção, de transporte, de distribuição e de venda

---

11 A ausência de disposição específica sobre energia na Constituição de 1891 pode ser explicada pelo contexto da época, quando o conhecimento do potencial energético (notadamente sobre a energia elétrica) era incipiente. Embora o uso da corrente de eletricidade tenha se iniciado no Brasil em 1879 (com a iluminação da estrada de ferro D. Pedro II, o qual conheceu Thomas Edison em 1876 e quis trazer ao Brasil a inovação), a fonte utilizada fora, à época, um motor a vapor. A primeira usina termoeletrica (Fiat Lux) entrou em operação, no Brasil, apenas em 1887, e a primeira hidrelétrica (Marmelos Zero) em 1889. Cf. Centro da Memória da Eletricidade no Brasil. Primeiras Experiências. Disponível em: <http://www.memoriadaeletricidade.com.br/default.asp?pag=3&codTit1=44291&pagina=destaques/almanaque/historia&menu=387&iEmpresa=Menu#44291>. Acesso em 17 jan. 2015. A partir da Constituição de 1934, pôde-se sempre ler essa conexão entre a energia – em seu aproveitamento econômico – e a União, consoante se pode perceber dos seguintes dispositivos, que, quando não estabelecem o domínio, estabelecem a competência da União para legislar sobre o tema e a necessidade de autorização federal para o seu aproveitamento: CF/1934 (art. 5º, inc. XIX, “j”); art. 119; CF/1937 (art. 16, incs. XIV e XV; art. 143; art. 144); CF/1946 (art. 5º, inc. XV, “l”; art. 153); CF/1967 (art. 8º, incs. XV, “b”, e XVII, “i”; art. 161).

– permite, a cada um, dispor de energia para consumo. Assim, a energia apresenta-se mais como produto duma prestação de serviço – o de fornecimento de energia – do que como algo de, diretamente aproveitável. (MENEZES CORDEIRO, 2002, p. 148)

A Constituição preocupou-se em fazer pertencer à União, notadamente, esse valor econômico da energia, que é a sua realização na forma de consumo, pelo usuário final. Todavia, esse valor econômico só se extrai quando colocado em movimento dentro de uma rede que inclui geração, transmissão e distribuição da energia.

Nesse sentido, podemos afirmar que, para efeito de sua exploração econômica, a energia deve ser considerada nessa rede de interconexões, nesse contexto do valor econômico que geram. A infraestrutura, aliás, ela mesma, pode ser entendida como “um certo conjunto de recursos definido em termos do modo como esses recursos criam valor” (FRISCHMAN, 2012, p. ix, tradução nossa). Em tal contexto, a energia elétrica apresenta-se em papel central, de modo que as fontes energéticas – motor de um país por seu produto final –, conserva, sempre e sempre, um caráter nacional. Ela, a energia, não pode ser escondida, na forma de um interesse local – e aqui já se avança no terreno do próximo ponto –, em um recôndito qualquer de um país. Como parte de uma rede, todo fornecimento de energia elétrica é bem da União.

Essa compreensão é corroborada pela legislação infraconstitucional. Note-se que o Decreto 41.019/1957 obriga, em seu art. 54, a realização de um inventário de bens e instalações utilizados na produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, bens os quais, segundo o art. 63 desse decreto, são vinculados a estes serviços.

A partir dessas considerações, afirmamos que os chamados ativos de iluminação pública (luminárias, lâmpadas, relés, reatores etc.) fazem parte dessa rede, indivisivelmente da União, para efeito de sua exploração econômica, não pertencendo, pois, às concessionárias ou à Agência Nacional de Energia Elétrica.

Desse modo, a Resolução Normativa 414/2010 da Aneel, ao obrigar uma transferência de bens da União para Municípios a pretexto de “cumprir a Constituição”, promove uma interpretação da Carta Magna duplamente equívoca, incorrendo em inconstitucionalidade. Primeiro, porque promove, de forma cogente, uma cessão de bens da União aos Municípios sem declaração de vontade, quer da União, quer dos Municípios (a rigor, distribuidora e agência acabam, pela resolução normativa, a doar o que não é seu para quem, no mais das vezes, não quer receber). Segundo, porque, ao promover essa cessão, redesenha equivocadamente a disciplina jurídico-normativa dos bens públicos estabelecida na Constituição e na legislação infraconstitucional.

### **3.2. A energia elétrica na repartição constitucional das competências administrativas**

Ao largo das competências para legislar sobre determinadas matérias, os Estados federados costumam contemplar competências para administrar.

Evidentemente, competências legislativas e administrativas não se podem desdizer mutuamente. Assim como não se podem sobrepor, umas às outras, tais competências. Lidas em conjunto, competências legislativas e administrativas demonstram os poderes essenciais dos Entes federados para a dinâmica da Constituição, haja vista que, na conhecida lição de Otto Mayer (1895, p. 3, tradução nossa), “[a] Administração é ação do Estado na realização de seus fins.” Dessa leitura das competências, a partir da consideração do grau de autonomia dos Estados membros e dos Municípios, pode-se também extrair a qualidade de uma Federação.

A energia, por sua importância, é matéria contemplada, em nossa Constituição, tanto nas competências legislativas como nas administrativas.

No que tange à competência legislativa, estamos em clareza solar. Ela é, privativa e definitivamente, da União, na dicção que lhe dá o art. 22, inc. IV: “Compete privativamente à União legislar sobre [...] águas, energia, infor-

mática, telecomunicações e radiodifusão”. Concomitantemente à competência privativa para legislar sobre “energia” (genericamente), insere-se ali no artigo, também, a competência exclusiva da União para legislar sobre “jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia” (inc. XII) e sobre “atividades nucleares de qualquer natureza” (inc. XXVI), contemplando, nesses dispositivos, outras fontes de energia além da água. Não é resistível, portanto, a interpretação que impede competência legislativa a outros Entes federados para legislar em matéria de energia.

A redação constitucional sobre as chamadas competências administrativas, todavia, embora não evasiva, suscitou controvérsia exatamente no ponto que estamos aqui a tratar: a iluminação pública. Questiona-se se a competência administrativa em relação à iluminação pública seria da União ou dos Municípios.

A atual Constituição conferiu competências administrativas privativas, de modo explícito, apenas à União (art. 21) e aos Municípios (art. 30). Evidentemente, não se pode dizer, com isso, que não foram outorgadas aos Estados competências administrativas dentro do nosso sistema constitucional. Essas competências são aquelas de natureza comum, isso é dividida com outros Entes federados (art. 23), ou de natureza residual (art. 25, § 1º), isso é, compete-lhe o que não for privativamente federal ou municipal.

A controvérsia interpretativa sobre a competência administrativa relacionada à iluminação pública é posta porque, de um lado, o art. 21, inc. XII, alínea “b”, da Constituição dispõe que “compete à União [...] explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão [...] os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos” e, de outro, o art. 30, inc. V, dispõe que “compete aos Municípios [...] organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”. Somar-se-ia a esse dispositivo o art. 149-A da CF/88, acrescentado pela Emenda Constitucional 39/2002, o qual prescreve a possibilidade de os

Municípios instituírem “contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III”.

Eis a questão que se coloca: a competência para o serviço de iluminação pública é da União, por caber a esta, em articulação com os Estados, explorar – diretamente ou por delegação – os serviços e instalações de energia elétrica, ou é dos Municípios, por caber a estes explorar – diretamente ou por delegação – os serviços de interesse local (considerando-se ainda que os Municípios podem instituir contribuição para o custeio deste serviço)?

É crível estarmos diante, pois, de uma antinomia. E, conforme já referido, ao intérprete, considerando que a antinomia é sempre uma exceção, cabe o esforço contínuo de encontrar o “nexo oculto” que concilia dispositivos aparentemente em contradição. Dizia mesmo Bobbio (2010, p. 240), o “direito não tolera antinomias”.

Desde esse esforço, podemos ver que, no caso, estamos mesmo diante de uma antinomia. Uma antinomia aparente. Dizem-se aparentes, em uso técnico, aquelas antinomias que se podem resolver a partir de regras próprias para a sua solução.<sup>12</sup> No caso da suposta colidência entre as referidas competências administrativas, há uma regra interpretativa. E ela é relativamente simples. Dita o seguinte: quando houver sobreposição entre competências explícitas com outras competências genéricas, como aquela relacionada a “interesse local”, deve-se entender que o conflito se resolve em favor das competências explícitas.

Estamos aqui nada mais que concretizando o critério da especialidade, exposto, em outro contexto, como regra escrita no art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. No contexto aqui referido, é regra interpretativa contemplada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em uma linha de raciocínio válida tanto para as competências legislativas como para as competências administrativas. Com efeito, em caso que envolvia dúvi-

---

12 Cf. BOBBIO, 2010, p. 249-54.

da sobre a competência de os Estados legislarem sobre o serviço de telecomunicações, a Corte Suprema, consagrando entendimento já manifestado em outros julgados, ditou a inconstitucionalidade de lei estadual que, por vedar tarifa de assinatura básica, adentrava em competência da União. (STF, ADI 3.847, 2011) De acordo com o relator, no voto prevalecente, “havendo dúvida em relação a qual catálogo de competências recai determinada matéria e, portanto, ao indicar-se quem tem prerrogativa para legislar em um assunto, deve ser feita a subsunção da lei em relação ao título dos artigos constitucionais que estabelecem os limites legiferantes de todo ente federado – artigos 22, 23 e 24 da Constituição Federal”. Após esse exercício, sustentou o relator, “deve-se conferir se essa situação se sujeita à estrutura básica descrita na competência em análise. Ainda, deve-se observar o fim primário a que se destina a norma”. Extrai-se, da conclusão do julgador e de sua *rateio decidendi*, que não pode o Município, a pretexto de um “interesse local” – como aquele constante do art. 30, inc. I, da CF/88 –, legislar na circunscrição dos limites dedicados à competência privativa da União.

O “interesse local” do art. 30, inc. I, não é diferente, nessa toada, do “interesse local” do art. 30, inc. V, nem em sua ontologia, nem na jurisprudência do Supremo. Também ele, mesmo em se tratando de uma competência material (não legislativa) obedece a um caráter supletivo e regrado de acordo com a “estrutura básica descrita na competência em análise”. Daí porque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já ter afirmado que a competência para prestar determinado serviço e para regulamentar esse serviço devem caminhar juntas. Parece mesmo lógico que, “se a prestação desse serviço compete aos Estados membros [caso de transporte intermunicipal], esses detêm competência também para regulamentar essa prestação” (STF, ADI 2.349, 2005).

É válido, assim, entender que a competência administrativa relacionada a “interesse local” é subsumível ao Município apenas se não converge com o rol de competências atribuídas explicitamente à União – como mandamento da especialidade –, bem como quando não fira a estrutura constitucional da

disciplina da repartição de competências, a qual, no caso aqui analisado, impõe o fornecimento de energia elétrica (indiscriminadamente em seus pontos de distribuição, sejam públicos ou privados) como um serviço público federal.

Mesmo que se entendesse haver uma competência comum *sui generis* (perante dispositivos sobrepostos de competência – da União pela energia e do Município pelo interesse local), neste caso, resolver-se-ia a questão pelo critério da preponderância de interesses, ele também já legitimado pela jurisprudência da nossa Suprema Corte. (STF, AC 1.255 MC-AgR, 2007) Por tal critério, “está no grau mais elevado o interesse nacional, protegido pela União, depois o regional, atribuído aos Estados e Distrito Federal, e por fim o interesse local, próprio dos Municípios” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 893).

Esse entendimento pode-se deduzir, aliás, da própria malfadada lógica centrípeta de nossa Federação, que concentra na União maiores poderes e, apenas supletivamente, concede-os aos demais Entes federados. Não há como se defender, portanto, desde essa lógica centrípeta – com seus contornos expostos nas decisões da Suprema Corte – um “interesse local” contra matéria reservada à legislação e administração da União federal. Assim se pode dizer no exemplo, já citado, do serviço de telefonia. Conquanto haja algum interesse local na matéria, a competência da União impede que o Município a invada. O fato de um prédio de uma prefeitura municipal ser de interesse local, por exemplo, não leva a crer que o Município deva prover a energia desse prédio, assim como seria descabido que os Municípios devessem realizar os projetos de utilização da rede telefônica quando se tratasse de ligações na circunscrição municipal ou de ligações dos seus prédios próprios.

Gizamos que o art. 21, inc. XII, “b”, não fala apenas em exploração do “serviço” de energia elétrica, mas também na exploração das “instalações” de energia elétrica. Não há como entender que os “ativos de iluminação pública” não façam parte dessas “instalações”, não se podendo discriminar, portanto, para fim de avocação de competência aos Municípios, o fornecimento da

energia e o fornecimento da energia para iluminação pública. A competência administrativa a eles relacionadas mostra-se, destarte, federal.

No fundo, a questão parece resolver-se, mais facilmente, com outra pergunta, qual seja: a iluminação pública é ou não parte integrante dos “serviços e instalações de energia elétrica”? Com essa pergunta, vê-se que a resposta, positiva, não admite a conclusão de que a iluminação pública esteja no rol de competências municipais, ainda que haja – também – um “interesse local” a ela relacionado.

Há um outro ponto de suma importância. A iluminação pública (e por isso a utilização do advérbio “também”) é, sem dúvida, de interesse local. Mas ela não contempla *apenas* um interesse local. Ela, consoante já se afirmou, é parte de uma rede maior de interconexões, em torno de geração, transmissão e distribuição que, não prestada adequadamente – e não regulada satisfatoriamente –, pode fazer entrar em colapso, em efeito cascata, uma rede que remonta à infraestrutura nacional. Considerando a iluminação pública como “o serviço público que tem por objetivo exclusivo prover de claridade os logradouros públicos”, nos termos da própria Resolução Normativa 414/2010 (art. 2º, inc. XXXIX), podem-se antever, por exemplo, problemas relacionados a logradouros em zonas limítrofes, em eventuais conflitos (negativos) de competência, com possíveis omissões para a prestação do serviço. Ainda que concordemos com o fato de que “[o] que caracteriza esse interesse municipal é a sua *predominância* para o *Município* em relação ao eventual interesse estadual ou federal acerca do assunto” (MEIRELLES, 2006, p. 338, grifo no original), é necessário ter em conta que um serviço relativo a bens federais e com competência material expressa à União, afetando toda essa citada rede, desloca-se, necessariamente, da predominância local.

Por esses motivos, quando se lê como competência municipal a exploração de serviços de interesse local, não se pode entender que o serviço de iluminação pública esteja entre eles, haja vista a subtração dessa competência operada pelo art. 21, inc. XII, “b”, da Constituição. Poder-se-ia indagar,

por certo, quais seriam esses serviços de interesse local, além do serviço de transporte coletivo municipal, cuja competência é expressa no art. 30, inc. V, da CF/88. Em resposta, diríamos que todos aqueles cujo interesse da localidade não concorra com um bem da União ou com suas competências materiais. São eles, dentre os exemplos mais comuns, o saneamento básico e o fornecimento de água, o recolhimento de lixo e a limpeza das vias urbanas. E, para citar outros exemplos, menos usuais, os serviços funerários (STF, ADI 1.221/RJ, 2003) e os serviços relacionados à confecção e manutenção de postes toponímicos (PASQUALINI, 2011).

A responsabilidade municipal igualmente não se extrai, parece-nos, em complementação do argumento anterior, do art. 149-A da CF, o qual simplesmente faculta aos Municípios instituir contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública. Ali, não se estabelece qualquer obrigatoriedade de prestação direta ou indireta, pelo Município, do serviço. Ao contrário, devemos entender que essa contribuição serve exatamente para custear a iluminação pública prestada por concessionária de serviço público federal, servindo a contribuição, quando for o caso de sua instituição, para pagar as tarifas para a distribuidora. A responsabilidade de pagar pelo serviço é distinta da responsabilidade de prestar o serviço.

Por esses motivos, na busca pelo “nexo oculto” daquela antinomia aparente, a qual, “embaçando os olhos” do intérprete, tentava conflitar as competências materiais da União e dos Municípios, percebemos que tal nexos é encontrado na exegese que impede a transmutação de uma obrigação que é da União, por força constitucional, em uma obrigação dos Municípios, por força regulamentar. Essa outra conclusão parcial incita a novo argumento, que é aquele dos limites do poder regulamentar.

### **3.3. O princípio da reserva legal: a Resolução 414/2010 perante os limites objetivos e subjetivos para a edição de comandos infralegais**

A análise das competências dos Entes federados, legislativas e materiais, compreende um tema mais amplo. Com ela, aclaram-se as principais fontes – isto é, as “estruturas de poder” (REALE, 2010, p. 139) – de dois dos principais modos de atuação estatal. Tem-se, nas competências legislativas, o poder do Estado para a *edição* de comandos, na forma de lei (fonte da qual se podem criar, modificar ou extinguir direitos, *com restrição* apenas na Constituição<sup>13</sup>), os quais podem estabelecer novas faculdades de obrigar, estando-se aqui na “esfera das condutas obrigatórias não-opcionais” (HART, 2012, p. 6); e se tem, como administração, nuclearmente, o poder do Estado para a *execução* desses comandos, mesmo que em novos comandos, na forma de atos administrativos (fonte da qual se podem criar, modificar ou extinguir direitos, *com restrição e sob a determinação dos comandos* da Constituição, das leis e de outros atos infralegais que lhe forem superiores em uma ordem hierárquica). O princípio da legalidade no âmbito administrativo, anota-se, não apenas é estabelecido de limitações mais abrangentes, como faz a atividade estatal carecedora de determinações para agir.

A administração pode assim ser considerada, em certo sentido, “atividade planejada e duradoura do Estado para alcançar os seus fins” (DAMKOWSKI, 1969, p. 15-6), mas, em outro, de caráter excludente, “aquela atividade do Estado que não é nem legislação, nem jurisprudência, nem governo” (p. 16). Em um e em outro sentido, a atividade administrativa sempre esbarra em certos limites de espectro bastante amplo. Uma amplitude que se alastra na Constituição, nas leis e em comandos infralegais superiores. Daí se entender, em uma clássica definição consagrada entre nós, que “administrar é aplicar a lei de ofício” (SEABRA FAGUNDES, 1984, p. 3). Os atos administrativos, mesmo os normativos, devem seguir essa fiel aplicação dos comandos legais que lhe forem

---

13 Ou em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, na exceção advinda do próprio texto constitucional (art. 5º, § 3º).

superiores hierarquicamente, ainda que, em sentido contemporâneo, a expressão “lei” deva ser lida de modo mais amplo, inclusive para abarcar a Lei Maior.

Muitas vezes mal compreendida, a doutrina da hierarquização das normas não impossibilita que os atos normativos de escalões inferiores, mesmo os infralegais, prescrevam algo diferente dos atos de escalão superior. A própria estrutura piramidal, imagem sob a qual a doutrina é concebida, desde Kelsen, exige esse alargamento dos comandos normativos – do contrário, haveria uma tautológica estrutura retangular, em que as normas apenas repetiriam a si mesmas. O que não se pode admitir, dentro dessa estrutura hierárquica, é: i) prescrever, um ato de escalão inferior, norma *diferente e contrária* do ato de escalão superior – isso como mandamento da própria validade das normas em que nosso sistema é concebido, em que a lei “[...] é fonte primária do direito, ao passo que o regulamento é fonte secundária, inferior” (BANDEIRA DE MELLO, 1979, p. 357); ii) prescrever, um ato de escalão infralegal, norma constituidora de obrigação *nova e não dessumível* dos atos legais e supralegais que lhe são correspondentes (isso como mandamento do art. 5º, II, da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”).

O próprio Hans Kelsen, tanto incompreendido quanto não lido, ao conceber a estrutura hierarquizada piramidal do direito, ressaltou essa ausência de incompatibilidade quando a norma em hierarquia inferior se harmoniza com a de hierarquia posterior, alargando-a, mas não a desdizendo. Em suas palavras,

[...] a norma do escalão superior regula – como já se mostrou – o ato através do qual é produzida norma de escalão inferior [...] Essa determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior, ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a apli-

ca, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. (KELSEN, 2000, p. 388)

Como observou, com pertinência, outro jurista,

[...] como o direito não se esgota na lei, dadas as deficiências de linguagem e impossibilidade de prever todos os casos de incidência, aos seus aplicadores, na esfera do Executivo e do Judiciário, cabe concretizar a intenção do legislador. Nesta tarefa de revelação do pensamento do legislador o papel do intérprete é, muitas vezes, de verdadeira criação, máxime para preenchimento de lacunas que a ordem jurídica, em seu conjunto, não tolera, assim como, noutra plano, se diz, a natureza tem horror do vácuo. (SILVA, 1950, p. 2)

Há de se substituir o conceito de “diferença” entre as normas nos “diferentes” escalões por um modelo de “conformação” das obrigações de fonte legislativa, no qual os atos administrativos circunscrevem-se à “moldura” das obrigações constitucionais e legais, e devem obediência aos limites estabelecidos na moldura da Constituição e das leis, limites esses objetivos (de conteúdo) e subjetivos (de competência). Sobre essa “conformação” é que se pode dizer:

A constituição é sempre uma lei superior heteronomamente impositiva da conformidade material e compatibilidade formal dos regulamentos com as normas constitucionais (isto é, o princípio da legalidade é substituído aqui pelo princípio da constitucionalidade, funcionando a constituição como lei) [...]. (CANOTILHO, 1993, p. 913)

E é sob esse prisma, parece-nos, que se deve enxergar a questão ora exposta. Resoluções, mesmo as normativas, são “[...] típicos atos administrativos, tendo, portanto, natureza derivada; pressupõem sempre a existência de lei

ou outro ato legislativo a que estejam subordinadas.” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 150) Canotilho aclara esse aparente paradoxismo de se ver um ato, a um só tempo, normativo e administrativo, ao fazer referência ao poder regulamentar e aos regulamentos: “é um acto normativo e não administrativo singular; é um acto normativo mas não um acto normativo com valor legislativo.” (CANOTILHO, 1993, p. 731)

A ausência de “valor legislativo” no poder regulamentar – incluindo, aqui, a regulamentação por resoluções normativas – está no exato fato de que delas não se podem extrair aquelas “condutas obrigatórias não-opcionais”, senão como inclusas na moldura definida pela Constituição (no caso dos regulamentos ditos “autônomos”, desde que se os admitam legítimos) ou na moldura definida pela lei (no caso das regulamentações usuais).

Nesse sentido, assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 58-9), aqui já se voltando à competência regulamentar das agências reguladoras, a fim de se passar a enquadrar o caso em comento à matéria em análise:

O que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica. Principalmente, não podem as agências baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidades, ou mesmo outorgando benefícios, sem previsão de lei. Trata-se de matéria de reserva de lei, consoante decorre do art. 5º, II, da Constituição.

Uma vez que a questão aqui discutida envolve agência reguladora, não é demais salientar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que essas agências se submetem, como órgãos da Administração Federal, ao princípio da legalidade. Em entendimento que se pode apreender de recente julgado, entendeu a Corte por vedar a “inovação infralegal na ordem jurídica”, pois o fato de

a lei de criação da agência – no caso citado, a Anvisa – “[...] ter instituído amplo espaço de atuação regulatória em favor da autarquia não a torna titular de atribuição tipicamente legislativa [...]” (STF, ADI 4.954, 2014)

O ato administrativo de caráter normativo em discussão, a Resolução Normativa 414, da Aneel, em seu art. 218, estabeleceu uma *obrigação*, qual seja: a transferência de ativos de iluminação pública das distribuidoras aos Municípios. Existente a obrigação, há de se fazer, então, aquele duplo exame: i) trata-se de obrigação *diferente e contrária* de ato de escalão superior ou *apenas diferente?*; e ii) trata-se de obrigação contida do texto de lei em sentido estrito (ou sua moldura), em interpretação razoável, ou abrange uma conduta obrigatória *nova e não dessumível* desse texto?

Para passar ao crivo do princípio da legalidade e da reserva legal, o ato regulamentar não deve ultrapassar apenas um dos exames, mas ambos. A Resolução Normativa 414/2010, parte ao compasso de análise já feita, parte da que adiante se fará, tem a peculiaridade de não passar por qualquer desses exames. A obrigação instituída pelo seu art. 218, mais do que diferente, contraria o texto constitucional e a disciplina legal. E a obrigação instituída não se pode dessumir da lei.

Dentro daquilo que já se afirmou, a obrigação contém inconstitucionalidades; pertinente, agora, atentar para a questão da legalidade e do princípio da reserva de lei.<sup>14</sup> Assim o fazendo, parecem ser encontradas ilegalidades em dois lugares do ato administrativo: em que a resolução normativa fere limites subjetivos (de competência) expostos em comandos legais e infralegais de escalão superior; e em que a resolução normativa fere limites objetivos (de conteúdo) expostos em comandos legais.

---

14 A jurisprudência do Supremo costuma diferenciar, no ponto, aquilo que seria “crise de legalidade” do que seria “crise de constitucionalidade”, inclusive para efeito de cabimento de ação direta de inconstitucionalidade. (Cf. STF, ADI-MC 996, 1994). Atenta-se, no ponto em exame, àquela, tendo em vista já termos tratado dos problemas diretamente constitucionais.

Quanto aos limites subjetivos, verifica-se que, da leitura das competências da Aneel, instituídas pela Lei 9.427/96, nos vinte incisos do art. 3º que se encontram em vigência, não se lê qualquer competência da qual se poderia subsumir poder de ordenar a transferência de ativos de iluminação pública. Essa competência, ademais, não poderia ser instituída, uma vez que concederia a Aneel o poder de redesenhar a distribuição de bens e competências estabelecida na Constituição. Desse modo, o fato de a lei conferir à Aneel competência para implementar políticas relacionadas à exploração da energia elétrica e para expedir “os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei 9.074, de 7 de julho de 1995” (art. 3º, I, da lei de constituição da autarquia) não implica, concomitantemente, o poder de ordenar aquela transferência. Uma vez que o limite subjetivo é um requisito vinculado dos atos administrativos, isso dá conta, já, de uma ilegalidade.

Um ato infralegal – de escalão superior à resolução normativa –, porém, bem demonstra a contrariedade entre a determinação e a estrutura do sistema de exploração de energia elétrica. Trata-se do Decreto 41.019/1957, o qual, em seu art. 64, determina que “a venda, cessão ou doação em garantia hipotecária dos bens imóveis ou de partes essenciais da instalação dependem de prévia e expressa autorização do Ministro das Minas e Energia, mediante portaria, após parecer do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica.” Ainda que a Aneel tenha absorvido as competências do Dnaee (e este do referido Conselho), ela não possui competência para autorizar essa cessão sem a autorização expressa do ministro<sup>15</sup>, o que não ocorreu. E, mais do que isso, retornando ao problema de constitucionalidade: o Decreto refere uma competência para autorizar a transferência de bens, não para obrigar essa transferência, como fez a Resolução.

---

15 Poder-se-ia levantar dúvidas, inclusive, sobre se essa competência ministerial foi recepcionada pelo art. 84, IV, da Constituição Federal, haja vista atribuir ao presidente a competência para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução da lei.

Por fim, no que tange aos limites objetivos – relacionados ao conteúdo –, outro comando é demonstrativo de ilegalidade na resolução normativa. Trata-se do art. 8º do Decreto-Lei 3.763/1941, junto a seu parágrafo único, que assim dispõem:

Art. 8º O estabelecimento de redes de distribuição e o comércio de energia elétrica dependem exclusivamente de concessão ou autorização federal.

Parágrafo único. Os fornecimentos de energia elétrica para serviços de iluminação pública, ou para quaisquer serviços públicos de caráter local explorados pelas municipalidades, serão regulados por contratos de fornecimentos entre estas e os concessionários ou contratantes, observado o disposto nos respectivos contratos de concessão ou de exploração, celebrados com o Governo Federal, para distribuição de energia elétrica na zona em que se encontrar o município interessado.

De acordo com o art. 8º, concretiza-se aquilo que a leitura da Constituição Federal já faz saber: a distribuição de energia elétrica depende de concessão ou autorização federal. Pelo dispositivo, podemos já inadmitir que a concessão ou autorização do serviço seja municipal. É o parágrafo único, porém, que chama especial atenção, por tratar especificamente da iluminação pública. Segundo dali se aprende, o fornecimento de energia elétrica para iluminação pública deve ser regulado por contrato de fornecimento entre o Município e a concessionária distribuidora de energia, de acordo com o contrato de concessão celebrado entre o governo federal e a distribuidora. Isso é: não se pode falar em contrato de concessão entre o Município e a distribuidora. O Município, portanto, deve receber a iluminação pública das concessionárias mediante contratos de fornecimento de energia, semelhante àqueles de direito privado, não realizando novos contratos de concessão, pelo exato motivo de que os contratos de concessão devem ser celebrados entre a concessionária e o gover-

no federal, o qual detém a titularidade da exploração da energia elétrica, compartilhada com os Estados.

Também sob o prisma do princípio da legalidade e da reserva de lei, entendemos que a obrigação de transferência de ativos de iluminação pública, realizada por força do art. 218 da Resolução Normativa 414/2010 da Aneel, não se sustenta juridicamente na forma de uma obrigação. Isso, essencialmente, porque a resolução normativa afronta normas de escalão superior na escala hierárquica do direito (constitucionais, legais e infralegais), e, assim ocorrendo, não se conforma sua redação com as obrigações de fonte legislativa, uma vez que cria obrigação nova não dessumível desses atos normativos superiores.

#### **4. TRANSFERÊNCIA (EM ATO CONTÍNUO) DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA**

Na linha do que já pudemos afirmar, em delimitação da análise, é equívoco entender que “apenas” os ativos de iluminação pública foram transferidos, pela Aneel, aos Municípios. Além dos ativos, transferidos pelo art. 218 da Resolução Normativa 414/2010, o art. 21 dessa resolução trouxe, a reboque, a responsabilidade de os Municípios realizarem o serviço de “elaboração de projeto, a implantação, expansão, operação e manutenção das instalações de iluminação pública [...]”.

Tratando-se de uma transferência distinta, os tópicos a analisar sobre ela são igualmente distintos e se referem: i) ao princípio da subsidiariedade; ii) ao mandamento de prestação “adequada” dos serviços públicos; e iii) aos aspectos contratuais da questão, notadamente aquele relativo à regra da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos públicos.

##### **4.1. O princípio da subsidiariedade e a excepcionalidade do fornecimento de iluminação pública diretamente pelo poder público**

As disposições normativas, nessa leitura conjugada entre transferência de ativos e de serviços de iluminação, parecem ir na contramão da história da prestação de serviços públicos no Brasil até sua consolidação na Constituição de 1988, ao menos onde consagrou, especialmente em seus arts. 173 e 174, o chamado *princípio da subsidiariedade*.

O princípio da subsidiariedade, como todo princípio jurídico, contempla um “*imperativo de otimização*” (ALEXY, 1985, p. 75), uma mudança em um “*estado de coisas*” (ÁVILA, 2005, *passim*). No caso do princípio da subsidiariedade, tal estado de coisas é a busca de que a atuação do Estado, no domínio econômico, dê-se de modo essencial, isso é, nem demais (a fim de buscar a eficácia e a efetividade da realização material de direitos, notadamente os sociais), nem de menos (a fim de não deixar os agentes de mercado livres de qualquer regulação). E isso importa entender que a intervenção do Estado no domínio econômico deve ser exceção, não regra.

A subsidiariedade, nesse sentido, deita raízes no embate político entre o liberalismo econômico e o welfarismo, e, mais precisamente, na tentativa de guardar e superar essas doutrinas em seus redutos de objetivos primordiais: o desenvolvimento naquele; a promoção de bens sociais neste.

Do ponto de vista teórico, começa sua consolidação na doutrina social da Igreja Católica, corpo a partir do qual já se a lê como um princípio, ao lado do bem comum, da dignidade e da solidariedade. De fato, constatamos sua presença em diversos documentos, desde a encíclica *Rerum Novarum*, em 1891. A subsidiariedade viu-se nominada como um “princípio da filosofia social” na *Quadragesimo Anno* e já como “princípio de subsidiariedade” na *Mater et Magistra*, em que seus contornos de necessidade foram assim precisamente registrados:

De fato, a experiência ensina que, onde falta a iniciativa pessoal dos indivíduos, domina a tirania política; e há ao mesmo tempo estagnação nos setores econômicos, destinados a produzir sobre-

tudo a gama indefinida dos bens de consumo e de serviços que se relacionam não só com as necessidades materiais mas também com as exigências do espírito: bens e serviços que exigem, de modo especial, o gênio criador dos indivíduos. (Igreja Católica, Papa João XXIII)

É mesmo um fato, provado historicamente – vide, no ponto, o triste “laboratório” dos regimes comunistas –, que a livre iniciativa caminha de mãos dadas com o desenvolvimento. Discussão sobre isso, se há, é apenas para angariar votos e projeção política. Na vida real, a reestatização de serviços públicos hoje delegados, em áreas-chave para a infraestrutura nacional, como a energia elétrica<sup>16</sup>, não é seriamente insinuada mesmo por quem simpatiza com ideologias interventoras, por se saber drásticas as consequências de um tal movimento no plano da qualidade, continuidade e universalização desses serviços.

Trazida da subsidiariedade do campo político e econômico ao direito, vê-se sua importância prioritária no Direito Público, máxime na disciplina dos serviços públicos, em que se desloca, cada vez mais, a preocupação sobre o tamanho do Estado para uma preocupação, deveras mais interessante, sobre sua qualidade. É aqui que

[d]esponha, com nitidez, o vetor da subsidiariedade, o qual não deve engendrar equívocos, dado que se revela incontestável, para além de querelas teóricas, o paradoxal fenômeno de um Estado em demasia em determinadas áreas e de carência em outros setores, razão pela qual todo cuidado é pouco para evitar a ablação das especificidades estatais na promoção do desenvolvimento sustentável, como pretendem os adeptos da privatização selvagem ou os que creem que o mercado é capaz de regular a si próprio. Não. Sistema regulatório forte e democrático é

---

16 Nesse sentido, lê-se: “A concessão em favor de pessoas privadas (nacionais e estrangeiras) ganhou relevo como fato de desenvolvimento de infraestrutura – criação e expansão da rede de estrada de ferro, de portos, da rede de saneamento básico, de água e de energia – essenciais para permitir o desenvolvimento econômico.” (MAROLLA, 2011, p. 15)

condição obrigatória para uma intervenção redutora de assimetrias negativas e promotora de uma cooperativa ambiência desenvolvimentista. Repita-se: não se trata de Estado máximo contrastado a Estado mínimo, senão que de lutar pela prossecução do Estado essencialmente capaz de promover a eficácia dos direitos fundamentais, vertical e horizontalmente considerados. (FREITAS, 2004, p. 82)

Do ponto de vista normativo, conforme se afirmou, a equalização entre o desenvolvimento e a promoção de bens, traduzida no princípio da subsidiariedade, vê-se aparecer, indubitável<sup>17</sup>, nos arts. 173 e 174 da Constituição da República. Para adiante de sofismas, percebemos, da exegese de tais dispositivos, que: i) a exploração das atividades econômicas deve ser realizada, preferencialmente, pelos particulares. Quando conferida essa exploração ao Estado, isso é realizado em um “regime de exceção”, em duas hipóteses fechadas e, portanto, de necessária comprovação, que são aquelas da segurança nacional e do relevante interesse coletivo (art. 173), algo que ficou ainda mais claro com a edição da Lei 13.303/2016 (chamada “Lei das Estatais”); e ii) o Estado, no plano das atividades econômicas, reserva-se, essencialmente, um papel normativo e regulador, em que ele avoca as funções de fiscalizar, incentivar e planejar, mas não a de executar (art. 174).

É interessante, e especialmente esclarecedora, a análise da redação do art. 173 da Constituição Federal em cotejo com a redação do art. 218 da resolução normativa da Aneel, colocando-se-as, para isso, lado a lado:

---

17 A afirmação da não adoção do princípio da subsidiariedade, em nossa ordem constitucional, necessita de esforço argumentativo com o qual não podemos, razoavelmente, concordar. Cf., em sentido oposto: GABARDO, 2009. Para um estudo mais detalhado do princípio, vide: BARACHO, 1996.

<p>Art. 173: Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.</p>	<p>Art. 218: A distribuidora deve transferir o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS à pessoa jurídica de direito público competente.</p>
--	--

Nos dois dispositivos, grifamos os termos que produzem o que chamamos, em Teoria Geral do Direito, o “funtor” de uma norma. Considerando que todo texto normativo é uma asserção, o “funtor” dessa asserção é o operador linguístico que liga um fato a determinada consequência jurídica. Há, para os textos legais, três tipos de “funtor” possíveis: os preceptivos (quando fato e consequência são ligados por uma obrigação); os proibitivos (quando fato e consequência são ligados por uma proibição); e os permissivos (quando fato e consequência são ligados por uma permissão). Ao lecionar sobre o tema, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003, p. 130) acrescenta que “[d]o ponto de vista lógico, os dois primeiros são comutáveis [...]”.

Os dispositivos em comento, bem os analisando, possuem esses “funtores” comutáveis. Respectivamente, um “funtor” proibitivo e um “funtor” preceptivo.

Isso porque o art. 173 da CF/1988, embora utilize o verbo “permitir”, expõe, por ele, uma proibição. Ao afirmar que a exploração “só será permitida” em dois casos, está dizendo, em realidade (tirantes as duas exceções, a serem deflagradas por lei específica), que: *a exploração direta de atividade econômica pelo Estado é proibida*. Ou, como o “funtor” proibitivo é comutável pelo preceptivo, podemos dizer o mesmo da seguinte forma: *a exploração indireta de atividade econômica pelo Estado é obrigatória*.

Já no art. 218 da Resolução Normativa, lemos, claramente, um funtor preceptivo, isso é, uma obrigação. A obrigação de que a distribuidora do ser-

viço público de iluminação pública (que exerce esse serviço público de forma indireta) transfira os ativos de iluminação pública ao Município. Como, consoante análise amplamente aqui já realizada, a transferência de ativos importa a transferência da prestação do serviço público a ele relativo, tem-se, do dispositivo, a seguinte asserção: *a exploração do serviço de iluminação pública pelo Município é obrigatória*.

É notável, pois, que, cotejando os dispositivos, vemos que o texto da resolução normativa possui clara vocação para dizer o exato oposto do texto da Constituição. Ainda que o Município possa, nos termos da resolução, realizar esse serviço diretamente ou em nova delegação (art. 21), a lógica constitucional é invertida, uma vez que o serviço público de iluminação é, pelo ato regulamentar, “reestatizado”. Dá-se uma inconstitucional preferência para a exploração direta da atividade, até momento indefinido.

Transferir o serviço de iluminação pública à titularidade municipal incorre, pois, em dois possíveis erros: caso o Município preste o serviço por delegação, transforma-se ele, por Resolução, em poder concedente de serviço público tipicamente federal; caso o Município o preste diretamente, além de se imiscuir também no terreno do serviço público federal, estaria rompendo uma subsidiariedade consolidada histórica e juridicamente.

A iluminação pública é “atividade econômica”, a mesma atividade de distribuição de energia realizada para os consumidores em geral. Atividade econômica, conforme didática exposição no voto vencedor da ADPF 46 julgada pelo STF, é gênero do qual se extraem, como espécies, a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público. Por conseguinte, a iluminação pública, serviço público que é, é uma atividade econômica cuja prestação deve-se dar subsidiariamente, seja por não configurar algumas das exceções previstas no art. 173 da Constituição, seja porque, ainda que se o configurasse, faltaria a disciplina legal exigida pelo texto constitucional, porquanto o poder concedente dessa atividade é a União, em articulação com os Estados (art. 20, XII, “b”).

A única hipótese que se vislumbra, no contexto até aqui explicitado, para que os Municípios se responsabilizem pelos ativos de iluminação pública – e o seu respectivo serviço – sem, com isso, esvaziar o texto constitucional, é aquela referida no art. 8º, parágrafo único, do Decreto-Lei 3.763/1941, na qual o Município surge como um terceiro interveniente de um contrato de distribuição, especificamente para o serviço de iluminação pública, realizado entre a União (como poder concedente) e uma empresa de distribuição de energia elétrica, preferencialmente pessoa jurídica de direito privado. Isso, obviamente, desde que o Município concorde com a transferência, em declaração explícita de vontade, porquanto, como visto, a transferência não pode ser obrigada. Far-se-ia, nesse caso, uma interpretação conforme à Constituição, salvando a constitucionalidade da resolução normativa, ao se ler como faculdade o que nela está como uma obrigação.

Nessa hipótese (como uma faculdade do Ente municipal, havendo o seu interesse para tanto, em conciliação com os demais interessados), seria possível cogitar-se a juridicidade da transferência. Subtrai-se, com isso, a possibilidade, no plano jurídico, de que a transferência ocorra: sem anuência do Município; sem contrato específico para tal fim; mediante prestação do serviço de iluminação pública diretamente pelo Município; ou mediante prestação do serviço de iluminação pública indiretamente pelo Município, tendo-se esse como poder concedente.

#### **4.2. A prestação “adequada” dos serviços públicos e a eficácia dos direitos fundamentais**

A diagramação dos principais elementos sobre a antijuridicidade da transferência dos ativos e do serviço de iluminação pública, entendemos, está realizada nos tópicos antecedentes. Há, porém, dois tópicos cuja análise, suplementar àqueles, mostra-se necessária: o mandado de adequação na prestação dos

serviços públicos; e as obrigações contratuais relacionadas a esses serviços. Em suas linhas gerais, analisá-lo-emos, respectivamente, neste tópico e no próximo.

Os serviços públicos possuem, como objetivo, a implementação positiva dos meios de realização de direitos fundamentais, considerados em sua dimensão objetiva e subjetiva. Podem ser eles entendidos como “concreção dos deveres estatais plasmados na Constituição” (PLATA, 2005, p. 50). Fala-se, notadamente, no âmbito dos direitos fundamentais como direitos a prestações, é dizer, em que se tem uma “[...] postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática)” (SARLET, 2004, p. 200).

Na linha do exposto sobre o princípio da subsidiariedade, verifica-se que a concessão de serviços públicos, como uma política modificativa da atuação do Estado (da intervenção à regulação), serve para gerar eficácia à prestação desses serviços. Isso porque se pôde constatar, em nossa história administrativa – como em outras tantas –, à época das atividades monopolistas, um “colapso do modelo de prestação de serviços por empresas com capital público” (MAROLLA, 2011, p. 17)<sup>18</sup>. Ocorre que, se os serviços públicos servem para realizar direitos fundamentais, o colapso na sua prestação é o colapso desses direitos. Como diz Diogo de Figueiredo Moreira Neto,

[é] neste contexto que a velha intervenção pesada, pró-Estado, se transforma na intervenção leve, pró-sociedade. O papel do Estado muda: de agente *monopolista*, *concorrente* ou *regulamentador*, torna-se um agente *regulador* e *fomentador*. Não se trata de um movimento para chegar a um *Estado mínimo*, como se poderia pensar, mas para torná-lo um *Estado melhor*. (MOREIRA NETO, 2003, p. 74)

---

18 Para um histórico do setor e suas reformas, vide: SCHIRATO, 2010.

Melhor por quê? Porque, em última análise, a delegação faz-se à serviço do cidadão, que deve, por ela, receber, em direitos subjetivos, mais e melhor que recebia antes dela. Não se justificaria conceder os serviços se o Estado, por ele, os prestasse à suficiência e adequação. Uma ordem constitucional que pretenda, com a delegação dos serviços, melhorar os serviços deve tratar, juridicamente, de estabelecer diretrizes firmes e cogentes nesse sentido. Não pode o delegatário, como muitas vezes ocorrera com o Estado, regravar-se à omissão, ficando ao sabor dos ventos enquanto minguam suas necessárias obrigações prestacionais. Ao particular, prestando serviço público em nome do Estado – não se transmutando em Estado tampouco adquirindo a titularidade do serviço, apenas a execução –, incumbe deveres semelhantes àqueles atribuídos ao Estado e à esperança, a ser concretizada em mandamento legal, de que faça mais.

Não por outra razão, há, no texto constitucional, a previsão de garantias relacionadas à prestação dos serviços públicos, que aparecem, especialmente, nos incs. II, III e IV do art. 175, as quais demandam disposição de lei sobre direitos dos usuários, política tarifária e obrigação de manter serviço adequado. É, mesmo, no plano infraconstitucional – e, nele, na sistemática das concessões – que tais garantias, pela Lei n. 8.987/1995, veem-se densificadas. De-la, destacamos o mandado de adequação na prestação dos serviços públicos, prescrito da seguinte maneira:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

A prestação direta do serviço de iluminação pública, pelo Município, não enseja a aplicação dessa adequação em duas perspectivas: uma jurídica e outra fática.

Desde uma *perspectiva jurídica*, haveria sérios problemas relacionados à aplicação, para os Municípios, da referida lei. Prestado o serviço diretamente, a prestação seria fugidia ao objeto da lei<sup>19</sup>; prestado por delegação do Município, o problema – seríssimo! – é o da falta de ambiência regulatória, seja pela ausência de *know how* dos Entes municipais nesse tocante, seja pelo fato de a regulação (no sistema pré-resolução normativa, concentrada na Aneel como entidade reguladora e em um número relativamente pequeno de contratos e empresas reguladas) ser multiplicada por milhares de pessoas jurídicas de direito público, cada uma com contratos distintos, com pessoas distintas, em suas pequenas “áreas de concessão”.

Ainda sobre o problema jurídico da transferência do serviço de iluminação pública, alguns pontos da Lei de Concessões dão a exata conta dos possíveis problemas de sua aplicação para os Municípios, especialmente se resolverem explorar diretamente a atividade. Vejamos, por exemplo, o art. 30 da lei, em que se concede ao poder concedente, no exercício da fiscalização, o “[...] acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária”. Uma tal garantia, cuja importância relaciona-se à constatação da continuidade do serviço, não se tem como aplicar aos Municípios. Primeiro, porque o dispositivo trata de uma garantia jurídica relacionada às concessionárias. Segundo, pelo não cabimento do exercício deste poder da Aneel em relação aos Municípios, pois isso configuraria exercício indevido de poder de polícia.

---

19 Outra questão a ser suscitada seria a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em relação a esse serviço, notadamente quando o conceito de consumidor, no modelo atual, é extensível aos Municípios. Sobre o tema, vide: MIRAGEM, 2004, p. 83-5.

Voltamos à conclusão já aqui inserida: em se tratando de energia elétrica, o poder concedente é a União. Para garantir constitucionalidade à transferência dos ativos aos Municípios, isso deveria ocorrer, por meio de delegação, tendo-se o Município como terceiro interveniente de um contrato celebrado entre Aneel e distribuidora.

Desde uma *perspectiva fática*, o problema da aplicação da Lei de Concessões (e do mandamento de um serviço adequado) é ainda mais importante, pois é nele que se assumem dimensões potencialmente catastróficas. Isso porque os Municípios, em sua maioria, especialmente aqueles de menor tamanho, não possuem as condições para a prestação de serviço adequado. Faltam-lhes recursos financeiros, assim como lhes faltam pessoas, infraestrutura, conhecimento técnico, além de outras carências. Não é dramatismo gratuito dizer, pois, que a transferência do serviço implica riscos relacionados à manutenção do serviço.

É previsível, pois, um possível significativo aumento da suspensão do fornecimento em diversas localidades, ainda que se considere, como o faz um respeitado autor alemão em monografia sobre o direito de energia na União Europeia, que “[a] segurança do fornecimento deve ser considerada como o princípio condutor mais importante do setor da energia” (GRUNWALD, 2003, p. 88). Há sentido para tanto: a suspensão do serviço de iluminação pública, ao fim e ao cabo, não provoca “apenas” uma falta de luz nos logradouros e praças, mas afeta outros direitos, tais como a segurança, a livre locomoção e o lazer. Sob esse aspecto, na consideração de outros direitos afetados, parece-nos que a não realização da transferência dos ativos/serviço de iluminação pública é uma determinação da proibição de insuficiência.<sup>20</sup>

A legislação infraconstitucional, observamos, não é desditosa com esse perigo. Assim se constata na regulação da transferência, pela União aos Esta-

---

20 O conceito é de Claus-Wilhelm Canaris (2003, p. 59-60): “A concepção exposta apenas se torna, porém, plenamente compreensível se se acrescentar que a Constituição apenas proíbe que se desça abaixo de um certo *mínimo* de proteção. Em tempos, baptizei isto como *proibição de insuficiência* – uma expressão que, entretanto, o Tribunal Constitucional Federal adoptou”.

dos – não aos Municípios –, das atribuições de conceder, autorizar e fiscalizar serviços de energia elétrica, nos arts. 37, 38 e 39 do Decreto n. 41.019/1957. Consoante reza o art. 38, a transferência aos Estados, embora cabível,

terá lugar quando o Estado interessado possuir um serviço técnico-administrativo a que estejam afetos os assuntos concernentes ao estudo e avaliação do potencial hidráulico, seu aproveitamento industrial, inclusive transformação em energia elétrica e sua exploração, capaz de desempenhar os seguintes serviços: a) estudos de regimes de cursos d'água, avaliação do potencial hidráulico, projetos e estudos técnicos; b) concessões, autorizações, tarifas e estudos econômicos; c) fiscalização técnica e contábil e demais serviços necessários ao desempenho das atribuições transferidas.

Apenas sob o pressuposto dessas qualificações é que o Decreto admite a transferência da União aos Estados. Ainda assim, o Estado deve apresentar à União “a) organograma dos serviços; b) relação numérica dos cargos e funções do pessoal; c) aparelhamento técnico; d) dotações orçamentárias.” (art. 39) Raros são, sabemos, os Municípios brasileiros com real capacidade de resistir a essas exigências.

Não há, por todos esses motivos, como se exigir dos Municípios, do ponto de vista fático, uma prestação do serviço de iluminação pública que atenda ao mandamento de adequação, nos contornos que lhe dá o art. 6º da Lei de Concessões. Nessa hora, impera realizarmos uma “*abordagem pró cidadão*”<sup>21</sup>. Pensando no cidadão-usuário da iluminação pública – ao fim e ao cabo, todos nós que vivemos nas cidades –, a transferência do serviço pode-se revelar, a

---

21 Utiliza-se o termo, aqui, como uma tradução livre para “demand-side approach”, lido em Brett Frischmann (FRISCHMANN, 2012, passim). Segundo esse autor, os especialistas já reconhecem, há tempo, que “uma abordagem mais proativa, sistemática e de longo prazo sobre infraestrutura é desesperadamente necessária [...]” (p. x) Falta-lhes reconhecer, complementa, uma “abordagem pró-cidadão”, isso é, uma abordagem que “[...] facilite um melhor entendimento sobre como os recursos de infraestrutura geram valor para a sociedade e como decisões sobre a alocação do acesso a esses recursos afetam o bem-estar social.” (p. xii).

curto prazo, um eclipse do direito, constitucionalmente garantido, a termos espaços públicos continuamente iluminados.

### **4.3. Obrigações contratuais: a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro**

Os dois tópicos anteriores assentaram, dentre outras ideias, aquilo que pode ser sintetizado em uma sugestiva frase: “[u]m bom governo regulatório não é mais impossível do que é inevitável.” (CROLEY, 2008, p. 306) De fato, a delegação do serviço público é uma exigência não apenas da subsidiariedade como do mandamento de adequação na prestação dos serviços públicos. Compreendida sua necessidade, calham algumas linhas sobre o seu instrumento: perfectibiliza-se a exploração indireta do serviço de distribuição de energia elétrica, como quaisquer outros serviços, em um contrato de concessão. O contrato de concessão de serviço público, dizia Hely Lopes Meirelles, “[...] é o documento escrito que encerra a delegação do poder concedente, define o objeto da concessão, delimita a área, forma e tempo da exploração, estabelece os direitos e deveres das partes e dos usuários dos serviços” (MEIRELLES, 1994, p. 342).

Não podem ser aprendidos os ditames e as especificidades desse contrato ao mero manuseio dos sete artigos sobre ele na Lei de Concessões ou na mais de centena de dispositivos da Lei de Licitações. Tampouco caberia espaço, aqui, para uma tal compreensão mais aprofundada dele.

As pretensões deste tópico, muito menores, são duas.

Nossa primeira pretensão é a de verificar se a obrigação relacionada ao serviço de iluminação pública é parte integrante dos contratos de distribuição de energia elétrica. Uma pretensão assim é singela, e chega a prescindir de fundamentos jurídicos. Tal qual matéria de prova, escoo ela de fatos, e dela se dá conta em duplo exercício: um, de lógica (a resolução normativa ter obrigado a transferência do serviço de iluminação pública das distribuidoras para os Entes municipais é um indicativo – necessário e robusto, ainda que não suficien-

te – de que esse serviço estava, por contrato, a cargo das distribuidoras); outro, heurístico (da análise de diversos contratos percebe-se – e aqui está o indicativo necessário e suficiente – que, efetivamente, a iluminação pública integrava o contrato). Acerca desse exercício heurístico, vemos, no manuseio desses contratos, a previsão, em seus anexos, de cobrança de tarifas convencionais de iluminação pública, intituladas “B4”, discriminadas como “rede de distribuição” e “bulbo da lâmpada”.

A segunda pretensão, perpassada a primeira, é a de analisar a determinação da transferência dos ativos e do serviço de iluminação pública, realizada pela Resolução Normativa 414/2010, em termos contratuais. Isso é, entender a compatibilidade entre a obrigação normativa (infralegal) e a obrigação contratual (perfectibilizado o contrato nos termos da lei de concessões).

Sobre essa segunda pretensão, nepítome, o texto normativo houve por criar, e desde aqui se verifica a sua antijuridicidade, uma obrigação contratual sem contrato. Ou, dito de outro modo, uma obrigação do Município sem fundamento em lei (em sentido estrito) ou em contrato (quando realizado sem – ou contra – a vontade do Ente municipal).

E, ao exame dessa antijuridicidade, verificamos, ainda, que, ao descompasso da lei que rege esses contratos (Lei 8.987/1995), a resolução normativa mexeu em parte da essencial equação que molda o equilíbrio econômico-financeiro desses contratos. Como se sabe, tem-se esse equilíbrio – cujo fundamento legal é o art. 10 da citada lei, o qual prescreve a manutenção das condições do contrato – como intangível. A intangibilidade não estaria nas obrigações, mas no sinalagma. Louvamos o didatismo na exposição de Caio Tácito no ponto:

[...] as obrigações recíprocas que figuram na concessão não têm valor absoluto, elas possuem um valor de relação: entre elas se estabelece uma proporção e é esta proporção que deve ser mantida. Não são as prestações (A, B, C) do concedente que são imutáveis, nem aquelas (a, b, c) da concessionária, mas a relação que foi estabelecida entre A, B, C e a, b, c. (TÁCITO, 1997, p. 202)

O serviço de iluminação pública, consoante se examinou, é parte integrante dos contratos de concessão. A transferência dessa responsabilidade aos Municípios lhes transfere um ônus que, pelo contrato, é das distribuidoras. Trata-se de uma obrigação contratual das concessionárias, que se sujeitam ao regime de responsabilidade e deveres desses contratos e, nesse regime, à equação de equilíbrio criada com a concessão. Essa desoneração, portanto, por não ser estabelecida com alguma contrapartida para os usuários do serviço, ofende a intangibilidade do equilíbrio.

Soma-se a isso o fato de que a alteração de contrato de concessão pela via da lei, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal em análise de verossimilhança, é ofensiva à Constituição, uma vez que a lei “[...] não pode alterar as condições da relação contratual entre o poder concedente e os concessionários sem causar descompasso entre a tarifa e a obrigação de manter serviço adequado em favor dos usuários [...]” (STF, ADI 2.299, 2001). E aduz o então relator que aquela lei introduzia “[...] elemento novo na relação contratual entre o poder concedente e o concessionário, alterando, dessa forma, as condições contratuais previstas na licitação exigida pelo ‘caput’ do art. 175 da Carta Magna, que, assim, é violado”. Se lei não tem força para alterar as condições do contrato (e, embora o caso decidido cuidasse de lei estadual que invadira em competências materiais da União e dos Municípios, o argumento não se desvalida por isso), *a fortiori*, uma resolução normativa não o pode fazer.

Ainda sobre o equilíbrio contratual, há duas últimas questões que se podem colocar, para efeito de reflexão, o que fazemos brevemente por acreditar que, não obstante razões são sempre razões – que se devem sempre somar umas às outras –, elas, de algum modo, exorbitam o objeto delimitado para o presente artigo.

A primeira dessas questões é aquela que diz respeito a possíveis efeitos práticos da transferência dos ativos e do serviço de iluminação pública. Além dos problemas na prestação do serviço em si, tratados no ponto anterior, não

se precisa clarividência para predizer uma outra provável consequência prática, num futuro próximo, caso mantidas hígdas tais transferências. Surgirão novas concessões, apenas para esses serviços, aumentando as despesas públicas e, como os Municípios não aguentam maiores despesas, virá a instituição das contribuições de iluminação pública nos Municípios que não as instituíram ou aumento das contribuições já existentes. Isso é: far-se-á o usuário pagar uma conta que é, por lei e contrato, das concessionárias.

A segunda dessas questões relaciona-se com a interrupção do fornecimento do serviço de energia elétrica relacionado à iluminação pública.<sup>22</sup> Sabe-se que a possibilidade do corte de energia foi, por muitos anos, discutida nos tribunais, em muitos dos quais prevaleceu o entendimento da impossibilidade da interrupção do serviço. O argumento central, em muitos casos, era o da impossibilidade de utilizar a interrupção como sucedâneo da ação de cobrança desses valores. Não prevalecendo o argumento das concessionárias, a edição da resolução normativa da Aneel parece ter inovado: com ela, passou-se a utilizar a transferência de ativos como sucedânea de ação de cobrança, isso é, para sanar o problema de Municípios eventualmente inadimplentes. Por mais sério que sejam esses inadimplementos – os quais devem – nesse caso, em favor das concessionárias – admitir reequilíbrio da equação econômica financeira dos contratos, trata-se de uma burla ao sistema constitucional das concessões de serviço público, e como tal deve ser tratada.

## 5. CONCLUSÃO

O presente artigo abordou a questão dos ativos de iluminação pública, tendo como norte a preocupação com o direito dos cidadãos a ter luz no espaço público das cidades, considerando a determinação, por Resolução da Aneel, de

---

22 Para um histórico dos julgados do Superior Tribunal de Justiça nessa matéria (e as suas sucessivas mudanças de entendimento), vide: NASCIBEM, 2009, p. 88-101.

que os Municípios recebessem os chamados ativos de iluminação pública das concessionárias de distribuição de energia elétrica. Sob esse norte, os objetivos deste trabalho eram dois: i) a verificação da juridicidade dessa transferência na forma de uma obrigação aos Municípios; e ii) no caso da transferência ser antijurídica (inconstitucional e/ou ilegal), a possibilidade de os Municípios prestarem o serviço, considerando que diversos Municípios receberam os ativos, e as dúvidas sobre a execução poderiam acarretar um colapso na prestação do serviço de iluminação pública, em prejuízo dos cidadãos.

Na consideração de tais objetivos, podemos constatar que a transferência de ativos prescrita na Resolução Normativa 414/2010, interpretada como uma obrigação estabelecida aos Municípios pela agência reguladora, é inconstitucional e ilegal. Conforme as razões expostas ao longo das diferentes seções deste texto, vimos que a transferência dos ativos fere a disciplina jurídico-normativa dos bens públicos, a repartição constitucional das competências administrativas e o princípio da reserva legal, enquanto a transferência do serviço de iluminação pública, não se justifica pelo princípio da subsidiariedade (considerando a excepcionalidade do fornecimento de iluminação pública diretamente pelo poder público), além de esbarrar no mandamento de prestação “adequada” dos serviços públicos e em análise das obrigações contratuais relativas aos contratos de concessão.

Do ponto de vista estritamente normativo, podemos afirmar que a inconstitucionalidade da transferência se dá por ferir ela o disposto nos seguintes artigos da Constituição Federal: 5º, II; 20, VIII, § 1º; 21, XII, “b”; art. 22, IV, XII e XXVI; 84, IV; 173; 174; 175. Também conforme as razões expostas alhures, sua ilegalidade dá-se por ferir os seguintes dispositivos: arts. 6º, 7º, 9º, 10; 30 e 31 da Lei 8.987/1995; art. 3º da Lei 9.427/1996; e o art. 8º do Decreto-Lei 3.763/1941.

Por fim, no que tange à possibilidade de os Municípios prestarem o serviço, a análise do arcabouço teórico jurisprudencial e normativo sobre a matéria, permite-nos a conclusão de que a inconstitucionalidade e a ilegalidade es-

tão na obrigação da transferência, não na transferência em si. De tal modo, vislumbramos possível uma interpretação conforme à Constituição (e às leis) no sentido de entender a obrigatoriedade do art. 218 da citada resolução normativa em uma faculdade. Essa interpretação sustentar-se-ia na presença de dois seguintes requisitos: i) declaração de vontade do Município, por meio de contrato específico para esse fim; ii) a prestação do serviço de iluminação pública deve-se dar, invariavelmente, de forma indireta, figurando no contrato a União (ou Estado) como poder concedente, a concessionária como distribuidora e o Município como terceiro interveniente.

Ainda que essa não se faça uma solução ideal, considerando o grande contingente de Municípios que receberam a transferência, conforme a pesquisa citada, essa seria uma solução possível a fim de salvar não apenas a juridicidade da transferência dos ativos (e do serviço) de iluminação pública, mas o próprio direito à luz nos espaços públicos das cidades.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1985.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BACHOF, Otto. *Verfassungswidrige Verfassungsnormen? Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*. Tübingen: Mohr, 1951.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípio Gerais de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- BARACHO, José Alfredo. *O Princípio de Subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Denise Agostinetti. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Atlas de Energia Elétrica do Brasil*. Brasília: Aneel, 2008.
- \_\_\_\_\_. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Voto no processo 48500.002402/2007-19. Julgado em 09 set. 2010. Relator: Diretor Romeu Dornizete Rufino. Disponível em: [http://www.aneel.gov.br/cedoc/aren2010414\\_1.pdf](http://www.aneel.gov.br/cedoc/aren2010414_1.pdf). Acesso em: 16 jan. 2015.
- \_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.847/SC*. Relator Min. Gilmar Mendes, 2011.

\_\_\_\_\_. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.349/ES*. Relator Min. Eros Grau, 2005.

\_\_\_\_\_. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.221/RJ*. Rel. Min. Carlos Velloso, 2003.

\_\_\_\_\_. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.954/AC*. Relator Min. Marco Aurélio, 2014.

\_\_\_\_\_. STF. *Agravo Regimental na Medida Cautelar da Ação Cautelar Inominada 1.255/RR*. Relator Min. Celso de Mello, 2007.

\_\_\_\_\_. STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46/DF*. Relator Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão Min. Eros Grau, 2009.

\_\_\_\_\_. STF. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 996/DF*. Relator Min. Celso de Mello, 1994.

\_\_\_\_\_. STF. *Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade 2.299/RS*. Relator Min. Moreira Alves, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CROLEY, Steven. *Regulation and Public Interests: The Possibility of Good Regulatory Government*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

DAMKOWSKI, Wulf. *Die Entstehung des Verwaltungsbegriffes: eine Wortstudie*. Schriften zur Verwaltungslehre. Livro 6. Köln (et. al.): Carl Heymanns, 1969.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRISCHMANN, Brett. *Infrastructure: The Social Value of Shared Resources*. New Your: Oxford University Press, 2012.

GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRUNWALD, Jürgen. *Das Energierecht der Europäischen Gemeinschaften: EGKS-EURATOM-EG. Grundlagen, Geschichte, Geltende Regelungen*. Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften, 2003.

HART, Herbert. *The Concept of Law*. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

IGREJA CATÓLICA. Papa (1958-1963: Papa João XXIII). *Mater et Magistra*: sobre a recente evolução da questão social à luz da doutrina cristã, 1961, parágrafo 57. Disponível em: [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_xxiii/encyclicals/documents/hf\\_j-xxiii\\_enc\\_15051961\\_mater\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater_po.html). Acesso em: 21 dez. 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Premissas para uma leitura integrada da indústria da energia na Constituição e para a identificação de uma política energética constitucional: a propósito dos arts. 173 e 175 da Carta. *Revista Brasileira de Direito Público*, n. 29, Belo Horizonte, abr./jun. 2010.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de Serviço Público: a equação econômico-financeira dos contratos*. São Paulo: Verbatim, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regime jurídicos dos bens públicos empregados na geração de energia. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 50, Forense, jan./mar. 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. Vol. I. Leipzig: Duncker und Humblot, 1895.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. 2ª ed. Livro I: Parte Geral. Tomo II: Coisas. Coimbra: Almedina, 2002.

MIRAGEM, Bruno. A regulação do serviço público de energia elétrica e o direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, Revista dos Tribunais, n. 51, jul./set. 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NASCIBEM, Marcelo Arbix. Corte de serviço público por inadimplência de pessoa jurídica de direito público. *Revista de Direito Público da Economia*, n. 26, Fórum, abr./jun. 2009.

PASQUALINI, Alexandre. Postes toponímicos: concessão de serviço público. *Revista Brasileira de Direito Municipal*, Belo Horizonte, Fórum v. 12, n. 41, jul./set. 2011.

PLATA, Alberto Montaña. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. 2ª ed. Bogotá: Digiprint, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. Tomo II: Bens. Fatos jurídicos. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Geração de energia elétrica no Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, n. 31, Fórum, jul./set. 2010.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

SILVA, Carlos Medeiros. O Poder Regulamentar e sua Extensão. *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, v. 20, abr/jun 1950.

SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

TÁCITO, Caio. O equilíbrio econômico financeiro nas concessões de serviços públicos. *Temas de Direito Público* (estudo e pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

# A SUSPENSÃO DO CRÉDITO FISCAL POR MEIO DA PENHORA DE FATURAMENTO – BREVE ANÁLISE DO PROCEDIMENTO NA ÓTICA DOS ENTES PÚBLICOS DA FEDERAÇÃO

Wesley Rocha<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo pretende abordar provável inovação na suspensão do crédito fiscal, por meio da penhora de faturamento, trazida pelo projeto de Lei Complementar 372/2018, apresentada pelo senador Pedro Chaves-MT<sup>2</sup>. A sistemática consiste na simples alteração legislativa que visa a alcançar benefícios para todos os Entes da Federação, a ser tratada nas execuções fiscais promovidas pela Fazenda Pública, para que a penhora de faturamento

---

1 Conselheiro titular do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf). Foi Advogado da Confederação Nacional de Municípios e é especialista em planejamento tributário pela Universidade de Brasília (UnB). Professor em Cursos de atualização.

2 A ideia e o anteprojeto surgiram a partir de sugestão e colaboração do autor do presente artigo e foram encampadas pelo senador Pedro Chaves-MT, diante da importante alteração legislativa e benefícios para a sociedade e para a administração pública.

em acordo homologado judicialmente possa ter eficácia de suspensão do crédito público. Com isso, o referido procedimento objetiva atender a um importante mecanismo dentro do sistema jurídico brasileiro, trazido principalmente pelo espírito do novo Código de Processo Civil, a mediação de conflitos tende a ser uma realidade maior nas ações movidas pela Fazenda Pública, impondo como medida reflexa a diminuição de litígios judiciais entre contribuintes e Estado.

## 1. INTRODUÇÃO

O processo administrativo fiscal (PAF) é o meio de que a Fazenda Pública se utiliza para cobrar legalmente seus créditos, sendo eles tributários ou não. O PAF pode ser iniciado pelo ato de fiscalização realizada pela autoridade administrativa, contemplada pelo art. 196 do CTN, conforme transcrição abaixo:

Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Assim, a autoridade administrativa tem o poder de realizar as diligências que entender serem devidas para realizar o levantamento de todas as informações necessárias, desde que permitidas em lei, para a respectiva busca da verdade material sobre os fatos para com a obrigação tributária a ser cumprida, podendo examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, movimentações financeiras, papéis e dados comerciais ou fiscais dos empresários ou não, comerciantes, industriais ou produtores.

De posse das informações que deram ensejo ao fato gerador do tributo, dentro da hipótese tributária conferida por Lei, a autoridade fiscal, com base no art. 142, do CTN, realiza o ato de lançamento do tributo devido:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Diante da atividade plenamente vinculada e ao poder-dever de lançar o crédito fiscal, a autoridade fiscal mantém vínculo próximo com o fato gerador do tributo. Assim, nasce o processo de cobrança da Fazenda Pública, diante do PAF. Porém, “processo” administrativo não se confunde com “procedimento” administrativo.

Nesse sentido, processo administrativo é o conjunto de atos coordenados para obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito administrativo, enquanto procedimento administrativo é o modo de realização do processo administrativo, ou seja, é o rito processual (DA SILVA, Américo Luís Martins. *In: Execução da dívida ativa da Fazenda Pública*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 41).

Iniciado o procedimento de cobrança do crédito fiscal, diante das defesas a serem realizadas pelo contribuinte devedor, em não sendo satisfeita a dívida tributária, o processo é remetido para a dívida ativa e encaminhado para a cobrança judicial, que será regido e obedece ao rito da Lei de Execução Fiscal 6.830/1980 (LEF), que dá azo à execução fiscal.

Com isso, a execução fiscal tem como título executivo a dívida ativa, regularmente inscrita e representada pela certidão, que há de conter os elementos do respectivo termo (PACHECO, José da Silva. *In: Comentários à Lei de Execução Fiscal*, p. 73). Já o art. 2º da LEF determina o seguinte:

Art. 2º – Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

A dívida ativa por sua vez foi conceituada pelo CTN, em seu art. 201, *in verbis*:

Art. 201. Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.

Portanto, três são os requisitos para a constituição da dívida ativa: *i*) a existência do crédito tributário ou não-tributário, do qual é proveniente; *ii*) inscrição na repartição competente; *iii*) o decurso do prazo para pagamento, ou seja, o vencimento da obrigação tributária ou não-tributária.

Nas palavras do doutrinador Humberto Theodoro Júnior, a Certidão de dívida ativa (CDA) é o Título executivo que lastreia a execução forçada (*In: Lei de Execução fiscal*, p. 73).

Após os procedimentos administrativos pertinentes, em que se tenha observado os requisitos legais, bem como o direito constitucional de defesa do interessado, a dívida ativa devidamente lançada goza de presunção de certeza e liquidez (art. 3º da LEF), que não é absoluta, por força do dispositivo do parágrafo único do citado artigo, podendo ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiros, a quem aproveite.

Importante mencionar que se incluem neste conceito de dívida ativa todos os acréscimos legais (atualização monetária, juros de mora, multa e demais encargos previstos) sobre a prestação originalmente devida à Fazenda Pública (é a chamada dívida consolidada do art. 2º da LEF).

A partir disso, dentro do processo de execução forçada, que visa a expropriar bens do contribuinte devedor, existem diversas penhoras a serem postuladas pela Fazenda Pública, conforme possibilita os rolos do art. 11 da LEF e do art. CPC 835, aplicado subsidiariamente às execuções fiscais, assim transcritos:

Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem:

I - dinheiro;

II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;

III - pedras e metais preciosos;

IV - imóveis;

V - navios e aeronaves;

VI - veículos;

VII - móveis ou semoventes; e

VIII - direitos e ações.

§ 1º - Excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção.

Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

II - títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado;

III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;

IV - veículos de via terrestre;

V - bens imóveis;

VI - bens móveis em geral;

VII - semoventes;

VIII - navios e aeronaves;

IX - ações e quotas de sociedades simples e empresárias;

X - percentual do faturamento de empresa devedora;

XI - pedras e metais preciosos;

- XII - direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia;
- XIII - outros direitos. (Grifos nossos)

Nota-se que, do rol de penhoras da LEF, a penhora de faturamento é um procedimento excepcional e que deve obedecer à preferência dos demais bens para serem penhorados. Já no NCPC, ela ocupa a décima posição.

Entretanto, esse procedimento é um ato coercitivo, expropriatório e não possui conjuntura de “negociação”, em que o executado possa de iniciativa própria solicitar a penhora de seu faturamento.

## **2. A SUSPENSÃO DO CRÉDITO FISCAL POR MEIO DA PENHORA DE FATURAMENTO**

O art. 151, do Código Tributário Nacional elenca as hipóteses de suspensão do crédito público, proporcionando ao contribuinte a possibilidade de suspender a exigibilidade do débito fiscal enquanto cumpre a obrigação tributária. São estas as situações que, atualmente, permitem suspender a exigibilidade do crédito tributário:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

- I - moratória;
  - II - o depósito do seu montante integral;
  - III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;
  - IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.
  - V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; *(Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)*.
  - VI - o parcelamento. *(Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)*.
- Parágrafo único.* O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

Essas são as atuais previsões legais de suspensão de exigibilidade do crédito fiscal vigentes. Nas hipóteses mencionadas, quando ocorridas, suspende-se temporariamente a cobrança do crédito fiscal, seja ele na esfera administrativa ou judicial, permitindo que o contribuinte obtenha certidão positiva com efeito de negativa.

O mecanismo admite que a empresa apresente essa certidão perante instituições e órgãos públicos quando necessite comprovar sua regularidade fiscal, permitindo o prosseguimento de suas atividades econômicas. Isso ocorre especialmente com parcelamento, em que o contribuinte, embora impossibilitado momentaneamente de quitar integralmente o valor devido, busca pagar sua dívida fiscal em prestações.

A opção pelo parcelamento é muito comum para empresas de pequeno e médio porte (responsáveis por grande parte dos empregos e do PIB nacional), que necessitam apresentar certidão negativa em certames licitatórios entre outras situações jurídicas, permitindo-lhes obter empréstimos ou financiamentos, dentre possibilidades que estejam sujeitas à apresentação de certidão negativa, ou positiva com efeitos de negativa.

Quando há uma execução fiscal em curso não se pode considerar que sempre há intenção do contribuinte de dever para o fisco, mas o crédito, por vezes, é lançado sem que a empresa tenha conseguido honrar com sua obrigação tributária por vários motivos. Uma empresa que age de boa-fé dentro das normas legais, e tenta se reestabelecer perante o mercado, ainda poderia contribuir muito com o desenvolvimento nacional.

Sabe-se que o processo da execução fiscal, com meios coercitivos e expropriatórios, interfere violentamente nas atividades do executado, que fica extremamente prejudicado quando não existe bens para indicar à penhora, pois o processo de execução normalmente fica suspenso, ou até mesmo quando sua situação financeira seja de tamanha precariedade que não possua, comprovadamente, sequer condições para satisfazer o débito por meio do parcelamento do crédito fiscal para sobreviver no mercado competitivo. Por vezes, decorrem

numerosas falências empresariais, gerando desemprego, redução da renda nacional, dissipação do *know how* e eliminação da cadeia produtiva (leia-se: extinção irreversível de todo um conhecimento técnico). Quase todas essas perdas prejudicam indiretamente toda a sociedade brasileira, e raramente poderão ser recuperadas.

Diante dessas situações, quando comprovadamente e a empresa não possua condições de satisfazer o crédito fiscal, contribuintes, procuradores e magistrados podem encontrar na penhora do faturamento solução excepcional que propicia o pagamento do débito e a manutenção do funcionamento da empresa.

A “penhora do faturamento da empresa”, meio executivo tipificado, empregável na execução por quantia certa, conhecida no Direito brasileiro, até pouco tempo atrás, como “usufruto de empresa”, consiste em medida de expropriação forçada, direcionada à satisfação do crédito objeto da execução, realizando-se por meio de uma espécie de intervenção judicial na empresa. Contudo, hoje não há uma opção para a empresa oferecer seu faturamento como penhora, de forma negociada com a Fazenda, com o intuito de pagar o crédito e suspender o crédito fiscal.

Nesse sentido, o Código Tributário Nacional ainda não foi adaptado a essa importante inovação, que não se encontra incluída expressamente entre as causas de suspensão da exigibilidade de débito fiscal. Ao contrário do que ocorre com o parcelamento, o contribuinte fica literalmente “amarrado”, no sentido de não ter a garantia de que a penhora de faturamento irá lhe proporcionar a suspensão do crédito, e, conseqüentemente, certidão positiva de débitos com efeitos de negativa.

Saliente-se que a penhora do faturamento possui análise aprofundada para seu deferimento, uma vez que submete ao crivo do Poder Judiciário os elementos de avaliação, que poderá ou não homologar a penhora do faturamento, impondo os regramentos necessários para o procedimento em questão.

Diante da lacuna legislativa, o devedor se sujeita ao entendimento de cada Ente federado à emissão da certidão positiva com efeito de negativa. Disso decorre grande incerteza e insegurança jurídica, além de criar situação de injustiça. Inclusive, essa lacuna na Lei Complementar inibe a utilização dessa importante medida, que beneficia a todos (Entes públicos, contribuintes, trabalhadores e a sociedade em geral).

Cabe salientar a abordagem doutrinária acerca do assunto realizada pelo procurador do Estado do RS, prof. dr. Ernesto José Toniolo, segundo o qual

O estudo da penhora do faturamento da empresa no âmbito da execução fiscal não pode ignorar que, como o ente público deve sempre pautar o seu agir pela persecução do interesse público (também na via judicial), ao postular as medidas expropriatórias, deve observar os demais valores constitucionais envolvidos, com especial relevo à manutenção da atividade da empresa executada, ao preservar, deste modo, a geração futura de tributos e ao assegurar a realização dos direitos fundamentais ao emprego e à propriedade privada<sup>3</sup>.

Tratando a importância do instituto, prossegue o processualista gaúcho:

Por óbvio, a ação do ente público em juízo não pode equiparar-se, para todos os fins, a de um credor privado, pois o interesse financeiro decorrente da recuperação do crédito fiscal não-pago é apenas uma das dimensões do interesse público a serem consideradas na execução fiscal.

Assim, por exemplo, deparando-se com a possibilidade de liquidar o patrimônio devedor, por meio da expropriação de bens eventualmente existentes, obtendo a satisfação imediata do crédito fiscal, o ente público poderia optar pela penhora do fatura-

---

3 TONIOLO, Ernesto José. A penhora do faturamento da empresa na execução fiscal. Uma questão de conformação entre direitos processuais fundamentais no âmbito do processo executivo. In: RPPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 39-60, 2010.

mento da empresa. Contudo, a dilação no tempo de recebimento dos valores executados, a penhora de faturamento pode justificar-se como primeira opção para o credor público, nos casos em que possibilite a harmonização da satisfação de seu crédito com a manutenção das atividades da empresa. Nessa hipótese, a recuperação do crédito executado seria alcançada — embora em maior lapso temporal —, garantindo-se, também, a geração de novos tributos, a manutenção dos empregos existentes e a preservação da organização da atividade produtiva<sup>4</sup>.

Nesse contexto, o deferimento da penhora do faturamento da empresa possibilita, na hipótese de inexistência de outros bens penhoráveis ou impossibilidade comprovada de realizar o parcelamento, a superação da crise sofrida pelo Processo de Execução Fiscal em alguns casos. O aperfeiçoamento dessa medida poderá atingir muitos contribuintes que não possuem condições de quitar os créditos fiscais por meio do parcelamento puro e simples, mas que postulam a utilização desse instrumento excepcional. Todavia, sem a garantia de obtenção da certidão positiva com efeito de negativa, o contribuinte pode se mostrar refratário à penhora do faturamento, optando pela manutenção de longas batalhas judiciais, já conhecidas pelo Poder Judiciário e por seus operadores.

Um exemplo de sucesso na realização desse procedimento ocorreu no Estado do Rio Grande do Sul, que, por meio da Portaria 43/2009, publicada no diário oficial de 18/2/2009, e a atual Portaria 532/2013, tornou viável a emissão de certidão positiva com efeitos de negativa quando é realizada a penhora de faturamento em seus processos executivos fiscais. Nesse contexto, pesquisou os exemplos das operações das Portarias citadas.

Na referida pesquisa, deparou-se com muitos casos de negociações conduzidas pelo procurador do Estado do Rio Grande do Sul Rafael Orozco e

---

4 Op. Cit.

homologadas pelo juízo, demonstrando o sucesso da medida<sup>5</sup>. Com isso foi possível que o Estado recuperasse créditos com penhora de percentual de faturamento, permitindo a manutenção do funcionamento das empresas, que mantiveram os empregos de seus trabalhadores e geraram novos tributos, bem como pagaram os que estavam em atraso.

Cabe mencionar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se manifestou no sentido de que, para haver a possibilidade de suspensão do crédito fiscal, o que permitiria a expedição da *certidão positiva de débitos com efeitos de negativa*, deve haver previsão expressa no Código Tributário Nacional, especificamente no art. 151 do CTN, conforme parte da transcrição de recente decisão sobre o tema *in verbis*:

Ementa. ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. AFASTAMENTO DA ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE NA FORMAÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO PELO TRIBUNAL A QUO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. PRECEDENTES DO STJ. PENHORA EM EXECUÇÃO FISCAL QUE NÃO CONSTITUI CAUSA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (ART. 151, I DO CTN). PRECEDENTES DO STJ. DISCUSSÃO ACERCA DA PENHORA EXCEPCIONAL SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA, NO PERCENTUAL DE 5%, DEFERIDA PELO TRIBUNAL A QUO COM BASE NOS ELEMENTOS E NA SINGULARIDADE DO PROCESSO EXECUTIVO. CRÉ-

---

5 Em entrevista para o site jurídico JOTA, Orozco afirmou que: “a Procuradoria chama as empresas para sentar e, de forma negociada, tentamos estabelecer um percentual do faturamento da empresa razoável para o abatimento da dívida, mas que não comprometa a continuidade das atividades da empresa”, afirmou Velasques Orozco. No âmbito estadual, a proposta contou com o apoio da Secretaria da Fazenda e, segundo o procurador, contou com uma série de ajustes em sistemas de informação. Hoje já é possível que o acordo de penhora automaticamente inscreva o contribuinte como regular e apto a emitir uma CNF. Com base no que vê em sua cidade – segundo Velasques Orozco, a sua jurisdição analisa mais de R\$5 bi em títulos de dívida ativa do Estado – a medida, se aprovada pelo Senado, poderá ser considerada “salutar” e “um grande avanço”. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/senado-divida-penhora-judicial-10102018>. Acesso em: 7 dez. 2018.

DITO VULTOSO. INÚMERAS EXECUÇÕES. PENHORAS DE BENS INSUFICIENTES PARA GARANTIA DO DÉBITO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF. AGRAVOS REGIMENTAIS DESPROVIDOS.

(...)

**3. Já decidiu esta Corte que muito embora a penhora e a medida cautelar de caução possam ensejar a expedição da certidão positiva de débitos com efeitos de negativa (art. 206, do CTN), não são elas meios aptos a suspender a exigibilidade do crédito tributário, pois não previstas no art. 151 do CTN (REsp. 1.307.961/ MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJe 12.09.2012).**

4. O Tribunal de origem consignou que o percentual mais apropriado da penhora a incidir sobre o faturamento das empresas agravadas seria de 5% (cinco por cento), o qual, mesmo assim, e ainda considerando a penhora de outros bens, seria insuficiente para abater o vultoso crédito; dessa forma, não se verifica ofensa ao princípio da menor onerosidade do devedor, devidamente sopesado pelo acórdão impugnado de forma a compatibilizá-lo com os princípios que regem o processo executivo fiscal. É possível a penhora sobre o faturamento da empresa, em caráter excepcional, consoante farta jurisprudência desta Corte. (AgRg no Ag 1.359.497/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 24.03.2011 e AgRg no AREsp. 15.658/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 30.08.2011)”. (STJ, AgRg no REsp n.º 1331172/SC, Primeira Turma, Min. Relator Napoleão Nunes Maia Filho, publicado no DJe 22/11/2013).

Em outra decisão, é possível se constatar que o STJ julgou caso do presente projeto e que não permitiu suspensão do crédito, por falta de requisitos legais permissivos da medida pleiteada:

**EMENTA:** PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PENHORA DE PERCENTUAL SOBRE FATURAMENTO. CERTIDÃO POSITI-

VA COM EFEITOS DE NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Discute-se a possibilidade de expedição de certidão positiva com efeitos de negativa e suspensão da execução em razão da concessão de penhora sobre faturamento.

2. Nos termos da jurisprudência dessa Corte, “A expedição de Certidão Positiva com efeitos de Negativa está condicionada à existência de penhora suficiente ou à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos dos arts. 151 e 206 do CTN” (REsp 1.479.276/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 28/10/2014).

3. **A penhora sobre faturamento, não sendo integral, não garante suficientemente a execução. Não há falar, no caso, em expedição de certidão positiva com efeitos de negativa nem em suspensão da exigibilidade do crédito. Agravo regimental improvido.**

(STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1468687 CE 2014/0173131-4 (STJ) Data de publicação: 20/04/2015).

Nesse sentido, apesar de o art. 206 do CTN determinar que a penhora teria os mesmos efeitos do art. 205 do código citado, verifica-se que a interpretação do Poder Judiciário é clara no sentido da necessidade de previsão expressa da penhora de faturamento entre as hipóteses de suspensão do crédito no art. 151 do CTN.

A penhora de faturamento é benéfica para a Fazenda Pública em geral, incluindo os Municípios, pois em muitas situações o crédito que estaria “perdido com o tempo” em uma execução fiscal frustrada, em que não se localiza nenhum bem do executado, pode haver sinalização de sua satisfação, possibilitando um incremento e aumento na arrecadação dos Entes públicos da Federação.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A suspensão do crédito fiscal por meio da penhora de faturamento é o objetivo do PLS 382/ 2018 e visa inovar nas modalidades de suspensão do crédito público.

Com isso, o referido projeto de Lei Complementar tem por objetivo solucionar uma situação de extrema insegurança jurídica e injustiça a que se sujeitam muitos contribuintes que pretendem honrar seus passivos fiscais, esbarrando em uma lacuna legal: a possibilidade de suspender o crédito fiscal por meio da penhora de faturamento, quando da cobrança judicial, por meio da execução fiscal, assim como já ocorre com o parcelamento do crédito executado.

A iniciativa tem como um dos principais objetivos incentivar os contribuintes, de iniciativa própria, a procurarem seu credor, Fazenda Pública, para formalizar acordos e quitar suas dívidas. Inclusive, esse é um dos objetivos do novo Código de Processo Civil: a mediação de conflitos.

Ao incentivar que os devedores procurem as Fazendas Públicas, incluindo os Municípios para negociar e quitar seus créditos, em casos de processos judiciais, por meio da penhora de faturamento, poderão serem proporcionados acréscimos na arrecadação do Entes públicos da Federação: União, Estados e Municípios. Com a medida, os acordos homologados judicialmente podem gerar acréscimos nas suas receitas, que não tinham mais, talvez, expectativa de receber uma dívida “parada” no Poder Judiciário. Com essa inovação legal, pode-se ajudar os Entes federados a baixarem o estoque da dívida ativa em execuções fiscais.

Em havendo mais negociação e acordos realizados, afetará também a diminuição de litígios, até a efetiva quitação do crédito público. A penhora de faturamento homologada em acordo judicial é uma clara hipótese de redução de processos judiciais, ou ao menos contribui para que tenhamos mais solução de conflitos, possuindo interesse do próprio Poder Judiciário.

O tema já foi objeto de matéria publicada pelo *site* jurídico JOTA, em que entrevistou alguns juristas sobre o assunto, pontuando esclarecimento so-

bre o projeto apresentado, em especial do procurador do Estado do Rio de Janeiro, Marco Antônio Rodrigues, que assim se posicionou:

O professor de processo civil da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Marco Antônio Rodrigues, também concorda com a efetividade da proposta.” [A penhora homologada judicialmente] é um mecanismo de consensualidade para a cobrança do crédito tributário. Em muitas vezes, a empresa não tem condições de pagar aqueles milhões de parcelas previsto em lei estadual”, pontuou o professor.

Rodrigues, que também é procurador no Rio de Janeiro, lembra que já passou por situações onde a previsão faria diferença. “Já vi caso de devedor que queria pagar em parcelas, mas não tinha como. Neste caso, a penhora de faturamento seria perfeita”, lembrou. O procurador levou a ideia aos seus superiores, que decidiram pela não aplicação da proposta à época. “Hoje, isto é uma tendência”, diz<sup>6</sup>.

Com isso, a medida atende tanto ao interesse público, quanto ao interesse dos contribuintes, dando, portanto, solução inteligente para a busca de melhorias na legislação que satisfaça acima de tudo ao interesse da coletividade, podendo o projeto incentivar a reestruturação de empresas com mecanismo de viabilidade para pagamento do crédito público, em momentos em que a economia não caminha de forma esperada.

Nesse sentido, diante dos princípios da razoabilidade da proporcionalidade, bem como atendendo a aspectos sociais do projeto, a fim de possibilitar que contribuintes possam honrar com seus créditos fiscais sem afetar ou dificultar o trabalho árduo do setor empresarial, submeto aos meus pares a possibilidade de suspender o crédito fiscal por meio da penhora de faturamento, quando existir a tramitação de um processo de execução.

---

6 Site Jurídico Jota. <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/senado-divida-penhora-judicial-10102018>. Acesso em: 7 dez. 2018.

## REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J.J. Gomes. (et at.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumin Juris, 2011.

DA SILVA, Américo Luís Martins. *Execução da dívida ativa da Fazenda Pública*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009.

PAULSEN, Leandro. Direito Tributário. *Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 11ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2009.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

# O APERFEIÇOAMENTO DAS PARCEIRIZAÇÕES ENTRE AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Ana Carla Rodrigues Teixeira<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo trata sobre o histórico das parcerizações no ordenamento jurídico, além de sua evolução em busca de eficiência e maior segurança jurídica.

**Palavras-chave:** Organizações Sociais. Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. CPI das ONGs. Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil.

---

1 Advogada da Confederação Nacional de Municípios, especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública.

## 1. INTRODUÇÃO

### 1.1. Os Direitos Sociais na Constituição Federal

Desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os direitos sociais vêm-se ampliando e aprimorando significativamente, de modo que vários atores passaram a contribuir com as políticas públicas de prestações positivas ao cidadão, uma vez que não mais se busca evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual.

Nesse viés, tem-se o Estado como o principal atuante em benefício de toda a coletividade, porém não é possível que ele execute com exclusividade todas as políticas públicas fundamentais à progressão de sua população, pois é no cidadão que se encontram os meios mais eficazes para atingi-las. Ademais, como assevera Moreina Neto:

às sociedades privadas devem-se reconhecer o direito e a privacidade de atuar com seus próprios meios para a satisfação dos interesses que lhes são próprios, só se transferindo às entidades públicas aquelas que necessitem, de alguma forma, do exercício da coação, conforme define o princípio da subsidiariedade. (MOREINA NETO, *apud* TORRES, 2001, p.11)<sup>2</sup>

Pode-se afirmar que a iniciativa privada possui mais habilidade que o Estado no conhecimento e na atuação das necessidades básicas dos cidadãos, pois ela está presente direta e geograficamente no dia a dia deles, em todos os recantos do Brasil, principalmente onde há omissão do Ente político.

Organizado administrativamente em uma estrutura que lhe permita ser o meio efetivo para que os indivíduos e a coletividade possam atingir seus respectivos fins, bem como manter a ordem social, assegurar a defesa e pro-

---

2 TORRES, Sílvia Faber. O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

mover o bem-estar e o progresso de todos os cidadãos indistintamente, o Estado passa a não ser mais um mero prestador de serviço, mas a peça principal que estimula, auxilia e subsidia a iniciativa privada e a colaboração entre o público e o privado.

Nos dizeres de José Afonso Silva:

os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. (SILVA, 2005, p. 286)<sup>3</sup>

No rol desses direitos estão a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Voltados à garantia de melhor qualidade de vida a todos os cidadãos e com a finalidade de diminuir as desigualdades sociais (art. 6 da CRFB), todos esses direitos podem ser executados diretamente pelo Estado ou por intermédio de terceiros – pessoa física ou jurídica de direito privado.

Apesar de não explicitamente em sua totalidade, divisa-se a possibilidade da contribuição social nas políticas públicas no próprio ordenamento magno, como a exemplo do art. 194 da Constituição Federal, que prevê a participação da sociedade e dos poderes públicos nas iniciativas referentes à seguridade social; do art. 197, que define que as ações e os serviços de saúde devem ser executados “diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”; e do art. 199, que estabelece ser livre à iniciativa privada a assistência à saúde.

---

3 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24a edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

No caso da saúde, trata-se de um serviço público a cargo do Estado, com a possibilidade de ser prestado diretamente ou por terceiros, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, retomando-se a ideia de parceria entre o público e o privado.

Também está explícita na Carta Magna a faculdade de parceria entre o poder público e o particular para atuação na área de assistência social, focada na descentralização político-administrativa, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (art. 204 da CRFB).

A lógica da normativa é que, na descentralização, as normas gerais estejam a cargo da esfera federal, enquanto a coordenação e a execução dos programas fiquem por conta das esferas estadual e municipal, bem como das entidades de assistência social, restando clara, mais uma vez, a ideia de não exclusividade do Estado nessa prestação, o que ocorre da mesma forma quando se trata do ensino (arts. 205 e 209 da CRFB), da cultura (art. 215), do desporto (art. 217) e da ciência e tecnologia (art. 218).

Nesse contexto de integração entre o público e o privado, a doutrina majoritária aponta a existência de três setores nacionais, sendo o primeiro o Estado, que é todo o conjunto da Administração Direta e Indireta, à qual cabe ofertar mais oportunidades isonômicas à população para que esta tenha acesso a serviços públicos de qualidade; o segundo é o mercado, no qual prevalece a lei da livre-iniciativa e que tem no lucro sua motivação precípua; e, por fim, o denominado terceiro setor, que abrange as iniciativas de natureza privada que não possuem finalidade lucrativa, mas exercem atividades de interesse social coletivo e, por essa razão, acabam por receber recursos do Estado.

## **2. REFORMA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A reforma administrativa dos anos 1990 – que marca o início de uma transição da administração burocrática para a gerencial – aprimorou o aparelho estatal, desincumbindo a administração pública de algumas atuações, de modo

a trazer maior eficiência na consecução de suas atividades, focalizando mais os resultados em detrimento de excessivos procedimentos.

Com ênfase na eficiência e resguardadas pelo princípio da subsidiariedade, as organizações não governamentais tiveram um grande crescimento, passando a ser identificadas como “terceiro setor”, em complemento ao primeiro (Estado) e ao segundo (mercado).

Os Entes do terceiro setor, também denominados Entes em colaboração ou em cooperação, são pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que auxiliam o Estado no desempenho de atividades de interesse coletivo, realizando projetos de utilidade pública, prestando serviços não exclusivos e viabilizando o seu desenvolvimento.

Embora não integrem a administração pública, contribuem veementemente para a construção de políticas públicas sociais de interesse coletivo, sendo consideradas entidades que caminham de mãos dadas com o Estado.

Foram promulgadas duas importantes leis que regulamentaram essas parcerias, a Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e a absorção de atividades estatais por elas; e a Lei 9.790, de 2 de março de 1999, que trata da qualificação de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos como organização da sociedade civil de interesse público (Oscip) e do termo de parceria a ser celebrado entre essas entidades e o poder público.

As duas leis possuem o mesmo contexto: a instituição de parceria entre o poder público e uma organização não governamental por ele qualificada, sob certas condições, para prestar atividade de interesse público mediante variadas formas de fomento pelo Estado.

### **3. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS – LEI 9.637/1998**

As organizações sociais foram idealizadas inicialmente para absorver atividades até então desempenhadas por órgãos ou entidades estatais que foram extintos, mediante a cessão de suas instalações, bens móveis e imóveis e de seus servidores.

Com isso, a finalidade da instituição de parcerias era a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços estatais não exclusivos, a partir do pressuposto de que esses serviços seriam mais eficientemente realizados.

Os Estados e os Municípios poderiam criar organizações sociais, mediante aprovação de leis próprias. Essas organizações deveriam ser qualificadas pelo titular do órgão supervisor do seu ramo de atividade, desde que houvesse o preenchimento de alguns requisitos formais óbvios, enumerados nos arts. 2º e 3º da Lei 9.637/1998.

Consideradas pessoas jurídicas de direito privado que não integram a administração pública e sem finalidade lucrativa, as organizações sociais são criadas por particulares para a execução de políticas públicas, por meio de parcerias e com direito a dotação orçamentária, podendo ter a participação do poder público em seus quadros diretos.

O instrumento que regula o vínculo jurídico entre essas organizações e a administração pública é o contrato de gestão, em que são fixadas as metas a serem cumpridas pela entidade e as formas de subsídios dados pelo poder público, sejam por meio de recursos financeiros, bens públicos ou cessão de servidores.

Em inovação à lei de licitações, às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos móveis e imóveis com dispensa de licitação, conforme previsão do art. 12 e parágrafos.

Além da dispensa de licitação para a celebração dos contratos, as entidades não necessitam demonstrar habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie, sendo suficiente a aprovação discricionária do órgão supervisor.

### 3.1. Críticas ao modelo das organizações sociais (OSs)

A doutrina aponta inconstitucionalidades no que diz respeito a essas pessoas jurídicas. Entre elas, a dispensa de licitação, cenário em que a entidade não necessita de habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie, bastando apenas a concordância de uma autoridade. Ainda, com a possibilidade de cessão especial de servidor com ônus para a origem, restou caracterizada como nítida intenção do legislador instituir um mecanismo para fugir do regime jurídico a que se submetem a administração pública e o contrato de gestão, por conta dos benefícios considerados excessivos e atípicos concedidos às organizações sociais na utilização dos recursos auferidos, que contrariam frontalmente princípios da administração pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera uma ofensa a inúmeros princípios constitucionais essa discricionariedade literalmente escandalosa:

Nesse cenário, é preciso alguns cuidados. A expressão “organização social” não pode ser mero pretexto para dar tratamento privado para a função pública, devendo repelir-se todas as tentativas de utilização abusiva dessa figura. Também é preciso que a Administração realize a efetiva investigação para conferir se a forma da organização social corresponde à substância, para impedir que trate de mera fachada, tendo em vista que liberar recursos, pessoal e bem em favor de entidade não existentes ou não atuantes conduzirá à responsabilização patrimonial dos administradores à aplicação de outras sanções cabíveis, inclusive penais. (MARINELA, 2014, p.194)<sup>4</sup>

Dessa forma, a Organização Social passa a exercer o serviço público que antes o Estado desempenhava, usando, para tanto, patrimônio, funcionários e bens públicos, com a única diferença de que o regime aplicado é o priva-

---

4 MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. 8a Ed. Niterói: Impetus, 2014.

do, ou seja, não mais sendo necessária a submissão às chamadas “amarras da administração pública”.

### **3.2. Pontos positivos**

Não obstante as diversas críticas às Organizações Sociais, na tentativa de buscar segurança jurídica, há exigência legal de que, para a qualificação, o estatuto da entidade qualificanda tenha previsão de sujeição à publicação anual no Diário Oficial da União do relatório de execução do contrato de gestão, bem como de um relatório gerencial das atividades desenvolvidas, e não somente de demonstrativos contábeis formais. Há, ainda, a participação necessária de representantes do Estado como requisito para permitir o ato posterior de qualificação pelo poder público, o condicionamento à assinatura de contratos de gestão com os órgãos competentes da administração pública para o trespasse de bens e recursos públicos, além da sujeição ao controle externo de resultados.

## **4. ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIP) – LEI 9.790/1999**

As organizações sociais mal foram estabelecidas e já surgia outro instituto estruturado de forma mais adequada, uma vez que foi estabelecido com requisitos mais rígidos. A Lei 9.790/1999, regulamentada pelo Decreto 3.100/1999, veio disciplinar as entidades denominadas de organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips).

Essas são entidades de direito privado sem finalidade lucrativa, instituídas para prestar serviços sociais não privativos do poder público, sendo por ele incentivadas e fiscalizadas e consagrando, em seus estatutos, uma série de requisitos sobre estrutura, funcionamento e prestação de contas (art.4 da Lei 9.790/1999).

Nas palavras de Di Pietro:

Trata-se de qualificação jurídica dada a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização do Poder Público, mediante vínculo jurídico por meio de termo de parceria. (DI PIETRO, 2014, p. 584)

Em razão da grande similitude, muitos confundem este instituto com as organizações sociais, contudo, há significativas diferenças que serão mencionadas adiante. “A maior diferença está em que a OS recebe ou pode receber delegação para gestão de serviço público, enquanto a OSCIP exerce atividade de natureza privada, com a ajuda do Estado.” (DI PIETRO, 2013, p. 573)<sup>5</sup> Uma vez qualificada, a entidade também está apta a receber auxílios do Estado, sendo, porém, bem mais estruturada que as OS, em razão dos requisitos mais rígidos impostos para a obtenção da qualificação.

Como forma de trazer maior segurança jurídica, o art. 2º da Lei 9.790/1999 estabelece um rol de pessoas jurídicas que estão impedidas de receber a qualificação de Oscip, como as sociedades comerciais, sindicatos, associações de classe ou de representação de categoria profissional; as instituições religiosas ou voltadas à disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais; as organizações partidárias e assemelhadas; as instituições hospitalares e de ensino privado não gratuitas e suas mantenedoras, entre outras.

O instrumento jurídico que vincula essas parcerias é o “termo de parceria”, que tem a mesma natureza dos convênios. Nele são discriminados todos os direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias; a definição do objeto, com a especificação do programa de trabalho; as metas e os resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução; assim como a previsão

---

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26a Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

de receitas e despesas, sendo sua celebração condicionada à consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação e habilitação junto ao Ministério da Justiça para a qualificação.

O controle é exercido pelo próprio órgão público da área de atuação em conjunto com os Conselhos de Políticas Públicas, que poderão representar ao Ministério Público os casos de malversação de bens ou recursos de origem pública, com vistas à decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e ao eventual sequestro dos bens de seus dirigentes, bem como de todos os envolvidos.

## **5. DIFERENÇAS ENTRE ORGANIZAÇÃO SOCIAL E ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO**

Embora haja pontos em comum entre as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público, há divergências quanto aos seus objetivos.

As primeiras foram criadas com intuito de substituir órgãos extintos, representando uma discricionariedade do administrador, e têm como vínculo jurídico com o Estado o contrato de gestão, o qual as habilita a receber do poder público insumos necessários à execução de suas atividades.

Por outro lado, no caso das organizações da sociedade civil de interesse público, sua qualificação não afeta em nada a existência ou as atribuições dos órgãos ou das entidades da administração pública, pois seu objetivo é cooperar com o Estado sem que a atividade deixe de ser desempenhada por ele, estando sujeitas a uma análise rigorosa de requisitos. Ademais, não há participação do poder público nos quadros diretivos, e a entidade possui maior leque de atividades e tem como vínculo jurídico com o Estado o termo de parceria, em vez do contrato de gestão.

Em que pese a existência de diversos regramentos para parcerização por meio das Organizações Sociais e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na prática vinha ocorrendo o desvirtuamento de suas finali-

dades, que envolvem a execução de atividades privadas de interesse público. Em muitos casos, havia sua usurpação para burlar a licitação, sendo contratadas pela administração pública para prestação de serviços ou obras ou para fornecimento de mão de obra.

## 6. CPI DAS ONGS

Diante das fragilidades legislativas que abarcam as parcerizações por meio das OSs e OSCIPs, foram detectados vários indícios de fraudes referentes a recursos federais ocorridas entre os anos 1999 e 2009, dentre eles, o maior escândalo do país, que envolveu o Ministério do Esporte e o Programa Segundo Tempo, o que culminou na CPI das ONGs do Senado Federal. Além da CPI, também foram iniciadas investigações e houve achados posteriores envolvendo os Ministérios do Trabalho e do Turismo, expondo à ameaça o próprio instituto dos convênios.

O escândalo colocou em xeque até as organizações transparentes e que trabalham com lisura, o que gerou uma atmosfera de verdadeira “criminalização” das Organizações da Sociedade Civil (OSCs).

Com o objetivo central de apontar soluções para os problemas estruturais dos locupletamentos envolvendo as ONGs, a CPI do Senado reuniu em relatório de 1.478 páginas um intenso e exaustivo trabalho de análise de base de dados, auditorias realizadas pelos órgãos de controle, longos depoimentos de especialistas e autoridades, ações promovidas pelo Ministério Público, revisão normativa e até bibliografia, para propor um marco legal regulando as parcerias entre os poderes públicos das três esferas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e as entidades privadas sem fins lucrativos.

Conforme conclusão da CPI:

O diagnóstico apresentado neste Relatório é contundente ao concluir pela necessidade premente de se aperfeiçoar os mecanismos

pelos quais se materializam a relação de parceria entre Poder Público e ONGs. Dentre os principais problemas, amplamente identificados neste relatório, envolvendo as parcerias com entidades privadas sem fins lucrativos podem ser apontados os seguintes: a) ausência de critérios para escolha de entidades. Disso resulta o favorecimento de certas organizações, em prejuízo do princípio da impessoalidade e da moralidade da Administração, bem como a escolha de 7 entidades sem preparo técnico ou estrutura para fiel cumprimento do convênio; b) desvio de finalidade do objeto contrato. Como exemplo cite-se um termo de parceria que é firmado para realização de cursos de capacitação, mas a entidade utiliza o recurso para compra de equipamentos e materiais utilizados na capacitação; c) insuficiência dos mecanismos de controles interno e externo, capazes de prevenir, corrigir e reprimir os problemas oriundos da relação de parceria entre Estado e entidades privadas sem fins lucrativos. (BRASIL, 2010, p. 7)<sup>6</sup>

Frente à onda de criminalização vivenciada, com a articulação de diversas organizações, redes e movimentos sociais em prol do desafio de dar mais segurança às parcerizações, surgiu, em 2012, a Plataforma por um Novo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil.

---

6 BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a apurar, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, as denúncias veiculadas a respeito da atuação irregular de organizações não-governamentais (ONGs). Brasília: Senado Federal.

Data de publicação: 10/2010.

Descrição física: 1.478 p.

Assuntos: Comissão parlamentar de inquérito (CPI), Brasil | Organização não-governamental (ONG), Brasil | Desvio de recursos públicos, Brasil

Criada por meio do Requerimento n. 201, de 2007.

Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194594>.

## **7. O MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL**

Em resposta a essa articulação de melhoria nas parcerizações, foi criado pelo governo federal, em 2011, um Grupo de Trabalho Interministerial para elaborar propostas e análises sobre o tema. O grupo era coordenado pela Secretaria-Geral da Presidência da República e contava com as participações da Casa Civil, Controladoria-Geral da União, Advocacia-Geral da União, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministério da Justiça, Ministério da Fazenda, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e de mais quatorze organizações da sociedade civil de representatividade nacional, indicadas pela plataforma.

Depois de várias articulações entre os agentes governamentais, representantes de OSCs, especialistas e ministros de Estado, foi construído o plano de ação com a definição de temas-guia para a agenda, que passou a ser orientada no eixo da contratualização, da sustentabilidade econômica e da certificação.

A contratualização refere-se às questões referentes aos instrumentos pelos quais o poder público formaliza as suas relações de parceria e de contrato com as OSCs. No eixo de sustentabilidade, tratam-se os assuntos relacionados a tributos, tipos societários, ampliação das fontes de recursos etc. – temas que alcançam todas as organizações, independentemente de sua relação com o poder público. Por fim, a certificação trata dos títulos, certificações e credenciações concedidas às OSCs.

Entre os trabalhos desenvolvidos, uma minuta de projeto de lei relacionada especificamente à contratualização entre OSCs e poder público ganhou tanta relevância que subsidiou o Poder Legislativo sobre a temática.

Em consequência, houve a aprovação do Projeto de Lei 7.168/2014, que culminou na publicação da Lei 13.019, de 31 de julho de 2014, conhecida como Marco Regulatório para as Organizações da Sociedade Civil (Mrosoc),

posteriormente alterada pela Lei 13.204, de 14 de dezembro de 2015. Engendrada com a missão de aperfeiçoar o ambiente jurídico e institucional relacionado às organizações da sociedade civil e suas vinculações de parceria com o Estado, garantindo maior segurança jurídica, valorizando as organizações, permitindo mais transparência na aplicação dos recursos e atribuindo melhor efetividade nas parcerias.

### **7.1. Lei 13.019/2014**

Envolvendo cinco principais fases, a lógica processual da Lei 13.019, de 2014, se divide em planejamento e gestão administrativa, seleção e celebração, execução, monitoramento e prestação de contas.

A essência do planejamento é que a administração pública proverá a capacitação de pessoal e os recursos materiais e tecnológicos necessários para assegurar seu devido preparo para acompanhamento das parcerias. Com isso, fazem-se necessários o detalhamento dos elementos principais do plano de trabalho, com o diagnóstico da realidade, a descrição das metas e das formas de avaliação e a busca pela padronização dos objetivos, propósitos, métodos, custos e os indicadores de avaliação de resultados.

O monitoramento do recebimento das propostas das OSCs, dos movimentos sociais e dos cidadãos se dá por meio da criação do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), que é o instrumento alternativo de proposição de ideias/projetos que possam interessar ao poder público, podendo, também, ser utilizado pela administração pública para solicitar a participação dos privados em estudos de seu interesse.

Há um amplo universo de organizações que podem se enquadrar para realização de parcerias, entre elas, entidades sem fins lucrativos, sociedades cooperativas e organizações religiosas que se dediquem a projetos de interesse público social sem fins exclusivamente religiosos. Essas entidades não dependem de qualificação ou titulação para realizar parcerias, o que difere do anterior-

mente previsto nas leis das OSCs e das Oscips, revelando uma nítida tentativa de rompimento da utilização da discricionariedade como forma de privilegiar entidades, pois tal requisito passa a ser objetivo, não ficando mais a critério de uma autoridade.

Todavia, ficam impedidas de celebrar qualquer modalidade de parcerias as organizações que tenham como dirigente membro de Poder ou do Ministério Público, ou dirigente de órgão ou entidade da administração pública da mesma esfera governamental que celebrará o termo de colaboração ou de fomento, estendendo-se a vedação aos respectivos cônjuges ou companheiros, bem como parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau.

Há um elenco taxativo de casos em que não há aplicabilidade das exigências da Lei, como, por exemplo, os termos de parcerias celebrados com as organizações da sociedade civil de interesse público, que continuam regidos pela Lei 9.790/1999, e os contratos de gestão celebrados com as organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei 9.637; as transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal referentes a tratados, acordos e convenções internacionais; os convênios com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos na área de saúde, para serviços complementares ao SUS; e os termos de compromisso cultural.

Também não se aplicam tais exigências aos pagamentos realizados a título de anuidades, contribuições ou taxas associativas em favor de organismos internacionais ou entidades que sejam obrigatoriamente constituídas por membros de Poder ou do Ministério Público, dirigentes de órgão ou de entidade da administração pública, pessoas jurídicas de direito público interno e pessoas jurídicas integrantes da administração pública.

Verifica-se que o legislador não encampou algumas situações que são corriqueiras no âmbito dos Municípios e que, por isso, ficaram aparentemente num vácuo normativo. Como exemplos, os ajustes firmados com instituições de ensino visando à realização de estágios curriculares obrigatórios e não

obrigatórios por seus alunos nos Entes e órgãos públicos municipais, bem como com instituições financeiras, sindicatos de classe e associações municipais.

Embora semelhantes, é possível extrair das afirmações exaradas pelo autor no Projeto de Lei que as associações municipais não podem ser consideradas entidades do terceiro setor, não restando dúvidas quanto à inaplicabilidade da Lei 13.019/2014, uma vez que, segundo o estudioso Damião Alves de Azevedo:

São organizações criadas pelo Estado, a partir do Estado e através da decisão de agentes políticos do Estado. Não há como incluí-las, sob qualquer argumento que seja, no Terceiro Setor ou em qualquer setor público que não seja estatal. Não podem ser consideradas pessoas privadas. Todas suas características as colocam no mesmo espaço social do Estado, justificando-se, mais uma vez, sua natureza essencialmente pública. (RDA, out. 2004, p. 381)<sup>7</sup>

Embora sem unificação entre os doutrinadores quanto ao entendimento subscrito, é possível extrair que não cabe às associações de Municípios o conceito de organizações da sociedade civil.

Na fase de seleção, nasce a obrigatoriedade de se realizar o chamamento público, com o objetivo de dar maior transparência e democratizar o acesso às parceiras, ficando a cargo da Comissão de Seleção – que deve ser instituída pela administração pública – o processamento e o julgamento das propostas. Sendo a análise realizada mediante os critérios de avaliação estipulados nos decretos e individualmente nos editais, conforme o nível de especificidade.

---

7 AVEZEDO, Damião Azevedo de. A natureza jurídica das associações de municípios e dos consórcios intermunicipais. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 238, p. 375-384, out. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44088>. Acesso em: 12 mar. 2018. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v238.2004.44088>.

A exceção ao chamamento público se dá nos casos de parcerias que envolvam repasses de recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais e acordos de cooperação que não incluam o compartilhamento de recurso patrimonial (art. 29).

Poderá ainda haver a inexigibilidade do chamamento nos casos de inviabilidade de competição entre as OSCs (art. 31).

Já a dispensa dar-se-á em casos de urgência decorrente da paralização de atividades de relevante interesse público, vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política.

Observe-se, todavia, que aquelas parcerias que tenham por objeto a execução de um projeto – ou seja, um conjunto de operações limitadas no tempo – deverão ser precedidas de chamamento público, ainda que o projeto seja voltado aos serviços referidos.

Embora haja previsão legal, a dispensa deverá ser precedida de credenciamento. Não obstante, não há determinação legal de como deve se dar tal credenciamento, que fica a cargo dos Entes federados, por meio de regulamentação, sendo que a decretação de dispensa e de inexigibilidade deverá ser precedida de motivação, publicada em *site* oficial, com prazo para impugnação.

No eixo da contratualização (celebração), a Lei trouxe novos instrumentos jurídicos para utilização nas parcerias entre a entidade privada e o poder público. Logo, encerra-se a controvérsia acerca da aplicação dos contratos de gestão e convênios nas parcerizações com organizações privadas, que ficam agora restritos aos acordos firmados entre entidades da administração pública direta e indireta, estabelecendo-se instrumentos jurídicos próprios para a formalização das parcerias, definidos como termo de fomento, termo de colaboração e acordo de cooperação.

O termo de fomento destina-se à formalização das parcerias para execução de políticas públicas propostas pelas Organizações da Sociedade Civil que envolvam a transferência de recursos financeiros. O termo de colaboração

aplica-se à execução de políticas públicas propostas pela administração pública que também abrangem a transferência de recursos financeiros. Já o acordo de cooperação é destinado à execução de políticas públicas em que não há a transferência de recursos financeiros e que, em geral, não exige prévia realização de chamamento público, com exceção dos casos envolvendo comodato, doação de bens ou outra maneira de compartilhamento de recurso patrimonial.

Outra inovação da lei refere-se à permissão, desde que expressa no edital, para que duas ou mais Organizações da Sociedade Civil (OSCs) atuem em rede, o que possibilita a cooperação mútua e o intercâmbio de informações e conhecimentos.

Nesse caso, a organização celebrante é a responsável por formalizar a parceria, mobilizar, supervisionar, monitorar e prestar contas do trabalho de todas as envolvidas, ficando sob sua responsabilidade todos os atos realizados, sendo intransferíveis os direitos e obrigações por ela assumidas.

Na rede, as OSCs executantes e não celebrantes não poderão realizar ações que estejam fora do objeto da parceria definido em comum acordo com a OSC celebrante.

Nessa modalidade de cooperação, deverá ser formalizado entre as organizações um termo de atuação em rede, instrumento que especificará os direitos e as obrigações recíprocas e estabelecerá, no mínimo, as ações, as metas e os prazos que serão desenvolvidos pelas OSCs executantes e não celebrantes, bem como o valor a ser repassado pela OSC celebrante, quando houver.

Além disso, a lei trouxe maior liberdade quanto à utilização dos recursos na execução do plano de trabalho, como a possibilidade de remuneração de equipe de trabalho, com todos os encargos sociais inclusos e os custos indiretos relacionados às despesas administrativas.

Contudo, há grandes inovações quanto ao monitoramento e à prestação de contas. Embora a legislação tenha trazido a possibilidade de ser realizada de maneira simplificada, o foco agora é no controle de resultados, o que a torna muito mais ampla, deixando a análise financeira como fator comple-

mentar e trazendo a obrigatoriedade de publicação dos instrumentos da parceria em plataforma eletrônica, tanto pela organização da sociedade civil como pela administração pública.

No novo formato, a prestação de contas deve comprovar o alcance das metas e resultados previstos no plano de trabalho, tornando a análise financeira subsidiária a isso. Em outras palavras, o resultado da execução da parceria passa a ser o ponto mais importante a ser constatado para a aprovação da prestação de contas.

Assim, o gestor público fica vinculado à parceria até a finalização da prestação de contas, com a presunção de seu monitoramento, fiscalização e execução em conjunto, para que não venha a ser responsabilizado por atos falhos da organização da sociedade civil.

Como suporte à administração pública e, conseqüentemente, auxílio para uma regular prestação de contas pelo gestor público, deverá ser criada a comissão de monitoramento, constituída por ato publicado em meio oficial de comunicação e destinada a acompanhar a execução das atividades, analisar e homologar os relatórios técnicos, sanear dúvidas e solucionar possíveis conflitos entre os parceiros.

Logo, é evidente que uma das maiores inovações trazidas pela nova legislação é a possibilidade de responsabilização dos gestores públicos envolvidos nas parcerizações não apenas pela prestação de contas ineficaz, mas principalmente pela ineficiência na execução de todos os trabalhos desenvolvidos pelas organizações sociais. Para tanto, a Lei 13.019, de 2014, resguardou, ainda, a autonomia dos Entes públicos estaduais e municipais a fim de que, em regulamentação própria, sejam atendidas as necessidades específicas locais, desde que observadas as normas gerais.

## 8. CONCLUSÃO

Em uma sociedade extremamente desigual e heterogênea como a brasileira, a proteção aos direitos sociais indispensáveis a uma qualidade de vida digna deve ficar sob a responsabilidade do poder público. Contudo, em virtude das diversas atribuições que lhes são inerentes, a execução desses direitos acaba por ficar em segundo plano, o que enfatiza a necessidade de reinventar novos construtos para trazer eficácia no cumprimento desse dever.

As organizações da sociedade civil suprem essa lacuna que a administração pública não consegue preencher, o que as tornam de grande relevância na execução das políticas públicas mais básicas a mais complexas, principalmente pelos Entes municipais que são, na prática, os principais executores, mas que detêm a menor parcela na distribuição de recursos oriundos de impostos.

Esse entendimento é potencializado ao analisar a eficácia da participação e fortalecimento da sociedade civil ao longo dos anos nas atividades de cooperação com Estado, que mesmo com fatores que pudessem extirpar sua existência (corrupção), persiste em subsistir.

A evolução social revela a necessidade de uma constante revisão desses construtos, de modo a abarcar todos os fatores que venham emergir na administração pública, na sociedade e nos vínculos dessas parcerias. O aperfeiçoamento jurídico também é uma das alternativas que pode trazer eficácia a estas parcerizações e, principalmente, segurança jurídica quanto à destinação e à transparência dos recursos públicos.

Mormente todos os desafios encontrados nesse atuar, as organizações da sociedade civil prestam efetiva ajuda na execução dos direitos sociais, atuando em corresponsabilidade com o Estado em projetos de relevante interesse público social. Portanto, é fundamental criar mecanismos que favoreçam sua sustentabilidade econômica, além da ampliação do debate, o diálogo constante com diversos atores e a maior permeabilidade.

## REFERÊNCIAS

AVEZEDO, Damião Aleves de. A natureza jurídica das associações de municípios e dos consórcios intermunicipais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 238, p. 375-384, out. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44088> . Acesso em: 12 mar. 2018.

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

\_\_\_\_\_. *Lei 13.019, de 31 de jul. 2014*. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil. Brasília/DF, nov. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 8. ed. Niterói: Impetus, 2014.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

# O ADVENTO DA LEI DO SISTEMA ÚNICO DE SEGURANÇA PÚBLICA E SEU IMPACTO NO MUNICÍPIO

Carina Ribeiro Lima<sup>1</sup>

**RESUMO:** Produção jurídica a respeito do advento da Lei 13.675, de 11 de junho de 2018, que disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, nos termos do § 7º do art. 144 da Constituição Federal; cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS); institui o Sistema Único de Segurança Pública (Susp); altera a Lei Complementar 79, de 7 de janeiro de 1994, a Lei 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, e a Lei 11.530, de 24 de outubro de 2007; e revoga dispositivos da Lei 12.681, de 4 de julho de 2012, que trata do regramento jurídico atinente aos guardas municipais em comparação à aplicação da Lei que instituiu o Susp.

**Palavras-chave:** segurança pública. PNSPDS. Susp. Guardas municipais.

---

<sup>1</sup> Advogada especialista em Direito Público - Instituto Savonitti - Unijur (2015). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho - Universidade Cândido Mendes - Atame (2016). Didática do Ensino Superior- Atame (2016). Membro da Comissão do Sistema Penitenciário da OAB/DF 2019/2020. Advogada celetista da equipe CNM.

## 1. DA PROBLEMÁTICA DA SEGURANÇA PÚBLICA NACIONAL

A segurança pública é uma das pautas mais importantes para todo gestor. Suas ações envolvem uma visão focada tanto em componentes preventivos quanto em componentes repressivos, a fim de garantir a proteção dos direitos individuais e assegurar o pleno exercício da cidadania. Nesse sentido, a segurança não se contrapõe à liberdade e é condição para o seu exercício, fazendo parte de uma das inúmeras e complexas vias por onde trafega a qualidade de vida dos cidadãos.

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias elaborado pelo Depen, dentre os eventos que mais impactam a sustentabilidade de uma convivência societária harmônica estão os crimes de tráfico de drogas (28%), crimes contra o patrimônio, como roubos e furtos (37%) e o mais abominável, o homicídio (11%), tratado em nossa legislação como crime contra a vida.<sup>2</sup>

Dentre os crimes acima destacados, há uma ascendência na discussão sobre a necessidade de interromper o ritmo de mortes, mortes essas cujos dados oficiais ainda são inconsistentes, mas as entidades paraestatais, unidas às ONGs e aos órgãos governamentais, têm envidado esforços para aproximá-los o máximo possível da realidade fática.

Pelos dados alcançados, foi possível constatar que, em 2016, o Brasil alcançou a marca histórica de 62.517 homicídios, segundo informações do Ministério da Saúde (MS). Isso equivale a uma taxa de 30,3 mortes para cada 100 mil habitantes, que corresponde a 30 vezes a taxa da Europa. Apenas nos últimos dez anos, 553 mil pessoas perderam suas vidas devido à violência intencional no Brasil.

---

2 Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Infopen Atualização – junho 2016/ organização Thandara Santos; colaboração Marlene Inês da Rosa. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciária Nacional, 2017.

Segundo o Sistema de Informações sobre Mortalidade, do Ministério da Saúde (SIM/MS), no ano de 2016, houve 62.517 homicídios no Brasil. Isso implica dizer que, pela primeira vez na história, o país superou o patamar de trinta mortes por 100 mil habitantes (taxa igual a 30,3). Esse número de casos consolida uma mudança de patamar nesse indicador (na ordem de 60 mil a 65 mil casos por ano) e se distancia das 50 mil a 58 mil mortes, ocorridas entre 2008 e 2013.

Esses dados representam um aumento drástico nos homicídios, que equivalem à queda de um *Boeing 737* lotado diariamente e atingem principalmente os homens jovens: 56,5% de óbitos dos brasileiros entre 15 e 19 anos foram mortes violentas. O número de mortes violentas é também um retrato da desigualdade racial no país, em que 71,5% das pessoas assassinadas são negras ou pardas.

No final de 2017, o jornal *O Globo* publicou uma cobertura especial a respeito da violência no Brasil, produzindo o documentário “A Guerra no Brasil”, que consolidou dados do Ministério da Saúde, do Fórum Nacional de Segurança Pública, do IBGE, da UNODC e demais instituições públicas e privadas trazendo ao público dados estarrecedores: 786 mil mortes violentas foram registradas entre 2001 a 2015, sendo o ano de 2014 um marco nos dados da violência, com 60.474 mil homicídios, maior que todos os países da América do Sul, que somaram 40.469!<sup>3</sup>

Avançando para os dias atuais, o Atlas da Violência 2018, publicação do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), que objetiva analisar os números e os indicadores para compreender o processo de acentuada violência no Brasil, concluiu que a evolução das taxas de homicídios ao longo do período se deu de forma diferenciada entre as regiões brasileiras. Nos últimos quatro anos,

---

3 A GUERRA NO BRASIL. Direção: Alan Gripp. O GLOBO, 2017. Infográfico. 14 minutos.

enquanto houve uma virtual estabilidade nas regiões Sudeste e Centro-Oeste, observa-se um crescimento nas demais regiões e, de forma mais acentuada, na região Norte. Interessante notar que, entre as UFs que apresentaram uma variação de até 48% da taxa de homicídios no período 2006-2016, há representantes de todas as regiões brasileiras.<sup>4</sup>

Estes dados surpreendentes têm demonstrado que a violência no Brasil tem sido uma pauta preocupante para todos os Entes federativos, tendo em vista o seu aumento considerável.

O Instituto Igarapé, ONG dedicada à integração das agendas da segurança, justiça e do desenvolvimento, publicou o artigo “De cidades-problema a cidades solução”, em que oportunamente dita:

O Brasil concentra metade das 50 cidades mais atingidas pela violência no planeta. Os 25 municípios que aparecem na lista têm acima de 40 assassinatos por 100 mil habitantes. Isso é quatro vezes mais que o limite estabelecido pela Organização das Nações Unidas para classificar como epidêmico o nível de homicídios de um local. Se, por um lado, tais números confirmam a insegurança que sentimos ao andar nas ruas no dia a dia, por outro, sabemos hoje que os municípios são um importantíssimo cenário para soluções<sup>5</sup>.

Ante os dados apresentados, observa-se que o papel dos Municípios é significativo. A atuação e a implantação de políticas sociais e econômicas focadas em áreas mais afetadas podem criar condições de inclusão e reduzir os índices de violência, a exemplo do combate à evasão escolar, da adesão às campanhas de prevenção ao feminicídio e do aprimoramento do trabalho da guarda municipal.

---

4 CERQUEIRA, Daniel e equipe. Atlas da Violência 2018. IPEA/FBSP, junho 2018.

5 SZABÓ, Ilona. De cidades-problema a cidades solução. Instituto Igarapé. 2017. Site oficial.

A união dos representantes de instituições ligadas ao tema da segurança pública firma o entendimento da premente necessidade de interromper o ritmo das mortes violentas no país. As propostas mais apresentadas são: a melhoria na gestão dos dados oficiais a respeito da violência; o incremento de políticas com a realização de audiências de custódia e a atuação do poder público em questões sociais, como educação, sobretudo nas regiões com altos índices de violência.<sup>6</sup>

## **2. DO SISTEMA ÚNICO DE SEGURANÇA PÚBLICA – SUSP (LEI 13.675/2018)**

O advento da Lei 13.675, de 11 de junho de 2018, disciplina a organização, e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, nos termos do § 7º do art. 144 da Constituição Federal, cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS), momento em que institui no mesmo diploma legal o Sistema Único de Segurança (Susp).

A Constituição Federal dita no seu art. 144 que a segurança pública é “dever do Estado e responsabilidade de todos” e deve ser exercida pelas Polícias Federal, Rodoviária Federal, civis, militares e Corpos de Bombeiros militares.

O objetivo central da inovação legal é estabelecer políticas de segurança pública, observando as diretrizes da política nacional, agregando todos os Entes da Federação. Neste intento, a lei pretende enfrentar os riscos à harmonia e à convivência social, com destaque às situações de emergência e aos crimes interestaduais e transnacionais.

Dois pontos merecem destaque na nova lei: a instituição do Sistema Integrado de Educação e Valorização Profissional (Sievap) e o Programa Nacional de Qualidade de Vida para Profissionais de Segurança Pública.

---

6 Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2014 a 2017. Ed. Especial 2018. FNSP.

O Sievap está previsto no Capítulo VII da Lei do Susp e é constituído pelos programas de Matriz Curricular Nacional, Rede Nacional de Altos Estudos em Segurança Pública (Renaesp); Rede Nacional de Educação a Distância em Segurança Pública (Rede Ead-Senasp) e programa nacional de qualidade de vida para a segurança pública e defesa nacional. No caso do Sievasp, verifica-se que houve ênfase na preocupação governamental das ações voltadas à formação e à valorização do profissional de segurança pública (Pró-vida). A lei eleva o fator da educação para melhor orientação da atuação do servidor policial.

Já em relação ao Pró-vida, a lei contemplou a elaboração, implementação, apoio e monitoramento de projetos e programas de atenção psicossocial e de saúde no trabalho dos profissionais de segurança pública e de defesa social, bem como a integração sistêmica das unidades de saúde dos órgãos que compõem o Susp. Tal medida é realmente muito importante.

Vários profissionais da área de segurança pública apresentaram ao longo de suas carreiras incidências de transtornos biopsicossociais. Um estudo realizado em 2017 aplicou o Inventário – Trabalho e Riscos de Adoecimento a policiais de um Batalhão de Polícia Militar de Brasília para verificar a percepção sobre os efeitos do trabalho no processo de adoecimento da população de 126 indivíduos, foram validados 28 questionários (22,2%) mediante modelo de estatística descritiva e testes de normalidade, correlação e testes de diferenças médias entre grupos da amostra. Os índices do Inventário indicaram que os policiais apresentam desconforto no trabalho, com alto risco de adoecimento, em vista das condições desfavoráveis a que estão submetidos, motivo pelo qual se requer providências no sentido de minorar os impactos adversos na saúde da categoria.<sup>7</sup>

---

7 FERREIRA, L., SANTOS, M., DE PAULA, K., MENDONÇA, J., & CARNEIRO, A. (2017). Riscos de adoecimento no trabalho entre policiais militares de um batalhão de Brasília. *Gestão E Sociedade*, 11(29), 1.804-1.829.

No entanto, nem todas as inovações da Lei do Susp são alvissareiras. Alguns pontos são controversos e alguns dependem de efetiva implementação para que se observe a sua real viabilidade e impacto social.

### 3. CRÍTICAS À LEI DO SUSP

A extensão temática da lei infere mais competências e responsabilidades ao Ente municipal, o que, por si só, já pode trazer gravames. Como exemplo, cita-se o art. 9º, da Seção I, Da Composição do Sistema, o qual dita:

É instituído o Sistema Único de Segurança Pública (Susp), que tem como órgão central o Ministério Extraordinário da Segurança Pública e é integrado pelos órgãos de que trata o art. 144 da Constituição Federal, pelos agentes penitenciários, **pelas guardas municipais** e pelos demais integrantes estratégicos e operacionais, que atuarão nos limites de suas competências, de forma cooperativa, sistêmica e harmônica. (Grifo nosso)

Assim, o art. 9º acima mencionado é expresso em atribuir novas competências à guarda municipal, desrespeitando o art. 144, § 8º, da Constituição Federal, que é categórica em afirmar que “os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”.

Ressalta-se o encargo desproporcional descrito no art. 13 da referida lei, que dita que o Ministério Extraordinário da Segurança Pública, responsável pela gestão do Susp, deverá orientar e acompanhar as atividades dos órgãos integrados ao Sistema, além de promover as seguintes ações:

[...]

III – efetivar o intercâmbio de experiências técnicas e operacionais entre os órgãos policiais federais, estaduais, distrital e as guardas municipais;

[...]

Como se vê, ao se inserir o intercâmbio de experiências técnicas entre órgãos das polícias com as guardas municipais, está a se promover uma atração de responsabilidade além das devidas aos guardas municipais, ferindo a competência dos Municípios, momento em que dispõe impor a todos Entes federados – destaca-se aqui os Municípios – incumbências constitucionalmente estatais, vide o *caput* do art. 144 da Carta Magna.

Faz-se necessário, então, entender que figura jurídica é a guarda municipal e qual foi a inteligência do legislador ao incluir os Municípios na incumbência da segurança pública.

O professor Diógenes Gasparini orienta que “a guarda municipal é um serviço orgânico de proteção de bens, serviços e instalações da prefeitura que tenha criado e a instalado”), ou seja, a guarda tem como papel principal proteger preventivamente o patrimônio do Município e não combater diretamente as infrações penais, salvo, em caso de flagrante delito, ou quando estiver dentro de sua competência constitucional. Nesse sentido, explana<sup>8</sup>:

O artigo 144, § 8º da Constituição Federal faculta aos Municípios a instituição de guarda municipal, com finalidade nitidamente diversa da Polícia Militar, pois apenas lhe atribui competência para a proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei de criação. Não lhe toca, assim, nenhuma função de polícia ostensiva, de preservação da ordem pública, próprias e exclusivas da Polícia Militar, nos termos do §6º dessa prescrição constitucional. (GASPARINI, Diógenes, 2011, p. 314).

O advento da instituição das guardas municipais passou por vários momentos históricos, impossíveis de abordar neste trabalho científico. No entanto, é digno de nota que no período da constituinte (década de 1980) fora levantada uma série de questionamentos sobre a viabilidade ou não de se instituir

---

8 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16a edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

uma espécie de polícia municipal, bem como sobre o risco de utilizá-la para fins diversos do idealizado, como, por exemplo, a atuação como força armada. Por essa razão, firmou-se o entendimento consolidado de que as guardas municipais deveriam ser criadas para proteger o patrimônio do Ente municipal. Nesse sentido, vejamos trecho do discurso do relator, sr. Ricardo Fiuza:

Acolhendo várias emendas, optamos pela simplificação da competência das Guardas Municipais à vigilância do patrimônio municipal, aliviando os encargos das Forças Policiais.

Destaca-se que o papel das guardas municipais estão previamente definidos no § 8º do art. 144 da CF. Nesse sentido, às guardas municipais restou a função de proteger seus bens, serviços e instalações – dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos.

Tendo sido uma pauta da CNM, inclusive, o resgate institucional da figura jurídica da guarda municipal como Ente atuante na vigilância do patrimônio municipal. Uma das maiores preocupações funda-se na questão da organização financeira que demandará uma guarda municipal que avance além das suas competências. A respeito do tema segurança pública correlacionada às competências municipais, a CNM já se posicionou contrária à Proposta de Emenda à Constituição 138/2015, de autoria do senador Ricardo Ferraço (PMDB/ES), que propôs alterar os arts. 21, 23, 24 e 109 da Constituição Federal para acrescentar a segurança pública na Pauta Municipalista 2017<sup>9</sup> – XX Marcha, cita-se:

A CNM não concorda em se atribuir competência de garantir segurança pública, além daquelas que constam na CF/1988. Caso sejam feitas alterações no texto em discussão, respeitando o que dispõe o art. 144, § 188, da CF/1988, a CNM poderá rever sua posição.

Por fim, muito embora a lei do Susp mencione, em seu art. 17, que os Entes integrantes do Susp podem pleitear recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública<sup>10</sup>, ainda assim não está garantida que todo o funcionamento dos aparatos previstos seja abarcado com aquele fundo, o que pode trazer prejuízos aos Entes municipais, já tão assolados pelas dificuldades de administração e gestão financeira, advertindo-se ainda que o recebimento do futuro fundo só se dará “respeitando-se a atribuição constitucional dos órgãos que integram o SUSP, os aspectos geográficos, populacionais e socioeconômicos dos Entes federados, bem como o estabelecimento de metas e resultados a serem alcançados”, ou seja, requisitos que, por hora, são subjetivos.

Em face do clamor social por novas políticas que visem ao combate ao crescimento acentuado da violência em nível nacional, a União busca por meio de instrumentos inadequados (Estatuto das Guardas Municipais e Sistema Unificado de Segurança Pública) inserir os Municípios como parte integrante das atividades de policiamento repressivo e ostensivo da população.

Defende-se como pilar fundamental para impedir a assunção dessa nova atribuição por parte dos Municípios a manutenção do § 8º do art. 144 da CF.

Caso ocorra uma mudança constitucional para alinhar os instrumentos infralegais criados pela União (art. 144, § 8º, da CF), por meio de proposta de emenda à constituição, a convalidação das atribuições supramencionadas será o caminho natural para a assunção desta nova responsabilidade aos Municípios.

---

10 Instituído pela Lei 10.201/2001, o Fundo Nacional de Segurança Pública tem o objetivo de apoiar projetos na área de segurança pública e de prevenção à violência, enquadrados nas diretrizes do plano de segurança pública do governo federal.

## 4. DAS GUARDAS MUNICIPAIS

É facultado aos Entes municipais instituir, por meio de lei local, as guardas municipais, cuja atribuição destina-se exclusivamente à proteção patrimonial. Essa é a inteligência do § 8º do art. 144 da Constituição Federal. Se não vejamos:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – polícia federal

II – polícia rodoviária federal

III – polícia ferroviária federal

IV – polícias civis

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares

§ 1º – A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a:

I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III – exercer as funções de polícia marítima, aérea e de fronteiras;

IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º – A polícia rodoviária federal, órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º – A polícia ferroviária federal, órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º – às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º – às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º – As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º – A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

**§ 8º – Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.** (grifo nosso)

É evidente que se a guarda municipal vai proteger bens, serviços e instalações do Município, em respeito ao comando do art. 144, 8º, da CF/1988, é, indiscutivelmente, municipal, uma vez que a matéria é de interesse local, sendo do Ente municipal a competência legislativa. Da leitura desse dispositivo, verifica-se que as guardas municipais não foram incluídas no rol que trata dos órgãos integrantes do sistema de segurança pública.

Os constituintes de 1988 rejeitaram todas as tentativas de se atribuir ao Município competências e responsabilidades das polícias civil e militar, bem como recusaram todas as propostas no sentido de criação de uma polícia municipal.

Destaca JOSÉ AFONSO DA SILVA:

Os constituintes recusaram várias propostas de instituir alguma forma de polícia municipal. Com isso, os Municípios não ficaram com nenhuma específica responsabilidade pela segurança pública (In: *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ERT, 7ª ed., 1991, p. 653).

A vontade do legislador em não atribuir às guardas municipais o policiamento ostensivo fica fortemente evidenciada no texto constitucional no momento em que faculta aos Entes municipais a criação das guardas municipais, cuja atuação destina-se exclusivamente à proteção do seu patrimônio. Caso fosse outro o entendimento, certamente a criação das guardas seria obrigatória e não opcional; e integrariam os órgãos de segurança pública descritos nos incisos do *caput* do art. 144 da CF.

Com base nesse entendimento, o Excelso Pretório na Ação Direta de Inconstitucionalidade 236-8/600, de 1990, assim se manifestou quanto à criação de novos órgãos voltados para a atuação na segurança pública:

[...]

b) os órgãos arrolados em tal dispositivo constituem *numerus clausus*, não comportando a inclusão de outras corporações policiais; [...]

d) e essa contrariedade se deu porque o elenco de órgãos federais e estaduais contidos no transcrito art. 144 da Constituição Federal é exaustivo e não exemplificativo. Por essa razão, a União, os Estados e os Municípios não podem criar novas organizações nesse setor específico da administração pública. (BRASIL, 1991, grifo nosso)

No mesmo sentido:

Os Estados-membros, assim como o Distrito Federal, devem seguir o modelo federal. O art. 144 da Constituição aponta os órgãos incumbidos do exercício da segurança pública. Entre eles não está o Departamento de Trânsito. Resta pois vedada aos Estados-membros a possibilidade de estender o rol, que esta Corte já firmou ser *numerus clausus*, para alcançar o Departamento de Trânsito. (ADI 1.182, voto do Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-11-2005, Plenário, DJ de 10-3-2006.) Vide: ADI 2.827, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 16-9-2010, Plenário, DJE de 6-4-2011.

Às guardas municipais restou a função de proteger seus bens, serviços e instalações, conforme disposto em lei, não lhe cabendo os serviços de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública.

## **5. DA LEI 13.022/2014 (ESTATUTO DAS GUARDAS MUNICIPAIS)**

No sentido de buscar estabelecer regramento comum às guardas municipais, a União editou a Lei 13.022/2014 – denominada Estatuto das Guardas Municipais – de observância obrigatória aos Entes federados municipais que tenham interesse por criar esse segmento de servidor público no âmbito local.

Em que pese as diretrizes relacionadas ao regramento, há de se ressaltar que os liames criados pela lei federal vão além das competências estabelecidas no § 8º do art. 144 da Constituição Federal.

É possível detectar a intenção do legislador com as novas atribuições estranhas ao papel institucional das guardas municipais a partir dos princípios mínimos consagrados no capítulo II da Lei do Susp, senão vejamos:

### DOS PRINCÍPIOS

Art. 3º São princípios mínimos de atuação das guardas municipais:

I - proteção dos direitos humanos fundamentais, do exercício da cidadania e das liberdades públicas;

**II - preservação da vida, redução do sofrimento e diminuição das perdas;**

**III - patrulhamento preventivo;**

IV - compromisso com a evolução social da comunidade; e

V - uso progressivo da força. (grifamos)

É possível detectar a intenção do legislador com as novas atribuições estranhas ao papel institucional das Guardas Municipais a partir dos princípios mínimos consagrados no capítulo II do referido diploma; senão vejamos:

Além disso, é estabelecido as competências específicas que irão nortear a composição das Guardas Municipais – presentes no art. 5º do mesmo diploma legal – vejamos:

Art. 5º São competências específicas das guardas municipais, respeitadas as competências dos órgãos federais e estaduais:

I - zelar pelos bens, equipamentos e prédios públicos do Município;

II - prevenir e inibir, pela presença e vigilância, bem como coibir, infrações penais ou administrativas e atos infracionais que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais;

**III - atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais;**

**IV - colaborar, de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam com a paz social;**

**V - colaborar com a pacificação de conflitos que seus integrantes presenciarem, atentando para o respeito aos direitos fundamentais das pessoas;**

VI - exercer as competências de trânsito que lhes forem conferidas, nas vias e logradouros municipais, nos termos da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), ou de forma concorrente, mediante convênio celebrado com órgão de trânsito estadual ou municipal;

VII - proteger o patrimônio ecológico, histórico, cultural, arquitetônico e ambiental do Município, inclusive adotando medidas educativas e preventivas;

VIII - cooperar com os demais órgãos de defesa civil em suas atividades;

IX - interagir com a sociedade civil para discussão de soluções de problemas e projetos locais voltados à melhoria das condições de segurança das comunidades;

**X - estabelecer parcerias com os órgãos estaduais e da União, ou de Municípios vizinhos, por meio da celebração de convênios ou consórcios, com vistas ao desenvolvimento de ações preventivas integradas;**

XI - articular-se com os órgãos municipais de políticas sociais, visando à adoção de ações interdisciplinares de segurança no Município;

**XII - integrar-se com os demais órgãos de poder de polícia administrativa, visando a contribuir para a normatização e a fiscalização das posturas e ordenamento urbano municipal;**

**XIII - garantir o atendimento de ocorrências emergenciais, ou prestá-lo direta e imediatamente quando deparar-se com elas;**

XIV - encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário;

XV - contribuir no estudo de impacto na segurança local, conforme plano diretor municipal, por ocasião da construção de empreendimentos de grande porte;

**XVI - desenvolver ações de prevenção primária à violência, isoladamente ou em conjunto com os demais órgãos da própria municipalidade, de outros Municípios ou das esferas estadual e federal;**

**XVII - auxiliar na segurança de grandes eventos e na proteção de autoridades e dignitários; e**

XVIII - atuar mediante ações preventivas na segurança escolar, zelando pelo entorno e participando de ações educativas com o corpo discente e docente das unidades de ensino municipal, de forma a colaborar com a implantação da cultura de paz na comunidade local.

Parágrafo único. No exercício de suas competências, a guarda municipal poderá colaborar ou atuar conjuntamente com órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal ou de congêneres de Municípios vizinhos e, nas hipóteses previstas nos incisos XIII e XIV deste artigo, diante do reconhecimento de órgão descrito nos incisos do caput do art. 144 da Constituição Federal, deverá a guarda municipal prestar todo o apoio à continuidade do atendimento. (grifos nossos)

Ficam claras as atribuições trazidas com a implementação de novas responsabilidades ao poder público municipal por meio de instrumento

ilegítimo (Lei 13.019/2014) proposto pela União como forma de responder aos anseios sociais por mais segurança.

## 6. CONCLUSÃO

Os dados relatados no Atlas da Violência de 2018, publicado pelo Fórum Nacional de Segurança Pública, registram a dimensão a respeito dos dados da violência do Brasil e retratam um quadro mais perverso que o estado de guerra. Em 15 anos, o Brasil matou uma pessoa a cada dez minutos, ou seja, são mais de 786 mil pessoas assassinadas, número maior que o das guerras da Síria e do Iraque.

Todos os governos que transitaram o poder não conseguiram implementar ações efetivas de combate à sistêmica violência.

Concomitantemente, o encarceramento no país apurado pelo Ministério da Justiça no documento intitulado “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias” demonstra que houve um crescimento à margem de 575%, cenário que tende a agravar-se, considerando que nos últimos anos a velocidade do crescimento efetivo carcerário brasileiro esteve abaixo somente da Indonésia. A população carcerária chegou a 726 mil e se tornou a terceira maior do mundo, ultrapassando a da Rússia, que é de pouco mais de 607 mil. Neste ano, o Brasil ficou atrás de Estados Unidos, que tem mais de 2 milhões de presos, e China, com mais de 1 milhão e 600 mil pessoas encarceradas.

Ao que parece, o caminho não é a repressão, mas a prevenção. Assim, para não correr o risco da perda de essência, reproduz-se aqui a brilhante conclusão da professora da UFABC dra. Camila Nunes Dias, constante no prefácio da publicação *Mapa das Facções Prisionais do Brasil*:

Enquanto as opções políticas estiverem lastreadas no tripé repressão/punição/exclusão, cujas supostas soluções “simples e imediatas” encontram apoio popular e favorecem os discursos populistas de indivíduos que não têm qualquer compromisso com a redução da violência da sociedade; enquanto não conseguirmos recuperar nossa memória histórica e delinear o quanto a violência de estado contra os pobres e negros marcou a nossa trajetória como “Nação”; enquanto não formos capazes de perceber que os apelos por mais repressão e punição só beneficiam aqueles que angariam dividendos políticos-eleitorais com bravatas desconectadas de quaisquer evidências em experiências, dados ou políticas públicas; enfim, enquanto não conseguirmos transformar o nosso modelo de política de segurança cujos pilares são a guerra às drogas, a polícia militar e a prisão, permaneceremos presos neste labirinto esquizofrênico em que a ânsia da população por uma sociedade pacificada tem como respostas ações que aumentam a violência letal e aprofundam o nosso histórico fosso socioeconômico, a exclusão e a vulnerabilidade da democracia brasileira. A construção de um modelo de política pública deve estar assentada nos pilares legais, na prevenção e na inteligência. Do contrário, continuaremos fadados ao retrocesso civilizatório e à fragilização da política e das instituições.

As palavras da emérita professora Camilas Nunes Dias reforçam o grandioso papel da atuação dos Municípios na questão da manutenção da convivência pacífica de todos os cidadãos. A inclusão de políticas públicas focadas em áreas mais afetadas, além de promoção social e diminuição da desigualdade de oportunidades são ações de prevenção e combate à violência que têm demonstrado significativos índices de redução da violência nos Entes federados que assim se comprometem, transformando as cidades em protagonistas da evolução social mais esperada do nosso país: a promoção da paz.

## REFERÊNCIAS

CERQUEIRA, Daniel. *Atlas da Violência 2018*. IPEA/FBSP, junho 2018.

FERREIRA, L.; SANTOS, M.; PAULA, K.; MENDONÇA, J.; CARNEIRO, A. Riscos de adoecimento no trabalho entre policiais militares de um batalhão de Brasília. *Gestão e Sociedade*, v. 11, n. 29, p. 1.804-1.829, 2017.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2014 a 2017 – Ed. Especial 2018*. FBSP, 2018.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GRIPP, Allan. A Guerra No Brasil. Direção: Alan Gripp. *O Globo*, 2017. Infográfico. 14 minutos.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN. Atualização – junho 2016*. Organização Thandara Santos. Brasília: Departamento Penitenciária Nacional, 2017.

SZABÓ, Ilona. *De cidades-problema a cidades solução*. Instituto Igarapé, 2017. Site oficial.

# MUNICÍPIO: HISTÓRIA E AS CONSTITUIÇÕES

Kim Borges Damasceno<sup>11</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 alçou o Município a Ente Federativo, dotado de autonomia, possuidor de princípios de organização política e administrativa, com governo próprio e titularidade de competências privativas, reforçando sua condição de pedra fundamental no federalismo brasileiro.

Tendo sua importância reconhecida, rejeitando a centralização do poder pelos outros Entes, elevando seus cidadãos a participantes da política e, também, levando-os ao alcance efetivo dos ideais democráticos tanto buscados.

Sendo assim, aos Municípios, além das competências administrativas e tributárias, foram atribuídas as competências legislativas, passando a elaborar sua própria Lei Orgânica.

---

11 Barachel em Direito pela Faculdade Novo Milênio (Vila Velha/ES) em dezembro de 2010 e Pós-Graduado em Novas Tendências do Direito Público pelo UNICEUB (Brasília/DF) em abril de 2019, Colaborador na Confederação Nacional de Municípios - CNM desde 2015 e Advogado Celetista nesta mesma entidade desde dezembro de 2018.

Nada mais justo, já que devem ser de competência do Município assuntos de interesse local, dentro de suas necessidades, sejam elas imediatas ou gerais.

E, apesar de o presente artigo começar abordando o Município sob o ordenamento constitucional de 1988 e sua atual realidade, este irá dissecar a evolução do mais importante dos Entes, sob diferentes perspectivas temporais, ou seja, da pré-Constituição até o ordenamento atual.

## **2. O MUNICÍPIO E SEU DESENVOLVIMENTO**

Os humanos sempre foram seres sociais, de modo a se associarem inclusive com o intuito de garantir sua própria existência, desde os núcleos familiares iniciais até agrupamentos maiores caracterizados como clãs e tribos, ocorrendo formação de grupos sociais com o intuito de garantir segurança e sucessivamente a divisão das tarefas distribuídas em núcleos administrativos, religiosos ou de caça e guerra.

Por sua vez, a organização política dos Municípios não tem raízes tão remotas, porém, sem dúvida, o espírito gregário e de reunião sim.

O Município como conhecemos hoje, no entanto, é onde nasceu o desejo político de se autogovernar, conhecido desde os romanos. Na Roma antiga, foram instituídas assembleias nas cidades, que votavam os seus estatutos e elegiam os magistrados locais para um conselho, com funções assemelhadas ao Senado.

A principal instituição das cidades era o Conselho Municipal em que homens livres exerciam seu direito de voto, elegendo periodicamente cem pessoas para os integrarem, denominados decuriões, ou seja, chefes de decúria, ou seja, dez partes de uma cúria, que significa cada uma das trinta divisões do povo romano.

Na época, a administração das cidades era executada de acordo com cada competência, tendo serviços executados da escritania até a defesa dos humildes e também serviços notariais.

Desta feita, a feição definitiva do Município foi desenhada pelo governo de Caio Júlio César com a *Lex Julia Municipalis*, que acabou sendo um sistema de governo estendido para as colônias romanas da Itália e, depois, para os países que vinham sendo conquistados pelo Império Romano. Aqueles que colaboravam tinham prerrogativas concedidas, como, por exemplo, governar a própria cidade, claro, com a ampliação da cidadania romana a esses povos.

O sistema era tão perfeito que, mesmo com o declínio da República e do Império Romano, acabou se enraizando na vida provincial, permitindo sua continuidade.

No entanto, a decadência do Município como instituição política local veio no período feudal em que o poder se concentrava dentro dos castelos, deixando apenas a dinâmica econômica fora de seus muros. Ademais, com a expansão das cidades, se tornando cidades-estados e se auto afirmando depois de séculos e anos de indiferenças, obtiveram imunidade política através de privilégios ou alvarás concedidos pelo governante local, pela compra ou conquistadas em combate.

Apenas por meados de 1804 é que o Município voltou a se desenvolver na Europa, em especial na França, tendo outros países se inspirado nesse modelo como uma forma de governo local, estando presentes até hoje no mundo moderno.

### **3. O MUNICÍPIO NO MUNDO**

Diferentemente do Brasil, em outros países, os Municípios possuem designações diversas e também diferenças em suas naturezas e gestões políticas, sendo muito provável uma diferenciação entre si de tudo que se encontra no planeta na atualidade. Porém, facilmente são encontradas divisões administrativas com autonomia política, ainda que variando muito os casos, dando seguimento em cidades e centros urbanos.

Tanto que singularidade e semelhança se fixam na administração e na competência política localizadas, nas questões do cotidiano de seus concidadãos, apesar do distanciamento para questões regionais e nacionais.

A forma de funcionamento é muito óbvia e simples; a política consiste na escolha/eleição de seus dirigentes, e a administrativa, em seu Poder de Polícia e estão relacionadas a serviços e obras locais. A financeira, por sua vez, é a capacidade de gerir os recursos públicos disponíveis a partir dos tributos oriundos de seus habitantes, fazendo com que a organização do Estado esteja diretamente relacionada à amplitude e à capacidade financeira para a autogovernança.

Uma das grandes diferenças é que em outros países, como o México, por exemplo, falta poder para o Legislativo local, estando este em clara posição de inferioridade com relação ao Executivo.

Nos Estados Unidos, berço do federalismo, os Estados-membros têm autonomia para tratar do problema de suas organizações internas, tendo suas tradições políticas largamente influenciadas por costumes e práticas, ocorrendo de forma semelhante ao municipalismo local. Como é de conhecimento geral, cada Estado americano possui suas próprias leis bem definidas e sua variação política muda de Estado para Estado, porém, serviços básicos não mudam de localidade para localidade, sendo administrados pelos Municípios, também denominados de *townships* ou condados.

Mudando de continente, podemos observar a Espanha, que é organizada territorialmente em Município, Províncias e Comunidades Autônomas, porém, todos gozando de autonomia na gestão de seus interesses.

#### **4. O MUNICÍPIO BRASILEIRO**

Para que um Município possa ser compreendido, a Lei Orgânica Municipal é o primeiro lugar a ser pesquisado e também é nela que está conceituado, podendo ser compreendido como: uma organização política, pessoa jurídica de Direito Público interno, com sua base territorial determinada, englobando

um conjunto de vizinhos com interesses locais e comuns, com autonomia política, administrativa e financeira garantida por quem lhe define a competência, a Constituição.

Tem como seu representante o prefeito, nos termos do inc. III do art. 75 do Código de Processo Civil, Lei Federal 13.105/2015. Este, hierarquicamente colocado no topo da pirâmide da administração pública local, tem sua remuneração fixada em lei e possui a atribuição de exercer funções executivas no âmbito do Município, devidamente auxiliado por seus secretários.

Por fim, os Municípios podem estabelecer seus símbolos, sendo complementares aos símbolos estaduais e nacionais.

## **5. O MUNICÍPIO E AS CONSTITUIÇÕES**

### **5.1. Pré-Constituição**

Na época do descobrimento do Brasil e colonização, a terminologia “Município” já era conhecida pelos luso-europeus, antiga denominação romana, porém, não era utilizada expressamente em suas legislações em razão da evolução e alteração do seu significado em terras portuguesas.

As instituições lusitanas que possuíam a característica de uma administração localizada eram chamadas de “Concelhos” (com a letra “c” mesmo), que vem do latim *concilium*, e representavam a nova estrutura administrativa regionalizada, visando a atender às exigências da época.

O processo de “municipalização” teve seu pontapé inicial quando os portugueses, com medo de piratas e corsários ingleses, franceses e holandeses que ameaçavam invadir e tomar as terras brasileiras, decidiram por acelerar a colonização, defendendo, assim, cada pedaço de terra com cerca de 400 homens enviados às pressas no ano de 1530, tendo a chegada de Martim Afonso de Sousa sido considerada o divisor de águas em relação ao modo de condução da colônia.

Uma das funções atribuídas à Martim Afonso de Sousa era a de explorar as novas terras, permitindo que aqueles que a povoavam ficassem em definitivo, moldadas pela Ordenação do Reino, que trazia ao país uma sistematização quanto à criação de uma estrutura tipicamente municipalista.

*A priori*, a qualquer lugarejo onde houvesse um aglomerado de pessoas com uma identidade entre si davam-se o nome de povoado. Os povoados tinham a opção de permanecerem nessa condição ou serem elevados ao *status* de vila, através de um ato régio, concedido pela Corte Portuguesa.

Diante do novo *status*, as vilas passariam a ter um conjunto de pessoas que as representassem, sendo dado nomes como Senado da Câmara, Câmara Municipal, Câmara de Vereança ou, simplesmente, Câmara.

Tornar-se uma vila era um grande sinal de evolução e progresso, pois benefícios como autonomia político-administrativa, perspectivas econômico-financeiras, entre outros eram incorporados.

Em seguimento, ainda poderia haver uma elevação de categoria, indo de vila para cidade, porém pouco acrescentando em questão de vantagens e benefícios.

Sendo assim, povoados, vilas e cidades tiveram grande importância no plano de concretização da colonização do território brasileiro, já que suas fundações ao longo da Colônia serviam claramente e refletiam a estratégia de descentralização política da Coroa Portuguesa, sempre em busca da ocupação do novo território.

Chegando na reta final, Martim Afonso de Sousa, em 22 de janeiro de 1532, fundou o que foi denominado de Vila de São Vicente, nascendo, assim, a primeira República Municipal Brasileira, também primeiro governo local autônomo das Américas.

Diante todo o exposto, chegamos à conclusão de que a existência do que está próximo do Município atual antecedeu a própria instalação do Estado, precursor do Estado Moderno brasileiro.

## 5.2. O Município e a Constituição de 1824

A Constituição do Império em 1824 é considerada o período em que se inicia a fase brasileira da história municipal no Brasil, já que seu texto constitucional tratava os Municípios com apreço, estatuidando que houvesse Câmaras em todas as vilas e cidades já existentes, assim como nas que pretendiam uma criação futura. Também cabiam a essas o governo econômico e municipal das mesmas localidades que já eram compostas por vereadores, tendo entre eles um presidente eleito. Ademais, lei reguladora deveria decretar as funções municipais da Câmara.

Vale lembrar que as Câmaras neste período eram completamente subordinadas às Províncias, que são os atuais Estados, ou seja, apesar da existência, eram subordinadas.

Nesse período, os Municípios e seu *status* de vila ainda não possuíam prefeitos, mas sim procurador municipal, que figurava como o agente do Executivo.

Vale lembrar também que a primeira Constituição brasileira não foi promulgada, ou seja, foi imposta, marcada pela arbitrariedade e considerada antidemocrática. O projeto elaborado pela Assembleia Constituinte não previu a inclusão e a criação de Municípios na Carta Constitucional de 1824, incumbindo à lei ordinária versar sobre tal matéria.

Como o Brasil era um estado unitário, a Constituição de 1824 não reconheceu autonomia às vilas na época, diferentemente do que temos hoje, em que os Municípios possuem sua autonomia política e administrativa.

## 5.3. O Município e a Constituição de 1891

A Constituição de 1891 tem como sua principal marca a influência da Constituição dos Estados Unidos da América, principalmente por não constar

em nossa Constituição a presença dos Municípios, restando aos chamados Estados-membros na época darem as diretrizes sobre sua própria organização, assim como a das vilas, desde que fossem respeitados os regramentos da Carta Maior.

Sendo assim, os Municípios sofreram inúmeras interferências, sem ainda poderem ser considerados integrantes da Federação, ficando apenas como espécies de repartições político-administrativas, para gerir o território brasileiro de forma a manter o controle com o poder central.

Outro detalhe é que, apesar de deterem algumas competências, restava bastante prejudicada sua autonomia financeira e política-administrativa devido ao centralismo político, que imperou durante a primeira fase da República, e o coronelismo de praxe para a época, transformando os Municípios em grandes feudos privados. Os “prefeitos” da época basicamente eram nomeados e, por vezes, eleitos de acordo com o governo estadual, sendo um representante do coronel local.

E, apesar da Proclamação da República, sendo a Constituição de 1891 a primeira delas a ser promulgada, o povo não chegou a participar ativamente desse processo de mudança, incumbido a esse detalhe o pequeno volume de alterações práticas. Até porque o sistema opressivo guiado por votos subjugados, de cabresto, e o centralismo político continuaram por indicar os governantes municipais de acordo com os interesses dos grandes fazendeiros.

Podemos assim chegar à conclusão de que a autonomia municipal ficou comprometida na Constituição de 1891, com suas competências extremamente limitadas, cheias de interferências dos Estados, tendo suas próprias Leis Orgânicas votadas pelas Assembleias Legislativas e nunca por suas Câmaras de Vereadores.

Para completar, a penúria em que viviam os Municípios era atribuída à penúria orçamentária, excesso de encargos, intervenção policial nos pleitos locais, restrições aos princípios da eletividade como já citado e drásticas reduções de suas atividades autônomas.

#### **5.4. O Município e as Constituições de 1934 e 1937**

Antes de chegarmos em 1934, vale falar da Revolução de 1930, em que através do Decreto 19.398, de 11 de novembro de 1930, o chamado Governo Provisório há pouco instalado acabou por suspender a já escassa autonomia municipal com relação à eletividade dos cargos políticos, tornando, assim, os prefeitos de livre nomeação dos interventores federais nos Estados-membros e dissolvendo as Câmaras, com o intuito de substituí-las por um conselho consultivo.

Somente para citação, o Decreto supracitado dispunha em seu art. 11:

Art.11. O Governo Provisório nomeará um interventor federal para cada Estado, salvo para aqueles já organizados, em os quais ficarão os respectivos presidentes investidos dos poderes aqui mencionados. [...]

Porém, a Constituição de 1934 veio para mudar o cenário para os Municípios e trazê-los de volta à um cenário de legítima autonomia, dando importância ao restabelecimento da Federação, definindo a eletividade do prefeito e dos vereadores, com renda própria para a prestação de serviços públicos, em especial, para a educação, acabando com as nomeações e findando com o coronelismo, ao menos, na época.

A competência municipal veio através dos recém-criados Conselhos Municipais, que analisavam as contas de suas respectivas administrações e também davam suas opiniões sobre a conveniência de empréstimos externos. E, com isso, também vieram as prestações de contas e a utilização da contabilidade pública, elaborando seus respectivos orçamentos periódicos.

Outro ponto importante foi a arrecadação de recursos e a busca pela autonomia financeira, por meio das quais o Município passou a ter competência para instituir e cobrar impostos prediais, de licenças, renda e imóveis rurais, por exemplo.

Com isso, surge também o chamado federalismo cooperativo, em que o país desenvolveu uma cooperação financeira entre as unidades autônomas da Federação, em que existia a obrigatoriedade das partes financeiramente entrarem em harmonia de forma consensual, aceitando, inclusive, compromissos.

Desta feita, a autonomia passou a ser também financeira e não somente medida por disposições jurídicas e pela defesa das barreiras política-administrativas, tentando dar maior igualdade aos Entes à época representados.

A Constituição de 1934 também estabeleceu que os Estados teriam de aplicar nunca menos de 20% da renda advinda dos impostos, enquanto União e Municípios jamais menos que 10%.

Concluimos, então, que a Constituição de 1934 foi de extrema importância para o desenvolvimento do Município e seu desenvolvimento, em especial com relação à sua autonomia financeira e político-administrativa.

No que se relaciona à Constituição de 1937, esta possui inúmeros detalhes e aspectos interessantes no tocante ao país como um todo, como, por exemplo, o momento histórico liderado por governos ditatoriais fascistas e o quadro social da população brasileira sob a égide de uma Constituição antidemocrática.

No que nos importa realmente, os Municípios perante a Carta Maior de 1937 passaram a ser dependentes dos governos estaduais, sua legitimidade foi ferida e perderam a possibilidade de adquirir uma autonomia jamais de fato implantada, apesar de prevista na Constituição anterior.

Uma das conquistas da Constituição anterior, apesar de não ser 100% seguida, ou seja, a eletividade de prefeitos, foi dissolvida com a nova Carta, gerando uma conseqüente situação de subordinação aos interesses do governador do Estado-membros, mais conhecido como interventor, figurando no presidente da República o poder da forma mais concentrada possível.

### **5.5. O Município e as Constituições de 1946 e 1967**

A principal característica dos Municípios à época foi terem se tornado uma das três divisões político-administrativas do país, se juntando aos Estados-membros e à União, possuindo prefeitos e vereadores a legitimidade dada pelos cidadãos através do voto, com competência privativa para instituir impostos, taxas e contribuições de melhoria. Obviamente, não ficou apenas por conta da decretação desses impostos tais mudanças, assim como, também a arrecadação, a aplicação e a organização dos serviços locais.

Outro ponto importante a se destacar foi a possibilidade de o Município poder provocar o STF em caso de leis estaduais ferirem a autonomia municipal, prezando pelo princípio da não intervenção. No entanto, com a exceção de se intervir nos Estados, visando à preservação da autonomia do Ente mais novo.

No entanto, não foram só frutos para os Municípios no ano de 1946, existindo algumas limitações impostas, como a restrição à eleição de prefeitos nas capitais dos Estados, com exceções em alguns Municípios definidos por lei federal que eram base ou porto militar de importância da defesa nacional, sendo nomeados pelos governadores dos Estados, limitando a estes sua plena autonomia.

A conclusão sobre o ano de 1946 é que houve inegável melhora em relação ao ordenamento anterior, contudo, sem grandes avanços que ficaram em definitivo.

Por sua vez, a Carta Magna de 1967 atribuiu a autonomia dos Municípios quanto à eletividade de prefeitos e vereadores, porém o primeiro nas capitais e estâncias hidrominerais seria nomeado pelo governador, com aprovação pela Assembleia Legislativa, e, em Municípios declarados de interesse de segurança nacional, pelo presidente da República. Outro ponto curioso é que vereadores só recebiam salário em capitais e em cidades com mais de 100 mil habitantes, além de fixado o número máximo deles em 21 por Câmara, diferentemente dos 55 de hoje.

Com relação à cobrança de tributos, ficaram esses restritos ao imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana e imposto sobre serviços de qualquer natureza, entre outros.

Ademais, foi assegurado pela primeira vez o Fundo de Participação de Municípios (FPM), integrado por dez por cento da receita do imposto de renda e proventos federais e IPI, além, é claro, de manter a competência para a instituição de taxas e contribuições de melhorias.

Em 1969, com a Emenda Constitucional 1, o controle externo, que já era exercido pela Câmara Municipal, passou, então, a ser expressamente feito com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado ou do órgão estadual incumbido; entretanto, o FPM caiu pela metade.

## **5.6. O Município e a Constituição de 1969**

Em 1967, a Emenda Constitucional 1 modificou o texto de tal forma que doutrinadores a consideraram e denominaram como Constituição de 1969, tendo fortalecido ainda mais o regime ditatorial, acabando com direitos e garantias individuais em favor de um desenvolvimento nacional.

Por sua vez, os Municípios seguiram submissos à União, sujeitos a interferências, intervenções, entre outros incômodos que terminavam por acabar com sua não autonomia, já que suas receitas eram provenientes da mesma União, que a limitava, não restando grandes mudanças práticas para a municipalidade na época.

## **5.7. O Município e a Constituição de 1988**

Em 1988, os Municípios alçaram um voo mais alto e alcançaram o patamar de Ente base e pilar de sustentação do Estado brasileiro, sofrendo profunda transformação, tendo suas singularidades e autonomias reconhecidas no

novo texto, diferenciando-se de quaisquer Municípios e seus sistemas mundo afora, fossem eles *countys* ou *townships*.

Logo no art. 1º da Constituição, é anunciado que a “República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito” e também com lembrança no art. 18.

Reconhecia-se, assim, a força que o Município emanava, rejeitando a centralização do poder, objetivando a facilitação da participação política de seus munícipes – o cidadão brasileiro –, fazendo com que os ideais democráticos fossem alcançados.

Outro ponto significativo foi a previsão da edição de Leis Orgânicas – Constituição municipal – aprovadas por suas Câmaras, mesmo que devessem observar e obedecer a Constituições estaduais e federais.

Incontáveis são as disposições constitucionais que se referem de forma expressa aos Municípios, mostrando o reconhecimento do menor, porém, mais importante dos Entes da Federação nacional, como peça fundamental, visando a assegurar o sistema democrático representativo.

A nova Constituição assegurou aos Municípios um nível de autonomia jamais visto, o qual representou um desenvolvimento que fez jus ao cuidado que seus cidadãos mereciam.

A Constituição de 1988 enumerou os poderes da União e repartiu, digamos assim, as competências entre seus Entes. Para os Estados couberam poderes que restaram remanescentes ou os que a própria Constituição não vedou; para os Municípios, as competências explícitas ou poderes definidos e indicados de forma textual, sempre com a lembrança adicional de constar nas cláusulas a expressão “assuntos de interesse local” como um fator que delimitava a competência. O próprio art. 30, em seu inc. I, da Constituição Federal afirma a competência do Município para legislar sobre os assuntos de interesse local.

Já no inc. II do mesmo artigo fica estabelecido que compete ao Município suplementar as legislações estadual e federal no que couber, desde que não contrarie as normas constitucionais.

Com relação à elegibilidade dos agentes políticos locais, tão falado e citado tantas vezes ao longo deste artigo nas Constituições antecedentes, ficaram da seguinte forma: serem nacionais brasileiros, em pleno exercício político, situação eleitoral regular, domicílio eleitoral na circunscrição, filiação partidária, ter ao menos 21 anos de idade para prefeito e vice e 18 anos para o cargo de vereador.

Por fim, com a Constituição de 1988, diluiu-se a concentração de competência do governo federal, fazendo com que Estados e Municípios acumulassem competências em matérias discriminadas, dando principalmente ao Ente menor e mais novo uma nova capacidade de auto-organização e administração, em especial, via Lei Orgânica, que compete normatizar a conduta e atividade municipal, contribuindo muito para sua autonomia.

## **6. CONCLUSÃO**

Com este artigo vimos uma breve ideia de Município, dos Romanos até os dias atuais, desde as Américas até Europa e chegando ao Brasil.

Os Municípios brasileiros começaram a tomar forma na consolidação da colonização do território tupiniquim com o intuito de evitar que ingleses, franceses e holandeses tomassem as terras dos portugueses, passando pela influência norte-americana, com seus Estados-membros, dando as cartas e interferindo incontáveis vezes na vida dos Municípios, na época apenas vilas, povoados e cidades, que sequer podiam se considerar integrantes de uma Federação, sendo tidos como meras repartições político-administrativas.

Contudo, com a passagem do século, iniciou-se uma nova era na história dos Municípios no Brasil, desde pequenas mudanças até o retrocesso de

importantes autonomias outrora conquistadas, deixando até de fazer parte da Carta Magna.

Por fim, a Constituição de 1988 veio para trazer real autonomia para o menor dos Entes, que se mantém em luta até os presentes dias para que não sofra mais retrocessos e garanta sua manutenção sem a dependência feroz dos Entes maiores.

No Município é que a vida acontece, é onde os problemas se iniciam, se perpetuam e, por vezes, são resolvidos, não restando dúvida de sua imensa importância para a democracia e a sustentabilidade do Brasil.

## REFERÊNCIAS

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Estado Brasileiro: evolução dos Entes políticos*. Editora Verbatim, 2011.

COSTA, Nelson Nery. *Direito Municipal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CARNEIRO, Isaac Newton. *Manual de Direito Municipal Brasileiro*. Salvador: P&A Editora, 2016.



/Portal**CNM**



@Portal**CNM**



/TVPortal**CNM**



/Portal**CNM**



/Portal**CNM**



app.**CNM**.org.br



[www.cnm.org.br](http://www.cnm.org.br)

