

WALTER SIQUEIRA BRITO

**Implementação de direitos prestacionais pelo Município
no atual sistema de federalismo fiscal brasileiro**

MANAUS/AM
SÃO PAULO/SP
2020

WALTER SIQUEIRA BRITO

**Implementação de direitos prestacionais pelo Município
no atual sistema de federalismo fiscal brasileiro**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Fernando Facury Scaff.

MANAUS
SÃO PAULO/SP
2020

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

BRITO, Walter Siqueira.

Implementação de direitos prestacionais pelo Município no atual sistema de federalismo fiscal brasileiro/ Walter Siqueira Brito; Professor Fernando Facury Scaff – 2020

Dissertação - Mestrado Interinstitucional em Direito Constitucional, Universidade de São Paulo/ Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, Manaus, 2020

Versão original

Nome: BRITO, Walter Siqueira

Título: Implementação de direitos prestacionais pelo Município no atual sistema de federalismo fiscal brasileiro

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para o curso de Mestrado Interinstitucional em Direito Constitucional da Universidade de São Paulo/CIESA.

Aprovado em:

Banca examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

RESUMO

BRITO, Walter Siqueira. **Implementação de direitos prestacionais pelo Município no atual sistema de federalismo fiscal brasileiro. 2020. 159f.** Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, Centro Universitário De Ensino Superior do Amazonas, Manaus, 2020.

O contexto que a pesquisa estuda é o da grande dificuldade de os Municípios prestarem os serviços essenciais à população. Verifica-se a desproporcionalidade entre as obrigações constitucionais estipuladas para os Municípios e a receita que pode por eles ser auferida por sua competência ou transferida pelos outros entes para cumprir essas obrigações. Utilizou-se como metodologia de pesquisa a consulta a livros, artigos, jurisprudências, a estudos que apresentam dados de institutos de pesquisa, de federações industriais, de entes municipais e de instituições públicas e privadas. Foi constatado que os Municípios atualmente, em razão da forma do federalismo fiscal, não têm como se sustentar sozinhos, com cerca de 1/3 deles não tendo condições nem para pagar seus servidores e, por isso, são altamente dependentes, especialmente da União.

Palavras-chave: Federalismo; Federalismo Fiscal; Direitos Fundamentais

ABSTRACT

BRITO, Walter Siqueira. **Implementation of benefits rights by the municipality in the current system of Brazilian fiscal federalism.** Dissertation Interinstitutional Master's in Law - University of São Paulo, University Center of Higher Education of Amazonas, Manaus, 2020.

The context of the work stems from the great difficulty of the Municipalities providing the essential services to the population. There is disproportionality between the constitutional obligations stipulated for the Municipalities and the revenue that may be earned by them or transferred by other entities. The methodology used its research of books, articles, jurisprudences and data studies of the budget of the Municipality of Manaus and research of public and private institutions. It has been found that the Municipalities currently, due to the form of fiscal federalism, cannot afford to stand alone, with about 1/3 of them not being able to pay their servants and, therefore, are highly dependent especially on the Union.

Key-words: Federalism; Fiscal Federalism; Fundamental rights

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 SOBRE O FEDERALISMO FISCAL.....	11
1.1 Definição de Federalismo	11
1.2 Característica do Estado Federal	14
1.3 Federalismo Fiscal no Brasil.....	21
2 ARRECADAÇÃO MUNICIPAL NO FEDERALISMO BRASILEIRO.....	25
2.1 O Município no contexto do Federalismo brasileiro	25
2.2 As receitas para os Municípios	32
2.3 Outras possibilidades de receitas para os Municípios	46
2.4 Políticas fiscais prejudiciais para os Municípios: a questão da política de desoneração de impostos pelos Estados e a União	56
3 ESCASSEZ E ESCOLHAS TRÁGICAS NA DESPESA DO MUNICÍPIO DE MANAUS COM DIREITOS À PRESTAÇÕES	66
3.1 Do Mínimo Existencial	72
3.2 Da reserva do possível e escolhas trágicas.....	79
3.3 Despesas e responsabilidades dos Municípios com saúde.....	96
3.4 Despesas e responsabilidade dos Municípios com educação.....	99
4 PROBLEMAS NO FINANCIAMENTO E DESPESAS COM DIREITOS PRESTACIONAIS NO MUNICÍPIO DE MANAUS.....	105
4.1 A situação manauara nos últimos anos em relação a receitas e despesas... 105	
4.2 Intervenção judicial nas políticas públicas de direitos prestacionais.....	107
4.3 Omissão histórica da união.....	120
5 SUGESTÕES PARA O APRIMORAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PRESTACIONAIS NO MUNICÍPIO DE MANAUS.....	123
5.1 Aprimoramento na cobrança do IPTU.....	123
5.2 Aprimoramento na utilização de imóveis abandonados.....	128
5.3 Parcerias com a iniciativa privada	130
5.4 Parcerias com legitimados para ingresso de ações coletivas.....	130
5.5 Realização de audiências públicas	132
5.6 Participações de associações em ações cujo tema seja saúde	133
5.7 Formação de consórcios públicos	134
CONCLUSÃO.....	139
REFERÊNCIAS.....	142

INTRODUÇÃO

O tema a ser desenvolvido nesta dissertação envolve o problema de que os Municípios brasileiros possuem diversas obrigações constitucionais para serem efetivadas, especialmente em relação às áreas da saúde e da educação, todavia, o atual federalismo fiscal brasileiro não permite que eles tenham autonomia financeira necessária para tal, dependendo em grande parte da União.

Esse problema decorre da intervenção judicial nas políticas públicas, bem como da omissão histórica da União nesse aspecto.

Assim, a dissertação analisa o descompasso existente entre as obrigações municipais constitucionalmente estabelecidas, especialmente na área da saúde e da educação, e a receita que é discriminada aos Municípios pelo atual sistema tributário e financeiro existente em nosso país.

O descompasso financeiro ocorre por diversos motivos, podendo-se citar como exemplos a omissão histórica da União, como já apontado, a desoneração por parte da União e dos Estados, que têm repasse obrigatório para o Município, e, além disso, a baixa arrecadação do Município, que não é capaz de ter os recursos para que possa exercer as suas competências constitucionais.

O fortalecimento da autonomia dos Municípios é promessa da Constituição Federal (CF) de 1988. Apesar de outras constituições terem assegurado certa independência ao ente municipal, foi a atual Carta da República que lhe atribuiu significativa ampliação de sua autonomia política, sendo ente federativo dotado de poder de auto-organização, administração e gestão.

A pesquisa é relevante, pois a saúde fiscal dos Municípios afeta o cotidiano de milhares de pessoas, na medida em que eles são responsáveis por grande parte dos serviços públicos, como, por exemplo, o sistema de transportes, e, especialmente pelas políticas públicas de saúde e educação. A presente dissertação, ainda, contribui com o debate sobre a crise fiscal brasileira, que atualmente está no centro das preocupações dos governos.

Segundo o preâmbulo da nossa Constituição Federal, vivemos em um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos prestacionais. É gigantesca a população que depende exclusivamente do Estado para garantir esses direitos. Por exemplo, hoje projeta-se que a população brasileira seja de 208.000.000

(duzentos e oito milhões)¹, sendo que 150.000.000 (cento e cinquenta milhões) de pessoas, quase 75% do total, têm o Sistema Único de Saúde como único meio de acesso à saúde².

Contudo, é fato público e notório que os Municípios infelizmente não têm, na prática, a capacidade orçamentária de garantir todos os direitos a todos os cidadãos de forma plena e satisfatória. Isso por diversos motivos, que vão desde a omissão da União à incompetência administrativa na gestão de recursos, passando por fortes crises de arrecadação, além do nosso atual desenho federativo.

Outro ponto importante que a dissertação aborda é pragmaticamente essencial: se o Município, por falta de recursos, não conseguir efetivar a política pública constitucionalmente estabelecida, o Poder Judiciário poderá intervir? Esse tema levanta intenso e caloroso debate.

A metodologia utilizada consiste na revisão da literatura nacional e estrangeira, utilizando-se livros nas áreas de Direito Constitucional, Direito Financeiro, Orçamento Público e Políticas Públicas, bem como revistas especializadas nas áreas interdisciplinares em referência e artigos científicos publicados, inclusive na *internet*.

Também se fez a coleta e a análise de dados do orçamento do Município de Manaus, com a discriminação de suas receitas e despesas, para a mais fiel reprodução da realidade que serve de base ao presente estudo.

Os dados coletados estão disponíveis em *sites* de institutos de pesquisa, como o do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, bem como nos endereços virtuais de instituições privadas, como o da Federação das Indústrias do Rio de Janeiro, cujas informações à disposição permitem demonstrar como as receitas municipais decresceram enquanto as despesas subiram com o passar do tempo.

São analisadas decisões judiciais, especialmente do Tribunal de Justiça do Amazonas e dos Tribunais Superiores, acerca das questões envolvendo direitos prestacionais, pelas perspectivas da dissertação.

A dissertação está sistematizada em cinco capítulos, além da introdução e da conclusão.

¹ Dados do IBGE, disponíveis no link: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 23 set. 2017.

² Dado disponível no link: <<http://hojeemdia.com.br/horizontes/em-2016-ministério-da-saúde-reduzirá-gasto-com-o-sus-em-quase-r-10-bilhões-1.348713>>. Acesso em: 23 set. 2017.

No capítulo referente ao federalismo fiscal brasileiro, faz-se um estudo para verificar como se dá sua imposição aos Municípios, se eles conseguem alcançar os objetivos propostos na Constituição Federal. Acredita-se que não, pelo que se enxerga no teor da dissertação.

Em seguida, disserta-se sobre a arrecadação dos Municípios, iniciando-se o capítulo contextualizando sua posição no federalismo brasileiro. A importância de escrever sobre esse ponto dá-se em virtude de que há doutrinas abalizadas que negam o Município como ente federativo, como as de José Afonso da Silva e Raul Machado Horta. Evidencia-se nesse ponto a razão de os argumentos por eles defendidos não terem base jurídica ou política, provando que o Município é sim ente jurídico, conforme o Direito Positivo.

O terceiro capítulo apresenta a questão da arrecadação municipal, expondo os problemas das receitas recebidas e da dependência da União. Após se falar sobre a arrecadação, disserta-se sobre o problema inevitável da escassez de recursos e as “escolhas trágicas”³ em relação às despesas com direitos a prestações, de competência constitucional dos Municípios.

No quarto capítulo tecem-se algumas críticas ao atual sistema de financiamento e às obrigações de direitos prestacionais do Município de Manaus, para, no quinto capítulo, dar-se sugestões de melhoria e aprimoramento das políticas públicas desse ente federativo.

Por fim, apresenta-se a conclusão da dissertação, a qual busca contribuir com o debate em torno desse tema tão premente, mas que se entende não ser dado a importância merecida, mesmo estando tão presente no cotidiano de milhares de brasileiros de todos os Municípios.

³ O termo “escolha trágica” é a tradução de *tragic choices*, constante no livro de Philip Bobbitt e Guido Calabresi – **Tragic Choices: The conflicts society confronts in the allocation of tragic scarce resources**. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

1 SOBRE O FEDERALISMO FISCAL

1.1 Definição de Federalismo

O federalismo é decorrência direta do Estado Federal, como o brasileiro. A atual forma de Federação do nosso país é inédita, visto que nas Constituições anteriores o Município não estava incluso como ente político autônomo. Embora a Constituição de 1988 não reflita o histórico das Constituições anteriores, ela traz à tona a realidade de que os Estados-membros não conseguiam, cada um devido às suas características, administrar com a devida eficiência as questões locais.

No que concerne ao federalismo brasileiro, comenta-se brevemente sua história. William Ricker afirma que ele se originou de um ato de 1834:

Quando o poder espanhol entrou em colapso no resto da América Latina, o mesmo aconteceu com o poder de Portugal, e o mesmo tipo de governo de caudilhos desenvolveu-se como a unidade central de poder. Esta estrutura recebeu reconhecimento formal no Ato Adicional de 1834, o qual reconstituiu o Brasil Imperial sob a forma federativa. Este federalismo foi elaborado em 1889 quando a República substituiu o Império. Tanto em seu início quanto em sua reconstituição, a ameaça era Portugal e a realeza brasileira, a qual era um desmembramento da realeza portuguesa. Portanto, o federalismo foi o instrumento de união dos caudilhos em face da ameaça externa e, portanto, ambas as condições da barganha estavam presentes⁴.

Esse ato adicional criou as assembleias legislativas provinciais, dando maior autonomia, ao menos legislativa, para as províncias⁵.

Cita-se que anteriormente a esses atos, já havia um projeto para ser feita a instituição de uma monarquia federativa, no reinado de Dom Pedro II⁶.

Por outro lado, Magno Guedes Chagas⁷ afirma que o federalismo foi criado no Brasil com a República de 1889, pelo decreto de Rui Barbosa, o nº 1, de 15 de novembro de 1889, segundo o qual as províncias brasileiras estariam reunidas sob a federação, tanto que o nome do país era Estados Unidos do Brasil. Contudo, a forma federalista (na época, dual) somente seria assumida em 1891.

⁴ RICKER, William H. Federalism. In: GREENSTEIN, Fred I. e POLSBY, Nelson W. (Orgs). **Handbook of Political Science**. Massachusetts: Addison-Wesley Publishing Company, v. 5, p. 119, 1975.

⁵ Posteriormente, pelo ato adicional de 1840, que veio à tona sob o pretexto de interpretar o ato adicional de 1834, foi restringida a autonomia das assembleias provinciais.

⁶ MEIRA, Silvio. Federalismo e centralização. **Revista de Direito Público**, n. 32, p. 70-72, nov.-dez.1974.

⁷ CHAGAS, Magno G. **Federalismo no Brasil: o poder constituinte decorrente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Fabris, 2006, p. 59.

O federalismo é conceituado por Antônio Roberto Sampaio Dória como uma “fórmula histórico-pragmática de composição política que permite harmonizar a coexistência, sobre idêntico território, de duas ou mais ordens de poderes autônomos, em suas respectivas esferas de competência”⁸.

William Riker⁹ afirma que o federalismo é uma organização política em que as atividades dos governos são divididas entre os governos regionais e um governo central, de tal forma que cada um tenha autoridade sobre certas atividades, tomando a respeito delas as decisões finais, independentemente do outro. Essa autoridade, por sua vez, é derivada do voto popular direto e de recursos próprios para o exercício do poder.

Com base nessas definições, pode-se dizer que o federalismo é a escolha política para definir quais entes efetivarão determinadas obrigações constitucionais de acordo com a predominância de interesses locais, regionais ou nacionais.

Essas obrigações e objetivos, ao final, nada mais são do que efetivar os direitos fundamentais previstos na nossa Constituição, conforme nela estipulado.

Como requisitos básicos do federalismo, Ricardo Lewandowski elenca:

(a) repartição de competências, (b) autonomia política das unidades federadas; (c) participação dos membros na decisão da União; e (d) atribuição de renda própria às esferas de competência¹⁰.

Helena Taveira Torres cita mais quatro atributos do federalismo, que são:

(i) a rigidez constitucional das competências; (ii) o sistema bicameral, com o Senado, para coordenação federativa e direito uniforme; (iii) a existência de um Tribunal Constitucional que possa arbitrar conflitos federativos ou resolver sobre inconstitucionalidades; e (iv) as medidas de intervenção federal para proteção das unidades¹¹.

O federalismo é clausula pétrea estipulada no Artigo 60, §4º, I, da Constituição Federal. O Artigo 1º também reforça sua importância, sendo claro ao dizer 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”¹².

Saliente-se que não é possível estabelecer um conceito universal de federalismo, pois ele não existe de forma igual em todos os lugares, conforme ensina

⁸ DORIA, Antonio R. S. **Discriminação de rendas tributárias**. São Paulo: José Bushatsky, 1972, p. 9.

⁹ RICKER, William H. **The theory of political coalitions**. New Haven: Yale University Press, 1962.

¹⁰ LEWANDOWSKI, Enrique R. **Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 87.

¹¹ TORRES, Helena T. **Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro**. Revista Fórum Direito financeiro e Econômico – RFDPE, n. 5, a. 3, p. 25-54, mar.-ago. 2014.

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 11.ago.2020.

Gilberto Bercovici, declarando que “não existe um ‘modelo’ de federalismo ideal, puro e abstrato, que englobe a variedade de organizações existentes nos Estados denominados federais”¹³.

José Alfredo de Oliveira Baracho tem o mesmo entendimento, dizendo que:

não se pode falar, na verdade, em um Estado federal, mas em Estados federais. A ideia federal, apesar de ter seus objetivos fundamentais definidos, não precisa ter mecanismos idênticos, para que se possa compreender a forma de Estado ou aceitar a sua aplicação¹⁴.

Isso porque “a Federação é apenas uma forma de Estado, um sistema de composição de forças, interesses e objetivos que podem variar, no tempo no espaço, de acordo com as características, as necessidades e sentimentos de cada povo”¹⁵.

Heleno Taveira Torres assevera que no federalismo dos Estados Unidos “as competências são atribuídas dentre as pessoas de autonomia, para cada nível financiar suas atribuições com fontes próprias de recursos”, enquanto na Alemanha:

vige o princípio de distribuição de cargas, do artigo 104º, alínea 1, da Lei Fundamental, pelo qual a competência de gastos da federação e dos Estados segue competências específicas, com garantia de autonomia financeira para estes últimos. Por isso, a repartição de competências é horizontal, baseada na cooperação, e não na distribuição vertical. A solidariedade prepondera sobre a autonomia, com uma legislação marcadamente uniforme e centralizada, salvo exceções expressas, com exclusão dos órgãos legislativos estaduais e municipais de competência para legislar sobre os tributos¹⁶.

Na Espanha, há a divisão em Comunidades Autônomas, Corporações Locais e Estado. As Corporações Locais envolvem os Municípios e as províncias. A Constituição Espanhola outorga poder de instituir tributos aos três entes, contudo, em extensões diferentes¹⁷.

Já a Itália, segundo Santa de Marco, é um Estado Unitário que possui um modelo federalista dissociativo, do tipo solidarista. Pode parecer contraditório um Estado Unitário ter federalismo, e não descentralização, mas a autora explica que é

¹³ BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do estado federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 9.

¹⁴ BARACHO, José Alfredo de O. **Teoria geral do federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982. p. 47.

¹⁵ CARRAZZA, Roque A. **Curso de direito constitucional tributário**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 84.

¹⁶ TORRES, Heleno T. **Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro**. Revista Fórum Direito financeiro e Econômico – RFDPE, n. 5, a. 3, p. 25-54, mar.-ago. 2014.

¹⁷ PEREZ, Carmem M. La distribución del poder tributário em espana. In: DERZI, Misabel A. M.; JÚNIOR, Onofre A.; MOREIRA, André M. (Orgs.). **Coleção Federalismo e Tributação**. Volume 2: Estado Federal e Guerra Fiscal no Direito Comparado, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 1-3.

“um modelo de federalismo raríssimo”¹⁸, de um Estado fortemente unitário, mas que dá liberdade para o poder local implementar os impostos e cobrá-los.

Não se concorda com a autora quanto à existência de um federalismo na Itália, pois há somente a possibilidade de instituição de impostos, não há autonomia administrativa e política do poder local (ou regional), um dos requisitos essenciais para a configuração do federalismo.

Na Bélgica, o federalismo é bem complexo, pois ela é formada por três comunidades (francesa, flamenga e alemã) e por três regiões (valã, flamenga e bruxelense), cujas competências são determinadas por Lei especial, aprovadas em ambas as casas do Parlamento. Além disso, existe o Estado Nacional¹⁹.

A Colômbia também é um Estado unitário, mas igualmente descentralizado, com autonomia das entidades territoriais, que são os Departamentos, Municípios, Distritos e Territórios Indígenas, conforme o Artigo 286 da Constituição Colombiana²⁰.

Desse modo, verifica-se que realmente há diferença no federalismo entre os países de continentes diversos, como também entre países do mesmo continente, e, por isso, não é possível se falar em um conceito único de federalismo.

Embora não se possa ter um conceito único de federalismo, verificam-se algumas características comuns mínimas para que um Estado seja Federal.

1.2 Característica do Estado Federal

A origem etimológica da palavra “federal” remonta a *foedus*, genitivo de *foederis*, que quer dizer pacto, contrato ou convenção²¹. Ou seja, a Federação é um tratado entre seus entes para reciprocamente se obrigarem em direitos e obrigações.

¹⁸ DE MARCO, Santa. **O Federalismo Municipal na Itália: críticas e perspectivas**. In: DERZI, Misabel A. M.; JÚNIOR, Onofre A.; MOREIRA, André M. (Orgs.). Coleção Federalismo e Tributação. Volume 2: Estado Federal e Guerra Fiscal no Direito Comparado. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 219-220.

¹⁹ MALHERBE, Jacques. **O Federalismo fiscal na Bélgica**. In: DERZI, Misabel A. M.; JÚNIOR, Onofre A.; MOREIRA, André M. (Orgs.). Coleção Federalismo e Tributação. Volume 2: Estado Federal e Guerra Fiscal no Direito Comparado. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 281-282.

²⁰ COLOMBIA. **Constitucion Política de Colômbia (1991)**. Artículo 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. Disponível no link: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>, com acesso em: 15 mar. 2020.

²¹ PROUDHON, Pierre-Joseph. **Do princípio federativo**. São Paulo: Imaginário, 2001. p. 90.

Ser um Estado Federal cabe perfeitamente ao Brasil, país com grande desigualdade entre as suas regiões, em todos os aspectos, culturais, de renda, de condições de vida etc.

Para a existência de um Estado Federal, que é a materialização ou a concretização do federalismo, devem estar presentes algumas características, dentre as quais:

- a) descentralização do Poder, existindo no mínimo dois níveis de governo;
- b) repartição de competências entre as entidades descentralizadas²²;
- c) autonomia das entidades descentralizadas, que compreende as autonomias políticas, administrativa e financeira;
- d) indissolubilidade, não podendo haver secessão;
- d) organização do Estado expressa na Constituição²³; e,
- e) só o Estado Federal é soberano, os demais entes perdem a sua soberania no momento do ingresso na Federação²⁴.

Carlos Mário da Silva Velloso²⁵ cita como necessária a uma federação, além dos itens acima, a discriminação constitucional das rendas tributárias. Geraldo Ataliba²⁶ elenca como primordial para a existência de uma federação a presença de uma Constituição Federal rígida e a uma corte constitucional que assegure a supremacia dessa Constituição.

A Federação Brasileira possui todas essas características, as quais nem sempre estão presentes em todas as Federações. Como visto anteriormente, não se pode falar em uma única forma de federalismo, pois cada país tem suas particularidades. Alguns Estados vão ter mais dessas características do que outros, mas nem por isso se pode afirmar que ele não é Federal.

²² Para José Alfredo de Oliveira Baracho, essa repartição de competências também determina a participação, que consiste no direito que têm os Estado-membros, e aqui incluem-se os Municípios e o Distrito Federal, de colaborar na formação, decisão e coordenação do órgão Federal. **Teoria geral do federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982, p. 24.

²³ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 99-101.

²⁴ DALLARI, Dalmo de A. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 254-256. Esse item somente se aplica no caso de a Federação nascer da junção dos Estados já existentes, que é o chamado Federalismo “por agregação” ou centrípeto. Não é o caso do Brasil, cujo Federalismo é o denominado “por segregação” ou centrífugo, isto é, quando há um Estado Unitário e esse descentraliza-se, dando aos entes políticos formados autonomia política, administrativa e financeira.

²⁵ VELLOSO, Carlos Mário da S. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 861.

²⁶ ATALIBA, Geraldo. Federação. **Revista de Direito Público**, v. 20, n° 81, p. 172-181, jan.- mar. 1987.

Talvez a característica mais marcante do federalismo seja a divisão de poder, com a divisão de competências entre os entes federados, que vêm descritas na Constituição do Estado Nacional a fim de delinear desde o começo as obrigações de cada ente.

Pontes de Miranda questiona: “Quem diz federalismo diz descentralização. Quem diz descentralização diz federalismo?”²⁷. Com isso ele quer demonstrar que a descentralização não deve levar à quebra da unidade.

Interessante que justamente a repartição de competências é que dá a cada ente a sua autonomia, pois permite que ajam discricionariamente, dentro do seu círculo de poder delimitado, para atingir os objetivos da Federação, sem que outro ente tenha o direito de intervir em suas razões. Gilberto Bercovici aduz:

Essa delimitação, chamada de repartição de competências, é o ponto central do federalismo, pressuposto da autonomia dos entes federados. As unidades federadas recebem diretamente da Constituição Federal as suas competências, isto é, o reconhecimento de seus poderes conjugado com a atribuição de encargos. Não se trata de mera descentralização administrativa, mas da existência conjunta de múltiplos centros de decisão política, cada qual com exclusividade em relação a determinados assuntos²⁸.

Essa descentralização não implica, de nenhuma forma, em hierarquia (principalmente administrativa) entre os entes políticos. A Constituição delimitou perfeitamente a obrigação de cada um, a competência de atuar ou legislar privativamente em cada área. Nesse rumo Roque Carrazza coloca:

Laboram em erro os que veem uma relação hierárquica entre o governo central e os governos locais. O que há, na verdade, são, para cada uma destas entidades políticas, campos de ação autônomos e exclusivos, estritamente traçados na Carta Suprema, que lei alguma pode alterar²⁹.

A descentralização pode ser perfeita ou imperfeita³⁰. A descentralização perfeita ocorre quando o ente federativo tem o poder definitivo de produzir normas independentemente dos outros, os quais não podem interferir de nenhuma forma. É o caso da competência exclusiva.

A descentralização imperfeita ocorre quando o ente federativo é subordinado a outro na produção de normas, como ocorre na competência suplementar.

²⁷ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição Federal de 1967**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. t. II, p. 314.

²⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do estado federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 14.

²⁹ CARRAZZA, Roque. **Curso de direito constitucional tributário**. 10ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 96.

³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 305-306.

Fernando Luiz Abrucio³¹ diz que cinco pontos no processo descentralizado devem ser analisados, sopesados e, por fim, equilibrados: a) a constituição de um sólido pacto nacional, pois uma desunião incomum pode levar a uma desfragmentação social perigosa, a ponto de desfeita do pacto social; b) o combate às desigualdades regionais, havendo necessidade de criação de políticas públicas de distribuição de recursos para as regiões mais carentes; c) o apoio na montagem de boas estruturas administrativas pelos Estados e Municípios que proporcionem melhor desempenho da gestão pública; d) a democratização dos governos locais e; e) a criação de um ambiente intergovernamental positivo.

Reunidos esses pontos, a decisão de descentralizar as unidades federativas pode decorrer de duas intenções: a) promover a efetivação de metas fixadas nacionalmente ou a diminuição do déficit dessas metas, realizando as alocações delas mais eficientemente ao delegar autoridade para os governos locais ou; b) aumentar a participação política e o senso de responsabilidade da comunidade no processo decisório das políticas públicas locais no intuito de conseguir o bem-estar geral³².

Acredita-se que essas intenções vão ao encontro de três princípios da Constituição Federal. O primeiro é o princípio da eficiência, já que:

De fato, o princípio da eficiência possui um lugar de destaque no direito administrativo contemporâneo. Primeiro, pela perspectiva de atualização da Administração Pública, de modo a influir em modelos de gestão focados em metas e resultados, inclusive mediante sua contratualização entre os órgãos de administração superior e os agentes públicos responsáveis pelo alcance dos objetos definidos. E, do mesmo modo, orienta à otimização dos recursos financeiros como base da atuação administrativa³³.

A descentralização também decorre do princípio da subsidiariedade, segundo o qual somente são conferidas aos entes políticos superiores as obrigações que entes menores, como os Municípios, não possam ou não tenham condições de desempenhar satisfatoriamente.

O terceiro princípio da Constituição Federal, o qual a descentralização vai ao encontro – além de ser sua base –, é o da solidariedade. Promover uma sociedade justa e solidária é um dos objetivos da Constituição previsto no seu Artigo 3º, do

³¹ ABRUCIO, Luiz F. Para além da descentralização: Os desafios da coordenação federativa do Brasil. In: FLEURY, Sonia (Org.). **Democracia, descentralização e desenvolvimento: Brasil & Espanha**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006, p. 86.

³² BIRD, Richard M. Threading the fiscal labyrinth: some issues in fiscal decentralization. **National Tax Journal**, v. 46, n. 02, jun.1993, p. 208.

³³ MIRAGEM, Bruno. **Direito administrativo aplicado**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 46.

mesmo modo que é a diminuição da desigualdade social e regional. Gilberto Bercovici assevera que a solidariedade traz a “legitimação político-constitucional do federalismo”³⁴.

Sem o princípio da solidariedade torna-se muito difícil a diminuição da desigualdade, porque ela só ocorrerá com a retirada de recursos dos mais abastados para os menos favorecidos. É o que busca o orçamento republicano, tema de livro de Fernando Facury Scaff, cuja ideia pode ser sintetizada da seguinte forma:

O mais correto seria analisar sob a ótica jusfinanceira, afirmando que o sistema orçamentário será teoricamente mais perverso quanto mais próximo estiver de arrecadar de quem tem mais recursos para gastar com quem tem mais recursos; e tão mais virtuoso quanto mais próximo estiver de arrecadar de quem tem mais recursos para gastar com quem tem menos.

(...)

O *orçamento republicano* é aquele que busca arrecadar de quem tem mais riquezas e gastar com quem tem menos riquezas³⁵.

Por isso, do princípio da solidariedade advém o dever dos Estados e da União de repartir uma porção das suas receitas com os Municípios, visto que esses recebem uma fatia menor do bolo da arrecadação, como afirma Gilberto Bercovici:

As transferências intergovernamentais de recursos são um instrumento de redistribuição de renda, com fundamentos no princípio da igualdade e da solidariedade, não um subsídio ou uma forma de caridade dos entes mais ricos para os mais pobres³⁶.

O próprio nome dado pelos doutrinadores à espécie de federalismo brasileiro, chamado de cooperativo, remete à cooperação, solidariedade.

Acredita-se que o federalismo brasileiro engloba esses três princípios, já que os entes subnacionais, entre eles o Município, devem cumprir metas estipuladas pelo governo nacional – como, por exemplo, as previstas no Plano Nacional da Educação –, bem como há um nítido desejo constitucional de uma participação maior da sociedade na formulação das políticas públicas³⁷, vide a criação de diversos conselhos com membros da academia, da sociedade civil etc., e a instituição legal da obrigatoriedade de formulação de audiências públicas.

Ademais, parte-se da premissa de que os agentes políticos e administrativos e os públicos locais conhecem melhor a realidade da região onde vivem, com suas

³⁴ BERCOVICCI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 169.

³⁵ SCAFF, Fernando F. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 268.

³⁶ BERCOVICCI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 157-158.

³⁷ Nesse rumo, veja-se os artigos 39; 216-A, § 2º II; e 224, da Constituição Federal, além de diversas disposições legais regulamentadores de normas constitucionais.

especificidades culturais e costumes, o que resultaria em uma maior eficiência no gasto da receita obtida.

A descentralização do poder político promove também a descentralização democrática, no intuito de que naturalmente aconteça a participação da população nas decisões políticas locais, especialmente na formulação das políticas públicas, com o desenvolvimento de novas lideranças, criando cidadãos políticos, indo ao encontro das intenções acima citadas, além de fortalecer o princípio democrático.

Assim, acredita-se, igualmente, que haverá a ampliação da *accountability* das administrações locais, com melhor fiscalização pelo povo que se situa dentro do limite daquela Administração.

Exemplo de que a *accountability* em nível local funciona, é que muito dificilmente, infelizmente, o cidadão de Manaus irá verificar o repasse do Ministério da Saúde para cada Estado, mas com certeza ele saberá cobrar quando um hospital local não estiver funcionando a contento.

A grande dificuldade está em alcançar o nível adequado de descentralização política e administrativa, pois, caso haja uma descentralização extrema, haverá enormes dificuldades em executar algumas políticas, imperativamente as macroeconômicas, como a monetária e a de segurança nacional.

Assim, por um lado, é necessário que haja a descentralização, pois ela traz benefícios, mas, por outro, o governo federal deve ficar encarregado das políticas públicas que envolvam uma grande parte da população, as quais demandam um serviço público uniforme, como no caso de campanhas de vacinação e de distribuição de renda.

Retomando a discussão sobre as classificações do federalismo brasileiro, pode-se dizer que ele é: por segregação, cooperativo (embora haja dúvidas sobre esse ponto) e assimétrico.

O federalismo é por segregação em razão de ser originário de uma descentralização de um Estado unitário, que seria a União, formando-se os Estados, os Municípios e o Distrito Federal.

Classificação semelhante é a cunhada por Alfred Stepan, que faz a distinção entre *hold together* e *come together*. Esta ocorre quando “unidades até então soberanas (...) combinam suas soberanias em uma nova federação que deixou poderes residuais aos estados federados”, enquanto aquela “é a melhor maneira de

‘manter a união’ em uma democracia (...) *transferir poder* e transformar seus Estados unitários ameaçados em federações”³⁸.

O nosso federalismo, nessa classificação, seria da espécie *hold together*.

Diz-se que o nosso federalismo é substancialmente cooperativo em virtude de que, mais do que a possibilidade, há o dever de cooperação entre os entes para que sejam cumpridas as obrigações constitucionais determinadas para cada um ou para todos eles. Ao contrário, no federalismo dualista, as atribuições, deveres e competências entre os entes são bem evidentes, havendo uma repartição horizontal.

Além de cumprir as obrigações emanadas da Constituição, segundo os objetivos nela encartados, especialmente os de redução das desigualdades regionais e de promoção de uma sociedade justa e solidária, o federalismo cooperativo tem que buscar que isso seja realizado de forma integral e uniforme em todo o território nacional. Devem ser respeitadas as características de cada região, que servem para moldar a forma como as obrigações deverão ser cumpridas, mas elas jamais podem servir como desculpa para os deveres não serem satisfeitos ou executados apenas parcialmente.

Não há sociedade justa se a igualdade não sair do papel, da intenção do legislador, e for concretizada no mundo real. Se assim não for, há nitidamente injustiça.

Entretanto, o nosso federalismo tem também elementos do tipo dual. Nesse modelo, há campos de poderes e competências bem delimitados, com apenas um determinado ente podendo atuar ou efetuar determinada ação em cada um deles, sem que haja interferência. Esse é o caso das competências exclusivas da União, previstas no artigo 21 da Constituição Federal.

Nesse conceito, igualmente, estão inclusos os denominados poderes implícitos, que são aqueles que os entes possuem, embora não sejam enumerados.

O Federalismo cooperativo advém do princípio da lealdade à federação (para a doutrina alemã *Bundestreue*), citado por Peter Haberle³⁹ como *Bundesfreundlich* (conduta favorável à organização federativa).

³⁸ STEPAN, Alfred. Para uma Nova Análise Comparativa do Federalismo e da Democracia: Federações que Restringem ou Ampliam o Poder do *Demos*. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 42, n. 2, p. 0, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581999000200001>, com acesso em: 18 mar. 2020.

³⁹ HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001., p. 264.

Manoel Ferreira Filho aduz haver o federalismo de integração, que seria visto “como sujeição da esfera estadual à da União (federal). Federalismo esse que acentuaria os traços cooperativos, mas que resultaria, antes, num Estado unitário constitucionalmente descentralizado do que num verdadeiro Estado Federal”⁴⁰.

Referente ao federalismo assimétrico, o brasileiro pode ser assim descrito em razão da enorme diversidade cultural e da desigualdade regional, não sendo à toa que a Constituição previu, no seu artigo 159, fundos de desenvolvimento regionais para o Norte, Nordeste e Centro-Oeste.

Contudo, o federalismo assimétrico não é exclusividade do Brasil, existindo em diversos países e por diversos motivos, não se tendo a desigualdade regional como a única razão para justificá-lo. Ele é utilizado para resolver problemas diferentes, sejam eles linguísticos, como ocorre com a minoria de língua germânica na Bélgica, ou em relação aos que falam *romontsch* no Canadá; e/ou para resolver questões étnico-territoriais, como ocorre nos Estados Unidos e na Espanha.

Portanto, o desenvolvimento homogêneo, buscando alcançar as metas constitucionalmente estipuladas, é o grande desafio de vários países federalistas.

Mas, para tal objetivo ser alcançado, os entes federados devem ter recursos para planejar e executar as obrigações estipuladas. Sobre esse ponto é importante voltar-se para o federalismo fiscal brasileiro, para verificar como se processa a obtenção de recursos e sua aplicação.

1.3 Federalismo fiscal no Brasil

Segundo José Marcos Domingues, federalismo fiscal é:

o conjunto de providências constitucionais, legais e administrativas orientadas ao financiamento dos diversos entes federados, seus órgãos, serviços e políticas públicas tendentes à satisfação das necessidades públicas nas respectivas esferas de competência⁴¹.

Então, é possível dizer que o federalismo fiscal se refere a quanto cada um dos entes auferem de renda para que possam realizar suas obrigações, seja por meio de competência tributária própria ou por auxílio de outros entes.

⁴⁰ FERREIRA FILHO, Manoel G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 53.

⁴¹ DOMINGUES, José Marcos. **Federalismo fiscal brasileiro**. Revista Nomos, v. 26, n. 1, p. 137-146, jan-jun. 2007, p. 138.

Busca-se a subsidiariedade, devendo o Município ficar com a competência para cuidar das resoluções dos problemas locais, os Estados com a execução das obrigações regionais e a União com o cuidado da Nação e das políticas públicas nacionais, como disse André Franco Montoro:

(...) é um princípio de bom senso, tudo o que puder ser feito no Município deve ser feito por ele, o que ele não puder, o Estado vem em auxílio, o que o Estado não puder a União subsidia. Parto do princípio de que, tudo o que puder ser feito por uma entidade menor, não deve ser feito por um organismo maior, é o Governo mais próximo da população.

(...)

A União deve ficar com os poderes que nem o Estado, nem o Município e nem a sociedade, podem fazer de forma adequada ao interesse público. Diretrizes gerais, Segurança Pública, relações internacionais, mas, principalmente, diretrizes. A execução, excepcionalmente, só quando ela realmente não puder ser realizada por instâncias menores⁴².

Suplementando a ideia, José Vicente Santos de Mendonça leciona que:

Fala-se, ainda, numa subsidiariedade no interior dos Estados, em nível de organização federativa. Se possível, ou na dúvida, preferem as competências das entidades administrativas menores antes das maiores – no Brasil, o Município antes dos Estados, e os Estados antes da União⁴³.

Portanto, federalismo fiscal é decorrência inevitável do Estado Federal, mas qual é a situação atual do federalismo no Brasil?

Pode-se dizer que não é das melhores, visto que a descentralização pretendida pela Constituição Federal, por enquanto, é apenas um sonho, já que há ainda uma enorme centralização de recursos na União, a qual, por sua vez, age de todos os modos para evitar a sua distribuição para os Estados e Municípios, que ficam progressivamente mais dependentes.

Fábio Giambiagi e Octavio de Barros⁴⁴ demonstram a arrecadação dos recursos antes e depois da Constituição de 1988:

Tabela 1 – Arrecadação dos recursos antes e depois da Constituição de 1988

Ano	Carga – PIB %	União %	Estados %	Municípios %
1965	19,71	54,79	35,11	10,11
1988	22,43	60,09	26,61	13,30

Os recursos dos Municípios aumentaram em pouco mais de 3%, metade do aumento da União, mas as obrigações constitucionais atribuídas a eles não cabem no orçamento, nem com esse ganho de arrecadação.

⁴² MONTORO, André F. **Federalismo e fortalecimento do poder local no Brasil e na Alemanha**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2002, p. 59.

⁴³ MENDONÇA, José Vicente S. de. **Direito Constitucional Econômico – A intervenção do Estado na Economia à luz da Razão Pública e do Pragmatismo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 225.

⁴⁴ BARROS, Octavio de. GIAMBIAGI, Fábio. **Brasil Pós-Crise – Agenda para próxima década**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 90.

Não obstante classificarmos o nosso federalismo como sendo cooperativo, o que levam a crer as disposições legais e constitucionais, na verdade temos um federalismo submisso, pois na prática inexistente obediência ao princípio da lealdade à federação, com os diversos entes federativos, especialmente os Estados, em uma constante e infundável guerra fiscal na tentativa de escapar das garras da União, que fica com cerca de 65% da arrecadação total.

Essa conclusão não é nova, sendo apenas atualmente ainda mais evidente. Carmen Lúcia Antunes Rocha asseverou:

Se o modelo de repartição de competências adotado no sistema minuar a atuação política das entidades periféricas do Estado e condenar a um acanhamento, que leve mesmo à quase inexistência a autonomia das ordens jurídicas parciais, não se terá, então, a forma nominada no texto formalizado na experiência do sistema constitucional⁴⁵.

Vemos tanto a União como o Estado usando de artifícios para evitar repassar os valores constitucionalmente devidos aos outros entes. Por exemplo, a União usa e abusa da instituição de cobrança de contribuições, quando não concede renúncias fiscais de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e de Imposto de Renda (IR), sem estudos técnicos adequados, diminuindo a receita dos Fundos de Participação dos Estados (FPE) e dos Fundos de Participação dos Municípios (FPM).

Todos esses fatores, além da inservível competência tributária dada aos Municípios, fazem com que eles sejam extremamente dependentes dos repasses constitucionais tanto dos Estados como da União. Acontece que somente esses recursos não são suficientes, e, portanto, eles se tornam também dependentes de transferências voluntárias, enfraquecendo a sua autonomia financeira.

Raul Machado Horta diz que o federalismo deve ir justamente no sentido contrário do que a União insiste em fazer, de modo a:

(...) preservar a técnica da repartição da receita federal em benefício dos Estados e dos Municípios e a da repartição da receita estadual destinada aos Municípios, dosando o volume da repartição, sem sacrificar a finalidade desse processo do federalismo cooperativo⁴⁶.

Recentemente, veiculou-se a informação de que o Município de Bento Fernandes, no Rio Grande do Norte, decretou “falência”⁴⁷. Isso porque ele está com

⁴⁵ ROCHA, Carmem Lúcia A. **República e Federação no Brasil**. Traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 167-168.

⁴⁶ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 325.

⁴⁷ **Município do RN tem contas bloqueadas pela Justiça e decreta falência**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-04/municipio-contas-bloqueadas-justica-decreta-falencia>>, com acesso em 22. fev. 2020.

uma dívida altíssima de contribuição previdenciária, sendo bloqueado o único valor que ele usava para pagar a sua folha de pagamento e demais despesas. Qual era esse valor? O decorrente do Fundo de Participação do Município, sem o qual o ente não tem a menor condição de arcar com seus custos.

Recente publicação da Federação das Indústrias do Rio de Janeiro – FIRJAN, constatou que 1.856 Municípios (34,8% do total) não têm capacidade de gerar receita nem para a manutenção da sua estrutura administrativa⁴⁸, ou seja, não têm dinheiro nem para pagar os seus funcionários, sendo, por isso, extremamente dependentes dos outros entes federativos.

E qual o motivo para isso ocorrer? Por que acontece esse federalismo submisso? São essas as questões que os próximos capítulos buscam responder.

⁴⁸ **IFGF: 74% dos Municípios brasileiros apresentam gestão fiscal difícil ou crítica.** Disponível em: <<https://www.firjan.com.br/noticias-1/ifgf-brasil-2019.htm>>, com acesso em 22. fev. 2020. Além disso, no sítio eletrônico da entidade (www.firjan.com.br) encontra-se o relatório completo em pdf.

2 ARRECADAÇÃO MUNICIPAL NO FEDERALISMO BRASILEIRO

2.1 O Município no contexto do federalismo brasileiro

Rubens Barbosa assevera que André Franco Montoro em certa ocasião disse que "ninguém vive na União ou no Estado; as pessoas vivem no Município"⁴⁹.

O Brasil possui atualmente 5.570 Municípios de acordo com o IBGE⁵⁰. O Município é indubitavelmente parte da federação brasileira, segundo se extrai dos Artigos 1º e 18 da Constituição. Neste sentido, Hely Lopes Meirelles afirma:

De início, a Constituição da República de 1988, corrigindo falhas das anteriores, integrou o Município na Federação como *entidade de terceiro grau* (arts. 1º e 18) - o que já reivindicávamos desde a 1ª edição desta obra, por não se justificar sua exclusão, já que sempre fora peça essencial da organização político-administrativa brasileira⁵¹.

Segundo Hely Lopes, o Município pode ser conceituado sob três aspectos distintos: o sociológico, o político e o jurídico. No presente trabalho, abordaremos tão somente os dois últimos, ou seja, o político, o qual entende que o Município brasileiro é entidade estatal de terceiro grau na ordem federativa, e; o jurídico ou legal, que preconiza que o Município brasileiro é a pessoa jurídica de direito público interno (art. 41, III, do Código Civil⁵²) e como tal, dotado de capacidade civil plena para exercer direitos e contrair obrigações em seu próprio nome, respondendo por todos os atos de seus agentes (CF, art. 37, § 6º)⁵³.

Importante dizer que não se pode confundir Município com cidade. São conceitos diferentes, segundo o ensinamento de Roberto Dromi:

A cidade é uma entidade territorial, política, econômica e comunitária; o Município é uma entidade que surge do reconhecimento atributivo de caráter jurídico a respeito daqueles elementos.

(...)

Por isto, se bem que a cidade e o Município sejam duas entidades conceitualmente distintas, podem ser encaradas a partir de diferentes pontos de vista. Sem embargo, nenhuma aproximação a qualquer um deles será tão frutífera como aquela que os abarque de forma conjunta, sem confundi-los

⁴⁹ BARBOSA, Rubens. **André Franco Montoro**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/401898/noticia.htm?sequence=1>>, com acesso em 30. jun. 2019.

⁵⁰ Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama>>, com acesso em: 27. mai. 2018.

⁵¹ MEIRELLES, Hely L. **Direito Municipal Brasileiro**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 44.

⁵² Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

III - os Municípios;

⁵³ MEIRELLES, Hely L. **Direito Municipal Brasileiro**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 127-128.

nem ignorá-los. Apesar do afirmado, estamos seguros de que quando falamos de uma tangencialmente estaremos falando de outro e vice-versa⁵⁴.

Isso importa especialmente quanto ao fato gerador de tributos, como, por exemplo, o Imposto Territorial Rural (ITR) e o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). O primeiro é cobrado na área rural, enquanto o segundo na área urbana, que é a considerada como cidade.

É certo que da Constituição de 1946 já se podia extrair que o Município fazia parte da Federação, pois nela foram elencadas algumas de suas atribuições, não obstante ele não ter sido citado no parágrafo 1º, do seu artigo 1º⁵⁵. Contudo, não lhe foi atribuída autonomia total, pois era regido pela Constituição do Estado. Assim, pode-se dizer que a configuração do Município como ente federativo é criação do ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição Federal de 1988.

Essa configuração deu especificidade ao federalismo brasileiro. Fala-se em exclusividade de sua adoção, pois se desconhece outro lugar do mundo, talvez com a exceção da Bélgica⁵⁶, no qual os Municípios sejam autônomos e possuam capacidade política, pelo menos nos moldes encartados no nosso ordenamento jurídico.

Nos Estados Unidos, há uma formatação diferente da nossa federação. O autor norte-americano G. Alan Tarr ensina:

A Constituição federal ignora por completo o governo local, mas este também foi ignorado pelas primeiras constituições estaduais. Estas constituições aceitaram a autoridade de governos locais existentes e a legitimidade de suas prerrogativas, em alguns casos, até mesmo, das que estabelecem a representação desses governos nas assembleias legislativas estaduais. No entanto, o silêncio das constituições estaduais sobre o poder local terminou durante o Século XIX, quando Nova York aprovou as primeiras disposições constitucionais que regulam expressamente as cidades⁵⁷.

Há Municípios, mas de uma forma diferente. Conforme Hely Lopes Meirelles⁵⁸, eles podem existir em forma de *County*, o qual seria similar ao Município

⁵⁴ DROMI, Roberto. **Ciudad y municipio: gerenciamiento e gobernabilidad local**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2007, p. 106.

⁵⁵ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>, com acesso em 12.ago.2020.

⁵⁶ Na Bélgica, a federação atualmente é composta do Governo Federal, as Comunidade, as Regiões, as Províncias e as Comunas. Essas últimas que são equiparadas, na formação e natureza jurídica, com os Municípios Brasileiros. José Theodoro Mascarenhas Menck, ao falar sobre as Comunas, diz que “o constituinte belga lhes concedeu uma larga autonomia no que concerne aos interesses locais, estando suas autoridades habilitadas a empreender qualquer ação que julguem necessária para satisfazer as necessidades da população e para a manutenção da ordem” (**Um federalismo singular: a organização do Estado Federal Belga**. Cadernos ASLEGIS, v. 6, n. 23, p. 11-29, nov. 2004.)

⁵⁷ TARR, G. Alan. **Understanding State Constitutions**. New Jersey: Princeton University, 1998, p. 19.

⁵⁸ MEIRELLES, Hely L. **Direito Municipal Brasileiro**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 48.

brasileiro; de *City*, que seria a nossa cidade (de nível inferior aos *Countys*, mas não subordinada a ele), e; de *Township*, cuja definição é variável.

E assim o é na maioria dos países.

Na Suíça, por exemplo, o Município também é subordinado ao governo dos cantões. Na Alemanha, é semelhante, mas o Município, que é denominado *Gemeinde*, tem uma maior autonomia e funções políticas, como leciona Andreas Joachim Krell:

Prevalece, no entanto, até hoje, o caráter administrativo da instituição municipal alemã. Lá, a doutrina jurídica considera as comunas e cidades como subdivisões administrativas dos respectivos estados; aquelas, porém, são dotadas do direito de autonomia pela própria Constituição Federal e também possuem importantes funções políticas. As representações populares dos Municípios alemães – os Conselhos (*Räte*) – não são chamadas de legislativo como acontece no Brasil com as câmaras de vereadores. Elas também não editam verdadeiras leis, mas estatutos (*Satzungen*), para auto-regulamentarem os assuntos da entidade local. Essa diferenciação é consequente: a produção de leis sempre é reservada aos órgãos do poder estatal, do qual o Município, segundo o entendimento alemão, não faz parte, ao contrário da situação brasileira⁵⁹.

Da mesma forma que o Brasil, a Alemanha garante a autonomia administrativa e financeira dos Municípios na própria Constituição, mais precisamente no artigo 28.2:

Será assegurado aos Municípios o direito de regular, sob a sua própria responsabilidade e nos limites da lei, todos os assuntos da comunidade local. No âmbito de suas atribuições legais e nas condições definidas em lei, as associações de Municípios gozarão igualmente do direito de autogestão. Essa autonomia administrativa pressupõe também a autonomia financeira: aos Municípios deverá caber uma fonte de arrecadação fiscal baseada em sua capacidade econômica, bem como o direito de fixar os percentuais de taxação dessas fontes.

Interessante que ao contrário da Constituição Brasileira, ao falar de interesse local, a Constituição Alemã o faz apenas elencando direitos, e não as devidas responsabilidades com as quais devem arcar esses interesses. Na carta brasileira, por exemplo, para o Município foi elencado o direito de legislar no interesse local, mas também a responsabilidade pelo ensino básico e creches.

Na Austrália, Canadá, Índia e África do Sul há sistemas muito parecidos com os citados, ou seja, tem a ausência de autonomia dos Municípios, estando eles subordinados aos Estados, Cantões e Províncias nos quais estão inseridos. Caso diferente é o da Argentina, que conferiu aos Municípios autonomia para a sua auto-organização.

⁵⁹ KRELL, Andreas Joachim. **Diferenças do conceito, desenvolvimento e conteúdo da autonomia municipal na Alemanha e no Brasil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 32, n. 128, out.-dez. 1995, p. 113.

Na Itália, os Municípios não têm poderes legislativos amplos. Na Espanha, eles não possuem autonomia financeira. Sobre o tema disserta Paulo Bonavides:

Não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no País com a Carta de 1988, a qual impõe aos aplicadores de princípios e regras constitucionais uma visão hermenêutica muito mais larga tocante à defesa e sustentação daquela garantia⁶⁰.

Acerca dessa configuração peculiar da federação brasileira, Celso Ribeiro Bastos assevera:

Embora isso desatenda àqueles estudiosos que preferiam a adoção de um modelo mais clássico de federação, onde se desconhece a ordem municipal no próprio nível da Constituição, não se pode negar que nesse particular andou bem o constituinte ao incluir o Município como parte integrante da Federação. O argumento principal é que, sendo a autonomia municipal um dos centros de polarização de competência constitucional a ser exercida de forma autônoma, não se vê por que não hão de os Municípios figurarem naquele próprio artigo que fornece o perfil jurídico-político da República Federativa do Brasil⁶¹.

Entretanto, alguns autores afirmam que o Município não faz parte da federação porque, por exemplo, não possui representação na vontade geral, o prefeito não pode propor a ação direta de inconstitucionalidade, e o ente não possui Poder Judiciário. Dirley da Cunha Júnior afirma que “alguns renomados autores, como José Afonso da Silva e Roque Carrazza, entendem que os Municípios, inobstante autônomos, não integram a Federação, em razão de os mesmos não participarem da formação da vontade jurídica nacional”⁶². Segundo José Nilo de Castro:

Tem-se dito e escrito, aqui quanto alhures, que o Município brasileiro é ente federativo, é unidade federada, tal o relevo e a ênfase que se lhe emprestam e comunicam por boa parte da doutrina nacional, após a Carta de 1946, sobretudo. Não nos é, porém, apropriável esse entendimento⁶³.

Com o devido respeito aos que pensam diferente, mas esses argumentos não devem prosperar.

Não é totalmente verdade que o Município não tenha representação na vontade geral. O ente não tem representação direta constitucionalmente assumida, mas pragmaticamente se faz presente pelos deputados federais, como se verifica pela destinação das chamadas emendas parlamentares, as quais invariavelmente vão para Municípios diversos das bases eleitorais dos parlamentares.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 314.

⁶¹ BASTOS, Celso R. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 258.

⁶² CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

⁶³ CASTRO, José N. de. **Direito Municipal Positivo**. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 53.

A CF diz que “o Senado Federal se compõe de representantes dos Estados e do Distrito Federal” (Art. 46 da CF) e que “a Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo em cada Estado e no Distrito Federal” (Art. 45 da CF)⁶⁴.

Então, se o Município não é ente federado, a União igualmente não seria, já que ela não tem representante, tão somente os Estados têm.

Outro ponto a ser questionado é a dificuldade de cada Município ter seu próprio representante presente no Congresso Nacional, porque seriam pelo menos 5.500 senadores (ou outro nome que fosse dado, deixando-se senadores como representantes dos Estados) escolhidos segundo a teoria de autonomia do Município pela representação política, o que seria inviável do ponto de vista estrutural e orçamentário.

Esse argumento quanto à suposta falta de representação nacional dos Municípios veio à tona por José Afonso da Silva⁶⁵, árduo defensor da ideia de que esses entes não fazem parte da Federação. Entretanto, acredita-se que o autor tenha revisto o seu entendimento, na medida em que em outra obra combateu a noção de que os Senadores fossem realmente representantes dos Estados, como, por exemplo, ocorre na Alemanha, cujos membros do Conselho Federal Alemão são escolhidos pelos *Landers*, que nomeiam e demitem conforme sua vontade. Ele disse:

(...) No federalismo brasileiro, como no dos Estados Unidos, os Senadores não são delegados dos Estados. São eleitos do povo, através de partidos políticos, tal como os Deputados. Exercem, portanto, um mandato representativo partidário. Por isso, não raro, os Senadores de um Estado são opositores do governante do seu Estado-membro. Como é que alguém pode representar o Estado sem estar de acordo com o governo estadual?⁶⁶

Então, o próprio autor afirmou posteriormente que os Senadores não mais representam os Estados-membros, podendo ser equiparados aos Deputados Federais alusivamente à intenção popular de sua eleição. Em outras palavras, em vez de representar o Estado, representam o povo, o qual será necessariamente de um Município.

Por isso, acredita-se que esteja ultrapassada politicamente a noção de que o Senador representa o Estado. O povo de Manaus não votou no candidato ao Senado

⁶⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, com acesso em 12.ago.2020

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 474.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de Formação das Leis**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 77.

pelo o que ele pode fazer pelo Estado do Amazonas, mas sim pelo o que ele pode fazer pelo eleitor, para melhorar as suas condições de vida, nem que isso acarrete também a melhoria do Estado como um todo. Em outras palavras, o povo, atualmente, não quer saber se o Senador representa o Estado, mas se ele consegue fazer, seja por meio de receitas, bens ou projetos, melhorias de forma concreta. Essa ideia reforça a do autor que contemporaneamente os Senadores não são mais delegados do Estado, mas sim representantes legítimos do povo, como diz em outro trecho:

Não se encontra no Senado brasileiro, na sua competência, nas suas atribuições, nada que lhe possa conferir o sentido de Câmara representativa dos Estados-membros de modo particular.

(...)

Deputados e Senadores são eleitos pelo povo, são delegados dos partidos políticos a que pertencem e representam o povo de cada Estado⁶⁷.

Ademais, o bicameralismo, representado pelo Senado e pela Câmara dos Deputados, não acontece somente nos Estados federados, mas também nos Estados unitários, como na França.

Portanto, a proposição não se sustenta.

Igualmente, a alegação de que o Município não possui representação nacional cai totalmente por terra, já que a tese jurídica não mais se sustenta na realidade que se apresenta atualmente no cenário político.

Quanto à possibilidade de propor ação direta, historicamente se acredita que não se sustenta a tese, já que em constituições anteriores, só quem podia requerê-la era o Procurador-Geral da República, estando os governadores excluídos, e nem assim houve discussão sobre os Estados serem ou não entes federados.

Referente ao Poder Judiciário, não se vislumbra sentido em dizer que a sua ausência seja um impeditivo para o Município ser um ente federado, já que a autonomia dele deve ser política, financeira e administrativa, não se lendo em nenhuma doutrina referência à autonomia judiciária.

Na verdade, o Município, na literalidade da Constituição Federal, não apenas é um ente federado, como possui protagonismo na federação, por ser o ente subnacional mais próximo da população no seu cotidiano.

⁶⁷ SILVA, José A. da. **Processo constitucional de Formação das Leis**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 78-79.

Adicionalmente à refutação de todos os argumentos para a não inclusão do Município como ente federado, tem-se que ele possui todas as características para assim o ser. É salutar a lição de Misabel Abreu Derzi:

Em um país de grande extensão territorial e elevado número de habitantes como o nosso, restabelecer o equilíbrio federativo através de concessão de maior autonomia aos entes regionais e locais, é fazer crescer a representação legislativa do cidadão, o qual passa a interferir na formação de ordens jurídicas que têm base territorial menor. Crescer a liberdade de Estados e Municípios é sem dúvida fazer crescer o nível de participação política de cada um em particular⁶⁸.

Compartilhamos do entendimento de que o Município é efetivamente ente federado e que as limitações traçadas pelo legislador originário não são capazes de reduzir a sua importância na Federação, sendo a sua criação inerente à formação centrífuga, pela necessidade do Estado Brasileiro, por sua dimensão continental, de descentralização.

Por outro lado, é importante e necessário haver o ajuste entre a repartição de competências, a qual, no dizer de Dalmo de Abreu Dallari, “é o mesmo que atribuir encargos”⁶⁹, e a receita que fará jus aos entes subnacionais, de modo que esses possam custear plenamente todas as obrigações decorrentes das competências que lhe foram outorgadas. Cita-se novamente Dalmo de Abreu Dallari:

É indispensável, portanto, que se assegure a quem tem os encargos uma fonte de rendas suficiente, pois, do contrário, autonomia política se torna apenas nominal, pois não pode agir, e agir com independência, quem não dispõe de recursos próprios⁷⁰.

Antônio Roberto Sampaio Dória leciona:

O poder político, distribuído pelas camadas da federação, encontra seu necessário embasamento na simultânea atribuição de poder financeiro, sem o qual de pouco vale: *autonomia na percepção, gestão e dispêndio das rendas próprias*. Essa competência financeira autônoma, conforme já observado, constitui-se em verdade no traço diferencial típico da primeira federação moderna, a dos Estados Unidos da América⁷¹.

Têm toda razão as doutrinas citadas, visto que se o Município não possui autonomia financeira, inexoravelmente não poderá ter a autonomia política e a capacidade político-ideológica dos mandatários municipais preservadas, já que não é

⁶⁸ DERZI, Misabel A. **Federalismo, Estado Democrático de Direito e imposto sobre consumo**. Belo horizonte: Faculdade de Direito - UFMG, 2002, p. 124.

⁶⁹ DALLARI, Dalmo de A. **Elementos da teoria geral do Estado**. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 255.

⁷⁰ DALLARI, Dalmo de A. **Elementos da teoria geral do Estado**. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 255.

⁷¹ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Discriminação de rendas tributárias**. São Paulo: José Bushatsky, 1972, p. 11.

segredo nenhum que são ajudados com mais facilidade os políticos que são alinhados com o Governo vigente à época.

Nessa toada, os Municípios que fazem parte da oposição política ao governo central por diversas vezes devem se render ao programa de governo da União na tentativa de conseguir ajuda financeira, seja do Estado, seja da própria União.

Os Municípios devem buscar não somente a autonomia, mas a verdadeira autarcia⁷², de modo a poder desenvolver as políticas públicas conforme a vontade popular. Dessa forma, passa-se, agora, a falar sobre as receitas municipais.

2.2 As receitas para os Municípios

É importante mencionar que nem todas os recursos que entram na conta do Estado (e aqui se usa Estado como sinônimo de ente da federação) são receitas públicas. As receitas públicas podem ser: oriundas da exploração pelo Estado de seu próprio patrimônio; procedentes do exercício de atividade econômica ou da realização de operações financeiras; e derivadas, que são aquelas provenientes da cobrança tributária⁷³.

A repartição das competências tributárias no tocante à distribuição de receita pode ser dada verticalmente e horizontalmente. Verticalmente, a Constituição permite ao Município cobrar os seguintes tributos: impostos, taxas, contribuições de melhoria e contribuições para custeio de seu regime próprio de previdência social, cobradas dos seus servidores ativos, dos aposentados e dos pensionistas.

Os tributos podem ser classificados e causais e não causais. Os impostos são considerados não causais, pois podem ser cobrados independentemente de qualquer ato executivo estatal, já que a obrigação nasce apenas da Lei. São eles:

- a) Propriedade predial e territorial urbana - IPTU (Art. 156, I, da CF);
- b) Transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição - ITBI (Art. 156, II, da CF);
- c) Serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar - ISSQN (Art. 156, III, da CF).

⁷² Conceito que traduz a autonomia econômica, a autossuficiência de um Estado.

⁷³ OLIVEIRA, Regis Fernandes (Coord. geral); SCAFF, Fernando F.; HORVATH, Estevão; CONTI, José Maurício (Coords.). **Lições de Direito financeiro**. São Paulo: Editora RT, 2016. p. 21.

No plano horizontal, a complementação dos recursos ocorre pela distribuição do produto de arrecadação de impostos entre os entes federativos, tendo a constituição adotado o sistema de participação na arrecadação de determinado tributo (participação direta – Artigos 157 e 158 da CF), e pela participação de fundos (participação indireta, prevista no Artigo 159, I, da CF).

Na participação direta da repartição de receitas (federalismo participativo⁷⁴), os critérios para se verificar quanto do recurso será transferido são objetivos, ou seja, os Municípios têm direito a receber parte dos impostos de competência da União e dos Estados já estipulada de acordo com o disposto no Artigo 158, I a IV, da CF. São transferências diretas:

- a) O produto da arrecadação do imposto de renda e de provimentos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre os rendimentos pagos, a qualquer título, pelos Municípios, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;
- b) 50% do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural (ITR), relativamente aos imóveis situados nos Municípios, podendo caber a totalidade dos impostos na hipótese do Art. 153, §4º, III, da CF, ou seja, quando cobrados e fiscalizados pelos próprios Municípios, sem que haja formas de renúncias fiscais;
- c) 50% do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios;
- d) 25% do produto da arrecadação do ICMS pelos Estados, e sobre os serviços de transporte interestadual e intermunicipal de comunicação;
- e) 70% sobre a arrecadação do IOF incidente sobre o outro extraído dentro de seu território (Art. 153, §5º, inciso II, da CF).

No imposto do item “a”, a arrecadação se dá por retenção, visto que os valores ficam no Município, não sendo repassados para a União. Esses valores não irão compor a base de cálculo do imposto de renda no que diz respeito aos fundos de participação.

Este entendimento decorre do fato de que se a União não arrecada, não pode compor a base de cálculo. Tanto é assim, que se há uma eventual retenção indevida

⁷⁴ SCAFF, Fernando F. **A desvinculação de receitas da União (DRU) e a supremacia da Constituição**. In.: MAUÉS, Antônio Gomes Moreira; SCAFF, Fernando Facury. *Justiça Constitucional e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 102.

desse imposto, o ente subnacional que o reteve é o competente para se situar no polo passivo da demanda judicial, e não a União, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça sob o rito de repercussão geral⁷⁵.

Porém, é importante estabelecer uma diferença entre essa situação, quando o imposto retido pelos Municípios não entra na base de cálculo do FPM, daquela em que a União não arrecada por subsidiar ou por realizar renúncia fiscal.

Na primeira situação, embora o imposto arrecadado não entre na base de cálculo, o Município é beneficiado, pois fica com toda a receita em seu caixa, ou seja, há expressa ordem da Constituição para que a União deixe de receber a receita porque ela fica direto com o seu destinatário, que é o Município.

Já no segundo caso, quando a União não recebe por subsidiar ou renunciar à receita – apesar de ela poder fazer isso, inegavelmente – o destinatário de parte dessa verba, cuja titularidade é concedida pela Constituição, não recebe o que lhe é devido, sendo, por isso, merecedora de crítica a atuação federal.

O imposto do item “b” é arrecadado por transferência direta, podendo ser destinado aos Municípios todo o seu valor, desde que eles escolham fiscalizá-lo e cobrá-lo. Porém, como ilustra a experiência do Município no Estado do Amazonas, é muito difícil que eles aceitem esse encargo, pois a fiscalização é praticamente impossível de ser feita, já que esses entes possuem, em geral, extensão territorial grande, a qual é ocupada em grande parte por área rural. Além disso, a arrecadação seria ínfima.

Já no item “c”, sobre o IPVA, igualmente é realizada transferência direta. Reputa-se que os Municípios, especialmente no Amazonas, são extremamente prejudicados pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal de que “veículo automotor” abrange apenas os veículos terrestres, como será mostrado mais adiante.

Acerca da repartição do ICMS, presente no item “d”, os Municípios a recebem conforme duas regras:

I – São destinados três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços realizadas em seus territórios;

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 989.419/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009.

II – É destinado até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

Não é à toa que a maioria das repartições levam em consideração a proporção do valor adicionado, visto que claramente a intenção do constituinte foi privilegiar os Municípios que buscam produzir mais. Todavia, isso não é factível com a realidade atual da grande maioria dos Municípios, especialmente os situados no interior dos Estados do Norte e do Nordeste, que acabam caindo em um verdadeiro círculo vicioso: como não têm dinheiro para infraestrutura mínima, não conseguem produzir, e, por isso, recebem menos, não conseguindo dinheiro para melhorar a sua estrutura.

Já sobre a regra II, aponta-se o problema de que a forma de recebimento da verba – tão importante para a grande parte dos Municípios – fica à mercê da escolha dos Estados. Fernando Facury Scaff assim leciona sobre o ponto:

No entanto, deixa o constituinte originário a cargo dos Estados a definição dos critérios de repasse de $\frac{1}{4}$ do valor cabível aos Municípios. Tal faculdade permite uma interferência direta da administração estadual no processo de desenvolvimento municipal, tendo em vista que os critérios de repasse de verbas influem fundamentalmente sobre as políticas públicas adotadas, podendo, caso sejam bem planejados, constituir-se em um amplo fator de indução econômica.

Tradicionalmente, porém, os Estados pouco se utilizam do poder economicamente indutivo contido no permissivo constitucional, repetindo normalmente o mesmo critério adotado para os demais $\frac{3}{4}$ ⁷⁶.

Não obstante a arrecadação ser de competência estadual, seria melhor se o próprio texto constitucional desse indicações sobre a confecção da Lei Estadual, como, por exemplo, no tocante ao cuidado com a preservação ambiental (tal o ICMS verde), em virtude de que o descuido do Município tem repercussões catastróficas, como o desmatamento de áreas verdes e poluição hídrica.

Ainda, existe o recebimento das receitas previstas nos parágrafos 3º e 4º do Artigo 159 da CF. O parágrafo 3º ordena que o Estado transfira para os Municípios 25% sobre os 10 % que recebe do produto de arrecadação do IPI, proporcionalmente às suas exportações de produtos industrializados (Art. 159, II da CF).

Essa divisão entre os Municípios deverá ser igual à realizada para o recebimento da parcela do ICMS.

O parágrafo 4º, por sua vez, afirma que 29% do que os Estados recebem do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico,

⁷⁶ SCAFF, Fernando Facury. SCAFF, Luma Cavaleiro de Macedo. **Comentário ao artigo 158, IV**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013 [Ed. Eletrônica].

prevista no Art. 177, 25% por cento é destinado aos Municípios. Saliente-se que existe proposta de emenda constitucional para alterar essa secessão do tributo, que é a PEC 01/2015, cuja redação modifica o inciso III, do artigo 159, para este teor:

Art. 159. (...)

(...)

III – do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, § 4º, 1/3 (um terço) para os Estados e o Distrito Federal e 1/3 (um terço) para os Municípios, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que se refere o inciso II, c, do referido parágrafo.

Essa nova redação que se busca por meio da emenda é mais justa e razoável que a anterior, na medida em que conforme a Lei nº 10.336/01, com as alterações feitas pela Lei nº 10.866/04, essa quantia deve ser aplicada na infraestrutura de transportes. Ocorre que o Município é o ente responsável pela conservação das ruas dentro dos seus limites e de toda a obra necessária para a sua manutenção, como drenagem, saneamento, calçadas etc. E grande parte do movimento de transportes se dá dentro de trechos que são de competência municipal, ou seja, fora das estradas federais e estaduais.

Correspondente a esse tema, não se pode ver nesses parágrafos uma espécie de hierarquia simulada entre os entes nacionais em razão da receita vir da União para os Estados e apenas depois serem repassadas para o Município.

Isso porque advém da própria Constituição que o repasse de valores deve ser feito em semelhança ao que ocorre com o ICMS, e, assim, é obrigatória Lei Estadual, até mesmo para concretizar os parâmetros de distribuição.

Quanto ao repasse das receitas oriundas da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) – Combustível aos Estados, é dito que a Lei de divisão da receita para os Estados cuida identicamente da receita dos Municípios. Como a divisão é proporcional entre os Estados, com quatro parâmetros de distribuição, além de mais dois para os Municípios, ficaria inviável constá-los todos na Constituição, e implicaria em uma maior rigidez na alteração dos requisitos de repartição⁷⁷.

Acredita-se que é realmente necessário esse caminho, não se vendo nessas normas uma tentativa de inferiorização hierárquica dos Municípios. Inclusive, a nova redação que se pretende dar ao inciso III do Artigo 159 deixa de lado essa ideia.

⁷⁷ Como a maioria da doutrina assevera, a Contribuição de Intervenção de Domínio Econômico, como o próprio nome diz, é um tributo que visa realizar a regulação da economia, tendo uma maior parcela de extrafiscalidade em sua essência, por isso é imprescindível essa flexibilização para o Poder Executivo.

Nesse ponto, antes de falar da participação das receitas indiretas, faz-se uma pausa para se refletir quanto ao ponto do repasse federal.

Como visto, alguns tributos federais, embora de competência da União, são cobrados pelos Municípios, ficando com eles a receita obtida, no todo ou em parte. Porém, parte da arrecadação federal inevitavelmente irá para o Município, e não se está falando dos fundos de participação, mas sim das chamadas emendas parlamentares, as quais atualmente são de execução obrigatória, nos termos do Artigo 166, §§ 9 a 14, da CF.

Diz-se que inexoravelmente a receita terá como destinatário o Município, pois embora o Artigo 116-A da Constituição assevere que as emendas “poderão alocar recursos a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios”, mesmo sendo o montante destinado a um Estado, o caminho único é a aplicação por esse ente em algum dos seus Municípios.

Em outras palavras, parte da arrecadação de tributos da União é revertida ao Município – e não necessariamente ao Município onde eles foram arrecadados ou onde tenha ocorrido a extração –, mas sem que haja requisito técnico ou estudo anterior, privilegiando-se o princípio da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa.

O requisito para o Município receber o dinheiro é somente político, ou seja, os governantes do Município devem realizar *lobby* ou ter afinidade com determinado Deputado e/ou Senador.

E o *lobby* não se faz com base em dados técnicos. Muitas vezes, os representantes do Município demandante são cooptados, devido à necessidade, a apoiar nas próximas eleições o político para o qual pedem os recursos. Não é raro, depois, que compareça nos Municípios o Deputado ou o Senador responsável pela liberação do recurso, sendo o político conhecido como “o dono da emenda”.

Essa situação é comparável, em determinada medida, ao *rent-seeking*, que é definido por Gordon Tullock, Arthur Seldon e Gordon Brady como o “uso de recursos reais com o fim de gerar renda econômica para as pessoas, sendo que as próprias rendas econômicas provêm de alguma atividade que tem valor social negativo”⁷⁸. Em outras palavras, usa-se recursos para conseguir benefício econômico para si (que

⁷⁸ TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. **Falhas de governo: uma introdução à teoria da escolha pública**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2005. p. 55.

pode ser dinheiro ou redução de impostos, por exemplo), mediante favores políticos, em prejuízo do resto da sociedade.

Essa conduta é altamente prejudicial para a sociedade como um todo porque, em vez de parâmetro técnico, proveniente de um estudo econômico abalizado (que provavelmente levaria a uma repartição mais justa entre os Municípios), a distribuição de renda segue requisito meramente político, cujo único fundamento é o apoio ou o interesse, nem sempre republicanos, que o político tem em relação ao Município ou a região por ele escolhida para ser aplicada o dinheiro.

Dessa forma, fica o questionamento: já que as emendas parlamentares vão inexoravelmente para um Município, qual o motivo de não se ter um fundamento técnico para a sua destinação? Mesmo que as emendas sejam parlamentares ou de bancada, deve existir um método de controle a fim de que não sejam meramente políticas as indicações de destinações desses recursos.

Como prova disso, a ONG Contas Abertas⁷⁹, especialista em transparência das contas públicas, identificou que o maior volume de liberação dos valores referentes às emendas ocorre próximo de votações do governo, e em sua maioria os recursos vão para os deputados da base.

Não se está falando sobre como aplicar esses recursos, nem se está questionando em que devem ser gastos, mas pergunta-se para quais Municípios eles devem ser destinados. A Lei de Responsabilidade Fiscal, algumas resoluções do Congresso e portarias já regulam como e em que devem ser gastos os recursos, mas não há normalização sobre a sua destinação.

Por exemplo, as estatísticas do IBGE poderiam ser adotadas como base para determinar que as emendas devem ser destinadas aos Municípios 20% mais pobres do Estado, ou aos que tiverem com IDH muito abaixo da média nacional. Enfim, têm-se vários parâmetros que podem ser utilizados.

Na participação indireta das receitas, os critérios devem obedecer a análise da Lei ou o que está expresso na própria Constituição⁸⁰, pois o seu objetivo não é somente repassar recursos para os Municípios, mas visa diminuir paralelamente as desigualdades regionais.

⁷⁹ Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/09/um-dia-antes-da-votacao-da-previdencia-governo-libera-mais-de-r-1-bi-em-emendas.ghtml>> com acesso em 05.ago.2020.

⁸⁰ O artigo 159, I, c, da CF, é um exemplo.

Por isso, o valor é auferido por meio de fundos, sendo esses entendidos como recursos captados por receitas estipuladas legal ou constitucionalmente, no intuito de serem distribuídos mediante critérios estabelecidos para diminuir a desigualdade regionais de riquezas. Pode ser citado neste ponto o FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação), distribuído segundo o número de alunos matriculados em cada unidade federativa, fixados os valores nacionais para cada uma.

Relativamente a esta forma de distribuição de recursos, estabelece o art. 159 da Constituição Federal que a União entregará 49% do produto da arrecadação do IR e do IPI, sendo que desses, 22,5% caberá ao Fundo de Participação dos Municípios.

Cabe ainda mais 2% ao FPM, devendo ser entregue 1% no mês de julho e o outro 1% no primeiro decêndio do mês de dezembro, de acordo com parágrafo único do artigo 1º da LC nº 62/89⁸¹.

Nos termos do Decreto-Lei nº 1.881/81 e da Lei Complementar nº 91/97, o fundo de participação dos Municípios é distribuído conforme a classificação dos Municípios, com 10% sendo destinado para as capitais dos Estados; 86,4% aos Municípios do interior; e o restante, 3,6%, constitui o Fundo de Reserva, cujo destino é a distribuição entre os Municípios do interior com mais de 142.633 habitantes.

Os 10% destinados às capitais dos Estados são repartidos de forma proporcional, de acordo com critérios como o produto dos fatores representativos da população e o inverso da renda *per capita* dos respectivos Estados (artigo 91, § 1º, do CTN), sendo os dados para os cálculos fornecidos pelo IBGE com a data de referência de 31 de dezembro de cada ano.

Com relação aos Municípios do interior dos Estados, a repartição é feita com base em coeficientes individuais que levam em conta a população de cada um deles, nos termos do artigo 91, § 2º, do CTN. O coeficiente vai de 0,6, para Municípios com

⁸¹ Art. 1º. O cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal - FPE e do Fundo de Participação dos Municípios - FPM, de que tratam as alíneas a e b do inciso I do art. 159 da Constituição, far-se-ão nos termos desta Lei Complementar, consoante o disposto nos incisos II e III do art. 161 da Constituição.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, integrarão a base de cálculo das transferências, além do montante dos impostos nele referidos, inclusive os extintos por compensação ou dação, os respectivos adicionais, juros e multa moratória, cobrados administrativa ou judicialmente, com a correspondente atualização monetária paga.

menos de 10.188 habitantes, a 4,0, para Municípios com mais de 152.216 habitantes. Os dados para a criação desses coeficientes são fornecidos pelo IBGE, com a data de referência até o dia 31 de agosto de cada ano (artigo 102, II, da Lei nº 8.443/92).

Por fim, os Municípios que serão beneficiados com o fundo de reserva entram também na distribuição geral para o grupo do interior.

Infelizmente, a grande maioria dos Municípios de nosso país depende dos fundos de participação para poder arcar com o mínimo de suas despesas, visto que as receitas decorrentes da competência tributária atribuída pela Constituição são irrisórias frente às grandes obrigações que devem cumprir.

A repartição acontece dessa forma porque o Constituinte originário verificou, então, que os Municípios necessitariam da ajuda dos outros entes federados para conseguir minimamente a sua autonomia financeira. Decerto que a tentativa foi válida, já que 70% dos Municípios brasileiros, isto é, mais de 2/3 deles, dependem em mais de 80% do recurso externo⁸².

Conforme análise feita pela Federação das Indústrias do Rio de Janeiro – FIRJAN⁸³, com dados do ano de 2016, dos 4.544 Municípios analisados, ou seja, 81,5%⁸⁴, 85,9 % estavam em situação difícil ou crítica, 13,8 % estavam em situação boa e apenas 0,3 % em situação excelente⁸⁵.

Referente à receita tributária, a situação não é diferente. Somente 136 dos Municípios analisados conseguiram realizar uma arrecadação acima de 40% com os tributos municipais. São Paulo, entre as capitais, é o Município que possui a maior arrecadação própria, com mais de 70%. Mas a maioria, 81,7 %, não conseguiram arrecadar nem 20% das receitas com tributos próprios.

De acordo com dados da Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil⁸⁶ (CACB), 707 Municípios (19% daqueles que apresentaram as contas anuais) gastam mais a título de despesas legislativas do que conseguem

⁸² **70% dos Municípios dependem em mais de 80% de verbas externas.** Disponível em: <<http://temas.folha.uol.com.br/remf/ranking-de-eficiencia-dos-municipios-folha/70-dos-municipios-dependem-em-mais-de-80-de-verbas-externas.shtml>>, Com acesso em 7.ago.2018.

⁸³ Disponível em: <<https://www.firjan.com.br>>, com acesso em 15. jan. 2019.

⁸⁴ Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, o Brasil, no ano de 2018, possuía o total de 5.570 Municípios. Informação disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama>>, com acesso em 15 jan. 2019.

⁸⁵ A pontuação do índice FIRJAM varia de 0 a 1, sendo que resultado superiores à 0,8 são excelentes; entre 0,6, e 0,8, são bons; entre 0,4 e 0,6, apresenta gestão em dificuldade, e; menor que 0,4 é crítico.

⁸⁶ Disponível em: <https://cacb.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Gastos-legislativos-municipais_CACB.docx>, com acesso em 02 dez. 2019.

gerar a título de receitas próprias (receitas geradas pelo próprio Município, incluindo IPTU, IBTI, ISS, Taxas, Contribuição de Melhoria, Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública, Receitas Patrimonial, Agropecuária, Industrial, de Serviços, Outras Receitas Correntes, Receitas Correntes Intraorçamentárias).

Ainda conforme o estudo, 218 Municípios gastam mais de 80% das receitas próprias com as Câmaras Municipais.

Manaus, entre as capitais, foi a mais bem colocada no índice FIRJAN, ficando em 33º lugar. A maioria dos Municípios em boa e excelente situação fiscal está concentrada no Centro-Oeste (26,1%) e no Sul (24,7%). Por outro lado, o maior número de Municípios com dificuldade ou situação crítica está concentrado no Nordeste, sendo 94,9% deles.

Não coincidentemente, o Nordeste (93,2%) e o Norte (90,7%) são as regiões que mais têm os Municípios no grupo D do índice, isto é, Municípios que não geraram nem 20% de suas receitas. O Sudeste possui 70 Municípios, ou quase 50%, dos Municípios com conceito A, que arrecadam mais de 40% com receitas próprias.

A questão é: por que tantos Municípios não conseguem alcançar receita suficiente para a sua autonomia? A resposta envolve diversos fatores.

Deve-se inicialmente enfrentar o cerne da questão: a inexistência de efetivas políticas públicas para diminuir a desigualdade entre as regiões nesses mais de 30 anos de Constituição Federal.

Segundo o IBGE⁸⁷, com base em dados referentes à 1º de julho de 2014, 88,37% dos Municípios têm até 50.000 habitantes; aproximadamente 11% têm entre 50.001 e 500.000 habitantes; e apenas 0,70%, isto é, somente 39 Municípios, têm mais de 500.000 habitantes. Os Municípios que têm menos de 100.000 habitantes estão, proporcionalmente, em sua maioria nas regiões Norte e Nordeste. Outro ponto é que os Municípios que possuem menos habitantes vão, na maioria das vezes⁸⁸, ter menores possibilidades de arrecadação própria. Mas por quê?

⁸⁷ Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/pdf/analise_estimativas_2014.pdf>, com acesso em 25 jan. 2019.

⁸⁸ Diz-se na maioria das vezes, pois pode ocorrer que pequenos Municípios, em razão da exploração mineral ou de óleo e gás, possam receber *royalties* ou serem contemplados com uma grande quantidade de serviços das empresas envolvidas, podendo receber grandes valores de ISS. Esse foi o caso do Município de Coari, no Amazonas, em razão da obra do gasoduto Urucu-Manaus, realizada pela Petrobrás. Segundo declarações do próprio prefeito, o Município de 83.078 habitantes chegou a faturar entre os anos de 2014 e 2015 com imposto e *royalties* cerca de R\$ 60.000.000,00. Como comparativo, Manaus atualmente com cerca de 2.000.000 de habitantes tem previsão de receita mensal de R\$ 425.000.000,00.

Primeiramente, os impostos municipais, como já visto, são imobiliários e sobre serviços (ISS). O ISS é um imposto cujo lançamento se opera por homologação. Para ser efetivada a cobrança do tributo deve haver um quadro de pessoal substancial para verificar se o imposto está sendo pago corretamente.

O ISS é o imposto que os Municípios mais arrecadam, chegando, no Norte do Brasil, a ser responsável por 65% da arrecadação total, conforme pode ser observado na tabela abaixo⁸⁹:

PARTICIPAÇÃO RELATIVA DA RECEITA MUNICIPAL DO ISS EM RELAÇÃO À RECEITA TRIBUTÁRIA MUNICIPAL, SEGUNDO AS GRANDES REGIÕES E OS GRUPOS DE HABITANTES. BRASIL – 2017 (*)

GRUPOS DE HABITANTES (por mil)	BRASIL	Norte	Nordeste	Sudeste	Sul	Centro-oeste
BRASIL	50,69	65,98	58,78	50,57	43,03	46,08
até 2	40,35	79,31	92,60	41,51	34,92	27,86
2 l-- 5	48,33	59,14	84,63	51,15	34,29	52,68
5 l-- 10	50,55	70,45	74,51	46,58	42,34	51,54
10 l-- 20	50,75	75,67	77,77	46,95	34,79	56,39
20 l-- 50	48,16	71,89	70,82	44,75	36,19	47,29
50 l-- 100	44,54	64,83	65,32	38,62	39,81	43,61
100 l-- 200	46,39	67,07	58,24	45,48	40,67	44,46
200 l-- 500	48,30	67,56	55,88	48,30	43,42	44,73
500 l-- 1000	49,70	67,71	56,09	48,74	46,32	43,43
1000 l-- 5000	50,20	62,38	54,53	43,22	50,88	46,79
5000 e mais	56,06	-	-	56,06	-	-

Fonte: Ministério da Economia. Secretaria do Tesouro Nacional – FINBRA2017. @_thalesnogueira
(*) Dados para o universo de 5.388 Municípios. Não são considerados os dados referentes ao DF

Contudo, ainda assim, poderia ser maior a arrecadação, não na participação, mas no valor objetivo. O fato que impede maior recolhimento nesse sentido é o de que a maioria de prestadores de serviço buscam se sediar justamente nos Municípios do Sul e Sudeste, porque, por possuírem as maiores populações, eles detêm o maior mercado consumidor, não se interessando pelos Municípios menores⁹⁰.

Sem serviços eficientes, especialmente de saúde, a população dos Municípios menores tende a migrar para os maiores.

Assim, com menos empresas prestadoras de serviço, os Municípios pequenos arrecadam menos e não têm condições financeiras para conseguir arcar com pessoal para realizar a justa cobrança do imposto.

⁸⁹ Fonte: Ministério da Economia. Secretaria do Tesouro Nacional.

⁹⁰ Essa situação é tão evidente que a Lei Complementar n° 157/16, que modificou a Lei Complementar n° 116/03, foi promulgada no intuito de incentivar que o serviço seja prestado no Município no qual é demandado. O artigo 3°, onde consta essa norma, foi alvo de diversas ações, especialmente de empresas do sistema financeiro, como operadoras de cartão de crédito, fundos de investimento, *factoring* etc. Entre elas, a ADI 5835, cujo relator é o Ministro Alexandre de Moraes, na qual foi concedida medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 1° da Lei Complementar 157/2016, na parte que modificou o art. 3°, XXIII, XXIV e XXV, e os parágrafos 3° e 4° do art. 6° da Lei Complementar 116/2003.

Além desse fator econômico/financeiro, existe o fator cultural. O setor de serviços é muito abrangente, compreendendo pequenos e grandes negócios. Seus componentes foram listados na LC nº 116/03. Embora haja a obrigação de emissão da nota fiscal, culturalmente, a população, para pequenos serviços, não a exige. Da limpeza do condicionador de ar à cessão de andaimes, da dedetização ao professor particular, é raríssimo algum desses profissionais emitir a nota fiscal de serviços, não por dolo de sonegar, mas por razões culturais, as quais conjugam-se com a dificuldade de fiscalização pelo Poder Público Municipal.

Para os Municípios menores, a situação não é diferente em relação ao IPTU. Na grande maioria deles, geralmente as cidades – denominadas pelos moradores locais de “sedes” – são pequenas, sendo grande parte do município de área rural, cujo imposto a ser cobrado é o ITR.

Para ser realizada a cobrança do IPTU, o Município deve ter uma estrutura mínima, a qual necessita de elevados custos para a sua implantação.

Primeiro, ele precisa ter um grande, correto e preciso banco de dados de cadastro imobiliário. O banco precisa ser grande para que possa abarcar a totalidade – ou pelo menos a grande maioria – dos imóveis localizados na área urbana. Ademais, ele precisa estar correto, constando quais exatamente são os tipos de imóveis (se é um terreno vazio, uma construção residencial ou comercial, se é pequeno ou grande etc.). E, por fim, deve ser preciso, no cadastro imobiliário constando como proprietário realmente o verdadeiro dono do imóvel.

Qualquer falha nesse cadastro pode causar prejuízos para a máquina pública. Tomando como exemplo o Município de Manaus, cujo banco de cadastro imobiliário não está totalmente atualizado, é possível observar que infelizmente ele sofre pelo ingresso de diversos contribuintes por cobrança indevida de crédito fiscal.

O Município de Manaus realizou vários protestos de certidões de dívida ativa (os quais foram permitidos pelo artigo 25 da Lei 12.767/2012), incluindo os devedores constantes nas certidões dos bancos restritivos de crédito, como a SERASA (Centralização dos Serviços dos Bancos).

Porém, nem todos os supostos devedores, não obstante seus nomes constarem na certidão de dívida ativa, eram realmente os proprietários dos imóveis, que já haviam sido transferidos para outra pessoa.

Então, em face dessas inconsistências cadastrais, o Município de Manaus protestou pessoas que não eram realmente as devedoras, as quais tiveram seus nomes incluídos nos bancos de dados restritivos de créditos. Muitas delas ingressaram com ações judiciais, nas quais entre os pedidos constava o de indenização por danos morais, que, invariavelmente, foram julgados procedentes. As indenizações causaram um grande rombo nas contas da Fazenda Municipal.

Se isso aconteceu no Município de Manaus, possuidor de um parque tecnológico substancial, imagine o que poderia ocorrer em um Município de pequeno porte.

Outro grande problema é que muitos imóveis em Manaus não têm matrícula e registro em cartório, localizando-se em ocupações irregulares e clandestinas, como o Loteamento Águas Claras e o Parque São Pedro.

Salienta-se, também, a necessidade de fiscalização das obras a serem realizadas e dos equipamentos urbanos constantes em determinada área.

A fiscalização de obras é essencial, porque além de ser preventiva, impedindo a construção de imóveis à margem da Lei, permite ao Município saber quando um terreno baldio, que por muitas vezes não cumpre a sua função social, terá uma destinação útil. De posse dessa informação, a prefeitura pode cobrar o IPTU progressivo, bem como auferir um valor maior de imposto em razão das benfeitorias realizadas⁹¹.

Também a forma de distribuição do Fundo de Participação dos Municípios não é isenta de críticas. Uma crítica é feita aos coeficientes da faixa populacional, não sendo raro Municípios com populações muito díspares em relação a sua quantidade receberem o mesmo do FPM. Por exemplo, “o Município de Serra da Saudade (MG), possui população de 822 habitantes; já o de Guarani (MG), possui 9.031, e ambas as cidades recebem o mesmo valor de FPM, advindos do coeficiente de 0,6”⁹².

Outra crítica refere-se à destinação contínua de recursos para Municípios que já possuem bons serviços e que concluem suas obrigações a contento. Como se

⁹¹ Tomando o Município de Manaus como modelo, o terreno é tributado com valor de 0,16 a 2,56 UFM (Unidade Fiscal do Município)/M2 (anexo II, da Lei Municipal nº 1.628/11), enquanto o terreno edificado é tributado entre 0,10 e 10,00 UFM/M2 (anexo I, da Lei Municipal nº 1.628/11). Isto é, caso a fiscalização descubra uma determinada obra em um terreno tido no cadastro imobiliário como baldio, o valor da cobrança pode aumentar exponencialmente.

⁹² GUERRA, Arthur M. e S.; NEVES, Paula R. Federalismo de Cooperação: O excesso de atribuições às gestões municipais. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. n. 32, p. 134-147, mai.-ago. 2017.

utiliza como base somente o critério populacional, não há o remanejamento das verbas para os entes municipais que não conseguiram cumprir as obrigações constitucionais. Esses últimos deveriam ser contemplados com maiores valores, além de impelidos a combater falhas de gestão e punir casos de corrupção.

Ocorre que os defeitos que impedem o Município de prestar bons serviços não decorrem somente de atuação ou omissão ilegal, podendo advir de diversos outros fatores, podendo-se citar, por exemplo, os geográficos ou culturais. No Estado do Amazonas, especialmente, não há nem estradas e nem infraestrutura adequadas, o que se deve tanto pela geografia como pelo fato de que a floresta se situa em grande parte do seu território, a qual é protegida constitucional e legalmente.

Como é sabido, a regra é que a União e os Estados não podem fazer “a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, (...) aos Municípios”. Portanto, a condicionante de entrega de recursos às situações previstas nos incisos I e II, do parágrafo único, do artigo 160, da CF, é exceção, e, por isso, deve ser interpretada restritivamente⁹³.

Todavia, só é permitido à União e aos Estados condicionarem a entrega de recursos ao pagamento de seus créditos originários e de suas autarquias, isto é, ela não pode recusar a entrega dos recursos para pagamento de crédito de suas empresas públicas, sociedades de economia mistas ou fundações, bem como não é permitido utilizar desse artigo para cobrar eventuais pagamentos por meio de cessão de crédito.

Por outro lado, só é possível retenção de recursos por débito do Município, ou seja, da administração direta, não podendo deixar de haver a entrega se o débito for da administração indireta municipal.

Ainda, essa condicionante não é obrigatória, podendo a União e os Estados entregarem os recursos para o Município mesmo que ele possua débito com os outros entes. O parágrafo único do artigo 160, da CF, diz que “não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos”, o que de maneira nenhuma expressa uma proibição, mas uma faculdade desses entes, como no caso, por exemplo, de haver uma contestação do débito.

⁹³ Interpretação literal não é interpretação mesquinha ou meramente gramatical, e sim interpretação estrita, nunca extensiva. As exceções devem ser compreendidas com extrema rigidez. COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 610.

Caso a União e Estados pretendam exercer o seu direito, em face dos princípios da solidariedade, da publicidade e da boa-fé, devem notificar os Municípios da sua intenção, com o devido demonstrativo do valor do débito, para que eles possam agir no intuito de sanar eventuais pendências ou mesmo corrigir uma informação que esteja errada quanto à natureza ou o valor da dívida.

De toda forma, cria-se um círculo vicioso: a maioria dos Municípios depende do repasse do FPM, contudo, não pode receber por ter débitos com a União, e, como a sua receita, sem o FPM, não é suficiente para a manutenção da sua estrutura, não consegue pagar o débito, e, por isso, não recebe o FPM etc.

2.3 Outras possibilidades de receitas para os Municípios

Algumas teses, que ainda estão em debate na seara tributária e trazem como consequência o aumento de arrecadação municipal, podem ser aplicadas juridicamente, com a mudança da jurisprudência, ou politicamente, com a força de Associações Nacionais dos Municípios, ao apresentarem emendas constitucionais ou projetos de Lei.

Pode-se citar a discussão sobre a incidência do IPVA sobre embarcações ou aeronaves, o que poderia aumentar a receita de Estados, e, por consequência, de Municípios, na medida em que eles recebem 50% do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios. Alguns Estados e Municípios, como o Amazonas e Manaus, possuem uma atividade fluvial pujante, com grande quantidade de embarcações, visto ser o transporte fluvial o principal e muitas vezes o único meio de viajar entre os Municípios do Estado.

Também é muito comum entre a classe mais abastada possuir lanchas ou barcos para utilizar em momentos de lazer no fim de semana. Nesse caso, esses veículos apresentam-se como signo de riqueza, não se vendo motivo para não tributar.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já afirmou que para efeito de cobrança desse imposto o conceito de “veículos automotores” abarca somente veículos terrestres⁹⁴. Entretanto, não se pode concordar com esse entendimento.

As decisões do STF são escoradas, em síntese, nos argumentos contidos no parecer da lavra do Procurador da República Moacir Antonio Machado da Silva, que foi citado no voto divergente do Ministro Sepúlveda Pertence no RE 134.509/AM, o qual foi o vencedor. No voto, baseado no parecer, os fundamentos são:

a) o histórico da mudança da Taxa Rodoviária Única (TRU) para o IPVA, e por isso os conceitos e ideias do IPVA deveriam estar em consonância com aquele tributo;

b) a expressão “veículo automotor” se referiria apenas aos veículos das vias terrestres, consoante se vê na legislação do tráfego e trânsito, pois os veículos aéreos sempre receberam a denominação de aeronaves e os aquáticos de embarcações;

c) a tributação pretendida causaria um problema de execução, por causa da eventual redundância de registro estadual de aeronaves e embarcações ao registro aeronáutico e aquático realizado pela União;

d) outros Estados teriam descrito a hipótese de incidência do imposto como aplicável somente aos veículos de transporte terrestre;

e) a tributação das aeronaves e embarcações seria incompatível, ou pelo menos causaria muita dificuldade, com a distribuição de receita do IPVA aos Municípios onde eles fossem licenciados ou registrados.

Respeitosamente, esses argumentos não devem prevalecer.

Não obstante respeita-se a interpretação histórica, é certo que nenhum método de interpretação se sobressai a outro, conforme Ricardo Lodi Ribeiro:

A interpretação não se dá a partir da escolha de um critério, mas mediante um procedimento único em que o hermeneuta vai utilizar-se de todos os métodos, prevalecendo, de acordo com o caso concreto, um ou outro. É justamente por isso que Larenz evita falar em “métodos”, preferindo a expressão “pontos de vista diretivos”⁹⁵.

Se fosse realmente a intenção do Constituinte Originário manter o imposto somente sobre os veículos terrestres, ele teria colocado na letra do artigo, ou no mesmo talante, especificando no nome do tributo essa particularidade, como, por exemplo, denominando-o “imposto rodoviário único”.

⁹⁴ Entre tantos acórdãos nesse sentido, podem-se citar três originários do Estado do Amazonas, que são os RE nº 134.509/AM, RE nº 128.734/AM, RE nº 128.735/AM.

⁹⁵ RIBEIRO, Ricardo L. **Justiça, Interpretação e Elisão Tributária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 100.

Em acréscimo, a TRU e o IPVA são tributos diferentes e, por isso, incidem sobre fatos geradores distintos.

A TRU é uma taxa, então tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição, nos termos do artigo 77 do Código Tributário Nacional⁹⁶, no âmbito da Constituição Federal anterior. Já o IPVA é um imposto, que tem como fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, segundo o artigo 16 do Código Tributário Nacional⁹⁷.

Eles possuem natureza jurídica totalmente distinta, e, igualmente, o momento histórico em que foram criados são diferentes. Por isso, a interpretação histórica não pode ser capaz de retirar ou diminuir a competência dos entes federados, ainda mais quando confronta a literalidade da norma constitucional.

Nesse rumo, também é inaceitável o argumento de que outros diplomas legais não se referem às aeronaves e embarcações como veículos automotores. O artigo 106 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) assevera que “considera-se aeronave todo aparelho manobrável em voo, que possa sustentar-se e circular no espaço aéreo, mediante reações aerodinâmicas, apto a transportar pessoas ou coisas”. Nesse mesmo rumo está o artigo 11, parágrafo único, da Lei nº 2.180/54⁹⁸.

Artigos de Lei não tem o condão de modificar a realidade em um passe de mágica. Nem todo avião ou embarcação é um veículo automotor, pois há entre esses meios de transporte exemplares que podem ser movimentados por propulsão humana (por exemplo, canoas).

A atribuição do que é um veículo automotor não é jurídica, mas técnica, ditada pela engenharia e pela mecânica, as quais dizem que veículo – tudo que transmite ou

⁹⁶ Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

⁹⁷ Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

⁹⁸ Considera-se embarcação mercante toda construção utilizada como meio de transporte por água, e destinada à indústria da navegação, quaisquer que sejam as suas características e lugar de tráfego. Parágrafo único. Ficam-lhe equiparados: a) os artefatos flutuantes de habitual locomoção em seu emprego; b) as embarcações utilizadas na praticagem, no transporte não remunerado e nas atividades religiosas, científicas, beneficentes, recreativas e desportivas; c) as empregadas no serviço público, exceto as da Marinha de Guerra; d) as da Marinha de Guerra, quando utilizadas total ou parcialmente no transporte remunerado de passageiros ou cargas; e) as aeronaves durante a flutuação ou em vôo, desde que colidam ou atentem de qualquer maneira contra embarcações mercantes.

conduz ou qualquer meio de transporte⁹⁹ - automotor é o que se move por si mesmo, como o próprio nome diz.

Paulo Caliendo diz que “o termo veículo denomina o instrumento de transporte para coisas e pessoas. Por sua vez, o termo automotor denota a classe de veículos autopropulsados, ou seja, que são movimentados por motor próprio”¹⁰⁰. Portanto, se um veículo se locomove sem necessidade de outra força motriz que não a própria, ele é um veículo automotor e, então, pode ser cobrada a taxa sobre ele.

Alusivamente à motivação de dificuldade de registro pelos Estados das aeronaves e embarcações, já que atualmente são registrados pela União, não é mais cabível nos tempos atuais.

Primeiro, a informatização permite cada vez mais a integração entre os sistemas dos entes subnacionais – como, por exemplo, o sistema de compras, de matéria fiscal etc.

Em segundo lugar, esse registro duplo já acontece em pelo menos uma situação: há o registro de caminhões que transportam carga nos Estados onde é cobrado o IPVA, no qual foi emitido o documento de registro do veículo, mas também em órgão da União, mais precisamente na ANTT – Agência Nacional de Transporte Terrestre. Todos os veículos de carga útil igual ou superior a 500kg que executem transporte rodoviário mediante remuneração devem ter o RNTRC - Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Carga¹⁰¹.

Ora, se já é feito esse registro com caminhões, qual a dificuldade de serem inscritas embarcações e aeronaves? Ainda, há realmente essa dificuldade? A decisão do STF não apontou especificamente qual seria o problema em se fazer a comunicação entre os sistemas.

Além disso, o próprio artigo 199 da CTN¹⁰² determina que a Fazenda da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios prestem assistência mútua para a fiscalização e permutem informações. Em outras palavras, o argumento do voto

⁹⁹ ROCHA, Ruth; PIRES, Hindenburg da S. **Minidicionário**. 9ª ed. rev. São Paulo: Scipione, 1996.

¹⁰⁰ CALIENDO, Paulo. **Comentário ao artigo 155, III**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

¹⁰¹ Artigos 7º e 8º, da Resolução nº 3.056/2009, da ANTT – Agência Nacional de Transporte Terrestre.

¹⁰² Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio. Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos.

vencedor vai de encontro à Lei, pois aduz que os Entes Políticos não poderão fazer algo que a Lei determina que eles façam.

Não é demais lembrar que as embarcações e aeronaves são suscetíveis de sofrerem constrição judicial¹⁰³.

Já a tese de que outros Estados teriam descrito a hipótese de incidência do imposto como aplicável somente aos veículos de transporte terrestre não deve ser levada em consideração, em virtude de que é desprovida de quaisquer conteúdos jurídicos. O que importa para um Estado se outro não pretende exercer a sua competência tributária de forma plena? Ademais, tal tese seria uma afronta à autonomia dos Estados, e, por que não, do próprio princípio federativo.

Já é bastante difundida na doutrina a tese de que o ente subnacional não é obrigado a exercer a sua competência tributária. Júlio Anderson Alves Bueno diz: “Facultatividade do exercício: a pessoa política não se encontra obrigada ao exercício da competência tributária, podendo instituir o tributo que lhe foi confiado segundo seu juízo de oportunidade e conveniência”¹⁰⁴.

A Constituição em nenhum momento diz que é obrigatória a instituição de tributos pelos entes políticos, sendo corrente na doutrina que isso constitui mera faculdade. Isso porque a instituição de determinado tributo pode resultar em mais despesas, especialmente para os Municípios menores, pois os custos que eles teriam com a administração tributária, nela inclusas a implementação, o acompanhamento e a fiscalização tributária, são maiores que a receita obtida.

Assim, não pode a Constituição Federal, que trouxe à lume o princípio da eficiência, expressamente previsto no seu artigo 37, obrigar o Município a ter prejuízo, contrariando frontalmente os próprios princípios fundadores da atuação administrativa. Leciona Eduardo Sabbag:

O exercício da competência tributária, conquanto irrenunciável e intransferível, pode ser considerado facultativo. De fato, no plano da conveniência, cada ente tributante decide sobre o exercício da competência tributária. Não obstante, o art. 11 da Lei de Responsabilidade fiscal (LC n. 101/99) dispõe que, no plano de gestão fiscal da pessoa política, deve haver a instituição de ‘todos’ os tributos que compete à entidade, sob pena de sanções (art. 11, parágrafo único). O dispositivo merece interpretação cautelosa, pois o legislador quis, salvo melhor juízo, estimular a instituição do

¹⁰³ Art. 1.473. Podem ser objeto de hipoteca:

VI – os navios;

VII – as aeronaves.

¹⁰⁴ BUENO, Júlio Anderson Alves. **Manual de direito tributário**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 94.

tributo economicamente viável, cuja competência estaria inadequadamente estanque. Portanto, entendemos que é defensável a *facultatividade* do exercício da competência tributária, uma vez que o art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal não traduz, incontestavelmente, mecanismo efetivo de obrigatoriedade¹⁰⁵.

É impossível que o ente renuncie ou delegue a sua competência tributária, seja para outro ente seja para entidade privada. Ele pode apenas transferir a sua capacidade tributária, o que é bem diferente.

No julgamento da ADI 2.238 MC, o STF entendeu que a interpretação deveria ser conforme a constituição do artigo 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal, em virtude de que “por se tratar de transferências voluntárias, as restrições impostas aos entes beneficiários que se revelem negligentes na instituição, previsão e arrecadação de seus próprios tributos não são incompatíveis com o art. 160 da CF”¹⁰⁶. Assim, confirmou o entendimento que o ente não precisa instituir o imposto, por ser facultativa a competência, mas, se ele o fizer, fica obrigado a arrecadar o tributo.

Ora, consoante o conhecido brocardo jurídico, “quem pode o mais, pode o menos”, se o ente subnacional não quer exercer a sua competência tributária completamente (o grande exemplo dessa hipótese é o imposto sobre grandes fortunas, Art. 153, VII, da CF¹⁰⁷), pode fazê-lo parcialmente, para tributar somente uma espécie de veículo automotor, dependendo da possível arrecadação que venha a ter e do custo da administração do imposto.

Não se vislumbra, igualmente, dificuldade para a distribuição do IPVA, pois seria realizada conforme a tributação de carros e motos. Repetindo, o estágio atual da tecnologia permite facilmente a criação de sistemas que resolveriam essas questões.

Quanto às questões jurídicas, o projeto de lei, especificamente no Amazonas, já estava confeccionado, até ser julgado inconstitucional, erroneamente, segundo aqui se defende, pelo Supremo Tribunal Federal.

Há a proposta de emenda constitucional nº 140/12, com parecer aprovado na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, visando que o IPVA incida sobre veículos automotores terrestres, aéreos e aquáticos.

¹⁰⁵ SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 383.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, ADI 2.238/DF MC, Rel. p/ cordão Ministro Carlos Ayres Britto, publicado em 12/09/2008.

¹⁰⁷ Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:
VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

Apesar das decisões do STF sobre o tema, é totalmente possível a mudança constitucional em razão da teoria da “superação legislativa da jurisprudência” ou “ativismo legislativo”, a qual assevera que, como o Legislativo não é alcançado pelos efeitos vinculantes das decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (arts. 102, § 2º e 103-A, da CF), ele pode promulgar nova Lei semelhante à censurada ou legislar em sentido contrário à decisão do Supremo Tribunal Federal. Daniel Sarmiento e Claudio Pereira de Souza Neto bem explicam essa possibilidade de modificação legislativa da decisão judicial:

Sob a primeira perspectiva, não é verdade que, na prática, o Supremo Tribunal Federal dê sempre a última palavra sobre a interpretação constitucional, pelo simples fato de que *não há última palavra* em muitos casos. (...) não é salutar atribuir a um único órgão qualquer a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. (...). É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição – nem do Judiciário, nem do Legislativo – o “direito de errar por último”, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão tradicional, que concede a última palavra nessa área ao STF.

As decisões do STF em matéria constitucional são insuscetíveis de invalidação pelas instâncias políticas. Isso, porém, não impede que seja editada uma nova lei, com conteúdo similar àquela que foi declarada inconstitucional. Essa posição pode ser derivada do próprio texto constitucional, que não estendeu ao Poder Legislativo os efeitos vinculantes das decisões proferidas pelo STF no controle de constitucionalidade (art. 102, § 2º, e art. 103-A, da Constituição). Se o fato ocorrer, é muito provável que a nova lei seja também declarada inconstitucional. Mas o resultado pode ser diferente. O STF pode e deve refletir sobre os argumentos adicionais fornecidos pelo Parlamento ou debatidos pela opinião pública para dar suporte ao novo ato normativo, e não ignorá-los, tomando a nova medida legislativa como afronta à sua autoridade. Nesse ínterim, além da possibilidade de alteração de posicionamento de alguns ministros, pode haver também a mudança na composição da Corte, com reflexões no resultado do julgamento¹⁰⁸.

O Supremo Tribunal Federal já corroborou essa possibilidade na ADI 5.105¹⁰⁹ e nas ADC 29/DF, ADC 30/DF, ADI 4578/DF¹¹⁰.

Desse modo, advoga-se que deve ser mudada a jurisprudência do STF em relação à possibilidade de serem tributadas pelos Estados com o IPVA as aeronaves e embarcações automotoras.

¹⁰⁸ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 402-405.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, ADI 5.105/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe-049 publicado em 16/03/2016.

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, ADC 29/DF, ADC 30/DF, ADI 4578/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgados em 15 e 16/2/2012.

Outra possibilidade de aumentar as receitas tributárias dos Municípios é fomentar a participação deles no total da arrecadação da União com as contribuições sociais ou dar a possibilidade de eles as instituírem.

É corrente na doutrina¹¹¹ que a União há muito tempo vem ferindo o federalismo fiscal, ao, propositadamente, instituir ou aumentar contribuições sociais – ao invés de utilizar sua competência residual constitucionalmente assegurada para instituir os impostos residuais – no simples e inconfessável interesse de não dividir os frutos dessa arrecadação com os Estados e Municípios¹¹².

Isso acontece em virtude da DRU – Desvinculação das Receitas da União, que permite a esse ente desvincular de órgão, fundo ou despesa, 30% da arrecadação relativa às contribuições sociais. Isto é, embora as contribuições sociais tenham como característica principal a vinculação ou destinação das receitas, sendo voltadas para uma finalidade específica, o artigo 76 da Constituição Federal permite que a União possa livremente dispor de 30% do produto da arrecadação das contribuições por ela instituídas. Em outras palavras, as contribuições são vinculadas a determinada finalidade, mas é tão somente 70%. É uma vinculação parcial.

A União vem usando e abusando dessa modalidade, já que com as contribuições ela não tem o dever de partilhar a arrecadação com os demais entes, o que fere o federalismo fiscal. O sistema tributário nacional foi forjado para que o orçamento da União seja sustentado pelos impostos, tanto que esses não têm destinação específica, vão para o cofre único e de lá são distribuídos.

Os outros tributos ou têm vinculação com um fim escolhido pela CF ou dependem de uma atuação estatal e, por isso, não necessitam apenas da subsunção do contribuinte ao fato gerador.

A participação das contribuições sociais no PIB brasileiro saltou de 3,42%, em 1991, para 7,13%, em 2011¹¹³. Em 20 anos, mais do que dobrou. Em 2018, as

¹¹¹ Entre outros, podem-se citar: DORNELLES, Francisco Oswaldo Neves. O sistema tributário da Constituição de 1988. In: **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois**. Brasília: Senado Federal, 2008. v. 4, p. 110-146; REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício; ARAUJO, Erika (Org.). **O dilema fiscal: remendar ou reformar**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2007 BATISTA JUNIOR, Onofre Alves; VALLE, Gabriel Arbex. **Desvirtuamento de contribuições prejudica estados e Municípios COMPLETAR**.

¹¹² Nunca é demais lembrar que mesmo o imposto residual a União é obrigada a compartilhar com os Estados, na proporção de 20% do produto da arrecadação, nos termos do artigo 157, II, da CF.

¹¹³ SANTANA, Iraílson C. **Carga tributária no Brasil – 2011 (análise por tributo e bases de incidência)**. Brasília: Coordenação-Geral de Estudos Econômico-Tributários e de Previsão e Análise de Arrecadação, 2011. p. 11.

contribuições sociais participaram com 8,08% do PIB¹¹⁴, isto é, um aumento de mais de 13% em 7 anos, o que prova que a União vem fazendo uso reiterado das contribuições para aumentar a sua arrecadação.

O problema é que os Constituintes Originários não imaginaram que os políticos iriam utilizar as contribuições sociais como fonte de arrecadação, por isso não puseram freios ou métodos de compensação em favor dos Estados e Municípios. Lembre-se que a ideia da desvinculação nasceu em 1994, pela Emenda Constitucional de Revisão (ERC) nº 1/1994, seis anos depois da promulgação da CF.

A Constituição pugna que os Municípios possam criar contribuições, até mesmo porque eles podem instituir contribuições especiais, como a que proporciona o custeio do serviço de iluminação pública¹¹⁵. Existiram pelo menos dois projetos de Emendas Constitucionais sobre o tema.

A PEC 451/2005 foi arquivada em 31/01/2011, e seu conteúdo visava incluir as contribuições sociais da empresa e da entidade a ela equiparada no repasse aos Estados, Distrito Federal e Municípios, mudando o inciso do artigo 159 para:

Art. 159. (A União entregará):

I - do produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza, do imposto sobre produtos industrializados e das contribuições sociais da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre a receita ou o faturamento e sobre o lucro, exceto as contribuições de que trata o art. 239, quarenta e sete por cento na seguinte forma:

Na justificativa, o projeto de Lei mostra como a União se aproveita da DRU e da instituição das contribuições:

A alíquota do imposto de renda sobre pessoa jurídica foi reduzida de 35% para 25%, ao mesmo tempo em que foi instituída uma contribuição social sobre o lucro de 9% (CSLL), que nada mais é do que um "imposto de renda" de receita não compartilhada com Estados e Municípios.

A União diminuiu o imposto de renda na época, embora tenha criado uma contribuição cuja alíquota é semelhante à reduzida do IRPJ, mas ela não precisa ser repassada para os demais entes.

Outra PEC com o mesmo intuito foi a 383/2009, que incluía um inciso no artigo 159 da CF para destinar 10% do produto da arrecadação das contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e 10% do produto da arrecadação das contribuições sociais e de

¹¹⁴ Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/-/estatisticas-de-financas-publicas>>. Série histórica CTB, com acesso em 24 fev. 2020.

¹¹⁵ Art. 149-A. Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.

intervenção no domínio econômico ao Fundo de Participação dos Municípios. Essa PEC também foi arquivada.

Há também a PEC 12/2013, a qual tem como autores 30 senadores. De tramitação recente, ingressou no dia 23/05/2019 na CCJ do Senado Federal, tendo por relator o Senador Antônio Anastasia. Ela propõe a modificação do texto do artigo 159 da CF da seguinte forma:

Art.159.....
 I – do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados trinta inteiros e cinco décimos por cento na seguinte forma:
 a) Treze por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;
 b) Treze inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;
 IV – do produto da arrecadação da contribuição para o financiamento da seguridade social e da contribuição social sobre o lucro líquido vinte e seis inteiros e cinco décimos por cento na seguinte forma:
 a) Treze por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;
 b) Treze inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios.
 (...)
 § 5º os percentuais previstos nos incisos I e IV do caput serão acrescidos de dois pontos percentuais, ao ano, durante cinco anos consecutivos, até alcançarem, no inciso I, quarenta inteiros e cinco décimos por cento e, no inciso IV, trinta e seis e cinco décimos por cento.
 § 6º os percentuais previstos nas alíneas “a” e “b” dos incisos I e IV, ambos do caput, serão acrescidos de um ponto percentual, ao ano, durante cinco anos consecutivos, até alcançarem os seguintes valores:
 c) Dezoito por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;
 d) Dezoito inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios.

Pelos cálculos apresentados na justificativa, de 1988 até 2010 houve uma diminuição de 40% de repasse para o FPE, seguindo a mesma tendência o FPM.

Segundo outro estudo, para deixar ainda mais evidente o prejuízo aos Municípios que essa política tributária da União acarreta, caso fossem incluídas as contribuições no cálculo do FPM, os Municípios teriam recebido, entre os anos de 1995 e 2010, o valor de cerca de R\$ 365.935.000,00 a mais, ou seja, eles teriam recebido o dobro do que receberam até aquele ano¹¹⁶.

Contudo, esse não é o único problema dos Municípios, já que também há a desoneração dos impostos ainda cobrados pela União.

¹¹⁶ **Impostos versus contribuições sociais como fonte de recursos para o FPM.** Disponível em: <https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca_antiga/ET%20Vol%204%20%2011.%20A%20quest%C3%A3o%20dos%20impostos%20versus%20contribui%C3%A7%C3%B5es%20ao%20longo%20dos%20anos.PDF>, com acesso em 05 ago. 2019.

2.4 Políticas fiscais prejudiciais para os Municípios: a questão da política de desoneração de impostos pelos Estados e pela União

Como já visto, o Constituinte originário elaborou uma série de medidas para tentar equacionar receitas e despesas dos entes subnacionais. Todavia, esse plano por vezes falha em razão da desoneração de impostos pelos Estados e pela União, o que prejudica os Municípios, tendo eles o direito à repartição tanto direta como indireta das receitas, que para muitos é a fonte principal de renda.

Referente aos Estados, os impostos a serem repartidos de forma direta são o IPVA e o ICMS. Não obstante a competência para a criação deles ser estadual, a titularidade de receita não pertence somente ao Estado, mas igualmente ao Município, nos exatos limites constitucionalmente estabelecidos¹¹⁷.

Assim, o IPVA e o ICMS devem sofrer limitação no poder discricionário dos Estados em aplicar-lhes isenções, diferimentos ou qualquer outra modalidade que possa vir a diminuir o repasse para os Municípios. Em algumas decisões o Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que a eventual concessão de benefícios e incentivos não podem atingir o montante que pertence aos Municípios.

O mais citado, porque teve repercussão geral, foi o recurso extraordinário 572.762-9/SC, cujo relator foi o Min. Ricardo Lewandowski, que tem a ementa:

CONSTITUCIONAL. ICMS. REPARTIÇÃO DE RENDAS TRIBUTÁRIAS. PRODEC. PROGRAMA DE INCENTIVO FISCAL DE SANTA CATARINA. RETENÇÃO, PELO ESTADO, DE PARTE DA PARCELA PERTENCENTE AOS MUNICÍPIOS. INCONSTITUCIONALIDADE. RE DESPROVIDO. I - A parcela do imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, a que se refere o art. 158, IV, da Carta Magna pertence de pleno direito aos Municípios. II - O repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual. III - Limitação que configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias. IV - Recurso extraordinário desprovido¹¹⁸.

É interessante citar trechos do voto do relator para efeito de comparação com outras decisões a seguir citadas:

Destarte, para que a autonomia política concedida pelo constituinte aos entes federados seja real, efetiva, e não apenas virtual, cumpre que se preserve com rigor a sua autonomia financeira, não se permitindo no tocante à repartição de receitas tributárias, qualquer condicionamento arbitrário por parte do ente responsável pelos repasses a que eles fazem jus.

¹¹⁷ HARADA, Kyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 52.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 572762 SC, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 18/06/2008.

(...) Reconheceu-se, na ocasião, que as comunas têm o direito subjetivo de exigir a parte que lhes cabe na arrecadação daquele tributo, devendo tal raciocínio estender-se, pelas mesmas razões, à parcela do ICMS a que têm direito, por força de expressa disposição constitucional.

É o caso da parcela do ICMS mencionada no art. 158, IV, da Carta Magna, que, embora arrecadada pelo Estado, integra *de jure* o patrimônio do Município, não podendo o ente maior dela dispor a seu talante, sob pena de grave ofensa ao pacto federativo (...) ¹¹⁹.

Entende-se que não poderia ser diferente a decisão, já que a Constituição, no *caput* do seu artigo 158, deixa expressa a titularidade do Município sobre essa receita ao dizer que ela e as outras citadas “pertencem ao Municípios”¹²⁰.

Após essa decisão, vários Municípios viram a possibilidade de não terem diminuídas as suas partes nas transferências de receitas advindas tanto do Estado como da União quando esses realizassem renúncia fiscal com os impostos que fazem parte dos fundos.

Assim, ingressaram também contra a União, para que não sofressem prejuízo quando ela procedesse com a isenção ou diminuição de alíquota de IPI ou IR, o que diminuiria a base de cálculo desses impostos e, por consequência, o quinhão dos Municípios no Fundo de Participação dos Municípios.

Entretanto, a decisão do Recurso Extraordinário 705.423/SE foi totalmente distinta, autorizando a União a realizar isenção ou diminuição de alíquota, diminuindo a base de cálculo, ementando:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO. FEDERALISMO FISCAL. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS – FPM. TRANSFERÊNCIAS INTERGOVERNAMENTAIS. REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS. COMPETÊNCIA PELA FONTE OU PRODUTO. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. AUTONOMIA FINANCEIRA. PRODUTO DA ARRECADAÇÃO. CÁLCULO. DEDUÇÃO OU EXCLUSÃO DAS RENÚNCIAS, INCENTIVOS E ISENÇÕES FISCAIS. IMPOSTO DE RENDA - IR. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI. ART. 150, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. Não se haure da autonomia financeira dos Municípios direito subjetivo de índole constitucional com aptidão para infirmar o livre exercício da competência tributária da União, inclusive em relação aos incentivos e renúncias fiscais, desde que observados os parâmetros de controle constitucionais, legislativos e jurisprudenciais atinentes à desoneração. 2. A expressão “produto da arrecadação” prevista no art. 158, I, da Constituição da República, não permite interpretação constitucional de modo a incluir na base de cálculo do FPM os benefícios e incentivos fiscais devidamente realizados pela União em relação a tributos federais, à luz do conceito técnico de arrecadação e dos estágios da receita pública. 3. A demanda distingue-se do Tema 42 da

¹¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 572762 SC, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 18/06/2008.

¹²⁰ A nosso ver, o problema dessa decisão é que ela não diz se era uma regra geral ou se aplicava-se apenas para o caso julgado e suas vicissitudes fáticas, o que levou outros Municípios a ingressarem igualmente em Juízo.

sistemática da repercussão geral, cujo recurso-paradigma é RE-RG 572.762, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 18.06.2008, DJe 05.09.2008. Isto porque no julgamento pretérito centrou-se na natureza compulsória ou voluntária das transferências intergovernamentais, ao passo que o cerne do debate neste Tema reside na diferenciação entre participação direta e indireta na arrecadação tributária do Estado Fiscal por parte de ente federativo. Precedentes. Doutrina. 4. Fixação de tese jurídica ao Tema 653 da sistemática da repercussão geral: “É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades.” 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento¹²¹.

Interessante foi a mudança de voto do Ministro Ricardo Lewandowski, o qual decidiu junto com o relator, afirmando:

O Município está depauperado, está falido por atitudes reiteradamente unilaterais da União e dos Estados, que nós, aqui ou acolá, combatemos, mas, neste caso específico, embora veiculando esse meu inconformismo, fazendo coro aos votos do Ministro Fux e do Ministro Toffoli, eu verifico que nós temos limitações objetivas na nossa Constituição, e algumas limitações já foram levantadas, quer pelo Relator, quer agora pelo Ministro Marco Aurélio, exatamente o artigo 159 da Carta Magna. Ou seja, esse artigo diz que a repartição das receitas decorrentes do Imposto de Renda e do Imposto sobre Produtos Industrializados refere-se ao resultado efetivamente arrecadado. Então, não há como distribuir aquilo que não foi arrecadado; essa é uma limitação objetiva relativamente à qual não há qualquer possibilidade de superação.

E depois nós sabemos também que a União e também os Estados têm a competência constitucional de renunciar as suas rendas tributárias para promover o equilíbrio sócio-econômico das diversas regiões do País ou do próprio Estado. Isso é um direito que tem a União, de um lado, e os entes federados, de outro possuem, sobretudo os Estados-membros da Federação, no sentido de promover um desenvolvimento regional minimamente equilibrado. Então, são esses os limites constitucionais que nós estamos enfrentando¹²².

Mostra-se também o voto do Ministro Marco Aurélio, por ele ter sido o relator em outra importante ação sobre o tema em debate:

Não posso dar outra interpretação, senão a segundo a qual deve haver o recolhimento das cotas destinadas aos Estados e Municípios, a partir do que realmente arrecadado pela União, sob pena de haver dupla diminuição de tributo: a diminuição decorrente do incentivo fiscal e, depois, a do recolhimento total que sobeja ao Fundo de Participação dos Estados e Municípios e não apenas do que arrecadado. Os artigos 157, 158 e 159 da Lei Maior são claríssimos ao remeter, em oito oportunidades, ao que efetivamente – para estabelecer-se o valor a ser recolhido ao Fundo – foi arrecadado. É a expressão que está, em bom português, na regência constitucional do recolhimento relativamente ao Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza e ao Imposto sobre Produtos Industrializados.

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 705423, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2016.

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 705423, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2016,.

Pronunciando-me pela vez primeira, no Plenário, sobre a matéria, faço-o apontando que não se pode, nessa distribuição, do que arrecadado, levar em conta o que poderia ter sido arrecadado, não houvesse os incentivos¹²³.

Então, nesse processo, em 23/11/2016, foi firmada a seguinte tese:

É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades¹²⁴.

Mas em outra decisão, envolvendo o Estado de Sergipe e a União, o Supremo Tribunal Federal parece ter retornado ao entendimento anterior, ao julgar, em 19/12/2016, a Ação Cível Originária 758, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio, com a seguinte ementa:

FUNDO – ESTADOS – PARTICIPAÇÃO – ARTIGO 159, INCISO I, ALÍNEA “A”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ALCANCE – PROGRAMAS PIN E PROTERRA – SUBTRAÇÃO – IMPROPRIEDADE. A participação dos Estados, no que arrecadado pela União, faz-se segundo o figurino constitucional, sendo impróprio subtrair valores destinados aos Programas PIN e PROTERRA. PRESCRIÇÃO – OBRIGAÇÃO DE DAR – QUINQUÊNIO. Uma vez reconhecido certo direito, cumpre observar o prazo prescricional¹²⁵.

No seu voto, o Ministro relator foi explícito quanto à intocabilidade da parte da receita que cabe ao ente subnacional escolhido constitucionalmente para recebê-lo:

Mostra-se sintomático que o § 1º do citado artigo da Carta de 1988 discipline o cálculo a se fazer e, de forma exaustiva, disponha sobre exclusão de certa parcela ligada à técnica de arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza. É que a quota-parte alusiva ao desconto na fonte referentemente a servidores dos Estados e do Distrito Federal – artigo 157, inciso I - e dos Municípios - artigo 158, inciso I -, porque procedido pelas próprias unidades da Federação, não entra em tal cálculo. Em síntese, a única possibilidade de desconto agasalhada constitucionalmente concerne a essas parcelas, não cabendo admitir o aditamento à Carta, mediante legislação ordinária, para chegar-se a subtrações diversas, esvaziando-se o objetivo da norma, que outro não é senão a transferência do que arrecadado pela União, no percentual referido, com imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados.

Ressalto, mais uma vez, o resultado das incidências. Altera-se, em última análise, a rubrica, em termos de receita, do que devido pelas pessoas jurídicas a título de imposto sobre a renda, vindo-se a fatiar o bolo, com subtração de parcela, a ser alvo do compartilhamento. A entender-se de forma diversa, ficará aberta a porta a que, ao sabor de certa política governamental, venha a União a esvaziar o preceito do artigo 159, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal bem como outros que versem a partilha do que arrecadado a título de tributo.

O enfoque se mostra apropriado no que, por meio dos programas PIN e Protterra, a União, procedendo mediante diplomas que não têm envergadura

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 705423, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2016.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 705423, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2016.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 758, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2016,.

constitucional, acabou por solapar, por diminuir, o valor que deveria ser considerado para efeito da divisão imposta pela Carta Federal¹²⁶.

Essa decisão, apesar de tratar de litigância de Estado contra a União, teve importância para os Municípios em razão de que eles foram citados expressamente no voto vencedor do relator como possuidores do mesmo direito dos Estados de não terem a sua quota-parte retirada do cálculo.

Outro aspecto que chama a atenção, e logo se explica a razão, é que a demanda envolve a diminuição da base de cálculo do Imposto de Renda e do Imposto sobre Produtos Industrializados, ambos de competência da União.

Partindo-se do texto constitucional, o artigo 161, II, da CF¹²⁷, é claro que o objetivo do rateio dos fundos de participação é promover o equilíbrio socioeconômico entre os Municípios. E para se realizar tal equilíbrio não basta apenas dizer o que será redistribuído, mas quanto será, em face dos gastos obrigatórios dos Municípios.

A ideia que se apresenta é a de que a União pode realizar a renúncia fiscal do IR e do IPI¹²⁸, mas até o limite do que pertence a ela. Essa tese constava no projeto de Lei Complementar 288/13, que originou a LC 143/13, na seguinte forma:

Eventuais desonerações concedidas pelo governo federal incidirão apenas na cota de arrecadação destinada à União, não sendo consideradas para efeito de repasse do FPE e do FPM.

Parágrafo único. Para efeito de repasse do FPE e do FPM, o produto de arrecadação de IPI e IR será acrescido do montante das desonerações mencionadas no *caput* deste artigo.

Entretanto, esse artigo foi vetado, sendo mantido o veto pelo Congresso.

É correto afirmar, como já se mostrou antes, ser legalmente possível que o ente, como a União, não institua os impostos de sua competência. Entretanto, em uma interpretação sistemática da Constitucional hodierna essa possibilidade não é absoluta, especialmente no que diz respeito aos impostos que devem ser distribuídos a outros entes federais.

No atual estado de crise fiscal em que o País se encontra, não é possível a União deixar de arrecadar por isenção, benefício ou renúncia fiscal, sem um estudo adequado de que essa ação trará benefícios. Não se está pugnando por uma severa

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 758, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2016.

¹²⁷ Art. 161. Cabe à lei complementar:

II - estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio sócio-econômico entre Estados e entre Municípios;

¹²⁸ Quando se diz renúncia fiscal está se englobando presunções creditícias, isenções, anistias, reduções de alíquotas, deduções, abatimentos e diferimentos de obrigações de natureza tributária.

limitação da União na sua política tributária, mas apenas que sejam cumpridos os objetivos e fundamentos da Constituição, como também seja assegurado o princípio constitucional da eficiência, como escreve Matheus Carneiro Assunção:

A análise da legitimidade da concessão de benefícios fiscais fundamenta-se na verificação das finalidades da medida e na sua pertinência com relação aos valores refletidos no texto constitucional. Será legítimo o incentivo fiscal concedido sob o amparo de desígnios constitucionais, como instrumento de promoção de finalidades relevantes à coletividade. Por via transversa, será ilegítimo (e, portanto, odioso) o benefício que se destinar a privilegiar pessoas ou situações específicas em detrimento do princípio da igualdade; ou que não guarde pertinência com os objetivos constitucionais autorizadores da intervenção do Estado sobre a economia¹²⁹.

Portanto, a União somente poderia adentrar na parte cabível aos Estados e Municípios, isto é, nos 49% restantes, caso comprove por meio de estudos técnicos que a população seria beneficiada de alguma forma com a não arrecadação. Por isso, essas isenções “devem ser concedidos a partir de análises técnicas da economia, que devem fornecer ao direito os instrumentos úteis de busca das soluções para os problemas sociais”¹³⁰, como não poderia deixar de ser, em face do exposto no artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal¹³¹, apesar de a União ter a discricionariedade de escolher a sua política tributária. Entretanto, não é isso que ocorre.

Entre os anos de 2011 a 2016, no Governo da Presidente Dilma Rousseff, a desoneração de tributos chegou à quantia de aproximadamente 393 bilhões de reais¹³², com a isenção dada para produtos como o queijo do reino, que não é essencial na cesta básica.

¹²⁹ ASSUNÇÃO, Matheus C. **Incentivos Fiscais e Desenvolvimento Econômico: a função das normas tributárias indutoras em tempos de crise**. Finanças Públicas – XV Prêmio Tesouro Nacional – 2010, p. 23.

¹³⁰ ELALI, André de S. D. **Tributação e regulação econômica: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais**. São Paulo: MP, 2007, p. 117.

¹³¹ Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

¹³² **Dilma deu R\$ 458 bilhões em desonerações**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/09/1678317-dilma-deu-r-458-bilhoes-em-desoneracoes.shtml>>, com acesso em 30 jul. 2019.

Somente pelas desonerações do IPI nesse período, estima-se uma perda de arrecadação de 23,5 bilhões pelos Municípios entre 2009 e 2014, ou seja, 4,7 bilhões de reais por ano, quantia muito importante.

Em 2017, o Ministro da Fazenda à época, Henrique Meirelles, disse claramente em um evento do Tribunal de Contas da União que “o custo da política de desoneração da folha de pagamento de empresas foi maior para o setor público do que o benefício esperado. É por isso que temos um projeto no Congresso Nacional para reverter a desoneração” e completa “quando observamos a evolução dos investimentos, o resultado não foi alcançado. Talvez até o contrário”¹³³.

Caso não haja a comprovação de resultado positivo para a economia e para o desenvolvimento nacional, a União se tornará devedora desses entes subnacionais, que terão o direito subjetivo público e o poder-dever de exigir a receita que lhes foi retirada, que serve para cumprir o objetivo constitucional de reduzir as desigualdades sociais e regionais, sem que tenha qualquer critério racional ou previsão de retorno para eles¹³⁴¹³⁵.

Entretanto, mesmo no caso de ser apresentado estudo técnico-econômico e que o plano decorrente dele seja cumprido em sua integralidade, com o objetivo legal e constitucional alcançado, ainda assim defende-se que os Municípios sejam recompensados pelo valor não repassado por meio de outro fundo. Essa concepção não é nova, pois desde 2012 há a PEC 148/12, cujo texto acrescenta o inciso V ao artigo 159 da CF do seguinte modo:

Inciso V – Subsídios, reduções ou isenções - exceto aqueles que beneficiem pessoas portadoras de deficiências ou relativas a salários e pensões alimentícias –, concedidos sobre Imposto Sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza e/ou sobre Imposto Sobre Produtos Industrializados, serão compensados em igual proporção pelo Governo Federal, para efeito de formação do bolo sobre o qual incidirão os percentuais previstos nos incisos I e II, deste artigo, para compor os fundos de participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

¹³³ **Custo da desoneração da folha foi maior que o benefício esperado, diz Meirelles.** Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,custo-da-desoneracao-da-folha-foi-maior-que-o-beneficio-esperado-diz-meirelles,70002067410>>, com acesso em 30. jul.2019.

¹³⁴ Infelizmente, há inúmeras notícias sobre essa realidade, por exemplo a disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,custo-da-desoneracao-da-folha-foi-maior-que-o-beneficio-esperado-diz-meirelles,70002067410>>, com acesso em 25 ago. 2018.

¹³⁵ O Tribunal de Contas da União, no acórdão TC 713/13, cuja relatoria foi do Ministro Raimundo Carreiro, apontou que as desonerações do IR e do IPI entre 2008 e 2012 não se basearam em estudos técnicos que demonstrassem que sem as rendas advindas dos impostos se conseguiria manter os níveis de atividade econômica, renda e de emprego.

A noção de compensação não é nova, tanto que a União já editou Lei para prestação de apoio financeiro aos entes federados que recebem recursos do Fundo de Participação dos Municípios – FPM – Lei nº 12.058, de 13/10/2009. Ela foi feita para compensar os prejuízos que os Municípios tiveram com a redução da cobrança de impostos pela União em 2008. Interessante a exposição de motivos da Lei:

Nesse contexto, as transferências da União, bem como as receitas próprias, vêm se realizando ao longo de 2009 abaixo das expectativas e das projeções das administrações municipais, trazendo dificuldades para o cumprimento de compromissos financeiros com fornecedores, prestadores de serviço e com a folha de pagamento dos servidores. Os reflexos sobre a prestação de serviços municipais e a continuidade dos projetos de investimento afetam especialmente aqueles realizados em parceria com o governo federal, sobretudo a capacidade de aporte de contrapartida, no âmbito do Programa de Aceleração do Crescimento — PAC.

É claro, então, que a União reconhece o prejuízo que causa aos Municípios com a sua política tributária muitas vezes desastrada. Isso ocasiona danos inclusive para ela mesma, já que programas e projetos de desenvolvimento que participa como parceira ficam impossibilitados de serem cumpridos, resultando em desperdício de dinheiro público.

Em processos perante o Supremo Tribunal Federal, já citados, foi apresentada uma contraposição entre a competência tributária da União (com todos os seus matizes de instituição, disposição, arrecadação etc.) e o federalismo, quando então se decidiu pela primeira. Considera-se a decisão um erro pelos seguintes motivos.

Juridicamente, a competência tributária da União não pode ser superior ao federalismo, pois a própria Constituição assevera indubitavelmente que este é mais importante que aquela – cláusula pétrea com rigidez máxima, conforme já dito.

Pode ser claramente mostrada essa ideia quando a própria Constituição retira da União a ingerência de parte de seus impostos, como por exemplo, o já citado artigo 158, I, da CF, o qual prescreve que o imposto de renda passe diretamente para os Municípios. Vê-se o mesmo acontecer com o ITR, no que diz respeito aos Municípios, e o imposto residual colocado no artigo 154, I, da CF, segundo o qual os Estados receberão 20% do produto da arrecadação.

A federação é tão importante na Constituição, que nos seus primeiros quatro artigos, nos quais estão indicados os seus princípios e objetivos fundamentais, ela é citada quatro vezes em três deles, indicando que é a própria essência da formação do nosso Estado Brasileiro.

Pelo viés político, não se vislumbra mudança de posição. A federação é a base de apoio da democracia a partir do momento que ela garante a independência dos Estados e Municípios. Sem autonomia financeira, os Municípios ficam ainda mais dependentes da União e do Estado, na medida em que precisam de receitas não constitucionais, que estão sujeitas a vontades políticas, sendo um grande ponto de cooptação dos governantes de pequenos Municípios, o que se apresenta como um atentado a democracia. Luis Roberto Barroso escreve sobre o tema:

A União pôde beneficiar-se do próprio controle sobre a política monetária, fiscal e da dívida pública, além de utilizar-se da ampla massa de recursos resultantes de certas poupanças compulsórias (como, e.g., PIS, PASEP, FAS, FGTS). Mas os Municípios e, sobretudo, os Estados, desenvolveram uma crônica dependência de recursos alternativos aos que lhes resultavam da partilha constitucional de rendas. (...) O equilíbrio precário desse sistema que funcionava de modo distorcido rompeu-se, drasticamente, com o esgotamento da oferta de empréstimos externos e a escassez e o controle do crédito interno, notadamente o que provinha do governo federal. As contas públicas desandaram, Estados e Municípios deixaram de cumprir seus compromissos e generalizou-se a inadimplência do setor público¹³⁶.

Nesse cenário, deve existir norma assegurando que os Municípios sejam ouvidos quando houver implementação, pela União, de políticas tributárias que modifiquem a receita que lhes cabe do fundo de participação. Democracia assim é feita pelo diálogo dos entes envolvidos na questão posta à apreciação, no intuito de ser encontrada a melhor solução. Matheus Carneiro Assunção corrobora com a ideia:

Para a estruturação de um federalismo cooperativo harmonioso, deve existir não apenas um compartilhamento de funções (encargos) e receitas entre as diversas unidades federativas, mas também de decisões. Políticas fiscais que produzam impactos severos e contínuos nas receitas dos entes subnacionais precisam ser previamente discutidas, buscando-se um denominador comum, a fim de evitar que decisões centralizadas não acarretem a perda de autonomia financeira das unidades descentralizadas, abalando os pilares da cooperação federativa¹³⁷.

Inegavelmente, essa proposta torna a política tributária desonerativa da União, mais legítima do ponto de vista institucional, com o debate entre os entes, trazendo à tona o verdadeiro federalismo cooperativo material, e não apenas formal.

Não se olvida que, seguindo-se o argumento exposto, pode haver um desestímulo para que a União conceda renúncias fiscais, mas é dever lembrar que ela pode também fomentar a indústria por outros meios, como por subvenções diretas.

¹³⁶ BARROSO, Luis Roberto. **A derrota da federação: o colapso financeiro dos Estados e Municípios**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, nº 53, 2000. p. 110.

¹³⁷ ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. **Incentivos Fiscais e Desenvolvimento Econômico: a função das normas tributárias indutoras em tempos de crise**. Finanças Públicas – XV Prêmio Tesouro Nacional – 2010, p. 31.

A questão, pelo que se tira das decisões, envolveu primordialmente matéria tributária, não financeira. Tomou-se como mais importante a competência tributária do que o devido funcionamento do federalismo fiscal brasileiro, como se ambos não estivessem umbilicalmente ligados.

Conclui-se, assim, que por causa de todos os problemas acima apontados, como as ilegalidades cometidas pela União, corriqueiramente, mas também pelos Estados, eventualmente, que os Municípios, especialmente o pequenos, não possuem dinheiro suficiente para cobrir as suas despesas, principalmente no que diz respeito à educação e à saúde, tendo os Governantes de fazerem as “escolhas trágicas” com os recursos recebidos, como se mostra adiante.

3 ESCASSEZ E “ESCOLHAS TRÁGICAS” REALIZADAS PELO MUNICÍPIO DE MANAUS EM RELAÇÃO ÀS DESPESAS COM DIREITOS À PRESTAÇÕES

A competência material e a competência legislativa dos Municípios estão asseguradas pelo artigo 30 da CF. Elas estão elencadas a partir do inciso V. A competência material municipal é dupla – composta por uma recomendação geral e por orientações específicas.

A recomendação geral está prevista no inciso V, na medida em que a norma diz que é de competência dos Municípios “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local”. Isto é, o que define a competência é se o serviço é de interesse local ou não.

O principal a saber é no que consiste a questão local, pois essa redação traz diversas implicações, especialmente quanto à legislação, indispensável para que o Município possa cumprir suas obrigações materiais constitucionalmente estipuladas. Para Celso Bastos, “os interesses locais dos Municípios são os que atendem imediatamente as suas necessidades imediatas e, indiretamente, em maior ou menor repercussão, com as necessidades gerais”¹³⁸. Por sua vez, Hely Lopes Meirelles diz que “o interesse local se caracteriza pela predominância (e não pela exclusividade) do Município em relação ao Estado e a União”¹³⁹.

Sublinha-se isso, pois o inciso II, do Artigo 30, da CF, afirma que cabe ao Município “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”. Essa última parte, “no que couber”, deve ser entendida como a suplementação necessária para atender ao interesse local, e apenas esse.

As orientações específicas aparecem posteriormente, trazendo mais quatro competências. Interessa a esse trabalho as previstas nos incisos VI e VII, que afirmam:

- VI - Manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;
- VII - Prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

Esses incisos afirmam a obrigação municipal no que tange aos direitos à saúde e a educação, que se encaixam nos direitos denominados prestacionais.

¹³⁸ BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 311.

¹³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 136.

Os direitos prestacionais possuem estrutura semelhante à dos direitos sociais. No entanto, eles não podem ser confundidos.

Nem todo direito social é um direito prestacional, pois a efetivação do direito social pode não depender do agir do Estado, como no caso do direito de greve, por exemplo¹⁴⁰. O direito de greve depende essencialmente da mobilização de sociedade civil, sendo na maior parte dos casos convocada por sindicatos, havendo um atuar mínimo do Estado, que apenas garante esse direito evitando um maior transtorno para outros cidadãos, por exemplo, no caso de passeata nas ruas, controlando o trânsito, fazendo a segurança etc.

Por outro lado, os direitos de liberdade e políticos, em maior ou menor medida, dependem de atos estatais para serem realizados em sua totalidade. O direito de votar exige a presença de urnas, colégios eleitorais etc.

Isso porque os direitos à prestação podem ser de prestações sociais, mas igualmente direitos à proteção e à participação na organização e procedimento. Nos primeiros – de prestações sociais – a prestação é entendida em sentido estrito, enquanto os segundos são chamados de direitos à prestação em sentido amplo. É o que Gilmar Mendes se refere ao dizer que “tanto podem referir-se a prestações fáticas de índole positiva (*faktische positive Handlungen*) quanto a prestações normativas de índole positiva (*normative Handlungen*)”¹⁴¹.

Os direitos à prestação são os “direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros”¹⁴².

Para Robert Alexy, os direitos prestacionais sociais, ou em sentido estrito, são aqueles:

¹⁴⁰ Não se descuida que o direito de greve possa ser considerado um direito trabalhista e não um direito social em si, mas discorda-se dessa posição. Primeiro, por uma razão sistemática. A Constituição elencou todos os direitos puramente trabalhistas (hora extra, remuneração noturna, férias etc.) no seu artigo 7º, enquanto o direito de greve está alocado em um artigo específico, o 9º, com regramento próprio. Então, extrai-se que a CF não vê o direito de greve como um direito trabalhista somente. Outro ponto a ser levantado é que o direito de greve é um direito de defesa dos trabalhadores justamente para garantir os outros direitos trabalhistas eventualmente não cumpridos ou desejados, de modo que o trabalhador seja um participante ativo das políticas trabalhistas. Nesse sentido, Edilton Meireles afirma que “ao assegurar o amplo direito de greve, conferiu aos trabalhadores um instrumento de autotutela do trabalho. Criou um instrumento de real inserção do trabalho no sistema político, assegurando, ainda, aos trabalhadores, um meio eficaz de interferência no âmbito econômico-empresarial, ao lhe conferir maior poder de negociação.” (A Constituição do trabalho. In: MONTESSO, Cláudio José et al. (Coords.). **Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois**. São Paulo: LTR, 2008, p. 60).

¹⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 2-3.

¹⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5.ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 450.

Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito¹⁴³.

Segundo Andreas Joachim Krell, os direitos sociais:

Definem metas e finalidades, as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização. Essas normas-programas prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefas. Elas não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constitui Direito diretamente aplicável¹⁴⁴.

Portanto, pode-se retirar dessas lições que os direitos prestacionais em sentido estrito, ou sociais, são aqueles que para serem efetivados exigem, em grande parte ou em sua totalidade, ações do Estado, a fim de que o cidadão possa ter assegurado o mínimo necessário para uma vida digna.

O que se quer dizer é que todos os direitos, em maior ou menor medida, têm um viés positivo e outro negativo. O direito à saúde pode ser considerado um direito prestacional, pois depende de o Estado instituir políticas públicas para a sua efetivação, com a construção de hospitais e programas de vacinação, por exemplo. Mas também tem uma feição negativa, pois impede que haja abusos do Estado contra o cidadão, para que este evite ações que ponham em perigo a saúde da população.

Outro objetivo desses direitos é promover a igualdade material entre as pessoas, no sentido de que sejam garantidas condições idênticas aos sujeitos de direito, vedando-se os privilégios¹⁴⁵.

Como é inerente à doutrina dos direitos fundamentais, os direitos sociais prestacionais não estão imunes a debates sobre seus vários pontos.

Não é a intenção deste trabalho apresentar todos eles, mas não se pode furtar a discutir um em específico, que questiona se eles têm uma eficácia limitada ou não, já que teoricamente não representam direitos subjetivos¹⁴⁶¹⁴⁷.

¹⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 499.

¹⁴⁴ KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo W. **A Constituição Concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 20.

¹⁴⁵ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 158.

¹⁴⁶ Essa discussão específica não alcança o direito à educação, pois há previsão expressa no artigo 208, § 1º, da CF, que “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”.

¹⁴⁷ Têm-se os(as) seguintes autores(as) que defendem os direitos sociais como direitos subjetivos, ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 24; KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 47 e 69; FERRARI, Regina Maria M. N.; **Normas Constitucionais**

Ao contrário dos direitos ditos negativos, que têm eficácia instantânea por bastar uma não atuação do Estado, os direitos prestacionais demandam, para serem efetivados, em grande parte de atos estatais positivos, os quais, por sua vez, irremediavelmente dependerão da alocação de recursos públicos constantemente.

Então, a sua implementação é mais complexa em comparação aos direitos de 1ª dimensão, os quais, em tese, não teriam custos para a sua efetivação.

Não há por que se falar na distinção entre os direitos de primeira (de liberdades e políticos) e os de segunda dimensão (sociais, econômicos e culturais) com base na possibilidade de haver ou não gastos de recursos, já que, com pouquíssimas exceções, para a realização dos direitos há a necessidade de despesa pública. Francisco José Contreras Peláez é favorável a essa ideia:

Não existem obrigações negativas puras (ou, melhor dito, direitos que comportem exclusivamente obrigações negativas), mas sempre parece possível afirmar uma diferença de grau no que se refere à relevância que as prestações têm para cada um e outro tipo de direitos¹⁴⁸.

No que concerne a todos os direitos, as ações do Estado devem se circunscrever a se abster, proteger e satisfazer, independentemente se eles são considerados negativos ou positivos. Tomemos o direito à propriedade, símbolo dos direitos de primeira dimensão. O Estado deve-se abster de impedir o direito de propriedade pelo cidadão, a menos, é claro, que tenha motivo legal. Além de não impedir, ele deve proteger a propriedade individual e, igualmente, buscar, na melhor medida possível, que o direito de propriedade se efetive, por meio de financiamento público com juros mais baratos, isenção de IPTU para pessoas de baixa renda etc.

Para os ditos direitos prestacionais, o Estado trabalhará no mesmo molde, abstendo-se, protegendo e satisfazendo. Para a sua efetivação, ambas as espécies de direitos necessitam de custos públicos, contudo, há uma diferença entre elas.

Para os direitos de índole negativa, as estruturas e os gastos não são tão dispendiosos quanto para os direitos ditos positivos. Explica-se. Por exemplo, para a

Programáticas – Normatividade, Operatividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 261 e ss. Entre os que não aceitam a ideia: APPIO, Eduardo. **A exigibilidade judicial dos direitos sociais no país: populismo judiciário no Brasil.** Disponível em: <http://74.125.47.132/search?q=cache:D4Im3u1kqEwJ:www.eduardoappio.com.br/canais/mat_alunos.htm+A+EXIGIBILIDADEJUDICIAL+DOS+DIREITOS+SOCIAIS+NO+PAÍS:+POPULISMO+JUDICIÁRIO+NO+BRASIL&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>, com acesso em 2 jun. 2020; CANOTILHO, José Joaquim G. Metodologia Fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: AUTORES. **Estudos sobre direitos fundamentais.** 1ª ed. brasileira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 107.

¹⁴⁸ PELÁEZ, Francisco José C. **Derechos Sociales: teoría e ideología.** Madrid: Tecnos, 1994, p. 21.

população exercer seu direito político, é necessária a estrutura de urnas, colégios eleitorais e Tribunais eleitorais. Ela já estando montada, é possível ser reutilizada para outra eleição. Outro exemplo é o direito de ir e vir. Já existem ruas e transportes públicos, que embora demandem gastos com manutenção, são reutilizáveis, sendo os custos com eles menores.

Agora, tome-se o direito à saúde ou à educação, que serão tratados mais adiante. As despesas estatais para a manutenção e satisfação desses direitos é grande e crescente, com a compra de remédios, materiais cirúrgicos, hospitalares etc., os quais, por óbvio, não podem ser reutilizados.

Todavia, o direito à saúde, continuando a linha de raciocínio, igualmente visa promover obrigações que não causam nenhum impacto financeiro, tais como: impor ao Estado que não emita normas que firam a saúde, que estabeleça normas de segurança do trabalho para as empresas privadas etc.

Então, do exposto, é possível concluir que os custos dos direitos negativos são menores, ou pelo menos estabilizados¹⁴⁹.

Todos os direitos possuem custos, que concernem propriamente ao modo como são efetivados. A existência ou não de custos não pode, por isso, ser motivo de diferenciação entre eles. Deve ser feita distinção somente em relação ao tamanho da despesa que é necessária para implementá-los.

Nesse sentido é a lição de Cass R. Sunstein e Stephen Holmes:

À verdade óbvia de que os direitos dependem do governo, ou seja, do Estado, deve-se acrescentar uma consequência lógica rica em implicações: os direitos custam dinheiro e não podem ser protegidos nem garantidos sem financiamento e apoio públicos. Isso vale tanto para os direitos mais antigos quanto para os mais novos – para os direitos anteriores ao New Deal de Franklin Delano Roosevelt e os posteriores a este. Tanto o direito ao bem-estar social quanto o direito à propriedade privada custam dinheiro para o público. O direito à liberdade contratual tem custos públicos, assim como o direito à assistência médica; o direito à liberdade de expressão tem custos públicos, do mesmo modo que o direito a uma habitação decente. Todos os direitos impõem exigências ao tesouro público¹⁵⁰.

José Casalta Nabais tem o mesmo entendimento, pois diz que:

¹⁴⁹ Por custo estabilizado se quer dizer que é previsível o montante de gastos para a efetivação daquele determinado serviço público. Por exemplo, sabe-se que após apurada a necessidade, duas viaturas de polícia, com seus respectivos policiais, podem patrulhar determinada área durante certo período tempo, com seu custo já previsto e estável, gastando-se um valor fixo por mês. Diferente, por exemplo, de um grande hospital, que no começo do mês não se tem como saber quanto ao final vai se gastar com exames, insumos hospitalares etc.

¹⁵⁰ SUNSTEIN, Cass R. HOLMES, Stephen. **O custo dos direitos: porque a liberdade depende dos impostos**. 1ª ed., tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019 [livro eletrônico].

E uma primeira verificação, que devemos desde já assinalar a tal respeito, é esta: os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são autorrealizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual¹⁵¹.

Pode-se dizer que os direitos prestacionais, para a sua efetivação, demandam maiores despesas do Estado do que os direitos políticos e de liberdade, por exemplo. Além desse fato ter sido demonstrado em teoria, na prática não é diferente. Pode-se pegar a Lei Orçamentária Anual de qualquer um dos principais Municípios brasileiros, das capitais, por exemplo, que se verá que as áreas da saúde e da educação são as que têm o maior orçamento, muito em virtude de mandamento constitucional de aplicação de um percentual mínimo, como se verá mais adiante.

Não é possível deixar de lembrar que a dificuldade de efetivação dos direitos prestacionais não decorre somente dos custos a eles inerentes, mas igualmente das escolhas ideológicas e políticas do Poder Executivo e dos Parlamentos de cada ente político, bem como da forma de sustento do Estado. Dependendo do viés ideológico de cada governo, os direitos sociais tendem a ser mais ou menos fomentados.

Nenhuma norma, ainda mais fundamental, é limitada por si mesma ou de modo estritamente jurídico, contudo, ela o é posteriormente por opções políticas e ideológicas, isto é, no momento de se realizar o seu aspecto prático, levando-se em consideração diversos fatores (financeiros, políticos, sociais etc.)

Isso acontece em razão das “escolhas trágicas”, cuja ocorrência deve-se à escassez de recursos. Cabe à Administração Pública alocar os recursos de acordo com a sua previsão de receita, a qual, de fato, é incapaz de atender todos os anseios da comunidade, por esses serem infinitos.

A alocação deverá sempre ser realizada para se atender os objetivos e os fundamentos da Constituição Federal, mas, inegavelmente, sofre influência da ideologia dos que detêm o poder no momento.

No caso brasileiro especificamente, há um claro descompasso entre os direitos prestacionais presentes na Constituição e as receitas disponibilizadas para os Municípios efetivá-los.

¹⁵¹ NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. Revista da AGU, v. 1, n° 1, jun. 2005 [artigo eletrônico].

Quanto ao temperamento no cumprimento desses direitos, sabe-se que ocorre pelo motivo de que eles necessitam de uma estrutura mínima, em alguns casos, que deve ser proporcionada por mais de um ente político. Volta-se ao exemplo do direito à educação. Sendo o desejável que todos pudessem se graduar na faculdade, considerando que a pessoa utilize o ensino público, ela teria de passar, na realidade atual, pela competência de no mínimo dois entes, segundo os artigos 30, VI e 211, da CF, pois são raríssimos os Municípios que possuem faculdades municipais.

Portanto, além de estrutura material, é necessária estrutura fiscal, o que, infelizmente, a maioria dos Municípios brasileiros não possuem.

As políticas públicas de saúde e educação possuem protagonismo, visto que a destinação mínima dos recursos para elas é prevista na Constituição. Elas fazem parte de uma pequena parcela de direitos de proteção especial, sendo denominados de princípios sensíveis, pois, para o seu cumprimento, permite-se até que um ente federal possa intervir em outro¹⁵².

Para as demais políticas públicas, por exemplo, habitação e transporte, não existe essa previsão constitucional de destinação de recursos e os governos locais são mais livres para agir.

Infelizmente, o dinheiro arrecadado pelos Municípios não é suficiente para oferecer todo e o melhor serviço público, então como ajustar o orçamento? Qual o serviço, o direito prestacional, que ele deve garantir? É aqui que entramos na seara do denominado “mínimo existencial”.

3.1 Do mínimo existencial¹⁵³

A teoria do mínimo existencial se originou na Alemanha, em uma decisão do Tribunal Administrativo Federal Alemão de 1975 (BVerfGE 40, 121 (133)), no qual

¹⁵² Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

¹⁵³ Algumas doutrinas chamam de mínimo vital, como na Colômbia, ou de mínimo social, como se verifica em John Rawls, em seu livro Teoria da Justiça. Nesta dissertação, utilizaremos a expressão “mínimo existencial”, pois acredita-se mais assentada na doutrina brasileira.

esse Tribunal garantiu o direito à assistência social com base no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos à liberdade e à própria vida.

A Carta Social de Bonn é ausente de previsão de direitos sociais fundamentais, e, então, para superar essa omissão, o Tribunal Federal Alemão aduziu “a existência de um direito fundamental subjetivo não estrito à garantia dos recursos materiais mínimos necessários para uma existência digna”¹⁵⁴.

Embora não haja previsão expressa na Carta de Bonn sobre a existência de direitos sociais fundamentais, no artigo 19.2 existe norma asseverando claramente que em nenhuma hipótese o direito fundamental pode ser afetado em seu conteúdo essencial, o que justifica de maneira muito forte o mínimo existencial¹⁵⁵.

Em 1933 Pontes de Miranda citava o direito à subsistência, cujo núcleo seria o “mínimo vital”¹⁵⁶, composto por dimensões absolutas e relativas, essas últimas tendo maior relevância.

Mas o que seria esse mínimo existencial? Marcos Maselli Gouvêa¹⁵⁷ diz que “consiste o mínimo existencial de um complexo de interesses ligados à preservação da vida, à fruição concreta da liberdade e à dignidade da pessoa humana”.

Para Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial seria “um direito às condições mínimas de existência digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos e que ainda exige prestações estatais positivas”¹⁵⁸. Segundo ele, ainda:

O problema do mínimo existencial se confunde com a própria questão da pobreza. Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de incidência fiscal e que ainda exige prestações estatais positivas.

O mínimo existencial não tem conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação etc.), considerando em sua dimensão essencial e inalienável¹⁵⁹.

Então, pode-se concluir que o mínimo existencial são os direitos básicos que uma pessoa deve ter para que a sua dignidade humana seja preservada. Para isso, o

¹⁵⁴ SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

¹⁵⁵ Art. 19 (...)

(2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência.

¹⁵⁶ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2ª ed. Belo horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 190/191.

¹⁵⁷ GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 257.

¹⁵⁸ TORRES, Ricardo L. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 313-314.

¹⁵⁹ TORRES, Ricardo L. Curso de Direito financeiro e tributário. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 69.

Estado não pode lhe tirar todos os recursos tributando, e, caso necessário, ele deve atuar – prestação positiva – para providenciar os direitos devidos.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca do “mínimo existencial” diversas vezes, como se pode tomar pelo conteúdo do ARE 639.337 AgR/SP, em que o relator Ministro Celso de Mello assim definiu o instituto:

A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança¹⁶⁰.

Além dos direitos citados na decisão, haveria outros que deveriam ser abarcados pelo mínimo? Ingo Sarlet diz que também deve estar compreendida a saúde (incluindo o saneamento básico, evidentemente), educação, moradia e assistência social¹⁶¹.

Para Ana Paula de Barcellos¹⁶², o mínimo existencial é composto de quatro elementos, sendo três materiais, a educação básica, a saúde básica e a assistência aos desamparados, e um instrumental, o acesso à justiça, pois caso os primeiros não sejam atendidos, esta última pode ser acionada.

Extraí-se que, inexoravelmente, os direitos incluídos neste trabalho, saúde e educação, estão abarcados pelo mínimo existencial e, então, deve-se estudar como aplicá-los corretamente na realidade brasileira em face da escassez financeira.

Os autores dividem-se sob o fundamento filosófico do mínimo existencial. Alguns dizem que ele é baseado na liberdade, pois sem o mínimo de direitos para exercer a sua dignidade, como ter educação, saúde etc., o ser humano não pode realmente ser livre.

Cristina Queiroz¹⁶³ levanta essa bandeira, afirmando que “os direitos fundamentais sociais garantem a liberdade fática. A liberdade jurídica mostra-se sem

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário: ARE 639337 AgR, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 Public 15-09-2011.

¹⁶¹ SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 331.

¹⁶² BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258.

¹⁶³ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 49-50.

sentido quando na realidade não pode ser exercida”. Igualmente, John Rawls parece sustentar esse argumento, ao dizer que:

Em particular, o primeiro princípio, que trata dos direitos e liberdades básicas e iguais, pode facilmente ser precedido de um princípio lexicamente anterior, que prescreva a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, ao menos à medida que a satisfação dessas necessidades seja necessária para que os cidadãos entendam e tenham condições de exercer de forma fecunda esses direitos e liberdades. É evidente que um princípio desse tipo tem de estar pressuposto na aplicação do primeiro princípio¹⁶⁴.

Esse entendimento, de que o desenvolvimento do ser humano depende da liberdade a ele concedida, encontra eco em Amartya Sen, que assevera:

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. (...) Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação da liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais¹⁶⁵.

No texto, Amartya Sen indubitavelmente aduz que para o homem conseguir se desenvolver ou deve ser dado a ele o básico ou devem ser criadas condições para que ele consiga obtê-lo. Esse parece ser o argumento mais citado entre os autores que defendem a ideia do mínimo existencial. E, sem dúvida, ele é bastante forte.

Outros autores asseveram que o mínimo existencial existe para preservar outro princípio basilar das sociedades modernas, a democracia, pois sem as mínimas condições materiais o cidadão não pode exercer seus direitos políticos.

Ao se falar em direitos políticos, não se está restringindo esses ao voto ou o direito de ser votado, mas eles também dizem respeito ao direito de participar das decisões fundamentais da comunidade onde se está inserido.

Parte-se da teoria de Habermas¹⁶⁶ sobre a democracia deliberativa para fortalecer essa tese, já que, para ele, a democracia ocorre por meio de diálogo entre pessoas livres e em posição de igualdade, que, agindo de maneira não egoística, cooperam para a melhoria de toda a comunidade.

¹⁶⁴ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Editora Ática, p. 49-50.

¹⁶⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras. 2000, p. 18.

¹⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. **Três modelos normativos de democracia**. Disponível em: <https://aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar/pluginfile.php/52810/mod_resource/content/1/HABERMAS.pdf>, com acesso em 14 mar. 2020.

Essa filosofia é semelhante à noção de *Ubuntu*, presente na África do Sul, desenvolvida na época do *Apartheid*. *Ubuntu*, que não tem tradução direta para o português, quer dizer “humanidade para com o outro” ou “eu sou porque nós somos”¹⁶⁷. A palavra indica que devemos pensar em melhorar a comunidade para todos, e não somente para si mesmos, realmente discutir a *pólis* de Aristóteles, para que ela possa atender os anseios de todos os moradores da região.

Mas, como a pessoa poderá fazer essa discussão, apresentar as suas necessidades, pensar nas possíveis melhorias e, depois, fiscalizar e cobrar os responsáveis, se ela não sabe nem de quais problemas sofre?

Pior, e se ela sofrer de todos ao mesmo tempo, não tendo moradia, comida e nem educação para mudar a sua situação? Como irá cobrar os seus governantes?

Todavia, há de se concordar com Daniel Sarmiento¹⁶⁸. O mínimo existencial tem como fundamento ele mesmo, a tese de atendimento do mínimo das necessidades humanas é válida por si só.

O argumento de que o mínimo existencial é uma efetivação de direitos para garantir outros direitos se baseia numa lógica específica de justificação, baseada em seu contexto de surgimento enquanto conceito. Todos os direitos, na prática, estão entrelaçados, sendo necessários uns aos outros. Diz-se que o mínimo existencial protegeria a liberdade, mas para ser livre, necessita-se, antes de tudo, estar vivo, e com saúde, a qual, por sua vez, carece de um meio ambiente saudável, que somente existirá com um desenvolvimento sustentável, e assim por diante.

Ademais, e as pessoas que não querem ou não podem exercer os direitos que servem de base, como ficam? Se a pessoa não quiser exercer seu direito à democracia, por meio da participação popular, não terá o mínimo existencial? A pessoa adoentada, sem capacidade de exercer a plena liberdade, como ficará?

Então, não se está dizendo que as teorias acima sejam incompletas, mas apenas que não há a necessidade de justificação.

Relembre-se que a teoria do mínimo existencial surge na Alemanha em virtude de que naquele país não estão previstos explicitamente na sua Constituição os direitos sociais, que garantem o mínimo de assistência social.

¹⁶⁷ SARAIVA, Luis Augusto F. **O que e quem não é Ubuntu: crítica ao “eu” dentro da filosofia Ubuntu**. *Problemata: Revista Internacional de Filosofia*, v. 10, n. 2, 2019, p. 93-110.

¹⁶⁸ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 207.

Entretanto, a nossa Constituição, ao contrário, como é sabido, é fecunda em direitos sociais, garantindo desde o direito à saúde ao direito ao lazer, passando pelo direito à moradia.

Por isso, a discussão não é sobre a existência de um mínimo de direitos sociais que obrigatoriamente o Estado – ou eventualmente terceiros – deve garantir ao cidadão. Esses direitos estão previstos constitucionalmente e, por conseguinte, terão que ser efetivados. Contudo, o que interessa ao presente trabalho é entender qual é o piso qualitativo na prestação estatal desses serviços, de modo que se possa dizer que o direito foi efetivado, ainda que minimamente.

A teoria do mínimo existencial pode diminuir o interesse na aplicação e efetivação total dos direitos sociais, sendo eles promovidos somente até o piso.

Daniel Sarmiento fala a respeito:

A crítica afirma que uma ordem constitucional justa deveria aspirar à justiça social, e não se contentar com a garantia do mínimo para aplacar a miséria. Nessa perspectiva, há quem associe o mínimo existencial a uma visão elitista e excludente, própria do neoliberalismo, que busca limitar a atuação do Estado no campo social e preservar as estruturas econômicas do capitalismo. (...) Nesse contexto, será que a importação do conceito não acabaria operando aqui “com os sinais trocados”, para restringir a eficácia dos direitos sociais e, com isso, limitar os potenciais transformadores da Constituição?¹⁶⁹

Acredita-se que o mínimo existencial não pode servir de piso, mas deve ser o início da implementação dos direitos sociais.

Todavia, outro ponto de discussão é se ele deve ser relativizado ou não, e quais são as consequências disso¹⁷⁰.

O mínimo existencial não existe por si mesmo, ele foi criado justamente para proteger a pessoa humana, para que ela tenha o mínimo de direitos garantidos pelo Estado – ou por terceiros – a fim de preservar a sua dignidade. Ele consiste no básico que deve estar disponível para cada cidadão. Caso não esteja garantido, é como se não existissem direitos.

¹⁶⁹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2ª ed. Belo horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 209-210.

¹⁷⁰ Sobre a natureza jurídica do mínimo existencial, verificar TORRES, Ricardo L. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio P.; SARMENTO, Daniel (Coords.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 316; BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 296. AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 119-120. LAZARI, Rafael José N. de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 116.

Virgílio Afonso da Silva¹⁷¹ conceitua o conteúdo essencial deste modo:

A partir de uma dimensão estritamente objetiva, o conteúdo essencial de um direito fundamental deve ser definido com base no significado desse direito para a vida social como um todo. Isso significa dizer que proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental implica proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles.

Esse conceito é parecido ao de mínimo existencial. O conteúdo essencial consiste nos direitos imprescindíveis para garantir a dignidade humana (os direitos fundamentais). Entretanto, existem outros direitos que não cumprem esse papel garantidor e mesmo assim possuem um conteúdo essencial. Em resumo, o conteúdo essencial se apresenta como mínimo existencial em alguns direitos, mas não em outros.

Robert Alexy leciona que o conteúdo essencial pode ter duas classificações: a) se objetivo ou subjetivo, e; b) se absoluto ou relativo¹⁷².

O conteúdo essencial é absoluto quando é semelhante ao mínimo existencial. Ele é “subjetivo” porque deve ser analisado no caso concreto se ocorre a sua violação. Para a teoria absoluta, cada direito fundamental tem um núcleo essencial que não pode ser diminuído e nem pode ser motivo de sopesamento, estando imune à ponderação.

A teoria relativa assevera que o conteúdo essencial resulta justamente da ponderação, e “restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental”¹⁷³.

Ricardo Lobo Torres¹⁷⁴, citando G. W. Leisner, diz que há uma terceira teoria, denominada “mista”, já que mescla as apresentadas anteriormente. Ela é totalmente fechada no que diz respeito à eficácia negativa. Já na parte positiva, prescreve que os direitos podem ser dinamizados pelas políticas públicas.

Segundo essa teoria, diante da incapacidade de o Estado prover todos os direitos na forma máxima devido à ausência de recursos, ele deve garantir pelo menos

¹⁷¹ SILVA, Virgílio A. da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 185.

¹⁷² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5.ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 185-186.

¹⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5.ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 297.

¹⁷⁴ TORRES, Ricardo L. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio P.; SARMENTO, Daniel (Coords.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 320-321.

o mínimo dos direitos fundamentais prestacionais, para então, à medida que aumentar sua capacidade orçamentária, ir espraiando e melhorando o seu acesso.

Concorda-se com a teoria subjetiva relativa, isto é, que deve se realizar, para cada caso concreto, a ponderação entre os direitos fundamentais, e, por meio da proporcionalidade, verificar a melhor situação para que nenhum deles saia mutilado.

Isso porque se, no mundo fático, houvesse um conteúdo essencial absoluto e objetivo, não haveria ninguém preso no Brasil, já que além de aniquilar o direito fundamental de ir e vir, os presídios brasileiros, como é amplamente comprovado e noticiado, acabam com o princípio/regra da dignidade da pessoa humana. Como caracterizados pelo Ministro Luiz Fux, eles são verdadeiras masmorras medievais.

Igualmente, pode haver casos em que abstratamente não exista uma ofensa ao conteúdo essencial, mas concretamente, sim. Por exemplo, uma pessoa que sofre com uma doença que limite, ou mesmo impossibilite, sua locomoção. Mesmo que tenha acesso ao atendimento na rede pública – e aqui se fala de atendimento efetivo –, em tese não tendo o conteúdo essencial do seu direito à saúde desatendido, na prática, na hipótese de ela precisar de *home care*, estaria privada desse direito.

Inversamente, uma pessoa rica que pedisse um remédio em uma UBS – Unidade Básica de Saúde, e não lhe fosse concedido, teria teoricamente o seu direito à saúde violado. Mas na prática, não teria o conteúdo essencial do direito à saúde violado, pois, efetuando-se o exame de proporcionalidade, verificar-se-ia que que tem condições de arcar com seu custo na rede particular de drogarias¹⁷⁵.

Portanto, sempre deve se verificar o conteúdo essencial no caso concreto, sob pena de injustiças serem cometidas.

É possível realmente prover pelo menos o mínimo existencial de todos os direitos, mesmo que o orçamento seja limitado? Para responder essa pergunta é importante entender no que consistem a reserva do possível e as “escolhas trágicas”.

3.2 Da reserva do possível e escolhas trágicas

A teoria da reserva do possível nasceu na Alemanha, na famosa decisão *numerus clausus*. Acreditamos que para o caso dessa teoria em especial, é importante

¹⁷⁵ Mais adiante se voltará a esse ponto, quando serão apresentados os requisitos para a obtenção da tutela judicial no caso de saúde.

trazer o contexto histórico de seu surgimento a fim de verificar qual foi o teor essencial da decisão. Também é importante descrever como a teoria foi importada para o Brasil e quais as consequências disso.

Como já falado, a maior parte da doutrina diz que a origem da teoria da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) foi a decisão do *numerus clausus* I (BVerfGE 33, 303, de 1973). Depois dessa decisão, tiveram ainda outras que reafirmaram a tese, em especial as *Hochschul-Urteil* (BVerfGE 35, 79, também de 1973) e a *numerus clausus* II (BVerfGE 43, 291, de 1977)¹⁷⁶.

Não obstante, Luís Fernando Sgarbossa¹⁷⁷ afirma que, na verdade, a tese da reserva do possível nasceu muito antes. Cita o princípio do *nec ultra vires* ou *secundum vires*, o qual remonta ao século VI, tendo sido registrado nos anais do II Concílio de Tours, ocorrido em 576 D.C. Esse ponto é importante, já que o citado princípio se traduz, segundo o autor, na ideia de que cada comunidade deve cuidar de seus pobres na medida de suas possibilidades.

Depois cita, como antecedente da tese da reserva do possível, o debate ideológico na Assembleia Geral das Nações Unidas de 1951, referente à implantação dos direitos sociais. Antônio Augusto Cançado Trindade assevera:

As raízes da questão estudada no presente capítulo – o tratamento distinto das duas “categorias” de direitos, quais sejam, de um lado, os direitos civis e políticos, e de outro, os direitos econômicos, sociais e culturais – remontam à fase legislativa de elaboração dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, mormente à decisão tomada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1951, de elaborar, ao invés de um Pacto, dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos (adotados em 1966), voltados, respectivamente, às duas categorias de direitos, dotados de medidas de implementação distintas¹⁷⁸.

Acontecia naquele momento um embate entre os países capitalistas – que viam nos custos dos direitos sociais um motivo para que fossem implementados progressivamente, conforme a possibilidade financeira de cada Estado – e os países

¹⁷⁶ TORRES, Ricardo L. O mínimo Existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel. NETO, Cláudio P. de S. (Coords.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 324; OLSEN, Ana Carolina Lopes. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à reserva do possível. Curitiba, 2006, Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, p. 227; SARLET, Ingo W. FIGUEIREDO; Mariana F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. (Orgs.) **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 29.

¹⁷⁷ SGARBOSSA, Luis Fernando. **Do Estado-providência ao mercado-providência: Direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal**. 2009. 250f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2009, p. 75.

¹⁷⁸ TRINDADE, Antônio Augusto C. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 446.

socialistas, que davam aos direitos sociais uma importância acentuada e diziam que eles deviam ser implantados celeremente pelo Estado.

Isto é, o cerne da questão, já naquele momento – quase há 80 anos –, era os custos da efetivação dos direitos. Havia a divisão, já ultrapassada atualmente, como se mostrou anteriormente, entre os direitos negativos, que seriam os da primeira geração, e os sociais, de segunda geração.

O argumento para a precedência dos direitos negativos é que eles não demandavam custos, e, se o fizessem, seriam baixos comparados aos direitos sociais. O argumento daquela época não é nem um pouco diferente do contemporâneo, que é a escassez e a insuficiência de recursos.

Pode-se considerar que o princípio *secundum vires* e a discussão, na década de 1950, sobre o pacto dos direitos humanos, sejam um embrião da tese da reserva do possível, pois eles dizem respeito à insuficiência de recursos para a efetivação de direitos, em especial os sociais. E essa, indubitavelmente, é a ideia que passou para a maior parte da doutrina, até mesmo para a jurisprudência brasileira.

Porém, a teoria, tal qual como concebida nas decisões do Tribunal Alemão, não tem como seu enfoque principal a questão da efetivação de direitos frente à insuficiência de recursos, seja ela fática ou jurídica, e, por esse motivo, é importante mostrar o seu histórico.

A decisão do caso *Numerus Clausus I* adveio de recursos contra decisões dos Tribunais Administrativos de Hamburgo e Bávaro de Munique, sendo que o primeiro questionava a constitucionalidade do artigo 17 da Lei da Universidade de Hamburgo e o segundo alegava a inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei de admissão dos centros de ensino superior da região da Baviera. Ambas adotaram o sistema de *numerus clausus*.

O que acontecia à época, na Alemanha, é que o número de estudantes das universidades científicas mais que dobrou, indo de 25.000 para 51.000, e não havia vagas para todos os interessados que pretendiam ingressar no ensino superior. Por consequência, muitas instituições optaram pela regra do *numerus clausus*, especialmente nos cursos mais concorridos, como medicina.

Essa regra impõe a limitação de vagas no ensino superior, com a escolha dos candidatos acontecendo conforme a nota média da escola ou da graduação anterior. Alcançava o ensino superior quem tinha as melhores notas. Esse processo não era

exclusivo da Alemanha, sendo adotado em diversos países europeus. Entretanto, mesmo quem não entrou devido ao *numerus clausus* se viu no direito de ingressar na faculdade.

Dessa forma, os jovens ingressaram com ações e, pela decisão de reenvio, a questão chegou ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, o qual julgou improcedente o pedido de criação de vagas para que eles pudessem cursar medicina. É essencial citar trechos da decisão para comentários posteriores e melhor entendimento da questão.

A decisão reconhece o direito à igualdade de oportunidades, mas demonstra a impossibilidade de atendimento a todos:

Esse é, com efeito, um aspecto essencial do direito fundamental à proteção em referência, ainda que na medida do possível, levando-se em conta que após o esgotamento da totalidade da capacidade de formação a distribuição planejada dos candidatos em diferentes áreas de formação torna-se inevitável¹⁷⁹.

Indo ao ponto central do problema, o Tribunal Constitucional Alemão afirmou:

O problema de restrições absolutas distingue-se pelo fato de a capacidade existente não ser suficiente, para que cada titular, do direito de estudar, assumira uma vaga. Se a visão constitucional for limitar-se, de início, ao compartilhamento da capacidade existente, passará ao largo do núcleo das dificuldades. Enquanto em situações normais de outorga de participação social pelo Estado, através de cobertura financeira, as dificuldades da restrição dos meios existentes podem ser contornadas por um rearranjo; o *numerus clausus* absoluto conduz à gritante desigualdade de que parte dos candidatos recebe tudo, e a outra parte – pelo menos por um lapso mais ou menos longo, e de impacto decisivo para o resto da vida – nada. Se o número de rejeitados excede mais da metade do de candidatos, como no curso de medicina, o direito constitucionalmente protegido de aspirar a uma vaga é ameaçado de cair no vazio, em larga extensão. Por conta desses efeitos, não pode ser negado que o *numerus clausus* absoluto circula à margem do constitucionalmente aceitável.

Como esses efeitos somente podem ser enfrentados por uma ampliação da capacidade, a pergunta que se apresenta é se, dos valores oriundos da decisão jusfundamental, e da decisão de utilizar o monopólio do ensino, emerge uma exigência constitucional de prestação social pelo Estado, no sentido de prover suficiente capacidade de ensino para os diferentes cursos. Ainda que a resposta desta questão fosse afirmativa, não é necessário decidir aqui se, dessa exigência, pode ser deduzido, a partir de requisitos específicos, um inquestionável direito individual, de titularidade do cidadão, à obtenção de uma vaga universitária. Isso, porque consequências, no âmbito do Direito Constitucional, somente seriam possíveis, se houvesse evidente violação de tal exigência.

Isso não pode ser determinado, no âmbito do curso de medicina: os direitos a prestações não têm suas prioridades delimitadas de antemão e em cada caso; submetendo-se à Reserva do Possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade.

¹⁷⁹ SGARBOSSA, Luis Fernando. **Do Estado-providência ao mercado-providência: Direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal**. 2009. 250f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2009, p. 81

Isso tem que ser julgado em primeira linha pelo legislador, sob sua própria responsabilidade, considerando na economia orçamentária outros interesses da comunidade, bem como a conta do equilíbrio econômico geral, conforme determinações expressas do artigo 109 parágrafo 2º GG. A ele cabe também a decisão sobre a envergadura e as prioridades da ampliação do ensino superior; sendo preciso atentar que a ampliação e a renovação do ensino superior, incluem-se entre as tarefas sociais atribuídas à cooperação entre União e Estados, para seu desempenho, conforme o artigo 91 “a” GG.

Uma eventual exigência constitucional não obriga a providenciar, para cada candidato em cada oportunidade, a vaga almejada, e assim tornar os complexos investimentos em educação superior exclusivamente dependentes da demanda individual, frequentemente flutuante e influenciável por inúmeros fatores. Isso implicaria num entendimento errado quanto à liberdade, através do qual se desconhece que a liberdade pessoal não pode ser implementada a longo prazo, sem associação com a operacionalidade e o equilíbrio gerais, e que demandas individuais ilimitadas às expensas públicas não são compatíveis com o ideal do Estado Social.

A Constituição - como a Corte Constitucional já pronunciou, salientando a conexão com o direito fundamental à liberdade de ação (vgl. BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 344 [351]) - decidiu a tensão indivíduo-sociedade, no sentido da relacionabilidade e da conectividade da pessoa com a comunidade; o indivíduo deve, então, deixar baixarem as barreiras à sua liberdade de ação, que o legislador instituiu para o zelo e a promoção da vida comunitária dentro dos limites razoáveis, desde que a autossuficiência da pessoa permaneça protegida. Estas considerações reclamam validade, primariamente, no âmbito da outorga estatal de participação. Aqui, o oferecimento de justiça social, que se concretiza na igualdade, seria diretamente contrariado, se meios públicos limitados, disponibilizados apenas através da negligência de outros interesses comunitários importantes, favorecessem uma parte privilegiada da população. Ao legislador também não pode ser negado orientar-se pela urgente requisição de força de trabalho nas diversas profissões; ao passo que não vem sendo possível fazer coincidir a demanda individual e as exigências sociais, apenas por meio do aconselhamento estudantil¹⁸⁰.

Esse trecho da decisão contém o essencial para se entender o que o Tribunal Constitucional Alemão quis dizer acerca da tese da reserva do possível, que envolve o suposto embate entre direitos sociais (no caso, um direito social, o direito à educação) e o equilíbrio orçamentário.

Entretanto, é importante dizer que naquela época a Alemanha já tinha atingido um nível alto de desenvolvimento social, assegurando à população saúde e educação de qualidade. Isto é, o país já havia garantido muito mais do que mínimo existencial, sobre o que se falou antes.

Por isso, a decisão é verdadeira ao dizer que já havia vagas suficientes. Não obstante não contemplassem a todos, o Estado não poderia ficar criando e extinguindo vagas consoante a demanda, que é flutuante.

¹⁸⁰ OLSEN, Ana Carolina L. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à reserva do possível**. 2006. 378f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 81

Então, o Tribunal Constitucional Alemão, em *ratio decidendi*, asseverou que os direitos sociais devem ser implementados, mas de acordo com que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade.

Outra parte muito importante da decisão é a que diz que deve ser levada em consideração, para a efetivação dos direitos prestacionais, a economia orçamentária, não a economia em si mesma, como se poderia pensar. E outra leitura correta que se impõe é a de que o direito à educação deve ser posto na balança junto com os outros interesses da comunidade.

Portanto, a decisão asseverou que para o particular exigir a efetivação de um direito social por parte do Estado deve ocorrer uma séria violação do direito vindicado, bem como o pedido deve ser razoável, levando-se em conta o orçamento do Estado e outros interesses da comunidade.

Esse entendimento é salutar pois difere, em grande medida, da interpretação corrente na doutrina brasileira, de que a reserva do possível é uma argumentação, por parte da Fazenda, da ausência de recursos financeiros. Ou seja, o Estado alegaria que não tem recursos para realizar o direito, e findaria aí a ação estatal.

Em virtude de que a reserva do possível é reconhecida pelos nossos Tribunais, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal¹⁸¹, dar a correta interpretação tem dois motivos muito importantes.

O primeiro é que, em sua decisão, o Tribunal Constitucional Alemão afirma que os direitos prestacionais devem ser efetivados conforme o que o cidadão pode razoavelmente esperar da sociedade, do Estado. Então, ele não afirma que mesmo havendo recursos o Estado teria a obrigação de implantar qualquer direito que viesse a ser pedido, mas que ele deve ser razoável, levando-se em consideração os outros interesses comunitários envolvidos.

Parece, desse modo, que a reserva do possível funciona como um teto de aplicação dos direitos prestacionais. Se o mínimo existencial é o piso, a reserva do possível é o teto. Claro que assim como o mínimo existencial, não há um parâmetro mundial, deve-se levar em consideração o contexto e as características de cada lugar.

¹⁸¹ Existem várias decisões do Supremo Tribunal Federal que citam a teoria da Reserva do Possível. Pode-se citar como exemplos a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 45/DF e a Medida Cautelar dessa ação. Interessante é que essa decisão é muitas vezes citada como precedente persuasivo ou argumento de autoridade, mas ela não pode ser considerada nenhum desses casos, já que é uma decisão monocrática e, portanto, sem passagem nem pela turma do STF.

Pensa-se desse modo que a decisão é clara ao dizer que a efetivação dos direitos prestacionais somente pode ser realizada no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade.

Assim, o que ultrapassar essa razoabilidade, não pode ser exigido. Cabe ao julgador, no caso concreto, avaliando os precedentes, se houver, dizer qual seria essa razoabilidade. Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo lecionam:

Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo em dispondo o Estado de recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

(...)

O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador¹⁸².

Essa ponderação citada na doutrina não deve ser somente do legislador, mas também do Judiciário – que vem tendo papel cada vez mais de protagonista, como se verá em tópico adiante – e do Poder Executivo, já que é ele que executa as políticas públicas. Cita-se Andreas Joachim Krell, com entendimento semelhante sobre o teor da decisão alemã:

Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos a prestações positivas (Teilhaberechte) “estão sujeitos à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”. Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social; a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos¹⁸³.

Deve-se concluir, logo, que a tese da reserva do possível dá maior força à razoabilidade do pedido de efetivação de determinado direito, considerando a capacidade financeira do Estado. Se o Estado não tiver recurso, isso é razão para impedir a alegação de omissão. E, mesmo tendo o Estado recursos financeiros para efetivação do direito, se, à época, o pedido não for razoável, não deve o Estado efetivá-lo.

¹⁸² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. (Orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 29.

¹⁸³ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 92.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesse sentido, no ARE 745.745, cuja ementa é a seguinte:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO¹⁸⁴.

Em trecho da decisão, é referida a razoabilidade do pedido:

(...) de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política¹⁸⁵.

A razoabilidade funciona, nessa interpretação, como um pré-requisito para se analisar a questão orçamentária e verificar a possibilidade de efetivação do direito.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 745745 AgR, Relator(a): Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, processo eletrônico DJe-250 PUBLIC 19-12-2014.

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 745745 AgR, Relator(a): Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, processo eletrônico DJe-250 PUBLIC 19-12-2014.

É interessante o teor da Constituição da África do Sul, que expressamente trata da questão da reserva de recursos para o atendimento dos direitos prestacionais em seu item 27:

Assistência médica, comida, água e previdência social

27. (1) Todos têm o direito de ter acesso a:

- (a) serviços de assistência médica, incluindo assistência médica reprodutiva;
- (b) comida e água suficientes; e
- (c) previdência social, incluindo, se não puderem sustentar a si mesmos e a seus dependentes, assistência social adequada.

(2) O Estado deve adotar medidas legislativas e outras razoáveis, dentro de seus recursos disponíveis, para obter a realização progressiva de cada um desses direitos.

(3) Ninguém pode ter recusado tratamento médico de emergência. (tradução livre)¹⁸⁶.

Nesse país o dispositivo constitucional expressamente assevera que os direitos prestacionais elencados no item dependem da previsão de recursos. Tal disposição é seguida, como se mostrará adiante ao falar do caso “Soobramoney”.

Sobre a razoabilidade há fartos exemplos. Existe uma doença denominada Esclerose Lateral Amiotrófica (ELA), multifatorial e progressiva, que acomete o neurônio motor. Há a paralisção das células nervosas, o que leva ao comprometimento do sistema respiratório. A doença ficou conhecida por acometer o físico Stephen Hawking. Não há cura para a enfermidade, que também tem por característica atingir poucas pessoas no mundo.

Há um tratamento experimental com terapias celulares, mas com valor muito alto, que chega a centenas de milhares de dólares. Seria razoável algum dos poderes efetivar a um portador de ELA, ou a mesmo um grupo deles, o direito a este tratamento experimental, enquanto tal quantia poderia ser aplicada em outros tratamentos com resultados já comprovados? Acredita-se que não, já que para além das razões óbvias de cunho financeiro e orçamentário, estaria se ferindo os princípios da igualdade, da impessoalidade, da eficiência, dentre outros.

Vamos admitir que fosse razoável custear o tratamento, visto que o Estado brasileiro é muito rico, podendo arcar com esta despesa. Entretanto, entre os

¹⁸⁶ Health care, food, water and social security

27. (1) Everyone has the right to have access to—

- (a) health care services, including reproductive health care;
- (b) sufficient food and water; and

- (c) social security, including, if they are unable to support themselves and their dependants, appropriate social assistance.

(2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights.

(3) No one may be refused emergency medical treatment.

portadores da doença existe um bilionário, cujo tratamento custaria no máximo 5% do seu patrimônio líquido. Então seria razoável o Estado arcar com o tratamento completo para ele? Novamente, acredita-se que não.

O segundo ponto, mas não menos importante, sobre a correta interpretação da decisão *numerus clausus*, é que ela determinou que para o direito prestacional ser exigível deve haver uma evidente violação do Direito. Para essa suposta violação cabe o ônus da prova ao autor, por ser fato constitutivo do seu direito.

Sem dúvida, é ônus do Estado a prova da ausência de recursos financeiros, seja fática ou jurídica, com a devida comprovação. Contudo, a prova da evidente violação do direito cabe ao administrado.

E está correta a decisão do Tribunal Alemão, dado que não é cabível a exigência de um certo direito se não há demonstração de que ele foi violado. Entretanto, por se tratar de direitos prestacionais e de direitos coletivos, a violação não é igual a de um direito subjetivo, por ser o regime de ambas as espécies de direitos diferentes.

Os direitos sociais se realizam mediante políticas públicas voltadas para todos os cidadãos, sem distinção. E essas políticas públicas são planejadas e executadas pelo Poder Executivo, levando em consideração diversos fatores, como os conselhos compostos por profissionais, as despesas que elas acarretam etc.

Assim, se eventualmente o cidadão não for contemplado pela política pública, apesar de ela atender outras pessoas com as mesmas necessidades, não se pode falar em evidente violação do direito.

O administrado tem direito a ter uma política pública que o atenda ao máximo, levando-se em consideração, para isto, o razoável do momento e do local.

A política pública é executada com propósito de atender a maioria da população que dela necessita, esse é o seu objetivo, e se o estiver alcançando, não pode ser considerada inexistente ou mesmo ineficiente.

Esse entendimento está conforme o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, pelo menos referente à saúde, em agravo regimental na suspensão de tutela antecipada nº 175/CE, na qual foi dito pelo Ministro Gilmar Mendes:

(...) podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo

SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso¹⁸⁷.

O motivo do pedido do paciente, baseado no fato de que seu organismo não aceita o tratamento disponibilizado, é justamente a razoabilidade que deve ser analisada conforme a tese da reserva do possível.

Portanto, revisitando o que já foi dito acima, a tese da reserva do possível prevê um teto para a efetivação dos direitos fundamentado na razoabilidade da política pública apresentada – o que poderia esperar a comunidade naquele momento, bem como o equilíbrio econômico orçamentário, além de outros interesses da sociedade.

Contudo, no Brasil, a tese foi importada com conteúdo diferente, como se ela se referisse tão somente à ausência de recursos financeiros para a efetivação dos direitos sociais prestacionais, o que não é verdade.

Como todas as escolhas estão cercadas pelo limite orçamentário, tendo que nele se encaixar, defende-se, portanto, que todas as políticas públicas – realizadas para efetivar direitos – devem se encaixar dentro do orçamento de modo razoável, ou seja, não pode uma determinada política ser supervalorizada, sendo atendida completamente, enquanto outras não são atendidas minimamente. Deve haver uma razoável distribuição de recursos para que todos os direitos sejam atendidos, mesmo que no mínimo essencial de cada um.

Isso porque a reserva do possível advém de uma realidade concreta, que é a finitude dos recursos públicos, a qual influencia a alocação financeira do orçamento, ou seja, as “escolhas trágicas”.

Nessa esteira, a doutrina especializada divide a tese da reserva do possível em termos de indisponibilidade técnica ou financeira; essa última, por sua vez, pode ser a fática ou jurídica. Ricardo Lobo Torres critica essa classificação, dizendo:

No Brasil, portanto [a reserva do possível], passou a ser fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira, que pode compreender a existência de dinheiro somente na caixa do Tesouro, ainda que destinado a outras dotações orçamentárias! Como o dinheiro público é inesgotável, pois o Estado sempre pode extrair mais recursos da sociedade, segue-se que há permanentemente a possibilidade fática de garantia de direitos, inclusive na via do sequestro da renda pública! Em outras palavras, faticamente é impossível a tal reserva do possível fática!¹⁸⁸

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010.

¹⁸⁸ TORRES, Ricardo L. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 110.

A indisponibilidade técnica ocorre quando há escassez ou inexistência de tecnologia para atender a demanda requerida por um determinado direito, tornando a obrigação impossível.

Exemplo: o autor de uma ação requer que o Estado forneça o remédio que cure o câncer que lhe acomete. Ora, como é fato público e notório, ainda não existe, infelizmente, remédio para a cura dessa doença.

Referente à escassez, podemos dar como exemplo, na mesma linha, que, ainda que existisse o medicamento para a cura da doença citada, em um primeiro momento a escala de produção seria insuficiente para distribuir remédio a todos.

Quanto à reserva do possível financeiramente fática, ela simplesmente diz respeito a ausência de recursos. Isto é, não se tem dinheiro para garantir determinado direito. Ana Paula Barcellos leciona: “O primeiro deles lida com a inexistência fática de recursos, algo próximo da exaustão orçamentária, e pode ser identificada como uma *reserva do possível fática*”¹⁸⁹.

Como a própria autora afirma, é difícil acreditar na reserva do possível fática tratando-se do Poder Público, que tem poder arrecadatório. Vidal Serrano Nunes Junior concorda com esse raciocínio:

(...) entendemos que a realização do mínimo existencial não convocaria o esvaziamento dos cofres públicos. Todavia, mesmo que assim o fosse, nessa seara, como o Estado, por evidente, também exerce uma atividade arrecadatória, quer nos parecer que a obrigação da governança seria a de incrementar a arrecadação, que seja pela criação de novos tributos, para fazer frente a tais despesas, ressaltando-se, porém, que só em países com o Produto Interno Bruto (PIB) muito baixo o problema se colocaria¹⁹⁰.

Entretanto, o poder arrecadatório, como já afirmado, é limitado constitucionalmente. Além disso, muitos Municípios não têm sequer capacidade de instalar o mínimo de estrutura para realizar a arrecadação dos tributos que lhe são constitucionalmente assegurados.

Os Municípios não podem criar outros tributos, ao contrário da União. Na verdade, nem sobre o tributo que mais arrecadam, o ISS, eles têm a possibilidade de aumentar a alíquota. Rememorando, o imposto que mais alimenta a receita municipal é o ISS - Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, cuja alíquota é determinada pela Lei Complementar nº 116/03, uma Lei Federal. No seu artigo 8º, a Lei limita a

¹⁸⁹ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 277-278.

¹⁹⁰ NUNES JUNIOR, Vidal S. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. Imprensa: São Paulo, 2009, p. 193.

alíquota a no máximo 5%. Assim, se um Município quiser cobrar 10% não poderia, por violar a Lei federal.

Quanto aos Municípios, pode realmente ocorrer indisponibilidade de recursos, bastando, em uma hipótese excepcional, o não repasse do FPM para deixá-los em péssima situação. Portanto, embora realmente seja possível questionar essa ideia, na prática, ela se acha muito presente.

O último tipo a ser comentado de reserva do possível é a financeiramente jurídica. Marcos Maselli sobre ela diz que:

A doutrina refratária aos direitos prestacionais aventou, em adição à reserva do possível fática, a *reserva do possível jurídica*. Mesmo que o Estado, disponha, materialmente, dos recursos necessários a um determinado direito prestacional, e ainda que eventual dispêndio destes recursos não obstaculize o atendimento a outro interesse fundamental, não disporia o Judiciário de instrumentos jurídicos para, em última análise, determinar, por via oblíqua, uma reformulação do orçamento, documento formalmente legislativo para cuja confecção devem se somar, por determinação constitucional, os esforços do Executivo e do Legislativo¹⁹¹.

Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo¹⁹² dizem que uma das dimensões da reserva do possível abrange “a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas (...)”.

Ana Paula Barcellos afirma que a “reserva do possível jurídica não descreve propriamente um estado de exaustão dos recursos, e sim a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular”¹⁹³.

A reserva do possível jurídica confunde-se, ou pelo menos está amalgamada, com outro instituto, o das “*tragic choices*”, escolhas trágicas, trazida a lume pelos autores Guido Calabresi e Philip Bobbitt. Logo na introdução, os autores apresentam o que são essas escolhas trágicas:

Nós não podemos saber por que o mundo sofre. Mas nós podemos saber como o mundo decide porque algumas pessoas virão a sofrer e outras não. No ensaio a seguir, nós estudamos a escassez que torna necessárias escolhas particularmente dolorosas. (...) Não tentaremos uma definição simples para separar a escolha difícil da trágica, ou da simples da difícil¹⁹⁴.

¹⁹¹ MASELLI, Marcos. **O controle judicial das omissões administrativas. Novas perspectivas de implementação de direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 19-20.

¹⁹² SARLET, Ingo W.; FIGUEIREDO, Mariana F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. (Orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30.

¹⁹³ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 277-278.

¹⁹⁴ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices**. New York: W. W. Norton & Company. 1978, p. 17.

A ideia de escolhas trágicas é a que, em um mundo que invariavelmente sofre com a escassez de recursos, devem ser feitas escolhas, muitas vezes difíceis, para saber quem será atendido em sua necessidade.

Calabresi e Bobbitt afirmam que existem dois padrões administrando as escolhas trágicas. O primeiro consiste na a decisão que a sociedade deve fazer: o que produzir e para quem produzir. O segundo padrão é um desenrolar de decisão, a racionalização e a violência. Fernando Facury Scaff esclarece:

Outro enfoque é o da *reserva financeiramente possível*, que parte da mesma concepção de escassez, só de que dinheiro. E pode ocorrer tanto no âmbito público quanto no privado. Ambas se caracterizam como limitação de recursos financeiros, sendo a diferença básica a questão do financiamento. É como se houvesse um *cobertor curto*, insuficiente para cobrir todas as partes do corpo, sendo necessário escolher quais devem ser priorizadas¹⁹⁵.

No exemplo citado, as partes do corpo são os direitos e o cobertor é o orçamento. A reserva do possível é o cobertor ajustado ao corpo, para que todas as partes sejam cobertas da melhor forma possível. Já a “escolha trágica” decide quais partes ficarão cobertas e quais ficarão de fora.

Mas quem escolher para ser atendido, e por quê? Para influenciar essa escolha concorrem diversos fatores, muitas vezes subjetivos ou externos ao gestor responsável por ela.

Será razoável, em um Município pequeno, que carece de um ortopedista, a gestão construir um enorme hospital ortopédico, com a mais avançada tecnologia, deixando, por isso, de construir uma também necessária creche? A reserva do possível atuará como vetor de razoabilidade das opções políticas do legislador, sobre a necessidade da construção hospitalar, sempre com vistas no interesse geral da comunidade.

Seria razoável construir o hospital? Será que o *teto* do direito à saúde, naquele momento e local, não privilegiaria a construção de duas unidades básicas de saúde? A construção do hospital naquele momento não ultrapassaria o *teto* da razoabilidade para aquela população? Em outras palavras, o Município não estaria dando um passo maior que a perna, pois, além do hospital, teria que arcar com a manutenção de equipamentos, com funcionários, medicamentos etc.?

¹⁹⁵ SCAFF, Fernando F. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 296.

Outro ponto a ser analisado, que decorre do segundo padrão, é a reação da parte que não foi atendida na escolha.

Isso porque, como já demonstrado nesse trabalho, direitos têm custos, em maior ou menor escala. Por isso, nem todos irão ser atendidos, especialmente pelos direitos prestacionais, em face da escassez.

O que se quer deixar nítida é a inexistência de uma batalha de direitos contra o orçamento, havendo uma batalha de direitos pelo orçamento. O orçamento não é um fim em si mesmo, mas um meio para que sejam efetivados, e posteriormente garantidos e mantidos, os objetivos da Constituição.

Por esse motivo, é um erro dizer que o orçamento ou qualquer aspecto financeiro do Município se digladia com algum dos direitos, especialmente os fundamentais.

O Legislador não avalia a colisão de um princípio/direito contra a “reserva do possível”, mas de um direito contra todos os outros, para poder encaixá-los, da melhor maneira possível, no orçamento público.

O Poder Executivo faz o planejamento de quanto e onde pretende gastar o valor arrecadado com as receitas públicas, e as envia para o Legislativo, que dá a palavra final, obedecendo, claro, os percentuais mínimos constitucionais e legais.

Todavia, mesmo dentro da despesa vinculada existe a discricionariedade dos agentes políticos. É preciso comprar quais remédios e para quais doenças? Deve-se investir mais em campanhas de vacinação ou em operações cardíacas? Deve-se abrir mais leitos de UTI ou adquirir mais equipamentos para exames? São todas escolhas válidas, que dependerão, em grande parte, do momento e da situação da saúde em determinado local ou região. Fernando Facury Scaff explica esse conceito:

No mesmo sentido, é possível acabar com o analfabetismo ou erradicar as doenças endêmicas, como dengue ou zika, mas é necessário decidir onde se deve fazer esse gasto, pois, no âmbito orçamentário, existe uma decisão *política* que *prioriza* sua realização. Essa eleição de prioridades dentre as políticas públicas ocorre no âmbito orçamentário, como regra, em razão de uma deliberação que surge do entrelaçamento entre os poderes Legislativo e Executivo, e não se refere propriamente à reserva do possível, mas a outro conceito, o das *escolhas públicas (trágicas)*.

Enquanto a *reserva do financeiramente possível* é um conceito que parte de uma análise *econômica*, de escassez de recursos, o conceito de *escolhas públicas* é *eminentemente* político e parte das opções políticas que são possíveis de serem realizadas com os recursos existentes¹⁹⁶.

¹⁹⁶ SCAFF, Fernando F. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 297.

Os Poderes Executivo e Legislativo são os legitimados constitucionalmente para realizar a alocação de recursos públicos, e, portanto, escolherem quais direitos, por meio das políticas públicas, serão privilegiados. Entretanto, a discricionariedade deles não é ilimitada, devendo atentar, sobretudo, para os objetivos e fundamentos estabelecidos nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal.

Além disso, as escolhas devem obedecer, como não poderia deixar de ser, o princípio da legalidade e os planos, metas e programas já estabelecidos, de modo a dar eficácia máxima às políticas públicas existentes ou as que vierem a ser criadas.

A questão importante é o que será colocado no orçamento, qual o direito a ser atendido e o motivo da sua inclusão. Essa escolha não pode ser aleatória, deve estar fundamentada, mesmo que subjetivamente¹⁹⁷. Da mesma forma, para que determinado direito não seja contemplado ou não seja atendido satisfatoriamente também deve haver justificção.

Assim leciona Virgílio Afonso da Silva:

(...) toda não-realização de direitos que exige uma intervenção estatal é uma forma de restrição ao âmbito de proteção desses direitos, a consequência natural, como ocorre em todos os casos de restrições a direitos fundamentais, é uma exigência de fundamentação. Restrição fundamentada é restrição possível; restrição não-fundamentada é violação¹⁹⁸.

Como a alocação dos recursos ocorre para atender direitos, não é censurável que, além dos critérios racionais, a escolha também seja pautada pela moral ou por valores. É a subjetividade intrínseca da escolha. Já o fator externo advém da pressão social do povo sobre seus representantes políticos, seja pessoalmente, em reuniões de grupos (organizados ou não), seja através das redes sociais.

Todavia, essas escolhas, ainda que morais ou valorativas, devem ter uma base racional mínima para sustentá-las, mostrando que são o melhor para a comunidade naquele momento, promovendo uma verdadeira justiça distributiva.

Vê-se, atualmente, a situação incrível e inaceitável de parlamentares que buscam retirar recursos da saúde e da infraestrutura para alocá-los no denominado

¹⁹⁷ É conhecido que tanto no apontamento pelo Executivo, quanto pelas emendas à Lei Orçamentária pelo Legislativo, tem-se muito em conta o modo de ver o mundo de cada um dos atores, sem qualquer dado objetivo a embasar a escolha. Embora saibamos que seja praticamente impossível eliminar essa característica da escolha, ela deveria ser pelo menos minimizada. Parlamentares, por exemplo, de determinada bancada, como a evangélica, ruralista etc., tendem a buscar emplacar emendas que favoreçam a sua religião ou profissão, mesmo que já suficientemente atendidas em comparação com outras políticas públicas.

¹⁹⁸ SILVA, Virgílio A. **Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 250-251.

fundo eleitoral, com a justificativa de que as eleições municipais terão mais candidatos participando. De onde será que tiraram essa ideia, visto que as convenções partidárias ainda nem podem ser marcadas? Há um estudo de anos anteriores a partir do qual podem tirar essa conclusão? E mesmo que houvesse, o financiamento das eleições é mais importante que o financiamento da saúde?

Não há nenhuma fundamentação nessa decisão de alocação de recursos. Ressalte-se que não se está propugnando que cada parlamentar fundamente seu voto, isso seria tecnicamente inviável. O que se pede é que fique consignada junto à lei de orçamento aprovada pelos parlamentares a razão das mudanças realizadas no projeto proposto pelo Executivo, o qual também deve identificar e explicar para a população o critério de escolha que orientou a confecção do orçamento enviado para o Parlamento.

Pelo menos no Município de Manaus, as contas públicas ficam disponíveis aos cidadãos, nos termos do artigo 29, da Lei Orgânica do Município de Manaus:

Art. 29. As contas do Município ficarão à disposição dos cidadãos durante 60 dias, a partir de primeiro de maio de cada exercício, no horário de funcionamento da Câmara Municipal, em local de fácil acesso ao público.

§ 1º A consulta às contas municipais poderá ser feita por qualquer cidadão, independente de requerimento, autorização ou despacho de qualquer autoridade.

§ 2º A consulta só poderá ser feita no recinto da Câmara e haverá pelo menos três cópias à disposição do público.

Todavia, não basta apenas abrir as contas públicas, deve ser divulgado o orçamento todo, com as devidas explicações para o cidadão comum, para que ele saiba onde, como e de que forma os recursos estão sendo alocados.

Os eleitos para os Poderes Executivo e Legislativo são legitimados pelo povo para fazerem escolhas por ele, mas seu poder não é ilimitado, muito pelo contrário, deve ser fiscalizado e controlado, pautados nos objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição Federal. Nesse rumo, Ana Paula Barcellos vaticina que as escolhas da alocação do orçamento têm:

influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Dito de outra forma, as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas de estatura constitucional¹⁹⁹.

¹⁹⁹ BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. (Orgs.). **Direitos Fundamentais — orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 117.

Por isso que as escolhas realizadas pelos Poderes Executivos e Legislativo somente poderão ser modificadas pelo Judiciário, como se verá a seguir, se, e somente se, tiverem em seu bojo uma grave inconstitucionalidade ou transbordarem da legalidade, resultando, então, em perda de legitimidade.

Neste contexto, é muito claro que a Constituição, dentre todos os direitos, reservou aos serviços públicos de educação e saúde uma atenção especial, na medida em que ordenou a alocação compulsória de determinado percentual de investimento e propôs a criação de fundos para promover o seu fomento.

Mas não é só. Caso os entes federativos não cumpram o determinado pela Constituição no que tange à aplicação de despesas mínimas, eles podem sofrer diversas penalidades e impedimentos, tais como:

- a) Intervenção federal, nos termos do artigo 36, III, da CF;
- b) Vedação de transferências voluntárias (artigo 25, IV, alínea “b” da Lei de Responsabilidade Fiscal), de quaisquer outros entes para o Município;
- c) Impedimento das transferências de recursos provenientes das receitas do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, pelo disposto no artigo 160, parágrafo único, inciso II da Constituição;
- d) Rejeição das contas do Administrador Público, segundo os artigos 49, IX e 71, I da Constituição, entre outros.

Além dessas, mais conhecidas, Élide Graziane Pinto²⁰⁰ cita outras diversas consequências para a desobediência do Gestor Público. Portanto, é imprescindível analisarmos essas duas espécies de despesas obrigatórias.

Então, é pertinente analisarmos como se dá o financiamento e como são despendidos recursos com esses dois direitos pelos Municípios brasileiros.

3.3 Despesas e responsabilidades dos Municípios com saúde

Questões de saúde no Brasil são atendidas pelo SUS - Sistema Único de Saúde, o qual tem as suas fontes de financiamento estabelecidas no artigo 198, § 1º, da CF, ou seja, ele deve ser sustentado “com recursos do orçamento da seguridade

²⁰⁰ PINTO, Élide G. **Um microssistema de tutela do custeio dos direitos sociais nos protege**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-08/contas-vista-microssistema-tutela-custeio-direitos-sociais-protege>,> com acesso em 07 dez. 2019.

social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”.

Referente à primeira parte do parágrafo da CF, a Seguridade Social é, direta e indiretamente, financiada por toda a sociedade por meio dos impostos e contribuições sociais previstas no artigo 195 e incisos da CF. Quanto à segunda parte, nela é dada permissão para que pudessem ser criadas outras fontes de receitas, cuja arrecadação é destinada apenas aos gastos com saúde²⁰¹.

Ademais, o SUS é custeado pelos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. No que tange ao financiamento da saúde pelos Municípios, ficou estabelecido que eles devem aplicar, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo 15% da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal, nos termos do artigo 7º, da Lei Complementar 141/12.

Para se compreender como se processa a fiscalização da aplicação dos recursos, deve-se, inicialmente, buscar delimitar o que são as ações e serviços públicos de saúde.

Primeiramente, deve-se estabelecer o que conta como aplicação mínima obrigatória determinada pela Constituição. Nos termos do artigo 2º, da LC – Lei Complementar nº 141/12, são computados no recurso mínimo de aplicação obrigatória as ações e serviços públicos de saúde que:

- I - sejam destinadas às ações e serviços públicos de saúde de acesso universal, igualitário e gratuito;
- II - estejam em conformidade com objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente da Federação; e
- III - sejam de responsabilidade específica do setor da saúde, não se aplicando a despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que incidentes sobre as condições de saúde da população.

Além disso, devem as ações e serviços públicos de saúde ser financiados com recursos movimentados por meio dos respectivos fundos de saúde (artigo 2º, p. único, da LC 141/12).

No artigo seguinte, a Lei destrincha o que são consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde:

- I - vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária;

²⁰¹ NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 85.

- II - atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais;
- III - capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS);
- IV - desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS;
- V - produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos;
- VI - saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas nesta Lei Complementar;
- VII - saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos;
- VIII - manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças;
- IX - investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde;
- X - remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais;
- XI - ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde;
- e
- XII - gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde.

Em outras palavras, para serem considerados ações e serviços públicos de saúde, eles devem acontecer gratuitamente para toda a população; precisam ser financiados com recursos movimentados por meio dos respectivos fundos de saúde; devem estar inclusos no plano de saúde e executados na função saúde; e é necessário que sejam aprovados pelo Conselho de Saúde.

A partir do que foi exposto, questiona-se: o cumprimento de decisão judicial que ordena, por exemplo, a entrega de um medicamento não constante das listas do SUS para uma única pessoa pode ser incluído nas ações e serviços públicos de saúde, e, por consequência, na cotação do mínimo estabelecido?

Acredita-se, com base nos artigos acima citados, que não. Tem-se este entendimento porque a entrega do medicamento não será universal. Igualmente, por não estar nas listas de medicamentos do SUS, não faz parte das dos Planos de Saúde.

Algo recorrente no Município de Manaus consiste no fato de que, pelo descuido de décadas dos governos com Municípios do interior do Estado, que não dispõem de unidades hospitalares em quantidades adequadas, como também pela ausência de médicos especialistas, muitos dos tratamentos que a população

interiorana necessita é feito em Manaus. Não à toa que Manaus é conhecida como Cidade-Estado.

E não se está falando de tratamentos de alta complexidade, que devem ser de competência do Estado, mas de consultas a clínicos gerais, e, especialmente, do acesso a medicamentos e exames essenciais.

Esse fenômeno é chamado de *free-rider*, o qual, embora compreensível, não deveria ocorrer, pois ocasiona sobrecarga sobre as finanças de um Município. Ele deixa ver, também, que o outro ente não está cumprindo os seus deveres constitucionais, independente do motivo.

O Município não pode deixar de efetuar os atendimentos, embora, como dito, não seja bom para as suas finanças, por isso, são importantes os consórcios públicos, como fala-se adiante.

3.4 Despesas e responsabilidade dos Municípios com educação

Referente ao financiamento da educação, ele é feito pelos impostos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Os Municípios têm que aplicar 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212, da CF).

Nesse ponto, diferente da questão da saúde, temos um norte sobre o que seja “manutenção e desenvolvimento do ensino”, visto que o artigo 70 da Lei nº 9.394/96 expõe que as despesas devem ser realizadas com vistas à: consecução da remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação; aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino; uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino; levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino; realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino; concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas; amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo; aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.

O artigo 71 da mesma Lei, por sua vez, declara o que não pode ser considerado gasto com manutenção e desenvolvimento do ensino.

Portanto, caso se tenha alguma ação que não esteja contemplada nem em um e nem em outro deve-se verificar de quais prescrições ela se aproxima mais, fazendo a interpretação analógica. Os artigos não são taxativos.

Em relação ao ensino fundamental, o Estado e o Município devem dividir o financiamento proporcionalmente aos recursos de cada um (Art. 10, II, da Lei nº 9.394/96). Portanto, sempre o Estado deve arcar mais, pois a sua arrecadação é maior que a municipal.

A educação tem como “fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas” (art. 212, § 5º, da CF).

É importante mencionar que a EC nº 14/1996 criou o FUNDEF (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério) e corrigiu algumas discrepâncias do sistema, de forma que os recursos fossem distribuídos aos entes de acordo com o número de alunos matriculados, bem como detalhou a atuação de cada ente.

Com o término do prazo de vigência do FUNDEF, foi editada a EC 53/2006, criando o FUNDEB, aumentando os valores de financiamento da educação e aperfeiçoando alguns mecanismos nas políticas de educação.

O FUNDEB possui a sua normatização tanto por via constitucional, no artigo 60, do ADCT, e por Lei, a de nº 11.494/07. Há uma preocupação com a aplicação e destinação do recurso do fundo, que fica sob a responsabilidade dos Conselhos do FUNDEB, em nível federal, estadual e municipal, além do Distrito Federal.

Esses conselhos são formados por membros de todos os setores, ou seja, é composto por representantes de docentes, discentes, administradores e até das famílias dos alunos, fazendo um verdadeiro controle social e participativo na fiscalização da aplicação do dinheiro público.

Caso não aplicado o dinheiro segundo a destinação legal, deve haver a responsabilização pessoal do gestor que deu causa, além de ser necessária a devolução do valor ao Erário, com as devidas atualizações monetárias.

Pelo mandamento do artigo 211, § 2º, da CF, “os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil”. A Constituição não acertou nesse ponto. Explica-se.

A educação infantil, segundo diversos estudos, é a fase mais importante para o desenvolvimento motor e intelectual da pessoa. Assim, deveria haver um investimento maciço de recursos financeiros, humanos e tecnológicos nela, o que não é possível de ser feito somente pelos Municípios, por todo o narrado antes.

O valor investido na educação infantil e fundamental, no Brasil, entre os anos de 2000 e 2015, foi de cerca de R\$ 6.300,00, por aluno, anualmente. Na educação superior, esse valor foi de aproximadamente R\$ 23.400,00, ou seja, quase quatro vezes mais²⁰².

No mesmo período, do investimento feito pela União em educação, 66,5% foi para o ensino superior, enquanto 33,5% foi para a educação básica. Se os Municípios não conseguem nem arcar com o seu Poder Legislativo, o que dirá com uma educação básica de qualidade. É necessário que a União diminua a diferença entre as porcentagens de aplicação de recursos nos níveis de ensino de forma urgente. Na atual situação não se tem bons alunos em nenhum dos níveis da educação.

Em termos de comparação, a OCDE informou que o Brasil gasta quase o mesmo que os países europeus no ensino superior (U\$ 14.261,00 e U\$ 15.656,00, respectivamente), mas no ensino fundamental gasta menos da metade (U\$ 3.762 e U\$ 8.539,00), sendo que a maior parte desse valor é para pagar o salário de professor.

Essa estratégia de investimento traz um enorme problema: como os alunos não têm educação básica de qualidade, chegam na faculdade muito despreparados, o que faz com que não aproveitem todo o conteúdo lecionado. Por isso, há desperdício de dinheiro, já que não se cria bons profissionais para o mercado de trabalho.

Deve-se diminuir a diferença entre as porcentagens de aplicação de recursos nos níveis de ensino, ajudar, dessa forma, os Municípios com a educação básica, sendo o valor destinado a eles aplicado em infraestrutura e tecnologia educacional, sem descuidar do ensino superior.

Não se trata, portanto, de inverter os percentuais de aplicação de recursos entre os níveis de ensino, mas destinar maior investimento a estágios prioritários.

Contudo, como os Municípios podem cumprir melhor a sua obrigação de apresentar uma educação infantil de qualidade?

²⁰² Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/05/03/constituicao-preve-que-ensino-basico-e-prioridade-de-estados-e-municipios-entenda-os-gastos-com-educacao.ghtml>>, com acesso em 24 nov. 2019.

O primeiro passo é realizar o engajamento da família no processo educacional da criança. Isso produz efeitos imediatos e concretos e não se tem praticamente nenhuma despesa. Pode-se fazer um convite para os pais visitarem escolas, de forma que eles vejam os trabalhos escolares de seu filho; também podem ser enviadas mensagens de texto por aplicativos, informando os pais das atividades da criança na escola e da sua presença nas aulas.

O primeiro passo é garantir que as crianças pequenas tenham acesso a creches, que, além de proporcionar educação de qualidade, possibilitam que os pais, especialmente as mães, trabalhem. Mas se os Municípios não têm recursos para construir, e, pior, para manter as creches, como fazer?

É possível a criação de um sistema de financiamento para o ingresso das crianças em creches privadas, tal como o modelo do PROUNI (Programa Universidade para Todos) ou FIES (Fundo de Financiamento Estudantil). O valor poderia ser repassado pela União através de convênio com as Prefeituras.

E o recurso, de onde viria? Tem-se duas opções. A primeira fonte de financiamento poderia ser proveniente de uma revisão geral dos benefícios tributários concedidos pela União, muitos dos quais, como já demonstrado, não têm nenhuma razoabilidade e comprovação de que dão o resultado esperado.

A segunda possibilidade é extrair recursos da educação superior. Não do fundo educacional destinado a esse nível de ensino, mas propõe-se a cobrança de mensalidade dos estudantes que cursam o ensino superior público, desde que alcancem certos requisitos.

É assunto controverso, mas o Supremo Tribunal Federal já disse que é juridicamente possível, nos autos do Recurso Extraordinário (RE) 597854²⁰³, com repercussão geral reconhecida, a cobrança de mensalidade pelas universidades públicas dos cursos de especialização, cuja a tese é: “a garantia constitucional da gratuidade de ensino não obsta a cobrança por universidades públicas de mensalidade em cursos de especialização”.

Os requisitos para a cobrança poderiam ser renda familiar, reingresso em outro curso, o aluno já estar empregado, cobrança por mestrado profissionalizante etc.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 855178/RG, Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 05/03/2015, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-050 DIVULG 13-03-2015.

Vários países cobram pelo ingresso na universidade pública, entre eles, Austrália, Canadá e Coréia do Sul. Segundo estudo da OCCE de 2018, dos 29 países pesquisados, 4 cobram menos de U\$1.000,00 por ano, e 16 cobram entre US\$1.462,00 (Portugal) a US\$11.796,00 (Inglaterra)²⁰⁴.

Esse valor, cobrado especialmente pela especialização, poderia financiar, se não toda, pelo menos uma boa parte das creches privadas.

Segundo relatório do segundo ciclo de monitoramento das metas do PNE 2018, elaborado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), quase 1,7 milhões de crianças estão fora das creches, pela meta estipulada pelo PNE.

Por sua vez, segundo relatório executivo da V Pesquisa Nacional de Perfil Socioeconômico e Cultural dos(as) Graduandos(as) das IFES²⁰⁵, existem 1.200.300 discentes, distribuídos por 65 IFES e por 395 campi, ingressantes no período entre 2000-2018.

Deles, 13,2%, possuem uma renda familiar *per capita* entre 3 e mais de 20 salários mínimos. Escolheu-se apresentar essa porcentagem para se fazer uma comparação com a Lei Estadual da Defensoria Pública do Amazonas, a qual diz que ela deve atender pessoas que tenham ganhos de até 3 salários mínimos²⁰⁶ (art. 4º, § 1º, da Lei Complementar nº 001/1990).

Caso fosse cobrado o valor médio de R\$ 800,00, teríamos o pagamento de R\$ 158.439,60 por parte dos discentes, que daria a quantia anual total de R\$ 126.751.680,00.

É importante lembrar que esse valor seria cobrado apenas dos graduandos, estando de fora os pós-graduandos. Ainda, fez-se a estimativa com um valor médio, podendo haver aumento conforme a renda *per capita* da família ou do curso desejado.

Considerando que o valor médio de uma creche particular seja de R\$200,00 (com base no Município de Manaus), seriam necessários aproximadamente R\$ 340.000.000,00 para que todas as crianças tivessem vagas. Portanto, é possível dizer

²⁰⁴ **Education at a Glance**. Disponível em <https://www.oecd-ilibrary.org/education/education-at-a-glance-2018_eag-2018-en>, com acesso em 11 nov. 2019.

²⁰⁵ Disponível em <https://cristianoalvarenga.com/wp-content/uploads/2019/05/V-Perfil-dos-Estudantes_compressed.pdf>, com acesso em 11 nov. 2019.

²⁰⁶ Nesse mesmo sentido, pode-se citar a Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso, São Paulo, Santa Catarina, Piauí, entre outras.

que com o valor advindo da cobrança dos graduandos do ensino superior seria possível arcar com cerca de mais de um terço das vagas.

Caso incluísse a pós-graduação, é certo que tal cobrança arcaria com pelo menos metade das vagas necessárias para as crianças em creches particulares.

O tema é árido, movido por paixões ideológicas, não se olvida, mas deve ser estudado sem esse viés, com base em estudos e números, no intuito de fortalecer ainda mais a educação infantil.

4 PROBLEMAS NO FINANCIAMENTO E DESPESAS COM DIREITOS PRESTACIONAIS NO MUNICÍPIO DE MANAUS

4.1 A situação manauara nos últimos anos em relação a receitas e despesas

Diferentemente de outros Municípios, pode-se asseverar que a situação do Município de Manaus é privilegiada.

Pelo consagrado índice FIRJAN de gestão fiscal de 2019, com ano-base de 2018, Manaus está entre os 4% de Municípios cuja gestão fiscal foi considerada excelente, com nota média de 0,8022, estando em 3^a entre as capitais, perdendo apenas para Salvador e Rio Branco.

A nota foi maior que a do ano-base de 2017, 0,7480. Isso ocorreu em razão da sua maior liquidez e capacidade de investimento, mesmo que o gasto com pessoal tenha aumentado.

Além disso, Manaus foi considerado o Município com a melhor gestão previdenciária do país, ganhando o prêmio oferecido pela Associação Brasileira de Instituições de Previdência Estaduais e Municipais – ABIPEM.

Esse conjunto de boas práticas fiscais e previdenciárias deram conforto para o Município na situação de crise econômica do país.

Manaus, segundo o IBGE, é a terceira cidade mais industrializada do país, com 2,1% de participação na indústria, perdendo apenas para São Paulo e Rio de Janeiro. Esse dado expõe a desigualdade regional do nosso país, especialmente no que concerne a infraestrutura e população, pois mesmo com a isenção e imunidade de vários tributos, as empresas preferem se instalar no sudeste, justamente por causa da melhor logística que aquela região dispõe, com estradas, portos etc., bem como por ficar mais próxima do seu mercado consumidor.

No ano de 2019, o orçamento do Município de Manaus foi de cerca de 5,15 bilhões de reais. Desse valor, as maiores receitas foram a receita tributária, de quase 1,2 bilhão de reais, e a transferência corrente, de 2,9 bilhões de reais.

Da receita estimada, a Secretaria Municipal de Educação consome um orçamento de quase 1,4 bilhão, isto é, mais que a receita tributária estimada. A Secretaria Municipal de Saúde trabalha com aproximadamente R\$ 950 milhões. Contudo, deve-se incluir também como ações e serviços de saúde o saneamento

básico – desde que cumprido os requisitos da Lei Complementar – que está orçado em cerca de 127 milhões de reais.

Para o ano de 2020, o Município prevê uma arrecadação de 6,2 bilhões de reais, um aumento de 20% em relação ao orçamento previsto para o ano de 2019. Em tempos de retomada da economia, considera-se muita audaciosa essa estimativa. Entretanto, contando com o aumento proporcional da arrecadação própria, mais os repasses estaduais e federais, talvez seja possível tal arrecadação.

Segundo o site da Secretaria de Estado da Fazenda do Amazonas, no começo de dezembro será repassado para o Município de Manaus os valores de R\$1.425.087.458,56, relativo ao ICMS e R\$158.587.580,95, referente ao IPVA, totalizando, em repasses de impostos estaduais, R\$ 1.583.675.039,51. Ou seja, toda a despesa planejada para ser investida em educação no Município pode ser bancada com o repasse do Estado do Amazonas.

Referente às transferências estaduais, o site Tesouro Transparente²⁰⁷, do Governo Federal, diz que do FPM, Manaus recebeu, até o mês de agosto do ano de 2019, valor muito próximo a 380 milhões de reais. Porém, sendo adicionadas todas as transferências constitucionais federais e os *royalties*, esse valor sobe para mais de 620 milhões.

Somadas a esses valores, existem as transferências legais, voluntárias ou específicas, que alcançaram a quantia de quase 765 milhões de reais. É interessante perceber que o valor desse tipo de transferência é maior que o do FPM somado ao dos *royalties*.

Contudo, nem sempre o orçamento é suficiente para que sejam executadas pelos Municípios todas as políticas públicas necessárias. Vale lembrar, Manaus é um oásis no deserto de dívidas e caos fiscal em que vivem os Municípios brasileiros, tanto do ponto de vista fiscal como previdenciário.

No entanto, mesmo o Município em questão depende de recursos dos outros entes subnacionais para poder cumprir as suas determinações constitucionais. Se dependesse somente da receita própria o Município de Manaus não conseguiria fazer os investimentos necessários para atender os anseios da população, especialmente em matéria de transporte público, mobilidade urbana e moradia, questões sociais consideradas cruciais.

²⁰⁷ Disponível em: <<https://www.tesourotransparente.gov.br/>>. Acesso em: 23.jul.2020

Existem outros problemas que afetam a implementação dos direitos prestacionais pelos Municípios, sendo alguns deles apontados abaixo.

4.2 Intervenção judicial nas políticas públicas referentes a direitos prestacionais

Talvez a intervenção judicial nas políticas públicas referentes a direitos prestacionais seja a principal causa de impacto no panorama de descompasso entre a receita e as despesas municipais, primordialmente na questão da saúde.

Os Municípios planejam as metas e programas das políticas públicas de sua competência constitucional e introduzem as despesas a serem realizadas com elas no orçamento. O orçamento deve ser obedecido (artigo 167 da CF), não tendo o Administrador carta branca para usar o dinheiro de acordo com a sua vontade²⁰⁸, porque os cálculos foram aprovados pelo Poder Legislativo, o qual tem a competência constitucional, como representante do povo, para dizer como deve ser usufruída a receita proveniente dos tributos.

Então, grande parte do orçamento é vinculado, ou seja, tem destinação específica que não pode ser alterada (art. 167, II e VI, da CF). Dentre as destinações, cita-se o “financiamento das ações e serviços públicos de saúde e à manutenção e desenvolvimento do ensino”, estipulados constitucionalmente.

Desse modo, quando o Poder Judiciário, a título de garantir um direito fundamental prestacional, ordena um gasto não previsto no orçamento, ele causa um desequilíbrio que afetará toda a comunidade envolvida. Então, é importante que se ponham balizas para a atuação desse poder, de modo a causar menor impacto possível para o resto da sociedade, e, em paralelo, para que também possa ser atendido o anseio individual. Vitor Hugo Mota de Menezes leciona:

Inúmeras críticas são lançadas, principalmente quanto à judicialização das políticas públicas, e umas até procedentes, no sentido de que o destino de recursos públicos envolva escolhas tipicamente políticas, sendo natural e desejável que as instâncias majoritárias tenham precedência, pois, no sistema democrático brasileiro, incumbe ao Executivo e Legislativo o dever de considerar realidades abrangentes e assumir os ônus políticos decorrentes de escolhas mal feitas²⁰⁹.

²⁰⁸ Excepcionalmente, o Administrador Municipal pode movimentar 30% das receitas relativas a impostos, taxas e multas, já instituídos ou que vierem a ser criados (art. 76-B, ADCT), todavia, existem diversas exceções, sendo a mais importante a impossibilidade de se mexer nos recursos destinados à saúde e educação.

²⁰⁹ MENEZES, Vitor Hugo M. **Direito à Saúde e Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 106.

Mas as políticas públicas dão ao cidadão um direito subjetivo? Se sim, qual o limite desse direito no que se refere ao ajuizamento de ações individuais? Sobre o tema, Maria Paula Dallari Bucci aduz:

A criação de determinado programa faz surgir interessados, titulares de direitos específicos a medidas contempladas no programa (a eles, por alguma razão, não estendidas), onde antes havia apenas titulares de direitos em abstrato. Exemplificando, a existência de uma política de valorização do ensino fundamental pode fazer surgir o direito à matrícula numa escola em determinada região onde antes se poderia falar apenas em titularidade do direito à educação. Como lidar com esse 'novo direito', que pode estar colocado diante de novas complexidades, compreendidas na estrutura e funcionamento do programa?²¹⁰.

Um dos problemas, que interessa diretamente a esse trabalho, é que o direito subjetivo possui entre os seus requisitos a coercibilidade, ou seja, o sujeito pode coagir outrem a cumprir o dever imposto pelo ordenamento jurídico.

Será que, por exemplo, pode um cidadão exigir, com base no direito à saúde, que seja construído um hospital em sua comunidade? Ou que seja construída uma creche para os seus filhos?

Quando se pensa no caso de uma pessoa que necessite de tratamento médico, digamos, ortopédico, em um longínquo Município do interior amazonense, ou paraense, que não dispõe nem de aeroporto, como fazer? Pode o cidadão exigir a construção de um centro médico para se realizar a cirurgia? Pode-se sustentar que a tutela específica da obrigação de fazer pode ser realizada de outro modo, conforme o artigo 536, do Código de Processo Civil, mas será realmente viável?

Importantes autores ditam, vigorosamente, que o Poder Judiciário não pode intervir nas políticas públicas. Reinhold Zippelius assevera:

Precisamente em casos em que a ação estatal deve criar os fundamentos materiais para o desenvolvimento da liberdade individual, a justiça social não pode ser aproveitada, sem mais, como direitos exigíveis por via de ação judicial. Quando, p. ex., a título de direitos sociais fundamentais, se exige uma garantia jurídica de um posto de trabalho, de habitação adequada ou de outras prestações de Estado Social (...). Quem reivindica direitos desta natureza, pensa, pois, em termos de uma economia socialista de administração central. Numa democracia pluralista, pelo contrário, a oferta de trabalho ou de habitações não está por princípio sujeita à disposição estatal, mas é determinada pelas leis de mercado²¹¹.

Não de modo tão assertivo, José Joaquim Gomes Canotilho diz:

Há uma dose de verdade em todas estas afirmações, mas, ao mesmo tempo, torna-se imperioso relativizá-las. Parece inequívoco que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais se caracteriza: (...) (4) pela

²¹⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 266.

²¹¹ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 428 [livro eletrônico].

insusceptibilidade de controlo jurisdicional dos programas político-legislativos, a não ser quando se manifestam em clara contradição com as normas constitucionais, ou transportem dimensões manifestamente desrazoáveis²¹².

Frank Isaac Michelman²¹³ argumenta não do ponto de vista da proibição de o Poder Judiciário atuar, mas assevera que a sua atuação redundaria ou no descrédito ou no seu embaraçamento:

Ao constitucionalizar os direitos sociais, o argumento frequentemente afirmado, que você força o judiciário a uma escolha infeliz entre usurpação e abdicação, da qual não há escapatória sem constrangimento ou descrédito. Diz-se que uma maneira é a escolha judicial de emitir uma ordem de execução positiva, uma tentativa pretensiosa, inexperiente, provavelmente vã, mas ainda assim ressentida, de confundir as prioridades mais básicas de gerenciamento de recursos da fazenda pública contra a vontade política predominante. A outra maneira reside na escolha judicial de denegrir perigosamente todo o curso dos direitos e do Estado de Direito, concedendo abertamente aos órgãos executivos e parlamentares um privilégio irrevisível de adiamento indefinido de um direito constitucional declarado²¹⁴.

Paul Laband²¹⁵ aparentemente concordaria com esses argumentos, visto que ele asseverou que o orçamento apenas autorizava despesas e previa o recebimento de receitas pela Fazenda, por isso, as despesas previstas não criavam obrigação jurídica possível para o Estado.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que somente pode haver intervenção do Judiciário na Administração Pública quando “o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis”²¹⁶.

Outra possibilidade de intervenção judicial, segundo o STF, é quando for necessário preservar a integridade e a intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial.

²¹² CANOTILHO, José Joaquim G. **Metodologia Fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais**. Estudos sobre direitos fundamentais, 1ª ed., 3ª tir., São Paulo: Editora RT, p. 107

²¹³ MICHELMAN, Frank Isaac. Constitution, social rights, and political justification. **International Journal of Constitutional Law**, v. 1, n.1, 2003, p. 16.

²¹⁴ No original: “By constitutionalizing social rights, the argument often has run, you force the judiciary to a hapless choice between usurpation and abdication, from which there is no escape without embarrassment or discredit. One way, it is said, lies the judicial choice to issue positive enforcement order sin a pretentious, inexpert, probably vain but nevertheless resented attempt to shuffle the most basic resource-management priorities of the public house-hold against prevailing political will. The other way lies the judicial choice to debase dangerously the entire currency of rights and the rule of law by openly ceding to executive and parliamentary bodies an unreviewable privilege of indefinite postponement of a declared constitutional right”.

²¹⁵ **Le droit public de l'empire allemand**. V. VI, Paris: Giard & E. Brière, 1904, p. 268/270 e 301/303.

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1458 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/1996, DJ 20-09-1996 PP-34531 EMENT VOL-01842-01 PP-00128.

O Supremo Tribunal Federal quer que o mínimo existencial deve ser sempre respeitado. Deve haver a busca por esse ideal de execução das políticas públicas, o qual é escudado no artigo 196 da Constituição Federal, na parte em que se diz “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, nem que para isso tenha que se acionar as quatro esferas políticas em um mesmo momento.

Assim, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a União, os Estados e os Municípios são solidários no cumprimento do direito à saúde, cuja ementa é:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO A SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente²¹⁷.

Da decisão, foi firmada a seguinte tese:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro²¹⁸.

Antes dessa decisão houve outras, mas, por ter repercussão geral, ela impacta de forma diversa, já que deve ser aplicada em todas as instâncias inferiores.

Interessante questão é que o Supremo Tribunal assevera que os entes da federação são solidários, mas segundo as regras de repartição de competências, pode ser que haja direito ao ressarcimento de um ente pelo outro.

Todavia, no instituto da solidariedade, não há de se falar em ressarcimento, pois nela todos são obrigados a dívida toda. Na verdade, haveria apenas a exigência de ressarcimento pelo ente que cumpriu a obrigação, da quota parte do ente que seria o legalmente responsável.

Veja-se um caso recorrente de fornecimento de medicamentos. O medicamento é de responsabilidade do Estado, mas o Município é obrigado a cumprir, estando ambos no polo passivo da ação. O valor do medicamento é de R\$ 100.000,00 (Cem mil reais). O Município teria direito apenas ao ressarcimento de metade do valor,

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 855178/RG, Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 05/03/2015, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-050 DIVULG 13-03-2015.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Teses de repercussão geral. Tema 793 - Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde.

R\$ 50.000,00, tendo que arcar com a outra metade, quando, pela atual repartição de competências, não teria que arcar com nenhum valor.

Isso dificulta enormemente o planejamento de políticas públicas por parte dos Municípios, pois o Poder Judiciário não segue o entendimento dos Tribunais Superiores quanto à execução das decisões judiciais em políticas públicas.

O impacto maior é decorrente das decisões judiciais que, em total descumprimento à tese do STF, ordenam que os Municípios cumpram obrigações que legalmente não são deles, tais como realizarem procedimentos de alta complexidade, demandantes de alto custo, cuja competência legal é dos Estados.

A preocupação é relevante, já que uma decisão pode levar um Município, principalmente um pequeno, à bancarrota, caso se ordene que ele deve custear um tratamento no exterior ou pagar um tratamento de alto custo, por exemplo.

O Supremo Tribunal Federal, no processo de Recurso Extraordinário 566471, decidiu que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente quando não estiverem previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Sistema Único de Saúde (SUS), a não ser em excepcionalidades cujos requisitos serão colocados na tese a ser formulada. Diversas vezes, o Juízes e Desembargadores, movidos por valores, não obedecem a tais decisões.

Além disso, pode-se ter como paradigma o caso “Soobramoney”, de 1997, julgado pela Corte Constitucional da África do Sul²¹⁹.

Thiagraj Soobramoney era portador de moléstias crônicas, tendo diabetes, problemas cardíacos e uma grave doença renal em estágio terminal. A sua vida poderia ser estendida se fizesse hemodiálise três vezes por semana, mas o hospital considerou que ele não era um paciente viável, pois já estava lotado.

Foi decidido que o autor não impugnou o alegado pelo governo de que ele não teria recursos; que o tratamento não visava manter pacientes em condições crônicas, mas curar pacientes, então, o tratamento do autor prejudicaria outros com possibilidade de cura; que o regulamento do hospital era razoável, na busca de curar o maior número de pessoas com os recursos disponíveis, e; que como o sistema de saúde não poderia tratar todos na mesma situação, por ausência de recursos, quebrar-se-ia a isonomia.

²¹⁹ Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/17.html>>, com acesso em 22 abr. 2020.

Mas o argumento dessa decisão que se destaca é o da Corte, a qual afirma que as decisões sobre o financiamento de saúde devem ser tomadas pelos órgãos administrativos:

(29) A administração provincial responsável pelos serviços de saúde em KwaZulu-Natal precisa tomar decisões sobre o financiamento que deve ser disponibilizado para o cuidado com a saúde e como esses fundos devem ser gastos. Essas escolhas envolvem decisões difíceis de serem tomadas no nível político na fixação do orçamento da saúde e no nível funcional de decidir sobre as prioridades a serem cumpridas. Um tribunal será lento se intrometendo nas decisões racionais tomadas de boa-fé pelos órgãos políticos e autoridades médicas, cuja responsabilidade é lidar com tais assuntos.

(...)

(31) (...)

O estado deve gerenciar seus recursos limitados para tratar de todas essas reivindicações. Haverá momentos em que isso exige que ele adote uma abordagem holística para as maiores necessidades de sociedade em vez de focar nas necessidades específicas de indivíduos particulares na sociedade.

(...)

(43) No entanto, as garantias da Constituição não são absolutas, mas podem ser limitadas de uma forma ou de outra. Em alguns casos, a Constituição declara em tantas palavras que o Estado deve adotar medidas legislativas e outras razoáveis, dentro dos recursos disponíveis para alcançar a realização progressiva de cada um desses direitos.

Em suas palavras, a Constituição aceita que não pode resolver todos os problemas de nossa sociedade da noite para o dia, mas ir em direção a tentar resolver esses problemas. Um dos fatores limitantes para a realização das garantias da Constituição são de recursos limitados ou escassos. No presente caso, as instalações limitadas de hemodiálise, inclusive de máquinas de hemodiálise, leitos e equipamentos e o pessoal constituem as instalações limitadas ou escassas²²⁰.

É certo que essas decisões sobre políticas públicas podem comprometer o orçamento formulado pelos entes públicos. Contudo, busca-se diferenciar a situação em que o ente, por exemplo, o Estado, tenha orçamento para cirurgias de alta

²²⁰ (29) No original: The provincial administration which is responsible for health services in KwaZulu-Natal has to make decisions about the funding that should be made available for health care and how such funds should be spent. These choices involve difficult decisions to be taken at the political level in fixing the health budget, and at the functional level in deciding upon the priorities to be met. A court will be slow to interfere with rational decisions taken in good faith by the political organs and medical authorities whose responsibility it is to deal with such matters.

(31) (...)

The state has to manage its limited resources in order to address all these claims. There will be times when this requires it to adopt a holistic approach to the larger needs of society rather than to focus on the specific needs of individuals within society.

(43) However, the guarantees of the Constitution are not absolute but may be limited in one way or another. In some instances, the Constitution states in so many words that the state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources to achieve the progressive realization of each of these rights. In its language, the Constitution accepts that it cannot solve all of our society's woes overnight, but must go on trying to resolve these problems. One of the limiting factors to the attainment of the Constitution's guarantees is that of limited or scarce resources. In the present case the limited hemodialysis facilities, inclusive of hemodialysis machines, beds and trained staff constitute the limited or scarce facilities (Tradução livre).

Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/17.html>>, com acesso em 22 abr. 2020

complexidade, e, por decisões judiciais, ele tenha que reprogramar as despesas dentro dessa rubrica, do Município, que nem rubrica orçamentária para essa atividade de saúde possui.

Os pontos levantados pela decisão africana e ratificadas pelos doutrinadores acima citados não podem ser esquecidos pelos magistrados em suas decisões, muito menos deve ser ignorada a recente orientação do Supremo Tribunal Federal.

Consoante mostrado ao longo do trabalho, a distribuição de competências entre os entes federados, tanto constitucional como legalmente, tem perfeita relação com as metas de atendimento aos direitos constitucionais do cidadão e as receitas financeiras para realizá-las. Essa é a doutrina de Fernando Facury Scaff:

Deste modo, o atendimento de necessidades básicas como educação, saúde, habitação, saneamento etc. devem ser atendidas pelo Estado no que tange a quem não tem como adquirir estes bens e serviços no mercado. Afinal, o sistema de mercado atende a quem tem dinheiro para comprar estas mercadorias e serviços, mas é insuficiente para fazê-lo a quem não possui os recursos necessários para tanto. Como o Estado não cria recursos, mas apenas gerencia os que recebe da sociedade, é imperioso que haja uma correlação entre as metas sociais e os recursos que gerencia²²¹.

Assim, as decisões judiciais que ordenam que todos os entes cumpram a obrigação determinada têm o efeito inverso do pretendido, pois, na prática, os entes que entendem que não são os responsáveis legais pela obrigação esperam por aquele que acham que é; esse, por sua vez, diante da possibilidade de haver solidariedade, espera que um dos outros tome posição. Nesse verdadeiro “deixa que eu deixo”, o paciente é o mais prejudicado.

Isso acontece pelo motivo que todos esperam economizar seus recursos, já tão escassos em virtude da crise fiscal que assola o Brasil. Esse fato é reconhecido pelo Ministério da Saúde, *verbis*:

A responsabilidade solidária concebe-se no âmbito do SUS sobre o conjunto das ações, mas não em cada tipo de ação nitidamente inserida na competência de cada ente político. A concepção de uma responsabilidade solidária tem levado os magistrados à condenação indistinta e simultaneamente da União, Estados e Municípios na prestação jurisdicional reclamada pelo autor. Tal conduta tem contribuído para tumultuar o cumprimento da ordem ao invés de apressá-la, especialmente diante da exiguidade dos prazos, e contra uma articulação segura entre os entes políticos para atendê-la, com a confiabilidade de que um deles fará (...) ²²².

O Procurador Geral da República compartilha desta opinião:

²²¹ SCAFF, Fernando F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/view/14814>>. Com acesso em: 24 mai. 2018.

²²² Críticas do Consultor Jurídico do Ministério da Saúde, na audiência pública sobre Saúde, realizada em 2009, no Supremo Tribunal Federal. Secretaria da Documentação, p. 100.

É certo que a gestão da saúde pública pressupõe uma divisão interna de tarefas, sem a qual haveria inevitável duplicação de esforços e desperdício de recursos públicos (...). Quando não for possível identificar a divisão de tarefas e o cumprimento delas, há a responsabilidade solidária dos entes federativos pelas prestações necessárias para assegurar o direito à saúde dos usuários do SUS²²³.

Dessa forma, essa decisão, em repercussão geral, que diz existir solidariedade entre os entes distorce completamente o sistema constitucional de federalismo fiscal e de repartição de competências.

Então, o Judiciário deve atentar para a interpretação do Supremo Tribunal Federal de que todos os entes podem ser solidários no dever de cumprir a obrigação, mas na execução da decisão judicial dever haver subsidiariedade entre eles.

Por isso, deve ser apontado na decisão expressamente o ente federado que deverá executar a obrigação, qual seja, aquele ente que é o responsável de acordo com a Lei do SUS. Caso ele não cumpra, pelo motivo que for, em determinado tempo, passa-se a responsabilidade para os outros.

Não sem motivo, o parágrafo único do artigo 23 da Constituição, que versa sobre a competência comum dos entes, aduz em seu parágrafo único que “leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”²²⁴, justamente para não haver a sobreposição de funções, com desperdício de gasto público.

O ideal é que as competências de atuação de cada ente federado no que tange à saúde fossem mais bem delimitadas constitucionalmente, como são em relação à educação, a fim de evitar problemas para a aplicação de políticas públicas.

Outro ponto que deve ser questionado é o de que, embora tenha sido decidido que os entes federados são solidários – julgamento com o qual não se concorda –, os juízes não são obrigados a sempre incluir todos os três no cumprimento das decisões. Confirma esse ponto o fato de que o Conselho Nacional de Justiça, após diversos debates e reuniões na I Jornada de Direito da Saúde, realizada nos dias 14 a 16 de maio de 2014, envolvendo todos os agentes que lidam com a questão, expediu vários enunciados para servir de interpretação por todo o Judiciário, e, entre eles, está o de

²²³ Críticas do Consultor Jurídico do Ministério da Saúde, na audiência pública sobre Saúde, realizada em 2009, no Supremo Tribunal Federal. Secretaria da Documentação, p. 42-43.

²²⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05.mai.2020.

número oito, o qual diz: “Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre gestores”²²⁵.

O próprio Judiciário não se entende quanto ao tema da solidariedade ou da subsidiariedade dos entes públicos no cumprimento de decisões judiciais, o que acaba causando um caos nas finanças municipais.

Sobre a questão, Élide Graziane Pinto traz à luz fatos esclarecedores:

Com lastro em levantamento feito em sede de estudos pós-doutorais e na observação direta das prestações de contas dos governos municipais paulistas no âmbito do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo, é possível afirmar que foram as Prefeituras, na média, que assumiram a maior parte do custo fiscal diante da pressão social (por vezes judicializada) pela efetividade do direito à saúde²²⁶.

A compensação financeira é outro ponto esquecido nas decisões. Nessa temática de responsabilidade solidária ou subsidiária, seria importante que houvesse um fundo de compensação para o ente que cumprisse uma norma sobre a qual ele não é legalmente responsável, sendo ressarcido pelo ente que fosse.

Outra possibilidade é a de ser firmado um convênio entre o Judiciário e os entes estatais no intuito de se decidir quem cumpriria cada espécie de decisão, já com as respectivas obrigações subsidiárias. Esse convênio seria fiscalizado por um conselho firmado por integrantes de todos os órgãos envolvidos, inclusive do legislativo, o qual poderia utilizar a experiência e dados retirados desse conjunto de ações para o orçamento do ano vindouro, a fim de aprimorá-lo.

Frente ao caso do Poder Judiciário, vinculado a uma forte carga valorativa, decidir, especialmente com base no direito à saúde, somente para resolver o inconveniente sofrido pelo autor da ação (quando essa é individual), o qual, por muitas vezes, é contrário ao de várias outras pessoas da comunidade²²⁷, entende-se que o mais correto seria debater a questão judicial da saúde daquele caso (falta de remédio, de tratamento ou de exame) com o Executivo, para pelo menos se tentar achar melhores soluções.

²²⁵ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf>, com acesso 1 abr. 2020.

²²⁶ PINTO, Élide G. **Descompasso federativo no financiamento da saúde pública brasileira**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-04/elida-pinto-descompasso-federativo-financiamento-saude>>, com acesso em 27 mai. 2018.

²²⁷ Muito comum nesses casos é a ocorrência de operação, furando a fila, sem que o paciente atendido demonstre que o seu caso é mais urgente que os outros constantes na lista de espera.

Mas os juízes decidem, muitas vezes, como promotores de políticas públicas. As decisões judiciais ordenam a implantação de uma política pública disfarçada de efetivação de direitos fundamentais, quando ela não pode, pelo próprio modo de cumprimento, ser implementada para um ator, individualmente.

Exemplo é de quando o Poder Judiciário, em demandas envolvendo medicamentos, entrega remédio para determinada pessoa, mesmo ele não estando na lista do SUS. Tal remédio pode não estar na lista do SUS em virtude de que o custo-benefício dele não seja razoável para a comunidade como um todo, ou seja, o uso dele é muito pequeno em comparação com o preço elevado.

Se é entregue para um, o que impede dele ser dado a todos os que precisam ou precisarão desse remédio? Fernando Facury Scaff escreve:

Embora a eleição de prioridade orçamentárias ocorra, como regra, em razão do entrelaçamento deliberativo entre os Poderes Legislativo e Executivo, no Brasil atual o Poder Judiciário se tornou um agente de destaque no debate acerca da condução das políticas públicas, porém sem o instrumental necessário para tanto, pois é um órgão político criado para realizar *prioritariamente a justiça comutativa*, conforme retroexposto, e não a *justiça distributiva*.

O Poder Judiciário pode ser um importante instrumento para a realização de *justiça distributiva*, mas desde que suas decisões possam ser universalizáveis, e não individualizadas²²⁸.

Isto é, o Poder Judiciário, por não pensar globalmente, na tentativa de atender o direito de um, piora a situação de outras pessoas na comunidade, esquecendo-se que o direito à saúde deve ser realizado mediante políticas sociais e econômicas que visem o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (Art. 196, da CF), pois trata a questão, tão complexa, como uma simples relação de pretensão entre credor e devedor.

O julgador, quando concede um direito prestacional ao autor de uma ação, deve avaliar o suposto direito dele contra todos os outros direitos da comunidade, pois, para atender o deferido, necessita-se de recurso, que a Administração retirará de outro(s). É como se o orçamento, em vez de abarcar toda a comunidade, fosse individualizado, para atender determinadas pessoas.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu, em recurso especial repetitivo, que a entrega de medicamentos não constantes nos atos normativos do SUS deve ser feita em caráter excepcional, devendo haver os seguintes requisitos:

²²⁸ SCAFF, Fernando F. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 301.

TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento²²⁹.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou sobre o assunto no Recurso Extraordinário 566471, cujo julgamento ainda não terminou, pois falta fixar a tese. Os votos proferidos até o momento já firmaram alguns requisitos, que são:

Demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade;
Da impossibilidade de substituição do fármaco, e;
Da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, e assegurado o direito de regresso²³⁰.

O Judiciário, apoiando-se somente em juízos valorativos, na medida em que muitas vezes esses casos envolvem questões de vida ou morte, deixa de considerar requisito cabal para a concessão do medicamento, qual seja, a prova da incapacidade financeira de arcar com seus custos, tanto pelo autor como pelos membros da sua família. Requisito esse firmado tanto pelo STJ, já definitivo, como pelo STF, aguardando-se apenas o término do julgamento.

Esse requisito é o ônus da prova do autor da ação, devendo ser cabalmente comprovado no processo.

Apesar de a tese proferida se referir aos medicamentos, serve perfeitamente de paradigma para outros casos, tal como na questão de fornecimento de tratamento cirúrgico, visto que a Administração Pública não é seguradora universal, e, pelo contingente de pessoas que deve atender, deve fazer escolhas a favor das famílias necessitadas, respeitando o mínimo essencial e a reserva do possível.

Lembre-se que na Suspensão de Tutela Provisória 127, em caráter liminar o Ministro Dias Toffoli decidiu que o Município não pode se responsabilizar a fornecer medicamentos de alto custo, dizendo:

Todavia, como já destacado ao longo desta decisão, não participa o Município do financiamento de medicamentos de mais alta complexidade técnica, responsabilidade que se reparte, via de regra, entre Estados e União, ou é assumida exclusivamente pelo ente federal.

²²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, primeira seção, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018.

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 566471 RG, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 15/11/2007.

Em que pese, portanto, ser o ente mais próximo do cidadão, verdadeira “porta de entrada do Sistema Único”, o atendimento que compete ao Município é precipuamente o atendimento básico. O atendimento de alta complexidade, realizado notadamente em centros de referência, se afina em maior medida com a vocação dos Estados; ao passo em que o financiamento dessa espécie de medicação ocorre, em regra, de forma compartilhada entre estados e União ou exclusivamente pelo ente federal; tudo conforme pactuação federativa na Comissão Intergestores Tripartite²³¹.

Outro ponto importante para a concessão de direito relativo à saúde, é que se deve investigar se a política pública ordenada na decisão judicial já está implementada. Se não estiver, não cabe ao Poder Judiciário ordenar que ela seja executada, por expressa previsão constitucional que veda o “início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual” (artigo 167, I e II, da CF), além de que é de competência do Poder Executivo e do Legislativo formularem tais políticas.

Sobre o ponto, Fernando Facury Scaff²³² assevera que o Judiciário não aceita que o artigo 167, I e II, da CF seja usado contra ele, pois a necessidade de se apontar a fonte de custeio seria regra apenas para o Legislativo. Entretanto, não há nenhuma justificativa legal para esse argumento do Judiciário, até mesmo em virtude de que para se efetivar a decisão judicial que ordena o direito prestacional necessariamente deve haver recursos.

Entretanto, se a política pública já estiver efetivada, defende-se que o Judiciário pode intervir se constatado que a política é inconstitucional, ilegal ou desrazoável. Como asseverado anteriormente, deve ser ônus do autor provar que a política pública não foi implantada ou o foi de forma insuficiente, e, em ambos os casos, demonstrar que a não implantação ou a insuficiência, de forma clara, fere os seus direitos constitucionais.

A não implantação, inclusive, pode ter sido uma escolha do conselho gestor do SUS. Como já visto, por causa da finitude de recursos, ele tem que aplicá-los de forma a atender o maior número de pessoas de forma efetiva.

Baseia-se esse argumento na STA 175²³³, já citada anteriormente, pois em um dos trechos da decisão, o Ministro Relator Gilmar Mendes asseverou:

Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, STP 127, Rel. Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) Dias Toffoli, julgado em 02/04/2020.

²³² SCAFF, Fernando F. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. **Revista dialética de Direito processual**, n. 51, p. 87-97, jun. 2007.

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA 175 AgR**, Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 30-04-2010.

às ações e prestações de saúde, só se torna viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população ao mais necessitada²³⁴.

Defende-se, assim, um *judicial restraint*, ou seja, argumenta-se que os juízes devem limitar o seu próprio poder, deixando aos Poderes Legislativo e Executivo a formulação das políticas públicas. Embora tal tese seja aplicada para as declarações de inconstitucionalidade das leis (o caso clássico da Suprema Corte Americana, quando, em 1810, decidiu o Case Fletcher x Pecker), ela deve ser estendida também para a apreciação de pedidos envolvendo políticas públicas.

Atualmente, Cass Sunstein²³⁵, baseado nessa ideia, defende a teoria do minimalismo judicial. Os minimalistas são aqueles juristas que acreditam que o Poder Judiciário não tem um papel social, que as decisões deles não devem ultrapassar a fronteira do caso concreto, para tentar, por via transversa, fazer política social.

Sunstein²³⁶ entende que os juízes devem resolver o caso concreto, mas não podem se aprofundar demais nas teorias, deixando para o Congresso as questões jurídicas que se apresentarem mais complexas do ponto de vista democrático ou que tenham efeitos para toda a sociedade.

A opção por decisões judiciais minimalistas, no caso brasileiro, traria benefícios na medida em que as discussões políticas seriam resolvidas nos fóruns adequados, qual sejam, nos Poderes Executivo e Legislativo, porque o Poder Judiciário não é o legitimamente democrático para tal debate. Não se deve esquecer que as políticas públicas devem ser escolhidas pelos representantes legais do povo.

As decisões não minimalistas, em sua maioria, têm como fundamento que cabe ao Poder Judiciário interpretar a Constituição Federal e garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. Mas esse papel cabe igualmente aos Poderes Executivo e Legislativo, incontestavelmente.

Nesse rumo, será que as “escolhas trágicas” na elaboração dos programas e metas de políticas públicas, com a conseqüente alocação de recursos orçamentários

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 PUBLIC 30-04-2010.

²³⁵ SUSTEIN, Cass. **One Case At a Time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University, 1999.

²³⁶ SUSTEIN, Cass. **One Case At a Time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University, 1999

pelos poderes Executivo e Legislativo, não são a forma de eles interpretarem a Constituição, garantindo a universalização de direitos, corolário do Princípio Republicano? Será que o Judiciário, ao decidir contra uma política pública fundamentada em dados técnicos, não está desrespeitando a interpretação constitucional de outro Poder?

4.3 Omissão histórica da união

Segundo Marta Arretche²³⁷, em artigo que apresenta o total da arrecadação do governo brasileiro em 2002, 70% foi para a União (contribuição para previdência, IR, COFINS, IPI e ICMS), 25% para os Estados e 5% para os Municípios. Essa diferença na arrecadação é justamente compensada pelo sistema de transferência obrigatória prevista na Constituição. Após essa distribuição, no mesmo ano, a União ficou com cerca de 60%, os Estados com 25% e os Municípios com 15%.

Ainda, o estudo do Banco Interamericano de Desenvolvimento, de 2010, citado por Andreane Rocha Thomaz e Bruno Salles Trindade da Cunha²³⁸, diz que a União arrecadou 67,45% do total da tributação, os Estados 26,50% e os Municípios meros 6,05%. Após as transferências de receitas, a União ficou com 56,62%, os Estados com 25,09% e os Municípios com 18,29%.

Esses dados ilustram a desigualdade no pacto federativo, particularmente quando ao favorecimento da União.

Em oito anos, os índices de tributação para cada ente permaneceram quase os mesmos, não havendo nenhuma política para que os Municípios conseguissem aumentar a sua receita de modo a sustentar a execução de suas competências constitucionais.

A União transferiu para os Municípios o percentual de 5,11%, enquanto os Estados transferiram 7,14%, isto é, os Estados, que são entes federados que arrecadam menos que a União – menos da metade – transferem para os Municípios uma porcentagem maior.

²³⁷ ARRETICHE, Marta. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação a e autonomia. **São Paulo em Perspectiva**, v. 18, n. 2, p. 17-26, abr.-jun., 2004.

²³⁸ THOMAZ, Andreane R.; CUNHA, Bruno S. T. Análise das competências constitucionais em face da distribuição dos Recursos entre os entes federados e a necessidade de revisão do pacto federativo. **Revista Brasileira de Direito Municipal**, ano 15, n. 51, p. 29-44, jan.-mar. 2014.

Ainda nesse contexto, como visto anteriormente, o Estado, mesmo desonerando os seus tributos, deve repassar parte aos Municípios – repartição indireta dos recursos –, enquanto a União não precisa garantir o quinhão municipal, segundo o STF.

E nem venha se falar que a União também repassa recursos aos Estados, pois ela transfere quase o mesmo valor que envia aos Municípios (5,72%), montante menor do que o que os Estados transmitem aos Municípios.

Fora a sistemática constitucional totalmente injusta, os Municípios têm ainda um grande prejuízo no que diz respeito ao financiamento da saúde, porque a União não era obrigada a destinar recursos para a área. Enquanto os Municípios sempre tiveram um percentual mínimo para aplicar no custeio da saúde, a União, maior detentora da receita, não tinha, empregando apenas:

a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, 5%;

b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB.

Esse regramento durou até o ano de 2012, quando então foi promulgada a LC 141/12, que no artigo 5º, na prática, apenas repetiu a norma constitucional.

Ocorre que a União, nesse período, não gastava acima do piso, já que isso causaria o aumento da contribuição no ano posterior. Isto é, enquanto a parte dela no financiamento da saúde se alterava pela variação do PIB, a parte dos Municípios era fixa, fazendo subir ou descer as suas receitas.

Depois, veio à luz a Emenda Constitucional 86/2015, que, modificando todo o regramento, igualou a União aos Municípios e Estados no sentido de fixar um percentual mínimo para os gastos com saúde, insculpido no artigo 198, § 2º, I, da CF, de 15% da sua receita corrente líquida.

Mesmo assim, nitidamente ainda há desigualdade de investimentos. Mais justo talvez seria o que foi proposto pelo projeto popular, para o qual o investimento deveria ser de 10% da receita corrente bruta. Estima-se que tenha havido uma perda

de 200 bilhões para o SUS²³⁹ devido à escolha pelos 15% da receita líquida. Observe-se que o valor que a União oferece ao SUS vem diminuindo anualmente²⁴⁰.

José Marcos Domingues esclarece a questão:

Ocorre, e este parece ser o *punctum saliens* do problema, que à descentralização de meios não correspondeu a necessária desconcentração de poder político-administrativa ou a efetiva racionalização de tarefas objeto de competências comuns, as quais se transformaram numa kafkiana superposição de gastos em prejuízo de todos: basta tomar como exemplos o sistema de transportes e o Sistema Único de Saúde. País afora, o que se vê são estradas federais (muitas vezes com expressão meramente regional) mal conservadas e inseguras, e um sem-número de hospitais federais, estaduais e municipais fechados ou funcionando precariamente. E falidos...

Em outras palavras: para não perder poder político, a União passou a manipular a entrega de repasses federais, ou ainda a realizar ela mesma tarefas que deveriam ser exercidas descentralizadamente. Essa manipulação pode dar-se pela alegação burocrática de falta de projetos ou de inobservância de complexa legislação, ou até pela demora na realização daqueles repasses.

O frequente contingenciamento de verbas federais força a submissão do poder local ao poder central, estorvando a autonomia desejada pelo Federalismo e formalmente posta na Constituição²⁴¹.

Luis Roberto Barroso comenta a situação entre a União e outros entes:

A situação de insolvência dos Estados levou-os a um abrangente processo de renegociação de suas dívidas, que vieram em grande parte a ser assumidas pela União federal, mediante um amplo acordo que envolvia, além dos pagamentos ajustados, a adoção de determinadas políticas públicas.

(...)

Na prática, o que ocorreu foi que o Governo Federal, diante da lastimável condição financeira dos Estados – todos eles renegociando suas dívidas com a intermediação da União –, dispôs de imenso poder de barganha para impor o seu projeto político e determinar as regras de ajustamento. E os Estados não tinham alternativa senão ceder às condições de repactuação de suas obrigações ditado pela União²⁴².

Essa formatação, evidentemente, está acarretando prejuízo para o Municípios e, portanto, deve ser modificada. A União atua em descompasso com o princípio da solidariedade, omitindo-se da sua obrigação de promover o desenvolvimento de todas as regiões do país, a qual consta na Constituição Federal, no seu *caput*, artigos 3º, II, 23, parágrafo único, 43, 151 (dentre outros), tal a sua importância para o federalismo.

²³⁹ PINTO, Élida G. SARLET, Ingo W. **Regime previsto na EC 86/2015 deve ser piso e não o teto de gasto em saúde**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-24/gasto-saude-previsto-ec-862015-piso-nao-teto#_ftn3>. Com acesso em 15 mai. 2018.

²⁴⁰ PINTO, Élida G. SARLET, Ingo W. **Regime previsto na EC 86/2015 deve ser piso e não o teto de gasto em saúde**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-24/gasto-saude-previsto-ec-862015-piso-nao-teto#_ftn3>. Com acesso em 15 mai. 2018.

²⁴¹ DOMINGUES, José Marcos. **Federalismo fiscal brasileiro**. Revista Nomos, v. 26, n. 1, p. 137-146, jan.-jun. 2007.

²⁴² BARROSO, Luis Roberto. **A derrota da Federação: o colapso financeiro dos Estados e Municípios**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, n. 53, p. 111-113, 2000.

5 SUGESTÕES PARA O APRIMORAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PRESTACIONAIS NO MUNICÍPIO DE MANAUS

Para executar políticas públicas, o Município deve ter arrecadação suficiente para arcar com o mínimo satisfatório para a população. Por outro lado, logicamente, não pode desperdiçar dinheiro.

5.1 Aprimoramento na cobrança do IPTU

Relativamente ao IPTU, deve-se urgentemente enviar projeto de Lei para o Legislativo Municipal dispondo ser dever do vendedor de determinado imóvel, independentemente de qual título se deu à venda e à compra, informar ao Município da realização do negócio jurídico, sob pena da sua permanência como responsável tributário para o pagamento do IPTU, como já decidiu ser possível o Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO POSSUIDOR (PROMITENTE COMPRADOR) E DO PROPRIETÁRIO (PROMITENTE VENDEDOR).

1. Segundo o art. 34 do CTN, consideram-se contribuintes do IPTU o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que tanto o promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel quanto seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis) são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU. Precedentes: RESP n.º 979.970/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 18.6.2008;

AgRg no REsp 1022614 / SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ de 17.4.2008; REsp 712.998/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 8.2.2008; REsp 759.279/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ de 11.9.2007; REsp 868.826/RJ, Rel.

Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 1º.8.2007; REsp 793073/RS, Rel.

Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 20.2.2006.

3. "Ao legislador municipal cabe eleger o sujeito passivo do tributo, contemplando qualquer das situações previstas no CTN.

Definindo a lei como contribuinte o proprietário, o titular do domínio útil, ou o possuidor a qualquer título, pode a autoridade administrativa optar por um ou por outro visando a facilitar o procedimento de arrecadação" (REsp 475.078/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 27.9.2004).

4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08²⁴³.

²⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1110551/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2009, DJe 18/06/2009.

Uma alternativa é a integração do sistema do banco de dados de cadastro imobiliário aos do cartório de imóveis e do órgão de política fundiária do Estado.

Atualmente, o comprador do imóvel faz a escritura, paga o ITBI e vai ao cartório realizar o registro, mudando a titularidade do imóvel. Todavia, essa modificação de propriedade não é realizada no Banco de Cadastro Imobiliário – BCI, de Manaus, no qual consta o antigo dono como proprietário.

A integração do sistema pode ocorrer vinculando-se a matrícula do imóvel do cadastro da prefeitura com a que se acha disponível no cartório de registro de imóveis. No Estado do Amazonas, os cartórios são de responsabilidade do Tribunal de Justiça, o qual já possui convênio com o Município.

Assim, quando fosse realizado o registro de troca de propriedade na matrícula do registro de imóveis, procedimento para o qual é necessário pagar antes o ITBI (no qual consta a matrícula do imóvel no BCI da prefeitura), automaticamente poderia se produzir uma vinculação entre as matrículas, sendo modificados ambos os sistemas.

Outro problema é a necessidade de fiscalização tanto das obras a serem realizadas como dos equipamentos urbanos que constam em determinada área.

A fiscalização de obras é essencial, porque além de ser preventiva, impedindo a construção de imóveis ilegais, permite ao Município saber quando um terreno baldio, que por muitas vezes não cumpre a sua função social, terá uma destinação útil. De posse dessa informação, a prefeitura pode cobrar o IPTU progressivo, bem como auferir um valor maior de imposto em razão das benfeitorias realizadas²⁴⁴.

Atualmente, há tecnologias que minimizam os custos da fiscalização. Por exemplo, pode-se efetuar a fiscalização do andamento de obras, regulares ou não, e de terrenos abandonados ou subutilizados, por georreferenciamento por satélites. E esse serviço pode ser utilizado também para prevenir e combater danos ambientais.

Recentemente, o Município de São José dos Campos adquiriu esse serviço pelo valor de R\$ 406.220,00, com contrato de um ano²⁴⁵. A quantia é ínfima para as capitais e maiores Municípios pensando-se no benefício que proporciona.

²⁴⁴ Tomando o Município de Manaus como modelo, o terreno é tributado com valor de 0,16 a 2,56 UFM (Unidade Fiscal do Município)/M2 (anexo II, da Lei Municipal nº 1.628/11), enquanto o terreno edificado é tributado entre 0,10 e 10,00 UFM/M2 (anexo I, da Lei Municipal nº 1.628/11). Isto é, caso a fiscalização descubra uma determinada obra em um terreno tido no cadastro imobiliário como baldio, o valor da cobrança pode aumentar exponencialmente.

²⁴⁵ **Prefeitura assina contrato para monitoramento de território por satélite.** Disponível em: <<https://www.sjc.sp.gov.br/noticias/2018/julho/05/prefeitura-assina-contrato-para-monitoramento-de-territorio-por-satelite/>>, com acesso em 21 fev. 2020.

Da mesma forma, a fiscalização é indispensável para se saber qual imposto deve ser cobrado em determinada região. É possível que o Município, por não exercer poder de polícia, deixe de tributar uma determinada região imaginando que não fosse possível. O parágrafo 1º do artigo 1º da Lei Municipal nº 1.628/11, do Município de Manaus, conceitua a zona urbana:

§ 1º Entende-se por zona urbana aquela definida em Lei, desde que observados pelo menos dois dos requisitos abaixo descritos, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

- I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;
- II - abastecimento de água;
- III - sistema de esgoto sanitário;
- IV - rede de iluminação pública com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;
- V - escola de ensino fundamental ou posto de saúde a uma distância máxima de 03 (três) Km do imóvel considerado²⁴⁶.

O artigo 3º da Lei Municipal nº 6.989/66, do Município de São Paulo/SP, em nada difere, dizendo que zona urbana é:

Art. 3º Para os efeitos deste imposto, considera-se zona urbana toda a área em que existam melhoramentos executados ou mantidos pelo Poder Público, indicados em pelo menos dois dos incisos seguintes:

- I – meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;
- II – abastecimento de água;
- III – sistema de esgotos sanitários;
- IV – rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;
- V – escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de três quilômetros do imóvel considerado²⁴⁷.

Facilmente perceptível é que os Municípios aderiram ao disposto no artigo 32 do Código Tributário Nacional²⁴⁸, cujo parágrafo 1º assevera exatamente o disposto nas Leis manauara e paulista.

Esses são apenas alguns exemplos, mas é possível, em um estudo aprofundado sobre o IPTU, que não é o foco desse trabalho, que não se encontre diferenças substanciais entre as Leis Municipais.

É certo que os Municípios têm plena capacidade para delimitar a sua área urbana, nos termos dos artigos 30, I e VIII, da CF. Caso ainda houvesse alguma dúvida quanto a isso, ela cairia por terra com a promulgação do Estatuto da Cidade

²⁴⁶ MANAUS. Lei nº 1628, de 30 de dezembro de 2011. Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU, e dá outras providências.

²⁴⁷ SÃO PAULO (Cidade). Lei nº 6.989, de 29 de dezembro de 1966. Dispõe sobre o sistema tributário do Município de São Paulo, e dá outras providências.

²⁴⁸ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

(Lei nº 10.257/01), que, em seus artigos 39; 40, § 2º e 42, I²⁴⁹, afirma expressamente essa capacidade. Logicamente, isso não poderia ser diferente, pois os Municípios possuem autonomia administrativa e política, como dito anteriormente.

Todas as Leis Municipais, ao copiarem o CTN, impuseram requisitos cuja competência para a implementação é dos próprios Municípios. Entretanto, muitos não têm dinheiro próprio nem para pagar seus funcionários, quanto mais investir em estrutura urbana.

Pode ocorrer que o Município não cobre o IPTU por não ter implementado nenhum desses requisitos, e, por não cobrar o tributo, não tem dinheiro para investir e implementá-los, caindo em um círculo vicioso.

Pode o Município, por exemplo, em vez de impor como requisito um escola primária de ensino médio, cuja competência é Estadual (artigo 211, § 3º, da CF), incluir na aprovação de loteamento, tal como fez Curitiba, o asfaltamento de ruas, já que é improvável que haja calçamento e meio-fio sem o devido asfaltamento da via pública. Deve o Poder Legislativo Municipal encontrar soluções para que a zona urbana possa ser aumentada, para se ter mais contribuintes para o Município.

É correto dizer que o aumento da receita não decorre somente do aumento do tributo ou da melhoria da sua cobrança, mas também acontece quando o Município deixa de conceder isenções ou renúncias fiscais, seja porque não estejam alcançando os fins a que se destinam, seja pelo motivo de que há alguma falha na concessão do benefício, podendo essa falha ser jurídica ou fática.

Veja-se o caso das isenções de IPTU no Município de Manaus, que estão disciplinadas nos artigos 40 a 44, da Lei Municipal nº 1.628, de 30 de dezembro de 2011²⁵⁰, e são, em suma, de quatro modalidades:

- a) Quando o imóvel estiver em área reconhecida como Reserva Particular do Patrimônio Natural – RPP;
- b) Quando o contribuinte possuir somente um imóvel e nele residir, desde que a renda familiar não exceda o limite que especifica a Lei nº 12, de 5 de julho de 1990, que é de três salários mínimos;

²⁴⁹ BRASIL. Lei nº 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.

²⁵⁰ MANAUS. Lei nº 1628, de 30 de dezembro de 2011. Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU, e dá outras providências.

c) Os imóveis de interesse histórico ou cultural, assim reconhecidos pelo órgão municipal competente, que tenham suas fachadas e coberturas restauradas em suas características arquitetônicas originais, pelo prazo de três anos;

d) Os imóveis pertencentes aos portadores de doenças crônicas terminais.

As críticas são dirigidas à hipótese descrita na letra “c” acima, pelo seguinte.

Esta isenção, pelo prazo de três anos, prevista para os imóveis de interesse histórico ou cultural, assim reconhecidos pelo órgão municipal competente, que tenham suas fachadas e coberturas restauradas em suas características arquitetônicas originais, é crucial dizer, tem reconhecimento previsto em lei devido ao tombamento, visando induzir os proprietários a preservar a história e a cultura da cidade, o que encontra eco, inclusive, na Constituição.

Ocorre que a manutenção das características originais dos prédios históricos é uma imposição legal, prevista no artigo 19 do decreto-lei nº 25/37:

O proprietário de coisa tombada, que não dispuser (sic) de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que fôr avaliado o dano sofrido pela mesma coisa²⁵¹.

Por outro lado, o artigo 341, da Lei Orgânica do Município de Manaus diz:

Aquele que puser em risco, danificar ou descaracterizar um bem tombado ou um patrimônio público municipal de qualquer natureza, sendo ele pessoa física ou jurídica, se sujeitará ao pagamento de multa, cujo valor poderá variar de 10 a 100.000 UFM's (Unidade Fiscal do Município), independentemente da obrigação de ressarcir o Município dos gastos despendidos para recuperação, ou efetuar-lo às expensas, em prazo nunca superior a doze meses, determinado pelo Executivo, mediante processo administrativo²⁵².

Essas normas não deixam dúvidas de que é dever do proprietário do imóvel tombado preservá-lo, com a subsidiariedade da União nesse dever. Por isso, não faz sentido dar isenção para induzir o contribuinte a determinada ação, quando ela já é prevista como um dever legal. É o mesmo que dar isenção para o motorista que usa o cinto de segurança. Para uma melhor compreensão, em razão do artigo 342, da Lei Orgânica do Município de Manaus, todo o Centro antigo de Manaus é tombado:

Fica tombado, para fins de proteção, acautelamento e programação especial, a partir da data da promulgação desta Lei, o centro antigo da cidade, compreendido entre a Rua Leonardo Malcher e a orla fluvial, limitado esse

²⁵¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

²⁵² MANAUS. Lei Orgânica do Município de Manaus/AM, promulgada em 05 de abril de 1990.

espaço, à direita, pelo igarapé de São Raimundo e, à esquerda, pelo igarapé de Educandos, tendo como referência a Ponte Benjamin Constant²⁵³.

É uma área imensa, e, dentro dela, existem diversos imóveis abandonados, os quais, por esse artigo, estão todos tombados. São cerca de 94 prédios históricos abandonados no Centro de Manaus²⁵⁴, e irão assim continuar, porque a isenção do IPTU dada pelo Município não compensa o valor da manutenção do imóvel.

Se os proprietários desses imóveis não os mantêm restaurados, mesmo eles estando sujeitos a várias penalidades, o farão por terem isenção do IPTU? Jamais, vão preferir deixar a responsabilidade para a União ou para o Município, já que por Lei são obrigados subsidiariamente.

Por outro lado, no território abrangido pela Lei existem imóveis tombados que têm direito à isenção, mas que não possuem nenhum valor histórico ou patrimonial.

Então, é urgente que o Município de Manaus reveja a isenção nesses casos, que acabam lhe causando prejuízo. O ente, além de deixar de arrecadar, ainda fica responsável por restaurar e preservar os imóveis.

Cabe ao Município efetuar a devida fiscalização, multando e até mesmo pedindo a abertura de processos criminais contra os proprietários desleixados.

5.2 Aprimoramento na utilização de imóveis abandonados

Outro ponto a ser explorado é a não utilização dos imóveis. O artigo 5º, § 1º, da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) aduz sobre quando o imóvel pode ser entendido como “subutilizado”. O correto é evitar a subutilização dos imóveis, podendo-se até fazer uso tecnologia para evitá-la, conforme dito anteriormente. Contudo, havendo a subutilização ou a inutilização, providências devem ser tomadas.

Há uma demanda enorme por moradia em Manaus, em face da migração de pessoas tanto do interior como de outros países, como venezuelanos e haitianos.

Por sua vez, como existem diversos imóveis abandonados, deve o Município de Manaus realizar a arrecadação deles, segundo o disposto no artigo 1.276, do Código Civil e artigo 64 da Lei nº 13.465/17, os quais dizem, respectivamente:

²⁵³ MANAUS. Lei Orgânica do Município de Manaus/AM, promulgada em 05 de abril de 1990.

²⁵⁴ **Especialistas comentam sobre prédios abandonados em Manaus.** Disponível em: <<http://portalamazonia.com/noticias/especialistas-comentam-sobre-predios-abandonados-em-manaus>>, com acesso em 04.ago. 2019.

Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.

§ 1º. O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize.

§ 2º. Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais²⁵⁵.

Art. 64. Os imóveis urbanos privados abandonados cujos proprietários não possuam a intenção de conservá-los em seu patrimônio ficam sujeitos à arrecadação pelo Município ou pelo Distrito Federal na condição de bem vago²⁵⁶.

Após a arrecadação e realizado o inventário dos imóveis, o Município pode reformá-los – no caso de imóveis tombados, é obrigado a fazer isso, nos termos do artigo 19, do Decreto-Lei nº 25/37 – e poderá dispô-los de diversas formas.

A primeira delas é efetuar um leilão para a alienação (art. 167, I, da Lei Orgânica do Município de Manaus), obtendo receitas. Pode-se realizar o leilão dos imóveis com preferência de arrematação para os licitantes que trabalharem próximo do imóvel, no intuito de aliviar o caótico trânsito de Manaus. Poderia haver outras condições para a venda, como não ter o comprador outro imóvel próprio, ou mesmo haver a destinação de alguns imóveis para pessoas de baixa renda, com ou sem subsídio do Município. Há diversas possibilidades.

Pode também o Município locar os imóveis como moradias temporárias para turistas por meio de aplicativos. O principal visitante de Manaus é o estrangeiro, pela fama da Floresta Amazônica no mundo. Qualquer turista, para enriquecer a sua experiência, gostaria de se hospedar em um imóvel histórico no Centro de Manaus, perto de maravilhas arquitetônicas como o Teatro Amazonas e o Palácio da Justiça.

Outra opção é utilizar os imóveis como abrigo para pessoas em estado de vulnerabilidade social que precisam de um acolhimento temporário, como poderia ter acontecido no caso dos venezuelanos que fugiram da crise no país. Se houvesse disponibilidade de instalações desse tipo, o poder público não precisaria ter gastado com aluguéis e instalações temporárias contratadas às pressas.

²⁵⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

²⁵⁶ BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União.

Realizando pesquisas em sites de viagens, verificou-se que as diárias de hotéis localizados no centro de Manaus realmente preparados para receber turistas estrangeiros variam de R\$ 580,00 a R\$ 1.170,00²⁵⁷. Isso prova que alugar os imóveis pode ser uma excelente fonte de renda, ajudando a reaver o dinheiro que o Município foi obrigado a dispendar para realizar a sua recuperação.

Ademais, a conservação dos imóveis pelo Município valoriza a própria cidade e a sua cultura histórica, pois as casas e prédios foram construídos ainda no tempo da *Belle Époque*, quando Manaus era considerada a Paris dos trópicos.

5.3 Parcerias com a iniciativa privada

Não se pode esquecer, e deve ser valorizada, a participação de pessoas privadas, físicas e jurídicas, na consecução de políticas públicas. Deve haver a busca de, principalmente, mas não somente, empresas estabelecidas perto de bens de uso comum do povo, como praças e paradas de ônibus, no intuito de negociar um ganha-ganha: elas ajudam na manutenção do bem público, e, em troca, podem anunciar nele por um período. Exemplo: uma determinada empresa ao lado da praça “X” cuidaria dela, reformando e pintando bancos, fazendo a jardinagem etc. e, em troca, poderia anunciar seus produtos em placas ou nas lixeiras espalhadas pela praça.

O Município ganha, pois tem uma ajuda para cuidar dos bens públicos, e a empresa pode fazer publicidade, além de, mais importante, ressaltar o aspecto social do negócio, obtendo o reconhecimento da comunidade.

A ideia, é verdade, não é nova, já está sendo utilizada em vários Municípios. Ocorre que deve haver um investimento maior na implementação dela, com um esforço de trazer a comunidade para o protagonismo do cuidado com a cidade.

5.4 Parcerias com legitimados para ingresso de ações coletivas

Outra ideia interessante, e que está em vias de ser implantada pela Procuradoria-Geral do Município de Manaus (PGM) e pela Defensoria Pública do

²⁵⁷ Informação sobre o Hotel Villa Amazônia, reserva para diária de 04/01/2020 a 05/01/2020. Disponível em: <www.booking.com>. Acesso em: 11 ago.2020. E informação sobre Boutique Hotel Casa Teatro, reserva de 24/12/2019 a 03/01/2020, disponível em: <www.tripadvisor.com>. Acesso em: 11 ago. 2020.

Estado do Amazonas (DPE/AM), é a de que essa última – a Defensoria – fosse a primeira juíza do caso, explica-se.

No que concerne à educação, verificou-se que a principal litigante contra o Município era justamente a DPE/AM, que submete ações relativas ao direito das crianças de estudarem em escolas próximas da sua casa. Foram centenas de ações submetidas, talvez milhares.

A ideia era que assim que a DPE/AM recebesse a solicitação, informasse ao Município de Manaus, para que ele já a atendesse. E por que isso? Porque verificou-se que todos, exatamente todos, os pedidos da DPE/AM obtinham a medida liminar solicitada. O Município obedecia e cumpria todas as liminares, a menos que fosse fisicamente impossível, ou seja, que não houvesse mais espaço físico para acomodar a criança de modo adequado na sala da escola (observe-se a questão da reserva do possível, no seu viés técnico, em um caso concreto).

Dessa forma seria resolvido o problema sem a participação do Judiciário, desafogando-o. Ora, se já se sabia que a pretensão do autor seria acolhida, e cumprida, por que não estabelecer uma conexão direta e desafogar a vara da infância e juventude, para a qual iam todos os processos?

Além disso, o Município também teria uma vantagem. Se o pedido da DPE/AM não fosse atendido por impossibilidade física, isto é, não houvesse mais espaço para nenhuma carteira escolar na sala, a Secretaria Municipal de Educação avisaria a DPE/AM, a qual, por sua vez, quando alguém fosse solicitar vaga nessa escola, já anunciaria a impossibilidade de matrícula, não entrando nem com a ação e nem com o pedido, ou seja, ela mesma já faria a filtragem.

Faz-se um adendo à narrativa acima, que a complementa. As liminares eram concedidas, cumpridas, e então vinha o mandado de citação, quando começava o prazo para a defesa. Ocorre que, como eram muitas ações e o prazo para PGM era dobrado, muitas vezes o limite para a defesa terminava no final de março, começo de abril, demorando quase um trimestre, e a sentença muitas vezes perdia o objeto, por se estender mais que o ano letivo.

Então, não tinha sentido lutar juridicamente para tirar uma criança da escola, ainda mais quando ela já estava lá há um trimestre, às vezes há um semestre. Esse foi mais um motivo para começar-se a aceitar o cumprimento da liminar.

Desse modo, ganha o Município, pois tem uma outra instituição que faz as filtragens das ações contra ele, livrando-se de processos judiciais; ganha a DPE/AM, que tem seus pedidos atendidos de forma mais célere, sem ter de ingressar com ações judiciais, as quais deveria invariavelmente acompanhar; e ganha também o Poder Judiciário, que deixa de cuidar de centenas de processos.

Agora, mais que eles todos juntos, ganha a população, que tem o seu problema resolvido de forma célere e em acordo pelas partes, sem o perigo de ser revertida a decisão posteriormente.

Tal procedimento também deve ser estendido ao Ministério Público, outro legitimado para as ações coletivas, especialmente para a ação civil pública.

5.5 Realização de audiências públicas

Um outro aspecto que deve ser aproveitado é a realização obrigatória de audiências públicas pelos parlamentos municipais quando do envio do orçamento para as Câmaras Municipais, conforme já previsto.

O parágrafo primeiro, inciso I, do artigo 48, da Lei de Responsabilidade Fiscal²⁵⁸, assevera que a transparência será assegurada mediante “realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos”.

A Lei de Licitações²⁵⁹, por sua vez, prevê expressamente a obrigação de ser realizada audiência pública quando o valor estimado da licitação for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, I, "c", da Lei, ou seja, cerca 150 milhões de reais. Se para o Estado gastar esse valor deve haver audiência, porque não há para os demais gastos, ou para o orçamento todo, cujo valor ultrapassa e muito o citado?

Vitor Hugo Mota de Menezes diz sobre o ponto:

Por tudo isso, partindo dessa premissa básica, traça-se um esboço de mudança possível. A primeira delas seria a necessidade de discussão perante a sociedade, antes da votação e aprovação do orçamento, por meio de audiências públicas, convocando o Executivo para defender a proposta, o Ministério Público para acompanhá-la, o Judiciário com função estatal para arbitrá-la e a Sociedade Civil organizada representando efetivamente a sociedade engajada.

²⁵⁸ BRASIL. Lei Complementar n° 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

²⁵⁹ BRASIL. Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

No mundo da vida real, isso equivaleria a transferir a responsabilidade da elaboração, aprovação e execução do orçamento para todos os possíveis intervenientes do processo, de modo que os recursos ali alocados fossem executados da forma como a sociedade plural assim o desejou²⁶⁰.

A participação popular é indispensável como mecanismo de controle e para evitar o uso meramente político do orçamento. Segundo Maria da Glória Gohn, a participação popular pode se dar de três formas:

(...) o conceitual, o político e o da prática social. O primeiro apresenta um alto grau de ambiguidade e varia segundo o paradigma teórico em que se fundamenta. O segundo, dado pelo nível político, usualmente é associado a processos de democratização (em curso, ou em lutas para sua obtenção), mas ele também pode ser utilizado como um discurso mistificador em busca da mera integração social de indivíduos, isolados em processos que objetivam reiterar os mecanismos de regulação e normatização da sociedade, resultando em políticas sociais de controle social. O terceiro, as práticas, relaciona-se ao processo social propriamente dito; trata-se das ações concretas, engendradas nas lutas, movimentos e organizações, para realizarem algum intento, ou participar de espaços institucionalizados na esfera pública, em políticas públicas. Aqui a participação é um meio viabilizador fundamental²⁶¹.

No caso, a participação popular na confecção do orçamento diz respeito à segunda e à terceira forma, alusivas tanto à participação política como à prática social, de modo a dar mais transparência e aumentar a *accountability* perante a sociedade e aos órgãos de controle, dando mais legitimidade às escolhas do orçamento feita pelo Legislativo. Se os parlamentares são representantes do povo, qual o problema de esse participar diretamente das escolhas da alocação de recursos?

Não se pretende com essa ideia tirar o poder de decisão dos senadores, deputados e vereadores, pelo contrário, busca dar-lhes maior legitimidade para atuar, ou, ao contrário, fazer com que arquem com o ônus da sua escolha política.

Quanto aos órgãos de controle, além de poderem apresentar as suas propostas técnicas, já teriam o aval das escolhas legislativas acerca da alocação de recursos orçamentários, facilitando a fiscalização e a execução do orçamento.

5.6 Participações de associações em ações cujo tema seja saúde

Partindo dessa ideia, poderia também haver o cadastro de associações representativas das mais diferentes categorias, especialmente nas questões de

²⁶⁰ MENEZES, Vitor Hugo M. **Direito à Saúde e Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 110-111.

²⁶¹ GOHN, Maria da Glória. **Conselhos gestores e participação sociopolítica**. 9ª ed. São Paulo: Cortez, 2016, p. 16-17.

saúde, nos Tribunais de Justiça de todo o Brasil, para que os Juízes pudessem chamá-las como *amicus curiae* quando a sua decisão tivesse a força de impactar os seus associados, nos termos do artigo 138, do CPC.

Esse procedimento é comum nas Cortes Superiores, mas com as associações pedindo a intervenção no processo. No primeiro grau, é muito rara essa participação, limitando a discussão somente ao autor da ação, o que não legitima o debate como deveria.

Acredita-se que o judiciário deva ser mais propositivo em relação a essa discussão, até mesmo porque, com todos os meios de comunicação atualmente disponíveis, a mera fixação de edital no Juízo ou a sua publicação em diário oficial se mostra um método arcaico e incapaz de alcançar a publicidade que determinadas matérias postas sob a guarda do Judiciário exigem, as quais podem resultar em consequências para a sociedade inteira, ou, pelo menos, para um determinado grupo ou categorias de pessoas, tal como o fornecimento de remédios.

5.7 Formação de consórcios públicos

Nesse tópico temos outro importante instituto para que os Municípios possam resolver os seus problemas, ainda mais quando são de grande escala, que são os consórcios públicos, os quais podem trazer ganhos financeiros e políticos.

Do artigo 1º, da Lei nº 11.107/05²⁶², a qual regula os consórcios públicos, podemos extrair o conceito de consórcio público, que é a constituição de entes federados, de natureza pública ou privada, para a realização de objetivos de interesse comum. Por sua vez, Hely Lopes Meirelles conceitua consórcios públicos como:

São pessoas de direito público, quando associação pública, ou de direito privado, decorrentes de contratos firmados entre entes federados, após autorização legislativa de cada um, para a gestão associada de serviços públicos e de objetivos de interesse comum dos consorciados, através de delegação e sem fins econômicos. Trata-se de gestão associada ou cooperação associativa de entes federativos, para a reunião de recursos financeiros, técnicos e administrativos – que cada um deles, isoladamente, não teria -, para executar o empreendimento desejado e de utilidade geral para todos²⁶³.

²⁶² Art. 1º Esta Lei dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências.

²⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 462.

Os consórcios públicos, como a própria Lei permite, podem ter natureza jurídica de direito privado ou de associação pública, e, uma vez criados, pertencerão à Administração Indireta dos entes consorciados. Esse ponto é importante, pois os consórcios não se confundem com o ente da federação.

Inclusive, foi criada legalmente uma espécie de entidade da administração indireta no rol das pessoas jurídicas de direito público interno, com a inclusão no artigo 41 do Código Civil²⁶⁴, entre as autarquias (inciso IV) da associação pública.

Os consórcios públicos estão previstos no artigo 241 da Carta Magna²⁶⁵. Pode-se dizer que o consórcio público é o instituto que traduz e melhor incorpora o espírito do federalismo cooperativo tão falado na doutrina, pois os entes se reúnem para buscarem o melhor resultado nas respectivas obrigações constitucionais e legais.

Os entes, especialmente os Municípios, isoladamente, já não conseguem cumprir o seu dever constitucional, como amplamente demonstrado no decorrer do trabalho. Então, eles devem se alinhar ao novo momento da Administração Pública, a qual exige cada vez mais: gestão profissional em vez de amadorismos; pessoas competentes em vez de apadrinhados políticos que não possuem o menor *know-how* para poder servir à comunidade; metas a serem cumpridas em vez de “achismos”; união e colaboração em vez do isolamento e da empáfia de um ente sozinho se achar o responsável pela resolução dos problemas do mundo, o que justamente deixa os Municípios em estado de abandono e insolvência.

Os objetivos do consórcio público são definidos pelos entes da Federação, os quais podem atuar nos mais diversos campos das competências constitucionais, desde a prestação de serviços até a compra de bens pela Administração.

Para isso, primeiramente, os interessados em participar do consórcio devem celebrar um protocolo de intenções, no qual é preciso constar especialmente as obrigações de cada um e a sua forma de participação nele. Depois, deve-se constituir um estatuto, o qual detalha a organização e o funcionamento do consórcio e seus órgãos constitutivos.

²⁶⁴ Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:
(...)

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;

²⁶⁵ Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Na área da saúde, os Municípios já estavam autorizados a formarem o consórcio público desde a Lei nº 8.080/90, que é a Lei Orgânica da Saúde, segundo a qual:

Art. 10. Os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam.
 § 1º Aplica-se aos consórcios administrativos intermunicipais o princípio da direção única, e os respectivos atos constitutivos disporão sobre sua observância²⁶⁶.

Posteriormente, a Lei nº 8.742/93²⁶⁷ fomentou ainda mais os consórcios municipais da área de saúde, obrigando os Estados a promovê-los e apoiá-los técnica e financeiramente na área da assistência social, conforme o seu artigo 13, IV²⁶⁸.

Nesse aspecto, há um descompasso entre os setores da saúde e educação, pois enquanto para o primeiro existem diversas legislações específicas quanto à criação de consórcios, para o segundo não existe nenhuma, restando a legislação geral. Deve ser produzida legislação, até mesmo obrigando os outros entes a apoiarem o consórcio municipal na área da educação.

Nessa área, é possível instituir o consórcio para, além das compras de materiais, também realizar parcerias no transporte escolar, especialmente nos Municípios de São Paulo, que são próximos uns dos outros.

Exemplo é a Fundação Estatal da Saúde da Família, constituída em maio de 2009 por sessenta e nove Municípios do Estado da Bahia. Esse consórcio tem o objetivo de atuar na atenção básica e na saúde da família. Ana Paula Gil de Lima leciona sobre:

As necessidades e carências apresentadas pelos Municípios de pequeno porte para a implementação de ações de saúde – otimização de estrutura física, falta de recursos materiais, apoio diagnóstico deficiente, acesso a novas tecnologias médicas, somadas à escassez de recursos humanos especializados, principalmente pela baixa remuneração – aliadas às deficiências peculiares ao interior do país, têm elevado a busca de parcerias para o processo de gestão e organização dos sistemas de saúde²⁶⁹.

²⁶⁶ BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

²⁶⁷ BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências.

²⁶⁸ Art. 13. Compete aos Estados:

(...)

IV - estimular e apoiar técnica e financeiramente as associações e consórcios municipais na prestação de serviços de assistência social;

²⁶⁹ LIMA, Ana Paula G. de L. **Os Consórcios Intermunicipais de Saúde e o Sistema Único de Saúde**. Caderno Saúde Pública, v. 16, nº 4, 2000, p.985-996,.

Pode ser realizado um consórcio seguindo esse mesmo modelo pelos Municípios de Manaus, Iranduba, Careiro da Várzea, Careiro Castanho e até Rio Preto da Eva, todos distantes a no máximo 82 km da capital, mas com estrada em boas condições de tráfego. O consórcio ficaria responsável pela compra de insumos e equipamentos, capacitação de pessoal, manutenção de equipamentos etc. Como a compra de insumos, especialmente medicamentos, seria em maior escala, certamente o preço ficaria mais atrativo. Podemos citar como paradigma o Consórcio Paraná Saúde, o qual é integrado por trezentos e noventa e sete dos trezentos e noventa e nove Municípios paranaenses.

Além disso, caso o consórcio viesse a contar com Municípios mais longínquos, evitaria que alguns deles ficassem desassistidos, pois muitas empresas não aceitam entregar somente para eles, evitando até participar de licitações, pela dificuldade da logística que o Estado impõe com a sua geografia recortada por rios e florestas intocáveis quase intransponíveis para se construir estradas.

Inclusive, esse contrato não necessita ser sustentado pelos entes participantes por rateio, podendo ser contratada uma prestadora de serviço para tal. Ela pode trabalhar tanto para eles como para outros Municípios não integrantes, retirando parte dos recursos para si, o que ajuda os entes combalidos financeiramente, já que fariam parte somente quando precisassem.

Desse modo, seria evitável o efeito *free-rider*, que ocorre quando um ente impõe despesas a outro, como é o caso de Municípios que levam os seus cidadãos para serem tratados em outro, o qual arca com todos os custos, enquanto ele, no máximo, só garante o combustível da ambulância.

Isso porque detalhes sobre o local de atendimento, sobre qual ente vai realizá-lo e em qual situação, podem ficar explícitos nos termos do consórcio, com a devida compensação total ou parcial entre os consorciados. Por exemplo, como as cidades próximas a Manaus não têm hospitais que atendam casos alta complexidade, as populações delas poderiam ser atendidas em unidades manauaras. Por sua vez, a população de Manaus mais próxima desses Municípios poderia utilizar os serviços de atenção básica prestados por eles.

Isso não quer dizer que o efeito *free-rider* não possa aparecer mesmo com o consórcio, já que eventualmente um dos seus integrantes pode não arcar com as suas

obrigações. Entretanto, essa pesquisa parte do princípio de que todos contribuem conforme o pactuado no protocolo de intenções.

Como qualquer negócio jurídico, o consórcio público deve-se pautar pela boa-fé, exigindo-se dos participantes o mesmo comportamento.

Outra possibilidade é a realização de consórcios para a preservação do meio ambiente e para a gestão de resíduos sólidos. Várias cidades podem juntar-se para criar um aterro sanitário para atender a demanda, bem como uma única empresa pode gerir os resíduos sólidos gerados pela sua população.

Os consórcios municipais, em muitos casos, são a única solução para os Municípios mais pobres conseguirem cumprir as suas obrigações constitucionais, destacadamente as referentes à saúde.

Enfim, são diversas as oportunidades que os consórcios públicos podem oferecer aos Municípios.

Fora os benefícios financeiros, há uma outra enorme vantagem no que se refere à criação de consórcios: o aumento do poder político.

Um consórcio com um número substancial de Municípios tem muito mais poder para negociar com os governos estadual e federal do que um único Município isoladamente, ainda mais se esse for um Município pequeno. Um exemplo fictício mostra bem o poder político que um consórcio municipal pode ter.

Sete Municípios – São Paulo, Rio de Janeiro, Brasília, Belo Horizonte, Curitiba, Osasco e Porto Alegre –, em 2017, detiveram 25% do PIB nacional, segundo o IBGE. Imagine-se o poder político de um consórcio formado por esses Municípios. Decisões tomadas por ele iriam refletir indubitavelmente nos outros 5.563 Municípios brasileiros e também nas esferas estaduais e federais.

CONCLUSÃO

Como visto, realmente há problema quanto à autonomia financeira dos Municípios, sendo eles dependentes de recursos da União e dos Estados para manterem a sua estrutura bem como para poderem efetivar as obrigações estabelecidas na Constituição Federal.

A Constituição de 1988 atribui aos Municípios uma grande gama de competências e deveres, porém, a obrigatoriedade de efetivarem as suas competências constitucionais não veio acompanhada da devida receita necessária, sendo o atual federalismo fiscal brasileiro não de cooperação, mas de submissão dos Municípios à União e aos Estados para poder garantir a sua sobrevivência financeira. É um federalismo submisso.

Isto é, o federalismo fiscal brasileiro é incapaz de dotar os Municípios com os meios necessários para que eles tenham capacidade de arrecadação própria no intuito de conseguir cumprir com as suas obrigações previstas na Constituição Federal, ou seja, foi incapaz de lhes dar autonomia, especialmente a financeira.

Isso porque o sistema atual de arrecadação privilegia a União, que amealha cerca de 60% dos tributos cobrados, deixando os Municípios dependentes dela e dos Estados em relação às transferências obrigatórias e voluntárias. Além disso, as políticas fiscais realizadas pela União são extremamente prejudiciais aos Municípios, como a renúncia fiscal de IPI.

Ainda dentro desse aspecto, há a intervenção do Poder Judiciário nos atos administrativos. Tal Poder reconhecidamente não tem os dados e nem a *expertise* necessários para avaliar as consequências de sua ingerência, especialmente nas políticas públicas. Entende-se sobre esse ponto que a criação ou a supressão de políticas públicas pelo Poder Judiciário é inconstitucional, ainda mais quando não anuncia de qual lugar do orçamento será retirada a receita, no caso da criação de uma política, para financiá-la.

Devem ser modificados os procedimentos para a chegada das receitas aos Municípios. Pode-se citar como procedimento problemático a utilização das emendas parlamentares, que destinam recursos aos Municípios com base em critérios políticos. Deve-se conceber um meio para que a destinação dessa verba siga um critério técnico. Não se está dizendo para se retirar todo o teor político, mas defende-se que

esse seja reduzido, como, por exemplo, definindo-se que 50% da totalidade da quantia das emendas sejam destinadas para 50% dos Municípios mais pobres do Estado representado, ou determinando-se outra porcentagem que seja considerada mais justa ou necessária para minimizar a desigualdade regional.

A revisão do critério de distribuição do Fundo de Participação do Municípios é salutar, pois melhora a análise dos coeficientes e amplia-se a sua faixa, além de possibilitar uma maior contribuição para os Municípios que ainda não têm um bom serviço em determinada área. Logicamente, se é caso de má-gestão ou corrupção, deve-se rigorosamente apurar.

A União concentra a arrecadação de cerca de 60% dos tributos, e ainda diminui a porcentagem do montante que deve ir para os Municípios por meio de renúncias e manobras fiscais. Essa política fiscal não pode ser aceita sem estudos comprobatórios de que haverá benefício para todos aqueles implicados – os Municípios, por exemplo, podem ter reduzidas as suas receitas advindas do FPM.

Além disso, a União historicamente se omite no financiamento do Sistema de Saúde, contribuindo, *proporcionalmente*, muito menos que os Municípios. Sobre eles recai a responsabilidade pela atenção básica, a qual atende grande parte da população brasileira.

Deve ser também revisitado o entendimento sobre a cobrança de IPVA sobre embarcações e aeronaves. Não é mais aceitável, por motivos jurídicos e sociais, tais veículos automotores não serem tributados. Caso o fossem, haveria, por exemplo, um acréscimo na receita dos Municípios amazonenses em virtude da grande quantidade de embarcações que singram os rios amazônicos.

É importante a autorrestrrição judicial, para que com o propósito de atender o suposto direito de um, não sejam prejudicados os direitos de toda uma classe ou de uma comunidade. As decisões judiciais cotidianamente impactam de várias maneiras a atuação do Poder Executivo, seja modificando de alguma maneira políticas públicas, seja desordenando o orçamento público, e isso deve ser evitado.

Não se desconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a esse respeito, como demonstrado no decorrer do trabalho, mas acredita-se que ela deve compatibilizar a proteção de direitos fundamentais subjetivos com o direito da coletividade em matéria de orçamento e políticas públicas.

Devem existir parcerias com órgãos de judicialização coletiva, a fim de conseguir melhores soluções não apenas para um caso concreto, mas para toda a comunidade. Com a ampla discussão entre todos os atores evitam-se decisões solitárias de Juízes, os quais muitas vezes não têm conhecimento técnico, sociológico ou cultural sobre a causa. A discussão assim levada a cabo, além de dar maior legitimidade ao ato do Poder Executivo, evita o arrombamento do orçamento público.

Igualmente devem ser fomentadas as parcerias com a iniciativa privada e a formação de consórcios com o objetivo de cuidar dos bens públicos sem o gasto recair somente sobre os órgãos estatais e municipais. Tais parcerias e consórcios possibilitam, ademais, a aquisição de bens e serviços com melhor preço.

Após a análise da situação financeira dos Municípios, verificou-se que o Município de Manaus possui uma situação privilegiada em relação à maioria dos Municípios brasileiros, pois possui liquidez e capacidade de investimento, apesar de ter aumentado o gasto de pessoal. As excelentes gestões previdenciária e tributária, fruto de melhora tecnológica, deram a ele conforto financeiro.

Todos os brasileiros vivem em algum Município, é nele que estão seus laços, sua família, sua comunidade. Por conseguinte, é nele que devem ser realizados os objetivos constitucionais, representados por serviços de saúde e de educação adequados, para que a população possa viver com dignidade, conforme dispõe a Constituição da República.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004.

ABRUCIO, Fernando Luiz. **Para além da descentralização: Os desafios da coordenação federativa do Brasil**. In: FLEURY, Sonia (Org.). Democracia, descentralização e desenvolvimento: Brasil & Espanha. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5.ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

APPIO, Eduardo. **A exigibilidade judicial dos direitos sociais no país: populismo judiciário no Brasil**. Disponível em: <http://74.125.47.132/search?q=cache:D4lm3u1kqEwJ:www.eduardoappio.com.br/canais/mat_alunos.htm+A+EXIGIBILIDADEJUDICIAL+DOS+DIREITOS+SOCIAIS+NO+PAÍS:+POPULISMO+JUDICIÁRIO+NO+BRASIL&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>, com acesso em: 02 jun. 2020.

ARRETCHE, Marta. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação a e autonomia. **São Paulo em Perspectiva**, v. 18, n. 2, abr.-jun. 2004.

ASSUNÇÃO, Matheus C. **Incentivos Fiscais e Desenvolvimento Econômico: a função das normas tributárias indutoras em tempos de crise**. Finanças Públicas – XV Prêmio Tesouro Nacional – 2010.

ATALIBA, Geraldo. Federação. **Revista de Direito Público**, v. 20, n. 81, jan./mar. 1987.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros. 2016.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982.

BARBOSA, Rubens. **André Franco Montoro**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/401898/noticia.htm?sequence=1>>, com acesso em 30 jun. 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Orgs.). Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao prof. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. In: SARLET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. (Org.). Direitos Fundamentais — orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **A derrota da Federação: o colapso financeiro dos Estados e Municípios**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, n. 53, 2000.

BASTOS, Celso R. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

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

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BIRD, Richard M. **Threading the fiscal labyrinth: some issues in fiscal decentralization**. National Tax Journal, v. 46, n. 2, p. 207-227, jun.1993.

BOBBITT, Philip. CALABRESI, Guido. **Tragic Choices**. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo G. **Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 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.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil.

BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 989419**, Rel. Ministro Luiz Fux, primeira seção, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1110551**, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, primeira seção, julgado em 10/06/2009, DJe 18/06/2009

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1657156**, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, primeira seção, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ACO 758**, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2016, DJe-168 31-07-2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, **ADC 29**, ADC 30/DF, ADI 4578/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgados em 15 e 16/2/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, **ADI 2238 MC**, Rel. p/ cordão Min. Carlos Ayres Britto, publicado em 12/09/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, **ADI 5105**, Rel. Min. Luiz Fux, DJe-049 publicado em 16/03/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45**, Relator(a): Min. Celso De Mello, julgado em 29/04/2004, publicado em DJe 04/05/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 639337**, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 15-09-2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 745745**, Relator(a): Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, processo eletrônico DJe-250 19-12-2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 566471** RG, Rel. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 15-11-2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 572762**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 18/06/2008,

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 597854**, Relator: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2017, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - MÉRITO DJe-21-09-2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 705423**, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2016, DJe-020 02-02-2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 818550**, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 06/10/2017, DJe-247 26-10-2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 855178**, Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 05/03/2015, DJe-05013-03-2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA 175 AgR**, Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 30-04-2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STP 127**, Rel. Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) Dias Toffoli, julgado em 02/04/2020, DJe-083 06-04-2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Teses de repercussão geral. Tema 793 - Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde.**

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula D. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula D. (Org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Júlio Anderson Alves. **Manual de Direito Tributário**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CABRAL, Nazaré da Costa. **O primeiro passo do federalismo financeiro: determinação de funções**. Boletim de Ciências Econômicas, v. 57, tomo I, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 833-872, 2014.

CALIENDO, Paulo. **Comentário ao artigo 155, III**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAMARGO, Ricardo Antônio L. **Custos dos direitos e reforma do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Metodologia Fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais**. Estudos sobre direitos fundamentais. 1ª ed. brasileira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CARBONELL, Miguel (org.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2011.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

CASTRO, Jose Nilo de Castro. **Direito Municipal Positivo**. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CHAGAS, Magno G. **Federalismo no Brasil: o poder constituinte decorrente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Fabris, 2006.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COLOMBIA. **Constitucion Política de Colômbia (1991)**. Disponível em: <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/COLOMBIA-Constitucion.pdf>, com acesso em 05.ago.2020.

CORREIA NETO, Celso de B. **O avesso do tributo: incentivos e renúncias fiscais no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

CURITIBA. **Lei Complementar Nº 40, de 18 de dezembro de 2011**. Dispõe sobre os tributos municipais e dá outras providências.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

DERZI, Misabel A. **Federalismo, Estado Democrático de Direito e imposto sobre consumo**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito - UFMG, 2002.

DE MARCO, Santa. **O Federalismo Municipal na Itália: críticas e perspectivas.** In: DERZI, Misabel A. M.; JÚNIOR, Onofre A.; MOREIRA, André M. (Orgs.). Coleção Federalismo e Tributação. Volume 2: Estado Federal e Guerra Fiscal no Direito Comparado, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

DOMINGUES, José Marcos. **Federalismo fiscal brasileiro.** Revista Nomos, v. 26, n. 1, p. 137-146, jan.-jun. 2007.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Discriminação de rendas tributárias.** São Paulo: José Bushatsky, 1972.

DROMI, Roberto. **Ciudad y municipio: gerenciamento e gobernabilidad local.** Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2007.

DUARTE, Leonardo de F. **Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ELALI, André de S. D. **Tributação e regulação econômica: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais.** São Paulo: MP, 2007.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRARI, Regina Maria M. N.; **Normas Constitucionais Programáticas – Normatividade, Operatividade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1999.

GIAMBIAGI, Fabio; BARROS, Octavio de. (Orgs.). **Brasil Pós-Crise – Agenda para próxima década.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

GOHN, Maria da Glória. **Conselhos gestores e participação sociopolítica.** 9ª ed. São Paulo: Cortez, 2016.

GOUVÊA, Marcos Masseli. **O controle judicial das omissões administrativas. Novas perspectivas de implementação de direitos prestacionais.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica.** 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto.** 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GUERRA, Arthur M. e S.; NEVES, Paula R. **Federalismo de Cooperação: O excesso de atribuições às gestões municipais.** Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. n. 32, mai.-ago. 2017.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

HABERMAS, Jurgen. **Três modelos normativos de democracia.** Disponível em: https://aulavirtual.derecho.proediçãounc.edu.ar/pluginfile.php/52810/mod_resource/content/1/HABERMAS.pdf., com acesso em 14 mar. 2020.

HARADA, Kyoshi. **Direito Financeiro e Tributário.** 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

HARADA, Kyoshi. **Vinculação, pelo município, das cotas do ICMS para garantia de operações de crédito: efeitos.** Repertório IOB Jurisprudência, n. 3, fev. 1999.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** New York/London: W. W. Norton & Company, 1999.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional.** 4º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LABAND, Paul. **Le droit public de l'empire allemand.** V. VI, Paris: Giard & E. Brière, 1904.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Trad. José Lamago, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LAZARI, Rafael José N. de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade.** 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LIMA, Ana Paula G. de. **Os Consórcios Intermunicipais de Saúde e o Sistema Único de Saúde.** Cad. Saúde Pública, v.16, n. 4, pp. 985-996, 2000.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución.** Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1979.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Estado.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KRELL, Andreas Joachin. **Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais.** In: SARLET, Ingo W. A Constituição Concretizada: construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

KRELL, Andreas Joachin. **Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KRELL, Andreas Joachin. **Diferenças do conceito, desenvolvimento e conteúdo da autonomia municipal na Alemanha e no Brasil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 32, n. 128, out.-dez. 1995.

MALHERBE, Jacques. **O Federalismo fiscal na Bélgica**. In: DERZI, Misabel A. M.; JÚNIOR, Onofre A.; MOREIRA, André M. (Orgs.). Coleção Federalismo e Tributação. Volume 2: Estado Federal e Guerra Fiscal no Direito Comparado. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

MANAUS. **Lei Orgânica do Município de Manaus/AM**, promulgada em 05 de abril de 1990.

MANAUS. **Lei nº 1628, de 30 de dezembro de 2011**. Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU, e dá outras providências.

MEIRA, Silvio. **Federalismo e centralização**. Revista de Direito Público, n. 32, nov.-dez 1974.

MEIRELES, Edilton. **A Constituição do trabalho**. In: MONTESSO, Cláudio José et al (Coords.). Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois. São Paulo: LTR, 2008.

MEIRELLES, Hely L. **Direito Municipal Brasileiro**. 16ª ed., atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENCK, José Theodoro M. **Um federalismo singular: a organização do Estado Federal Belga**. Cadernos ASLEGIS, v. 6, n. 23, nov. 2004.

MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDONÇA, José Vicente S. **Direito Constitucional Econômico – A intervenção do Estado na Economia à luz da Razão Pública e do Pragmatismo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2018.

MENEZES, Vitor Hugo M. de. **Direito à Saúde e Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

MICHELMAN, Frank Isaac. **Constitution, social rights, and political justification**. International Journal of Constitutional Law, v.1, n. 01, 2003.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Gasto do Ministério da Saúde com atenção à saúde como proporção do gasto total do Ministério da Saúde**. Disponível em:

<<http://tabnet.datasus.gov.br/tabdata/LivroIDB/2edrev/e20.pdf>>, com acesso em: 09 mai. 2018.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Administrativo Aplicado**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MONTORO, André F. **Federalismo e fortalecimento do poder local no Brasil e na Alemanha**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de F. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 42, 1990.

MORON PEREZ, Carmem. **La distribución del poder tributário em españa**. In: DERZI, Misabel A. M.; JÚNIOR, Onofre A.; MOREIRA, André M. (Orgs.). Coleção Federalismo e Tributação. Volume 2: Estado Federal e Guerra Fiscal no Direito Comparado, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

NABAIS, José C. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. Revista da AGU, v. 1, n. 1, jun. 2005.

NUNES, António José A.; SCAFF, Fernando F. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NUNES JUNIOR, Vidal S. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Imprensa, 2009.

OLIVEIRA, Daniel de A. **Stephen Griffin e a teoria constitucional americana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Regis F. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Regis F. (Coord. geral); SCAFF, Fernando F.; HORVATH, E.; CONTI, José Maurício (Coords.). **Lições de direito financeiro**. São Paulo: Editora RT, 2016.

PELÁEZ, Francisco José C. **Derechos Sociales: teoría e ideologia**. Madrid: Tecnos, 1994.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição Federal de 1967**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. t. II.

MORON PEREZ, Carmem. **La distribución del poder tributário em españa**. In: DERZI, Misabel A. M.; JÚNIOR, Onofre A.; MOREIRA, André M. (Orgs.). Coleção Federalismo e Tributação. Volume 2: Estado Federal e Guerra Fiscal no Direito Comparado, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

PINTO, Élide G. **Descompasso federativo no financiamento da saúde pública brasileira.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-04/elida-pinto-descompasso-federativo-financiamento-saude>>, com acesso em 27 mai. 2018.

PINTO, Élide G. SARLET, Ingo W. **Regime previsto na EC 86/2015 deve ser piso e não o teto de gasto em saúde.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-24/gasto-saude-previsto-ec-862015-piso-nao-teto#_ftn3>. Com acesso em 24 mai. 2018.

PROUDHON, Pierre-Joseph. **Do princípio federativo.** TRINDADE, Francisco (Trad.). São Paulo: Imaginário, 2001.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais: teoria geral.** 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. **Federalismo assimétrico.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Justiça, Interpretação e Elisão Tributária.** Rio de Janeiro: Edição Lumen Juris, 2003.

RIKER, William H. **The theory of political coalitions.** New Haven: Yale University Press, 1962.

RIKER, William H. Federalism. In: GREENSTEIN, F. and POLSBY, N. (Eds.). **Handbook of Political Science.** Massachusetts: Addison-Wesley Publishing Company, v.5, 1975.

RISSE, Rosmar. **Teoria do mínimo existencial: direitos fundamentais sociais e democracia.** Curitiba: Juruá, 2016.

ROCHA, Carmen Lúcia A. **República e Federação no Brasil.** Traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SÃO PAULO (Cidade). **Lei nº 6.989, de 29 de dezembro de 1966.** Dispõe sobre o sistema tributário do Município de São Paulo, e dá outras providências.

SARAIVA, Luis Augusto Ferreira. **O que e quem não é Ubuntu: crítica ao “eu” dentro da filosofia Ubuntu.** Problemata: Revista Internacional de Filosofia, v. 10, n 2, ano 2019, p. 93-110.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo W. TIMM, Luciano B. (Orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível.** 2ª edição revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio P. de. **Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio P. de (coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.** 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SCAFF, Fernando F. SCAFF, Luma C. de M. **Comentário ao artigo 158, IV.** In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. Edição eletrônica.

SCAFF, Fernando F. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCAFF, Fernando F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos.** Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/view/14814>>. Com acesso em: 24 abr. 2018.

SCAFF, Fernando F. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível.** Revista dialética de Direito processual, n. 51, jun. 2007, São Paulo: Dialética, p. 87-97.

SGARBOSSA, Luis Fernando. **Do Estado-providência ao mercado-providência: Direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal.** 2009. 250f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2009.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de Formação das Leis.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional.** Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2017.

STEPAN, Alfred. **Para uma Nova Análise Comparativa do Federalismo e da Democracia: Federações que Restringem ou Ampliam o Poder do Demos.**

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581999000200001>, com acesso em: 18 Mar. 2020.

SUSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **Custo dos direitos: porque a liberdade depende dos impostos**. 1ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, [livro eletrônico].

THOMAZ, Andreane Rocha. CUNHA, Bruno Salles Trindade da. **Análise das competências constitucionais em face da distribuição dos Recursos entre os entes federados e a necessidade de revisão do pacto federativo**. Revista Brasileira de Direito Municipal, ano 15, n. 51, p. 29-44, jan-mar. 2014.

TORRES, Heleno Taveira. **Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro**. Revista Fórum Direito financeiro e Econômico – RFDFE, n. 5, ano 3, p. 25-54, mar.-ago. 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito financeiro e tributário**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. **Falhas de governo: uma introdução à teoria da escolha pública**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2005.

VELLOSO, Carlos Mário da S. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2016 [livro eletrônico].