

LUCAS REIS VERDEROSI

**INTERVENÇÃO MUNICIPAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO:
COMPETÊNCIA E LIMITES NA INTERPRETAÇÃO DO
INTERESSE PÚBLICO LOCAL**

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Prof.^a Associada Dra. Monica Herman Salem Caggiano

São Paulo

2020

LUCAS REIS VERDEROSI

**INTERVENÇÃO MUNICIPAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO
COMPETÊNCIA E LIMITES NA INTERPRETAÇÃO DO INTERESSE
PÚBLICO LOCAL**

Dissertação apresentada a 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 Direito Constitucional, sob a orientação da Prof.^a Associada Dra. Monica Herman Salem Caggiano.

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo

2020

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

Verderosi, Lucas Reis Intervenção Municipal no Domínio Econômico: Competência e Limites na Interpretação do Interesse Público Local ; Lucas Reis Verderosi ; orientadora Monica Herman Salem Caggiano -- São Paulo, 2020.

248

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Município. 2. Domínio Econômico. 3. Competência. 4. Intervenção. 5. Interesse Local. I. Caggiano, Monica Herman Salem, orient. II. Título.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AI – Ato Institucional

CF – Constituição Federal

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

EC – Emenda Constitucional

IBAM – Instituto Brasileiro de Administração Municipal

IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano

IPVA – Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores

ISS – Imposto sobre Serviços

ISSQN – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza

ONU – Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

Agradecimentos

A Deus, por justo.

Aos meus Pais, por certo.

Aos meus Avós, por tudo.

Às minhas Irmãs, por óbvio.

À Professora Monica Herman Salem Caggiano, devo agradecer pela inspiração fácil e pela orientação precisa. Admirá-la é escolher entre os muitos porquês.

À Professora Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux, por ter-me apontado uma porta que, depois de aberta, lançou-me no precipício certo. Suas orientações e indicações bibliográficas fizeram do meu trabalho um verdadeiro despertar.

Ao Professor Cláudio Salvador Lembo, cujo humor e sagacidade ensinam mais que mil tratados.

Para a Gabi, sempre.

“É tempo de se aprimorarem as instituições nesta América e o melhor prenúncio desta caminhada é saber que se começa pelo município, fonte primária de cidadania e de práticas cidadãs.”

(Cláudio Lembo, 2007)

RESUMO

VERDEROSI, Lucas Reis. INTERVENÇÃO MUNICIPAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO: Competência e Limites na Interpretação do Interesse Público Local. 248 p. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Esta dissertação de mestrado pretende analisar as bases constitucionais da intervenção municipal no domínio econômico. Dedicamos particular atenção aos estudos da repartição de competências em nosso federalismo e das formas de intervenção do Estado na economia. Foram verificados, inicialmente, os limites da interpretação do interesse público, momento em que apresentamos os debates doutrinários a esse respeito. Após, dedicamo-nos em traçar o perfil interpretativo da regra insculpida no art. 30, I, da Constituição Federal, que confere aos Municípios a competência para legislar sobre assuntos de interesse local. Para os fins desse estudo, também foram consideradas as muitas formas pelas quais as municipalidades interagem com os agentes econômicos, a partir, sempre, de um ponto de vista constitucional, de modo a conferir, o quanto possível, concretude ao propósito de delimitar as intersecções entre as competências que dizem respeito à intervenção do Estado na economia e aquelas constitucionalmente atribuídas ao Município.

Palavras-chave: Município. Domínio Econômico. Competência. Intervenção. Interesse Local

ABSTRACT

This dissertation seeks to analyze the constitutional bases of municipal intervention in the economic domain. We gave particular attention to the studies of the division of competences in our federalism and the forms of state intervention in the economy. Initially, the limits of the interpretation of the public interest were verified, at which point we presented the doctrinal debates in this regard. Afterwards, we dedicate ourselves in tracing the interpretative profile of the rule inscribed in art. 30, I, of Brazilian Constitution, which gives municipalities the competence to legislate on matters of local interest. For the purposes of this study, we also considered the many ways in which municipalities interact with economic agents, always from a constitutional point of view, so as to give as much concreteness as possible to delimit intersections between the competences that concern both, the State intervention in the economy and those constitutionally attributed to the municipality.

Keywords: Municipality. Economic Domain. Competence. Intervention. Local Interest.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO I – A POSIÇÃO DO MUNICÍPIO NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA E SUAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS.....	25
1.1 Da Organização do Estado Brasileiro.....	25
1.2 A Posição do Município no Estado Brasileiro.....	38
1.3 Segurança Jurídica e Definição de Competências.....	44
1.4 Classificação das Competências no Federalismo Brasileiro.....	47
1.4.1 Competência Administrativa.....	49
1.4.1.1 <i>Competência administrativa exclusiva ou privativa.....</i>	<i>49</i>
1.4.1.2 <i>Competência administrativa residual.....</i>	<i>51</i>
1.4.1.3 <i>Competência administrativa comum.....</i>	<i>51</i>
1.4.2 Competência Legislativa.....	52
1.4.2.1 <i>Competência privativa.....</i>	<i>52</i>
1.4.2.2 <i>Competência residual ou delegada.....</i>	<i>53</i>
1.4.2.3 <i>Competência concorrente e suplementar.....</i>	<i>53</i>
1.4.2.4 <i>Competência supletiva (plena).....</i>	<i>54</i>
1.4.3 Competências Implícitas.....	54

1.4.4	Competências Municipais.....	55
1.4.1.4	<i>Competência administrativa em matéria municipal</i>	57
1.4.1.4.a)	Competências administrativas explícitas próprias.....	58
1.4.1.4.b)	Competências administrativas explícitas comuns.....	59
1.4.1.4.c)	Competências administrativas implícitas.....	61
1.4.2.5	<i>Competência legislativa municipal</i>	61
1.4.2.5.a)	Competências legislativas enumeradas.....	62
1.4.2.5.b)	Competências legislativas suplementares.....	63
1.4.2.5.c)	Competências legislativas supletivas.....	66

CAPÍTULO II – CONCEITO JURÍDICO DE INTERESSE PÚBLICO LOCAL...73

2.1	Origem e Conceito de Interesse Geral.....	74
2.2	Conceito Jurídico de Interesse Público.....	81
2.3	Interpretação do Interesse (Público) Local: Conflitos e Critérios de Decisão – Preponderância de Interesses, Subsidiariedade e Proporcionalidade.....	109

CAPÍTULO III – INTERVENÇÃO DO MUNICÍPIO NA ATIVIDADE ECONÔMICA.....143

3.1	Considerações Iniciais.....	143
3.2	O Mercado como Instituição Jurídica.....	149
3.2.1	O domínio econômico.....	150
3.2.2	A ordem econômica.....	151
3.3	A Atuação do Estado no Domínio Econômico.....	152
3.4	A Atuação do Município no Domínio Econômico e seus pressupostos.....	154
3.4.1	A atuação direta do Município no domínio econômico.....	162
3.4.2	A atuação indireta do Município no domínio econômico.....	167

3.4.2.a) Regulação.....	169
3.4.2.b) Fiscalização.....	189
3.4.2.c) Planejamento.....	192
3.4.2.d) Fomento.....	201
CONCLUSÃO.....	211
BIBLIOGRAFIA.....	231

INTRODUÇÃO

Vive-se, na atualidade, a quarta revolução industrial, baseada na internet das coisas (*Internet of Things*) e na inteligência artificial (*Artificial Intelligence*). A supressão de intermediários, associada à criação de novos mercados, à extinção de mercados antigos e à dinamização dos fluxos, resulta em grande impacto na circulação e produção de bens e serviços.

O desenvolvimento tecnológico tem propiciado inéditos mecanismos de comunicação, formas de entretenimento, meios de locomoção, maneiras de se hospedar, financiar e monetizar¹. O disruptivo prefere pedir desculpas a pedir licença, motivo pelo qual muitas dessas novidades, principalmente no setor de serviços, escapam ao tratamento jurídico por não se amoldarem perfeitamente às estruturas e institutos normativos tradicionais.

Isto se faz notar de maneira especialmente sensível nas cidades, onde há, nesse contexto: (i) intensificação e qualificação do uso da infraestrutura urbana²; e (ii) transmutação dos bens de consumo em bens de produção³.

Inovadoras formas de compartilhamento dos bens, por meio de plataformas que diminuem a assimetria de informações ao facilitar e publicizar avaliações do serviço com foco na fiscalização pelo próprio consumidor, geram um interessante modo de consumir.

A consequente otimização da economia impõe ao direito se conformar e cumprir sua função instrumental, deixando de ser empecilho para inovações disruptivas que, na essência, demonstram serem vantajosas para os consumidores. Ao mesmo tempo, a regulação estatal é imprescindível para acomodar os interesses em um ambiente de escassez

¹ A título ilustrativo, podemos citar entre as originais formas de consumo e comportamento: a comunicação pelo *Whatsapp*, o acesso ao entretenimento por meio do *Netflix*, a locomoção via *Uber*, a hospedagem pelo *Airbnb*, o financiamento graças ao *crowdfunding* e a monetização devido ao uso de *bitcoins*.

² Como são exemplos as bicicletas e patinetes de aluguel, espalhadas pelas ruas e calçadas, ou os serviços de entrega, que intensificam sobremaneira o uso do viário.

³ Como são exemplos os carros e casas que, de bens de consumo, subvertem-se em bens de produção, através de aplicativos como *Uber* ou *Airbnb*.

e compartilhamento de bens/infraestrutura, revelado de modo tão mais nítido no meio urbano.

Desde a primeira revolução industrial, o avanço econômico de uma sociedade implica em um processo de urbanização que, se planejado, poderá impactar na forma como o processo de produção de riquezas propaga-se no tempo, com o fito de influenciar a maneira como a sociedade urbanizada produzirá bens e riquezas e apropriar-se-á do excedente gerado.

Conseqüentemente, o meio urbano, que é mais impactado por esta nova economia, requer um ator que, ao mesmo tempo, seja capaz de (i) intervir microscopicamente; e (ii) atentar para os impactos eminentemente locais da nova economia.

Ao Município brasileiro, enquanto ente federal vocacionado a atender às demandas particularmente locais, cabe essa função.

O Municipalismo parece ser uma dessas raras doutrinas jurídico-políticas de jaez genuinamente nacional⁴. Não há, seguramente, em outra parte do mundo, tratamento idêntico ao visto no Brasil, onde subsiste uma estrutura municipal que miniaturiza e reflete político-administrativamente o Estado Nacional (falecendo-lhe apenas um Poder Judiciário Municipal, outrora exercido, no Brasil Colônia, pelas Câmaras Municipais, função esta suprimida pela Lei n° 1 de outubro de 1828⁵).

Podemos afirmar que sopram, em nossos dias, renovados ventos Municipalistas⁶.

⁴O Municipalismo brasileiro tem várias faces, como ensina Antônio Carlos Otoni SOARES: “*O municipalismo histórico-popular* enfoca questões práticas e objetivas, tais como: *posturas municipais* [...] fomento econômico municipal e, modernamente, orienta-se no sentido de um cooperativismo de bases comunitárias [...] *A corrente erudita do municipalismo brasileiro* [...] elaborado pelas elites dirigentes urbanas, surge após a Independência do Brasil. É centralizadora por excelência [...] *Municipalismo técnico-científico* [...] pretende introduzir na estrutura municipal, princípios e métodos das ciências sociais e da ciência da administração, enfatizando as vantagens do planejamento e da eficiência administrativa.” (grifo nosso). SOARES, Antonio Carlos Otoni. **A Instituição Municipal no Brasil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986.

⁵ Conforme leciona Antônio Carlos Otoni SOARES: “*A Justiça rústica das Câmaras Municipais foi avocada pelos ‘coronéis’ e mais tarde pelos delegados de polícia. Isto porque, nenhum bacharel em direito trocava a vida ociosa e segura das capitais, para se internar em algum município de Mato Grosso ou Goiás a fim de julgar ‘injúrias verbais’ e pequenos furtos.*” Ibidem, p. 6.

⁶ A doutrina antimunicipalista pode ser resumida pela seguinte citação de PONTES DE MIRANDA: “*O município de hoje existe porque a lei quer. (Grifo do autor). Só a retórica dos juristas repetidores de velhos comentadores anglossaxões pode pretender que o município seja realidade viva. Os Estados Unidos da América e a República Argentina dotaram, nas suas Constituições, atitudes prudentes. O Brasil de 1891, na sua impetuosa idealidade desgarrada dos fatos, quis, de um jacto, criar a ‘unidade política’ que o estadualismo combaterá. Por isso, é de particular interesse verificar-se como procederam, a partir de vinte oito anos depois,*

A Proposta de Emenda Constitucional n° 188/2019⁷, que prevê, entre outras medidas, transferência de parte dos recursos titularizados pela União, como resultado da exploração de petróleo, aos Estados e Municípios, é alardeada pelo governo de turno como um novo pacto federativo, tendente a uma maior descentralização do orçamento público.

Tal política exemplifica uma tendência de fortalecimento das comunidades, em linha com a recentíssima obra “*The Third Pillar, how markets and the state leave the community behind*” (2019), do Professor de Economia da Universidade de Chicago, Raghuran RAJAN.

Nesta obra, o renomado economista defende, em suma, que, com o tempo, Mercado e Estado afastaram-se das comunidades locais, o que agora vem sendo agravado pelas novas tecnologias disruptivas (RAJAN, 2019, p. 12).

Segundo o professor indiano (2019, p. 21): “*Localism – in the sense of centering more powers, spending and activities in the Community – will be one way we will manage the centrifugal disorienting tendencies of global markets and new Technologies*”.

Em nome desse propósito, sugere o economista uma diminuição de poderes do governo federal em benefício do fortalecimento dos governos locais, de modo a tornar as trocas econômicas mais vibrantes e impedir uma “coalização profana entre gigantes econômicos e o Leviatã”.⁸

os Estados europeus (sic) em que haveria razão para as autonomias municipais de velho estilo, reminiscências das cidades-Estados, restos de tempo que se foi’ (1937:581.)” PONTES DE MIRANDA apud OTONI, Ibidem, p. 29. Tal posição, em nosso ver, ignora a cristalização consuetudinária do município na cultura política brasileira.

⁷Parte do chamado “Programa Mais Brasil”, apresentado em novembro de 2019 pelo governo federal. Ressalvamos, todavia, a proposta dissonante de extinção de municípios com menos de 5 (cinco) mil habitantes e arrecadação própria inferior a 10% da receita total e absorção por municípios vizinhos. Trata-se de equivocada adoção da lógica centrípeta, por razões de natureza fiscal. Ainda sobre essa percepção negativa sobre o número de municípios no Brasil, Marta ARRETCHE alerta que: “*tornou-se comum afirmar que o Brasil tem um número excessivo de municípios, o que impactaria negativamente o gasto público e a gestão nacional de políticas. O número de municípios no Brasil é em parte função de suas dimensões governamentais. A Suíça, com seus 7 milhões de habitantes, tem 3.000 governos locais, 4,3 para cada 10.000 habitantes. Os EUA, com 270 milhões de habitantes, têm 70.500 governos locais, 2,6 para cada dez mil habitantes. Na comparação internacional das federações, o Brasil está no extremo mais baixo da escala, com 0,3 governos para cada dez mil habitantes (World Bank, 1999)*”. **A centralização no Estado Federativo Brasileiro**. Tese de Livre Docência. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, 2007. p. 62. A mera imposição constitucional de gratuidade na vereança atenderia à ideia de economicidade pretendida na extinção das estruturas de poder local.

⁸Segue o autor: “*In this chapter, I have argued for a devolvement in powers from federal government through the regional government to the community. This will be an important step in rebalancing. Much as many small – and medium-sized companies help to distribute economic power and keep the unholy coalition of be hemot hand leviathan from forming, the empowerment of many small communities helps distribute political power*

Não é exagero dizer que se reascende, aqui e alhures, ao menos sob o ponto de vista econômico, um novo localismo, para o qual o empoderamento das comunidades, com descentralização do poder de decisão e dos recursos financeiros, pode significar um antídoto para atenuar problemas políticos, econômicos e fiscais⁹ da contemporaneidade.

Com efeito, é possível perceber, a cada dia de forma mais evidente, que o desenvolvimento econômico e o urbanismo são faces do mesmo processo histórico, conjugados pela natureza dos novos mercados e das contemporâneas formas de viver e habitar.

É fácil identificar o fenômeno mundo afora, principalmente quando se lançam os olhos ao impressionante crescimento asiático.

O vertiginoso desenvolvimento de Singapura, baseado em planejamento centralizado¹⁰ e coordenação de megaprojetos integrados, é um exemplo desse processo¹¹. Outro exemplo é a especial atenção dada às questões urbanas no desenvolvimento chinês, que figuram entre as causas e consequências desse pujante processo. Deng Xiaoping, além da modernização e abertura da economia chinesa na década 70, notabilizou-se por reformas

and creates another independent check on the unholy coalition. Vibrant communities also help build a sense of identity and purpose in a world where global markets and distant government are sucking out the air from social relationships. They also help diffuse the allure of divisive majoritarian national identities, which tend to also increase friction between nations. Unfortunately, many communities are dysfunctional across the world, primarily because their old economic basis has disappeared” **The Third Pillar**, New York: Penguin Press, 2019, p. 325.

⁹ Importante esclarecer que Raghuran RAJAN, quiçá pelo perfil liberal da Escola de Chicago, destoa, com alguns argumentos econômicos, das premissas jurídicas adotadas no presente trabalho. Conquanto, em alguns momentos, o economista defenda maior autonomia das comunidades na determinação da produção local, ele tem evidente dificuldade em assimilar regulações locais que possam agravar o nível de liberdade econômica. Exemplificamos esta ressalva com os seguintes trechos de momentos diferentes de seu livro: “*Different communities will have different views on business – for example, the kind of business they want operating in their communities. Some will want big-box retailers like Carrefour or Walmart, while others will prefer small local main-street grocers and shops, even if they cost more. Communities should have the power to determine the nature of local production.*” Adiante, continua ele: “*In the spirit of allowing local decision making, communities could be free to set local licensing norms, but those norms should not be stricter than national norms.*” Ibidem, p. 306 e p. 387.

¹⁰ A respeito do estrondoso crescimento de Singapura: “*In a short span of about 50 years, Singapore has transformed itself economically into a First World economy. This is the result of very conscious public policies that keep both local and global horizon in view. It is the result of a very active interventionist state that has implemented long-term urban development plans.*” HUAT, Chua Beng. **Singapore as a Model in “Worlding Cities: Asian Experiments and the Art of Being Global**, 2011, Ed. Ananya Roy and Aihwa Ong., p. 49.

¹¹ No resumo de Gavin SHATKIN: “*The past two decades have witnessed the emergence of a particular urban form throughout Asia, what I will refer to in this chapter as urban integrated mega-projects (UIMs). These are city or urban district-scale integrated development projects built on a for-profit basis, often by a single developer.*” **Planning Privatopolis: Representation and Contestation in the Development of Urban Integrated Mega-Projects in Worlding Cities: Asian Experiments and the Art of Being Global**, 2011, Ed. Ananya Roy and Aihwa Ong., p. 77.

“de baixo para cima”, em um mecanismo de manualização das boas práticas experimentadas e testadas em âmbito municipal ou provincial¹².

O comportamento dos grandes Municípios americanos e europeus não destoam dessa tendência de fortalecimento das cidades em um contexto de revolução tecnológica. Abundam exemplos de políticas públicas locais concentradas na equalização entre dois valores coexistentes: de um lado, o crescimento econômico e, de outro, a busca por qualidade de vida urbana.

No Brasil, desde as Forais até a vigente Constituição Federal, o Município tem exercido papel central, tanto nas políticas públicas de impacto sensível na comunidade, como no planejamento, regulação e fomento das atividades econômicas empreendidas na cidade.¹³

Essa competência específica, aliada à capacidade técnica, está ancorada em uma premissa de fato: apenas localmente é possível aferir e interferir nos microimpactos específicos, verificáveis em uma determinada comunidade.

¹² Nos anos 90, o intenso processo de urbanização na China obrigou os prefeitos a adotarem estratégias de crescimento sustentável e planejarem-se a partir de modelos já existentes, como Hong Kong e Singapura. Um exemplo bastante conhecido é o da cidade de Dalian, que evoluiu de uma simples cidade portuária a uma grande metrópole, com estatuto administrativo sub-provincial, em um período de menos de uma década, tendo sido vencedora do UM Habitat Scroll of Honour Award, em 1999. Para Lisa HOFFMAN: “*It was also in 1992 that the ‘socialist market economy’ was formally adopted by the Communist Party. By working through ‘the principle of voluntary participation’ (Zhao 2001:4), urban modeling motivates local governments to reform their cities and meet economic targets. It was in the context of localized revenue generation and decentralization of decision-making that Mayor Bo initiated his urbanization strategies and bold greening visions, working with sister-city Kitakyushu, Japan, and emulating practices in Hong-Kong and Singapura.*” **Urban Modeling and Contemporary Technologies of City-Building in China: The Production of Regimes of Green Urbanisms in Worlding Cities: Asian Experiments and the Art of Being Global**, 2011, Ed. Ananya Roy and Aihwa Ong., p. 59. Sobre o processo de urbanização chinesa, afirma Joseph STIGLITZ, a seu turno: “*China is rapidly urbanizing. An increasing fraction of China’s population is living in urban areas, and how they are designed will have enormous effects on quality of life, the efficiency of the overall economy, and environment as China continues to grow. Market forces by themselves will not lead to the creation of livable cities, and there are built-in incentives (both for certain government officials and for private-sector entrepreneurs) for the creation of urban sprawls and the design of urban spaces that are counter to the principles underlying livable cities.*” **Creating the Institutional Foundations for a Market Economy in** KENNEDY, Daniel; STIGLITZ, Joseph (Org.) **Law and Economics with Chinese Characteristics**. Oxford: University Press, 2013. p. 91.

¹³As atas registradas pela Câmara Municipal de São Paulo são evidências históricas documentadas e registradas dessa atuação. A título de curiosidade, lembrar a moção dirigida pela Câmara Municipal de São Paulo ao Governo do Estado, onde “própõe seja sustado o andamento de quaesquer planos constructivos que, directa ou indirectamente, interfiram com a remodelação do traçado das principaes vias de acesso ao centro urbano, até que se installe a ‘Comissão do Plano da Cidade.’” Disponível em: <http://documentacao.saopaulo.sp.leg.br/iah/fulltext/documentoshistoricos/MOC0001-1936.pdf>. Acessado em 02 de junho de 2019.

O choque entre o que estivera funcionando até há pouco e as novidades referidas acima ultrapassa os conflitos econômicas e políticos e passa inevitavelmente ao campo jurídico, que deve buscar dar solução às contendas e resolução às perplexidades¹⁴.

Há um natural atrito entre as atividades econômicas consagradas e aquelas novas modalidades¹⁵. O implemento de inovação pode ser ainda mais conflitivo quando ocorre no âmbito de mercados regulados. Nesses casos, além da natural dificuldade em lidar com os antigos agentes de mercado que são afetados pela obsolescência de suas formas e métodos de prestar serviços, há a perplexidade do Estado, que se percebe na urgente necessidade de adequar os modelos de regulação às novas tecnologias e comportamentos sociais.

O Direito deverá interpretar o meio social sem o antigo binarismo, de categorização e interpretação por fórmulas extremamente rígidas, de modo a passar a atender às atuais expectativas sociais depositadas no Estado e no Direito.

Afinal, por um lado, o uso mais racional dos bens gera economia e competitividade, de outro, extermina modelos empresariais e pode ocasionar canibalização entre agentes econômicos.

O desenvolvimento tecnológico impacta de maneira desigual as diferentes localidades e as esferas da Administração. Por essa razão, entendemos que o Município poderá exercer, como já o tem feito, função primordial no processo de adequação do direito e do estado às novas formas de atividades econômicas, embarcadas em inovações tecnológicas disruptivas, que superam por completo os padrões, métodos e técnicas antes empregados em cada setor.

Para viabilizar a solução dessas questões em nível local, é imprescindível delinear os limites das competências legislativas do Município, a fim de se verificar em que

¹⁴ Nas palavras de Odete MEDAUAR, “é, indubitavelmente nesse diálogo de princípios, nesse contraponto de princípios, e na sua adaptação aos fatos que o direito encontra sua ordem e sua vida”. MEDAUAR, Odete. **Poder de Polícia – Origem, evolução, crítica à noção, caracterização in Poder de Polícia na Atualidade.** MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor, 2014. p. 24.

¹⁵ Para citar exemplos de impacto nacional, empresas de telecomunicação digladiam com empresas que se valem da conexão de internet para, por meio de *streaming*, proporcionarem comunicação e entretenimento melhor e mais barato do que o telefone e a televisão. Já sob o aspecto do impacto local, taxistas e motoristas de aplicativos são postos em posições antagônicas, tendo a equivocidade da regulamentação como combustível para o embate nutrido pelo vai e vem das proposições postas em debate.

medida a regulação se justifica diante das competências inscritas na Constituição, marcadamente aquelas postas nos incisos do artigo 30 da Constituição Federal de 1988.

O Direito Constitucional tem neste cenário a função de balizar as competências na divisão de funções entre cada ente federado, de modo a distribuir papéis e impor responsabilidades políticas a cada qual.

A importância ímpar que têm os Municípios no desenho federativo brasileiro é de todos conhecida e revela necessária interpretação dos dispositivos constitucionais que impactam nas formas de atuação deste ente federado no domínio econômico local.

Portanto, discutir a competência municipal nos parece central para a definição do poder regulatório municipal e ratifica a necessidade da presente dissertação.

Essencialmente, como se verá, a dissertação lança olhos ao tema da competência¹⁶ municipal naquilo que interfere com a ordem econômica, com o condão de dissecar, ao acadêmico ou ao operador do direito, os exatos limites constitucionais da atuação do Município nas funções que interfiram com a ordem econômica.

Nossa proposta de dissertação cingiu-se ao aspecto constitucional e visou desenhar um feixe jurídico-normativo que descreva, de maneira cientificamente organizada, as intersecções entre as competências que dizem respeito à intervenção do Estado na economia e aquelas constitucionalmente atribuídas ao Município.

Para atingir estes objetivos, fez-se cuidadoso levantamento bibliográfico, com pesquisa sobre os estudos existentes, a legislação pertinente, alguma análise sob o método do direito comparado¹⁷ e singelos estudos históricos sobre repartição de competências entre os entes federados e a capacidade regulatória municipal das atividades econômicas.

¹⁶ Para fins deste projeto, adotou-se a definição de competência estabelecida por José Joaquim Gomes CANOTILHO, segundo a qual: “*Por competência entender-se-á o poder de acção e de actuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos. A competência envolve, por conseguinte, a atribuição de determinadas tarefas bem como os meios de acção (‘poderes’) necessários para a sua prossecução. Além disso, a competência delimita o quadro jurídico de actuação de uma unidade organizatória relativamente a outra.*” **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 2002, p. 537.

¹⁷A intenção foi utilizar a metodologia de direito comparado, ainda que de maneira perfunctória, com o intuito de examinar pontualmente algumas experiências internacionais de regulação municipal da atividade econômica sem, no entanto, pretender uma análise puramente internacional, diante da dificuldade na transposição de cenários de federalismos tão díspares.

A análise da jurisprudência nacional, por sua vez, também mereceu atenção do pesquisador, visto que o Supremo Tribunal Federal por diversas vezes se manifestou acerca da competência legislativa e regulatória dos entes federados.

Para o exame do material obtido no levantamento bibliográfico, bem como na elaboração do trabalho de pesquisa, foram utilizados os métodos científicos que se fizerem necessários para cada tipo de análise empreendida no decorrer da nossa investigação acadêmica.

Em primeiro lugar, utilizamo-nos do método dialético, a partir de levantamento bibliográfico, sucedido da contraposição e discussão sobre as diferentes posições doutrinárias – consonantes e dissonantes – sobre o objeto estudado.

Não obstante, o uso de outros métodos, tais como o *histórico*, *comparativo* e *dedutivo*, foi essencial para (i) a análise da evolução histórica do tema, diante da atual e das pretéritas constituições, bem como dos debates constituintes anteriores à Constituição de 1988; (ii) o exame de direito estrangeiro, perante o tratamento jurídico encontrado em outros países, estabelecendo-se, o mais quanto pertinente, paralelo com a situação brasileira; (iii) a verificação dos institutos e princípios constitucionais, mormente no campo do direito constitucional econômico, para compreender o modelo adotado pela Constituição de 1988 no que toca à intervenção do Município na atividade econômica.

As fontes utilizadas, portanto, foram a Constituição Federal, jurisprudência brasileira e internacional e doutrina brasileira e internacional.

Procuramos deixar a bibliografia o mais concisa e precisa possível, sem apontar, genericamente, todo e qualquer manual ou tratado sobre os temas tangenciados no trabalho. Isto resultou na exclusão de muitas obras que, na realidade, não embasam o trabalho em si, mas são obrigatórios para a formação acadêmica de um estudioso do Direito Constitucional Econômico.

Buscou-se, em resumo, encontrar os fundamentos jurídicos da intervenção municipal no domínio econômico, no sentido de traçar seus limites constitucionais. Assim, nossa ambição foi apresentar o tema da intervenção municipal na atividade econômica sob o prisma da repartição de competências, considerando os seus pontos mais importantes, em especial sob a perspectiva de seus limites jurídicos interpretativos, com particular ênfase no *interesse público local*.

Os capítulos foram desenhados de modo a sintetizar o silogismo dedutivo que se pretendeu construir para arquitetar o raciocínio geral desenvolvido na dissertação.

No primeiro capítulo, como premissa maior, traçamos a posição ocupada pelo ente municipal na federação brasileira do ponto de vista de suas competências.

No capítulo seguinte, desenvolvemos o tema do interesse público, esmiuçando a questão do interesse local, como conceito aberto regente da competência legislatória municipal.

O terceiro capítulo, mais interdisciplinar, aponta os marcos constitucionais da ordem econômica nos quais se sustentam as formas de atuação do Estado na economia, que constitui, em nosso silogismo, a premissa menor. Nele houve de tratar em forma de exemplos e seleção de debates específicos das maneiras pelas quais se dá a intervenção municipal no plano econômico (conclusão), diante das autorizações constitucionais apontadas nos capítulos precedentes, com especial atenção para os limites na interpretação dos parâmetros constitucionais afetos a esta atividade municipal.

Na sequência, a conclusão do mestrado terá o condão de retomar de modo remissivo as ideias desenvolvidas ao longo do texto.

Trata-se, portanto, de silogismo que procuramos fazer para organizar, sob o método dedutivo, o pensamento, a partir de duas proposições que levariam a uma conclusão.

O capítulo I e II seriam a premissa maior e o capítulo III conteria a premissa menor, levando à conclusão nele mesmo exemplificada.

Consignamos que o sumário pode ser entendido como o esqueleto geral do que foi verificado no decorrer da pesquisa. Com isto, os itens poderiam ser desdobrados em subitens, mas, a nosso gosto, os temas poderiam perder a coordenação inicialmente pretendida.

Procuramos, no decorrer desta dissertação, apresentar os conceitos e institutos, bem como os precedentes jurisprudenciais, de maneira a sistematizar o regime constitucional de competências municipais, objetivando, perante situações de impasse sobre competência do governo local, conferir alguma segurança jurídica ao Legislador municipal, à Administração Pública municipal e ao munícipe.

Neste sentido, ao longo de seus capítulos, a dissertação procurou enfrentar, ainda que sem pretensões exaurientes, as seguintes questões:

(i) Qual a posição ocupada pelo Município na Federação brasileira?

(ii) Quais as competências municipais previstas pela Constituição Federal de 1988?

(iii) Qual a extensão da competência suplementar do Município?

(iv) O Município possui competência suplementar supletiva?

(v) O que é, quais as origens e qual a função do conceito de interesse público em nosso ordenamento?

(vi) O que é interesse local? Qual seu significado?

(vii) O que é ordem econômica e domínio econômico?

(viii) Como o texto constitucional de 1988 estabeleceu a atuação do Estado no Domínio Econômico?

(ix) De que modo ocorre a intervenção estatal na economia?

(x) Há proibição expressa de atuação municipal no domínio econômico?

(xi) Quais os limites da intervenção estatal no domínio econômico?

(xii) No que consiste a ordenação territorial e qual a sua relação com a política urbana?

(xiii) Como ocorre a ação municipal no domínio econômico, de acordo com a experiência brasileira?

(xiv) Em quais circunstâncias o Município poderia atuar como agente de mercado?

(xv) Quais os limites da fiscalização municipal da atividade econômica?

(xvi) Como é a regulação da atividade econômica pelo Município? Quais seus limites? Qual o posicionamento do STF?

(xvii) De que maneira é constitucionalmente autorizado o planejamento da atividade econômica pelo Município? Qual o entendimento doutrinário e jurisprudencial a este respeito?

(xviii) Como ocorre o fomento municipal da atividade econômica? Qual sua extensão constitucionalmente autorizada?

(xix) Em suma, o Município tem competência para intervir na atividade econômica? Em quais termos? Quais são os fundamentos jurídicos para sua atuação? Quais os limites e a que fim se presta a regulação, o fomento, a fiscalização e o planejamento municipal da atividade econômica?

CAPÍTULO I – A POSIÇÃO DO MUNICÍPIO NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA E SUAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

Neste capítulo faremos algumas considerações iniciais sobre a forma como se organiza o Estado Brasileiro, com especial desvelo na análise da posição ocupada pelo Município em nossa Federação.

Depois, indicaremos como o princípio da segurança jurídica é concretizado na própria Constituição, que cuida, entre outras tarefas, de atribuir a cada ente federado suas funções e limites por meio de *regras* de competência.

Mais adiante, teceremos algumas considerações sobre o conceito de competência, em breve estudo sobre a classificação das competências presentes em nosso sistema constitucional, para, por fim, avançar no estudo das competências atribuídas especificamente ao Município.

I.1 Da Organização do Estado Brasileiro

O Estado é fundado por sua Constituição, que o organiza e estrutura levando em conta três aspectos principais: a forma de governo – Monarquia ou República¹⁸ -, o sistema de governo – presidencialista ou parlamentarista¹⁹ - e forma de Estado, que pode ser, em poucas linhas: unitário; regional; autonômico; ou federado²⁰.

O Estado brasileiro é uma federação²¹.

Conforme ensina o Professor Jorge MIRANDA (2007, pp. 5-6):

“Forma de Estado é o modo de o Estado dispor o seu poder em face de outros poderes de igual natureza (em termos de coordenação e

¹⁸ A forma de governo adotada pela Constituição brasileira de 1988 é a República, conforme se verifica em diversas passagens do texto constitucional. A título ilustrativo, recordamos que, já de início, o seu preâmbulo proclama a Constituição da **República** brasileira, o que é repetido em seguida no *caput* do art. 1º.

¹⁹ Quanto ao sistema de governo, adotou-se entre nós o presidencialismo, nos termos do art. 14, § 5º. Relembramos que tanto a **forma de governo** quanto o **sistema de governo** propostos originalmente pela Constituição de 1988 foram confirmados por meio de plebiscito, realizado em 21 de abril de 1993 (art. 2º do ADCT).

²⁰ Como exemplos de diferentes tipos de Estado, citamos o Estado unitário francês, o Estado regional italiano, o Estado autonômico espanhol e o Estado federado estadunidense.

²¹ A forma federativa de Estado, inclusive, é uma das cláusulas pétreas enumeradas no § 4º do art. 60 da Constituição de 1988.

subordinação) e quanto à comunidade e ao território (quem ficam sujeitos a um ou a mais de um poder político). [...] o problema da forma de Estado concerne o número de aparelhos governamentais e, se há vários, as suas relações; diz respeito à ‘extensão humana’ da sua competência, à estrutura constitucional da própria colectividade, à sua unidade ou à sua divisão para efeito do poder governamental; [...] as formas de Estado são os vários processos de combinação jurídica dos seus elementos.”

Não é a intenção deste estudo, todavia, fazer aprofundadas considerações a respeito do Federalismo²², senão breves anotações sobre suas características e origens para, logo em seguida, adentrar no tema que motivou o presente ensaio: o Município na Federação brasileira e suas competências sob a ótica da intervenção do Estado na Economia.

A forma federativa de Estado tem raízes teóricas que, em essência, não dialogam com a formação histórica do Brasil, a não ser pelas características práticas adotadas na ocupação colonial, quando se dividiu este território em capitanias hereditárias para viabilizar alguma administração possível²³.

Desconsideradas as remotas experiências gregas (ligas de Delos e Peloponeso) ou Helvética (confederação dos cantões suíços), a rigor, os elementos iniciais da teoria federalista propriamente dita têm origens com KANT (2008), na obra *Paz Perpétua*, e com HAMILTON, JAY e MADISON (2001), em *The Federalist*. Em ambos, evidencia-se a finalidade pragmática de acomodar “soberanias” em aglutinação centrípeta, a garantir a coexistência, respectivamente, de Estados soberanos (federação mundial para buscar a paz²⁴ entre os povos) ou Colônias autônomas (Estado federal concebido na

²²Para uma revisão bibliográfica teórica e bem organizada sobre federalismo, vide BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Belo Horizonte: Fundação Mariana Rezende Costa, 1982.

²³ A respeito da tentativa de administração colonial via capitanias hereditárias: “*Em 1534, o rei d. João III deu início ao sistema de capitanias hereditárias. Dividiu a faixa litorânea de sua colônia americana em quinze parcelas e as doou a doze fidalgos portugueses para que bem as administrasse, tendo Martim Afonso recebido a capitania de São Vicente, onde a plantação canavieira prosperou. O resultado geral foi, porém, desapontador: algumas capitanias não foram nem colonizadas, e outras sofreram de isolamento e com ataques de indígenas.*” SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M. **Brasil: uma Biografia**. São Paulo: Companhia das letras, 2018, p. 54.

²⁴ Para Immanuel KANT, explicado aqui de forma muito simplista, a ideia de federação de Estados livres seria uma solução para que Estados não mais tendessem a guerrear entre si: “*visto que a razão, do trono do máximo poder legislativo moral, condena a guerra como via jurídica e faz, em contrapartida, do estado de paz um dever imediato, o qual não pode, todavia, estabelecer-se ou garantir-se sem um pacto entre os povos: - tem, pois, de existir uma federação de tipo especial, a que se pode dar o nome de federação da paz (foedus pacificum), que se distinguiria do pacto de paz (pactum pacis), uma vez que este tentaria acabar com uma guerra, ao passo que aquele procuraria pôr fim a todas as guerras e para sempre*”. Temos podido assistir a uma tentativa de concretização prática da proposta kantiana tanto na Organização das Nações Unidas (ONU) quanto no esforço de constitucionalização de uma Confederação Europeia “*Os Estados com relações recíprocas entre si não têm, segundo a razão, outro remédio para sair da situação sem leis, que a simples guerra implica, senão o de se acomodar a leis públicas coativas, do mesmo modo que os homens singulares entregam a sua liberdade selvagem (sem leis), e formar um Estado de povos (civitas gentium), que (sempre, é*

Convenção de Filadélfia, em 1787, após o fracasso dos Artigos da Confederação, em que as antigas colônias britânicas, recém independentes, formaram treze Estados, inicialmente soberanos)²⁵.

Como se pode facilmente perceber, não há identidade histórica entre o federalismo brasileiro e o federalismo que mais o influenciou, o americano.

No Brasil, mesmo com a desagregação, sempre se preservou certo grau de centralização dos poderes na União, como reminiscência de nossa origem imperial. Ao passo que o federalismo por agregação americano demonstrou, desde a primeira hora, grande cautela na definição dos poderes a serem atribuídos ao ente central.

Tais diferenças de origem fazem-se refletir na concepção de que a União Federal deveria ter apenas aptidão para cuidar da defesa, diplomacia e comércio exterior, conforme exposto por Alexander HAMILTON (2001, p. 203), no n. 23 de *The Federalist*:

“The principal purposes to be answered by union, are these: the common defense of the members; the preservation of the public peace, as well against internal convulsions as external attacks; the regulation of commerce with other nations, and between the states; the superintendence of our intercourse, political and commercial, with foreign countries.”

Os Estados Unidos da América nasceram, portanto, como confederação de Estados soberanos, cujos delegados constituintes de 1787 cuidaram de enumerar poderes à União e reservar os demais poderes aos Estados, princípio incorporado expressamente pela 10ª emenda, em 1791.

Enrique Ricardo LEWANDOWSKI (1992) credita a Bernard Schwartz a análise segundo a qual o federalismo dual seria o “complemento necessário” à doutrina

*claro, em aumento) englobaria por fim todos os povos da Terra. Mas se, de acordo com a sua ideia do direito das gentes, isto não quiserem, portanto se rejeitarem in hypothesi o que é correto in thesi, então, a torrente da propensão para a injustiça e a inimizade só poderá ser detida, não pela ideia positiva de uma república mundial (se é que tudo não se deve perder), mas pelo sucedâneo negativo de uma federação antagônica à guerra, permanente e em contínua expansão, embora com o perigo constante da sua irrupção (Furor impius intus – fremit horridus ore cruento, Virgílio) ‘um ímpio e horrível furor ferve dentro de sua boca sangrenta.’*KANT, Immanuel. **A paz perpétua.** Trad. Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2008. pp. 34-36.

²⁵ Tampouco há identidade perfeita entre o caso norte-americano e o processo pelo qual passou o Brasil, salvo o evidente fato de a federação concebida em *The Federalist* ter sido a fonte na qual o constituinte brasileiro de 1891 sorveu sua estrutura: “Os ensaios do *Federalist*, que Hamilton publicou entre 1787 e 1788, em colaboração com Jay e Madison, para sustentar a ratificação da Constituição federal americana, nos oferecem a primeira e uma das mais completas formulações da teoria do Estado federal.” BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**, vol.1. Brasília: Unb, 2010, pp. 478-482.

econômica e social do *laissez-faire*, refletindo o máximo de descentralização política e um mínimo de intervenção do Estado.

Claro que essa distribuição dual de competências foi sofrendo modificações e aperfeiçoamentos na própria jurisprudência da Suprema Corte, vindo a serem incorporados os conceitos de poderes implícitos (caso *McCulloch vs Maryland*) e chegando a ser superado o federalismo dual, com as mudanças jurisprudenciais ocasionadas em 1937, a partir dos julgamentos das políticas estatais do New Deal (*e.g.* caso *Poultry vs EUA*).²⁶

Após 1937²⁷, inaugurou-se um processo de centralização operado pela jurisprudência da *Supreme Court*²⁸, dimanado principalmente da competência da União para regular o comércio interestadual.²⁹ Conforme resume Paulo MOHN (2010, p. 218):

“Ocorre que, como demonstra Schwartz (1993, pp. 30-31), a teoria do *laissez-faire* e o federalismo dual mostraram-se inadequados para atender aos problemas apresentados pela Grande Depressão de 1929, pois era requerida uma maior intervenção do governo federal para recuperar a economia nacional. Se antes o governo deveria ser apenas regulamentador e negativo, passou-se a exigir dele uma atuação positiva, de intervenção nos assuntos econômicos e sociais em escala nacional [...] a Suprema Corte passou a [...] reconhecer a competência federal em matérias de interesse local que tivessem repercussão nacional. Disso resultou uma necessária cooperação entre os níveis federativos, marcada pelo predomínio do poder federal.”

O crescimento do intervencionismo econômico e social do Estado - em divórcio com o liberalismo econômico do século XIX - resultou do processo histórico pela qual passou o mundo nas primeiras décadas do século XX (*i.e.* revoluções industriais, ascensão do socialismo na Rússia, depressões econômicas, *New Deal* e guerras mundiais - consideradas guerras totais). A consequência foi a hipertrofia do poder central.

²⁶ Cf. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 828-831.

²⁷ Segundo Carlos Bastide HORBACH: “*O primeiro grande movimento de centralização se verifica nos Estados Unidos nos anos anteriores à Guerra Civil.*” **Forma de Estado: Federalismo e repartição de competências** in Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília: UniCEUB, volume 3, n. 2, Dez. 2013, p. 6.

²⁸ O pêndulo federativo parece ter sofrido recentes oscilações, como informa Carlos Bastide Horbach: “*Com a investidura de William Rehnquist na função de Chief Justice iniciou-se um deliberado movimento de regresso aos poderes estaduais; que somente tem surtido efeito após as indicações do Presidente George W. Bush para o tribunal, já no período, portanto, da Corte Robert.*” Ibidem, p. 6.

²⁹ Nos termos da *Commerce Clause* (Artigo I, Seção 8, Cláusula 3) da Constituição dos EUA: “*The Congress shall have Power To [...] To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes.*”

A isso, vencidos os fatores político-econômicos enumerados acima, seguiu-se uma tendência de creditar, ao poder central, uma racionalidade superior e uma capacidade maior como planejador, apto a conferir homogeneidade e justa distribuição de políticas públicas, não mais como concentrador despótico de poderes, com tendências para tornar-se corrupto e ineficiente, mas como detentor de melhores condições técnicas para atuar na ordem econômica e social.

Nesse sentido, Gilberto BERCOVICI (2004, pp. 56-57), em seu *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*, exprime como o Federalismo Cooperativo seria justificado pela necessidade de um Estado intervencionista, voltado para implementação de políticas públicas, dado que “as esferas subnacionais não têm como analisar e decidir, originariamente, sobre inúmeros setores da atuação estatal, que necessitam de um tratamento uniforme em escala nacional”. Em seguida, sem descurar, entretanto, das competências dos entes subnacionais, que devem ser coordenados pela União, afirma (p. 58):

“As tensões do federalismo contemporâneo, situadas basicamente entre a exigência da atuação uniformizada e harmônica de todos os entes federados e o pluralismo federal, são resolvidas em boa parte por meio da colaboração e atuação conjunta das diversas instâncias federais. A cooperação se faz necessária para que as crescentes necessidades de homogeneização não desemboquem na centralização. A virtude da cooperação é a de buscar resultados unitários e uniformizadores sem esvaziar os poderes e competências dos entes federados em relação à União, mas ressaltando a sua complementaridade [...] O real problema da descentralização ocorrida pós-1988 é a falta de planejamento, coordenação e cooperação entre os entes federados e a União, ou seja, a falta de efetividade da própria Constituição e do federalismo cooperativo nela previsto.”

Peguemos de empréstimo, para identificar a origem dessa concepção, a revisão bibliográfica de Raul Machado HORTA (2011, pp. 191-192) em seu *Tendências do Federalismo Brasileiro*:

“A depressão econômica, o crescimento dos serviços sociais e a revolução tecnológica figuram entre as causas que Wheare relaciona para explicar o crescimento dos poderes federais, sob o prisma da economia desenvolvida. Beard, sem se afastar do quadro daquela economia,

demonstra que o governo federal ampliou seu campo de atuação na medida em que se intensificaram as relações entre a economia nacional e as agências governamentais. Não é diversa a compreensão de Roger Pinto, Nicola Jaeger, R. N. Bhargava, Carl J. Friedrich, André Mathiot, Bernard Schwartz e Georges Burdeau, quando analisam as razões determinantes do crescimento dos poderes federais”.

O próprio Victor Nunes LEAL (2012, p. 33), em seu clássico *Coronelismo, Enxada e Voto*, ao tratar da intervenção do Estado na Ordem Econômica e o reflexo sobre as atribuições dos Municípios pontifica um lugar superior da administração central:

“Parece fora de dúvida que as condições da vida moderna não são muito favoráveis ao desenvolvimento das atribuições municipais, ou, em outras palavras, são mais favoráveis à extensão dos poderes centrais. Um número cada vez maior de problemas administrativos requer solução de conjunto, senão para o país inteiro ou para todo um Estado, ao menos para um grupo de municípios, que eventualmente podem pertencer a Estados diferentes. As estradas de rodagem já são, por exemplo, em grande parte, um problema nacional, que vai sendo progressivamente subtraído à competência municipal. Também os problemas de saneamento apresentam em medida crescente esse caráter. À proporção que ampliarmos o uso da eletricidade, os municípios nem serão capazes de empreender individualmente a construção de grandes centrais elétricas, nem de enfrentar isoladamente as poderosas empresas que por ventura se incumbam de tal serviço. Na medida, portanto, em que estes e outros encargos, por conveniência pública ou por necessidade técnica, se forem centralizando, correspondentes parcelas de autoridade serão amputadas aos municípios. No mais das vezes, isto se fará por sua própria deliberação e no seu próprio interesse. Faltando, porém, essa concordância, a interpretação dos poderes implícitos da União e dos Estados poderá eventualmente oferecer a necessária solução teórica. A associação de municípios numa organização prestatal incumbida de realizar serviços públicos comuns responde a essa previsão.”³⁰

³⁰O próprio autor, no entanto, faz uma ressalva, ao prognosticar um aumento das atribuições do município na economia local, em simetria com o que era feito pelas câmaras coloniais, desde que a partir de um planejamento federal: “*Por outro lado, na medida em que aumenta a intervenção do poder público na vida econômica, o município poderia adquirir atribuições novas num terreno que tem ficado predominantemente reservado à competição individual. As câmaras coloniais muitas vezes exerceram esse papel de regulamentação da economia local. No mundo moderno, porém, essa intervenção depende de um planejamento que transcende os limites do município e do Estado e que há de ficar, por isso mesmo, confiado a autoridades federais*”. Op. cit. p. 33.

Não é intenção deste trabalho traçar o perfil completo da formação do sistema federativo brasileiro. Não haveria fôlego para tanto. É preciso pontuar, todavia, que a proclamação da República e a Constituição de 1891 distribuíram parte do poder, antes centralizado na figura do Poder Moderador da Constituição de 1824, para as autoridades regionais.

A federação brasileira formou-se centrifugamente, a partir da constituição de 1891, que estabeleceu, de forma um tanto quanto artificial, um modelo federal relativamente descentralizado³¹.

O grau de descentralização oscilou nas Constituições subsequentes e, também por essa razão, variou no tempo o grau de autonomia dos Municípios no Brasil.

A Constituição de 1934, que houvera estabelecido alguma capacidade de autofinanciamento pelos Municípios, foi atropelada pela Constituição Polaca de 1937, que cuidou de asfixiar os entes locais, entre outras medidas, aos subtrair-lhes, de sua base fiscal, o imposto territorial rural e a participação de 20% dos impostos federais e estaduais não especificados recolhidos em seu território.

Em 1946, o municipalismo, de certo modo menoscabado em 1934 e suprimido em 1937, acaba por florescer, com grande aumento das rendas do município, o qual passou a participar dos impostos cobrados pelos entes mais abrangentes, além de contar com competências tributárias próprias.

Não viria ao caso descer às minúcias do processo histórico percorrido pelos Municípios, muito bem descrito por Victor Nunes LEAL (2012), em seu imprescindível *Coronelismo, Enxada e Voto*.

Tocará, a nós, tão somente compreender como a posição do Município - que já sofrera de dependência em relação ao poder central e às Províncias desde o Império³², a partir do Ato Adicional³³ - variou também na República, de modo que, como verificaremos,

³¹ Bom que se diga que a centralização do poder custou historicamente mais aos Municípios. Neste sentido, cf. LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Crítica ao Tratamento Constitucional do Município como Ente da Federação Brasileira**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT, n. 68/76, jul./set. 2009, pp. 76-85.

³² Sobre as críticas ao modelo centralizador imposto no Império e propostas de “Monarquia Federativa”, vide BARACHO, José Alfredo. **Novos Rumos do Federalismo**. Revista de Direito Público, São Paulo: RT, n. 65, v. 5, jan.-mar. 1983.

³³ Na transcrição literal dos artigos. 10 e 13 do Ato Adicional de 1834: “**Art. 10 – Compete às mesmas Assembléias legislar: [...]** § 3 - Sobre os casos e a forma por que pode ter lugar a desapropriação por utilidade municipal ou provincial. § 4 - Sobre a polícia e economia municipal, precedendo propostas das câmaras. § 5 - Sobre a fixação das despesas municipais e provinciais, e os impostos para elas necessários, contanto que estes não prejudiquem as imposições gerais do estado. As câmaras poderão propor os meios de ocorrer às despesas dos seus municípios. § 6 - Sobre a repartição da contribuição direta pelos municípios da província

não restaram aperfeiçoadas e perfeitamente delimitadas as funções e poderes do ente local. Em verdade, seu desenho institucional surgiu, com nova cara, há apenas pouco mais de 30 anos.

Segundo Raul Machado HORTA (1982), a indiferença da Constituição Federal de 1891 com a entidade municipal ficou explícita no enunciado genérico do artigo 68, que preceituara: “Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.”³⁴

HORTA (1982, p. 110) nos lembra, entretanto, que:

“A neutralidade dogmática do texto começou a ceder quando se passou a questionar na tribuna parlamentar, na doutrina publicística e no Supremo Tribunal Federal, se a autonomia municipal não seria um princípio constitucional da União, beneficiário dos instrumentos de defesa compatíveis com essa relevância. As dúvidas foram vencidas e, para aplacá-las definitivamente, a reforma constitucional de 1926 inclui a autonomia municipal entre os princípios constitucionais da União (art. 6º, II, “f”), cuja eficácia ficaria assegurada pelo mecanismo drástico da intervenção federal da União no Estado.”

e sobre a fiscalização do emprego das rendas públicas provinciais e municipais, e das contas de sua receita e despesa. As despesas provinciais serão fixadas sobre orçamento do presidente da província, e as municipais sobre orçamento das respectivas câmaras. § 7 - Sobre a criação, supressão e nomeação para os empregos municipais e provinciais, e estabelecimentos dos seus ordenados. São empregos municipais e provinciais todos os que existem nos municípios e províncias, à exceção dos que dizem respeito à arrecadação e dispêndio das rendas gerais, à administração da guerra e marinha e dos correios gerais; dos cargos de presidente de província, bispo, comandante superior da guarda nacional, membro das relações e tribunais superiores e empregados das faculdades de medicina, cursos jurídicos e academias, em conformidade da doutrina do § 2 deste artigo.[...] Art. 13 - As leis e resoluções das Assembléias Legislativas Provinciais sobre os objetos especificados nos artigos 10 e 11 serão enviadas diretamente ao presidente da província a quem compete sancioná-las. Excetuam-se as leis e resoluções que versarem sobre os objetos compreendidos no artigo 10, parágrafos 4, 5 e 6 na parte relativa à receita e despesa municipal, e 7, na parte relativa aos empregos municipais, e no artigo 11, parágrafos 1, 6, 7 e 9, as quais serão decretadas pelas mesmas Assembléias, sem dependência da sanção do Presidente.”

³⁴ Acrescente Victor Nunes LEAL que: “Do ponto de vista estritamente jurídico, é evidente que a Constituição federal admitia restrições à autonomia administrativa e política das comunas. A autonomia municipal, segundo o art. 68, estava referida à noção de “peculiar interesse” dos municípios, mas esse conceito auxiliar não foi definido no texto constitucional. Ao legislador constituinte estadual e, nos limites por ele permitidos, ao legislador ordinário, tocava a tarefa de discriminar as matérias e os limites da competência municipal. O Legislativo federal poderia ter construído uma doutrina diferente, no uso da faculdade de decretar a intervenção nos Estados por motivo de infração dos princípios constitucionais. Não o fez, porém. O Supremo Tribunal Federal, com algumas exceções, também consagrou a interpretação favorável aos Estados. De acordo com o postulado básico do nosso regime, cabia à Corte Suprema interpretar final e conclusivamente a Constituição; podia, pois, imprimir rumo diferente ao nosso municipalismo, se entendesse que determinados princípios estavam necessariamente contidos no conceito constitucional de “peculiar interesse”, como sustentava Pedro Lessa. Mas também não o fez.”, *Op. cit.*, p. 49.

Victor Nunes LEAL (2012), escrevendo após a Constituição de 1946, marcadamente municipalista, aponta para o fato de que nosso federalismo nasce com um defeito congênito de concentração de poderes, tanto no âmbito nacional como provincial.

O subterfúgio do qual se valiam os juristas que idealizaram nosso modelo era o de que o fortalecimento dos Estados, respaldado pela tradição que vigorara na presidência das províncias, também serviria de mecanismo impediante da formação de oligarquias locais³⁵.

O resultado, aponta o autor mineiro, foi que os governadores, eles mesmos, tiveram horizonte livre para criarem suas próprias oligarquias locais, a partir do “sistemático amesquinamento do Município” (LEAL, 2012, p. 59):

“A concentração do poder em nosso país, tanto na ordem nacional como na provincial ou estadual, processou-se através do enfraquecimento do município. Não existe a menor contradição nesse processo. É sabido que o poder central, na Monarquia, não mantendo relações com o município senão para o tutelar, assentava sua força política no mando incontestável exercido pelos presidentes de província, delegados de sua imediata confiança. Consequentemente, o próprio poder central se consolidou através de um sistema de concentração do poder provincial, isto é, pelo amesquinamento dos municípios. Não seria, pois, de estranhar que as províncias e, mais tarde, os Estados, quando procuraram reunir forças para enfrentar o centro, continuassem a utilizar o mesmo processo. Aliás, a tutela do município tinha em seu favor o peso da tradição.”

O grau de centralização dos poderes sempre teve, no Brasil, alguma correspondência com o grau de autoritarismo de cada regime.

Após a Constituição de 1946, que definiu a autonomia municipal de maneira ampla, tivemos a experiência da Emenda Constitucional n° 01 de 1969, que significou uma

³⁵“Para que o processo se desdobrasse por essa forma, o bode expiatório teria de ser inevitavelmente o município, sacrificado na sua autonomia. Entre nós, tanto o Executivo como o Legislativo e o Judiciário federais favoreceram a concentração de poder nos Estados à custa dos municípios. Aliás, a simples ideia de que os municípios, deixados à sua livre determinação, acabariam nas mãos de oligarquias locais — que se manteriam, em caso de contestação, pelo suborno e pela violência — conduzia muito naturalmente à conclusão de que era preciso dar ao Estado os meios de impedir aquela possibilidade. Porém o que costuma passar despercebido é que o governo estadual, habitualmente, não empregava tais instrumentos contra os amigos; só os utilizava contra os adversários. (...) Assim se vê como os nossos juristas-idealistas, que pretendiam limitar o poder dos municípios para impedir as oligarquias locais, acabaram dando aos governadores os meios de que se serviram eles para montar, em seu proveito, essas mesmas oligarquias locais, fundando, assim, as oligarquias estaduais que davam lugar, por sua vez, a esta outra forma de entendimento — entre os Estados e a União, que se conhece em nossa história por “política dos governadores”. (...) As considerações precedentes parecem deixar fora de dúvida que o nosso federalismo se tem desenvolvido à custa do municipalismo: o preço pago foi o sistemático amesquinamento do município, apesar da abundante literatura louvaminheira, que não basta para amenizar o seu infortúnio.” LEAL, Victor Nunes, op. cit., pp. 59-60.

quase que total absorção dos poderes na União, mais especificamente na figura do Poder Executivo, com possibilidade, inclusive, de expedição de Decretos-Leis pelo Presidente (artigo 55, I).

Essa tendência, justificada por imperativos econômicos e de segurança, ganhou a alcunha eufemística de *federalismo de integração*, como se fora uma espécie de “evolução” do *federalismo cooperativo*, conforme destaca a Professora Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA (2010, p. 28):

“Falou-se então, eufemisticamente, num federalismo de integração (BUZAID, 1971:40), para designar esta etapa em que a União pontificou, aquinhoada com extenso e significativo rol de competências – as mais importantes, sem dúvida -, que lhe permitiam amplamente condicionar, planejar, dirigir e controlar a atuação dos Estados.”

Com a redemocratização e instauração da Comissão Afonso Arinos, de modo também a contemplar os núcleos regionais de poder - desprestigiados durante o período de Ditadura Militar - inicia-se, como é natural em um processo de redemocratização, uma tendência de descentralização, ainda que desponderada sobre sua forma, efeitos e consequências.

O modelo de repartição de competências adotado pela Constituição Federal de 1988 foi marcadamente influenciado pela Constituição de 1934 (*e.g.* rol de competências comuns do artigo 10 da Constituição Federal de 1934 refletido no artigo 23 da Constituição) e pela Constituição alemã de 1949³⁶, de onde absorveu (i) previsão de competências legislativas e não legislativas da União em artigos diversos; (ii) separação das competências comuns legislativas e não legislativas; (iii) previsão de delegação de competências da União aos Estados; e, principalmente (iv) previsão de competência legislativa concorrente.³⁷

³⁶ Ao detalhar a formação do federalismo alemão, Paulo MOHN salienta que “*a experiência que mais caracteriza o federalismo cooperativo é a da Alemanha, cujo funcionamento não recai sobre as mesmas bases da norte-americana, mas sim na técnica de repartição vertical de competências (distribuição funcional) entre os entes federativos. Esse modelo tem suas origens na Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar) e na Constituição austríaca de 1920, mas ganhou forma e aplicação nas Constituições desses países posteriores à 2ª Guerra Mundial.*” **A repartição de competências na Constituição de 1988.** Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 47, n. 187, jul./set. 2010. p. 218.

³⁷Influência genialmente resumida na obra da Professora Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA. **Competências na Constituição de 1988.** São Paulo: Editora Atlas, 2010.

Durante muito tempo festejou-se uma Constituição relativamente equilibrada na distribuição das competências.³⁸ Havendo quem se referisse ao modelo alemão como a fórmula para alcançar o equilíbrio federativo.

Bem que se diga que o modelo Alemão possui rasgadas diferenças em relação ao federalismo adotado no Brasil.

A Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, veicula dois tipos de repartição de competências. Em primeiro lugar, há uma divisão de caráter funcional, em que se reserva à União (*Bund*) a função legislativa, remanescendo aos Estados (*Länder*) a execução administrativa³⁹.

Em segundo lugar, em seu artigo 72, a Lei Fundamental prevê as três formas de distribuição concorrente de competência: a) competência concorrente básica; b) competência concorrente necessária; e c) competência concorrente de divergência. Os dois primeiros influenciaram a distribuição de competência adotada no Brasil. O terceiro, no entanto, prevê a possibilidade de os Estados legislarem em sentido contrário à União em matérias de caça, proteção ambiental e paisagística, organização do território, recursos hídricos, admissão nas universidades e títulos universitários.⁴⁰

Em aprofundado estudo comparativo entre os modelos de repartição de competência na Alemanha e no Brasil, Mariana Augusta dos Santos ZAGO, em tese de doutorado defendida em 2016 na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, destaca que entre os arautos do modelo germânico estava o professor Raul Machado HORTA, para quem a Lei Fundamental da República Federal Alemã, 1949, deveria, como de fato ocorreu, servir de inspiração ao constituinte brasileiro.⁴¹

Para Raul Machado HORTA (1996, p. 220), o federalismo cooperativo, evolução do federalismo dual, tende a equilibrar a distribuição de poder:

“Há uma relação ontológica entre o federalismo de equilíbrio e o federalismo cooperativo. A relação entre federalismo, de modo geral, e cooperação surge na etimologia da palavra federal, que deriva de *foedus*: pacto, ajuste, convenção, tratado, e entra na composição de laços de amizade, *foedus amicitiae*.”

³⁸A este respeito, conferir SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 483.

³⁹As competências legislativas são controladas pela União, podendo uma omissão de um *Land* ocasionar, com o aceite do Conselho de Estado (*Bundesrat*) um tipo de intervenção federal (*Bundeszwang*). HORBACH, C.B. **Forma de Estado: Federalismo e repartição de competências**, p.7.

⁴⁰HORBACH, C. B. Op. cit, p.8.

⁴¹ZAGO, Mariana Augusta. **Federalismo no Brasil e na Alemanha**. Tese de Doutorado apresentada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

ZAGO (2016, pp. 97-98), entretanto, destaca o que ela considera dois erros de premissa do jurista mineiro, quais sejam: (i) o modelo alemão tanto não é ideal que, por ter conduzido a uma intensa centralização federativa - chegando-se a falar em “Estado Federal-Unitário”⁴² - sofreu extensas reformas ao longo dos anos; e (ii) a competência concorrente não é um mecanismo hábil a promover o equilíbrio federativo, porquanto enseja problemas de difícil solução e tende a ocasionar centralização de poderes na União.

Para a estudiosa, em nossa Constituição de 1988, no campo da competência legislativa, houve considerável movimento de centralização. Explica a autora que é possível encontrar matérias que não constavam do rol de competências privativas na União do artigo 8º da Constituição Federal de 1969, mas foram acrescentadas na nova carta política. Houve, entretanto, maior descentralização no campo das competências concorrentes, o que, d’outro lado, não se confirmou na prática, entre outros motivos, pela precedência de muitos diplomas legais federais tendentes à exaustividade⁴³.

Feitas essas breves considerações, fica claro que o federalismo de cooperação no Brasil, caracterizado pela distribuição concorrente de competências, é algo que depende dos fluxos e influxos da centralização/descentralização vivenciados na prática.

Ficam definidos aqui dois pontos: (i) o federalismo brasileiro deve ser estudados de maneira autônoma, já que, conquanto suas bases teóricas advenham do federalismo americano, e suas influências mais recentes sejam alemãs, suas bases institucionais e fáticas são muito distintas; e (ii) mesmo nos Estados Unidos da América, país onde vigora a mesma constituição há mais de dois séculos, o federalismo sofreu e tem sofrido atualizações.

Os Municípios brasileiros, por sua vez, ficaram à deriva da sucessão de regimes, tendo seu grau de autonomia variado mais do que, propriamente, sua multiplicidade de atribuições efetivas.

Como vimos, a posição do Município em nossa Federação sofreu interferência dos regimes que se sucederam no Brasil. O histórico traçado por Hely Lopes MEIRELLES (2013, p. 33) em seu *Direito Municipal Brasileiro* revela a evolução e as

⁴² Segundo Carlos B. HORBACH, no entanto, a alcunha de Estado federal unitário foi dada por Dieter Grimm e Konrad Hesse à Alemanha em razão da divisão funcional de competências e de controle da execução Estadual pela União. Op. cit., p. 8.

⁴³ No que toca às competências de execução, destaca a administrativista que a Constituição optou por um meio termo, verificadas pela pretensão centralizadora nas funções de planejar e conferir diretrizes sobre desenvolvimento urbano e elaboração e execução de planos regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social. ZAGO, Mariana. Op. cit., p. 103.

inflexões da autonomia municipal brasileira: a Constituição Imperial de 1824, centralizadora, embora adotasse o Estado Unitário, conferia destaque para as vilas e cidades na resolução dos assuntos locais; enquanto a Constituição Republicana de 1891 era federalista e formalmente garantidora de uma espécie de autonomia municipal que só não foi exercida de fato em razão de nossa tradição centralizadora e coronelista. A Constituição de 1934, por sua vez, estabeleceu “rendas próprias” aos Municípios, mas preferiu favorecer a União na repartição de competências. Já no texto constitucional de 1937, vislumbra-se a diminuição momentânea da importância e autonomia municipal em razão do Estado Novo, ao passo que a Constituição democrática de 1946 previu o municipalismo corporificado na tríplice autonomia: política, administrativa e financeira. Adiante, todavia, os atos institucionais de 1967 e 1968 fragilizaram em grande medida as garantias outrora franqueadas, somente retomadas, de maneira significativa, com a Constituição Federal de 1988.

Nossa Constituição Federal de 1988, a seu turno, foi elaborada em um momento histórico que não sugeria centralização de poderes na União.

Após vinte e um anos de ditadura militar, haviam sido debelados os fatores de desestabilização econômica e social usados para justificar a tutela central exercida pelos regimes autoritários e centralistas que a precederam, mas haviam surgido novos desafios econômicos e demandas sociais.

A despeito do aspecto desenvolvimentista de nossa constituição econômica de 1988, o que poderia sugerir uma maior concentração de competências na União, foram atribuídas relevantes funções aos Estados e Municípios, em um federalismo de cooperação que tenta aliar (i) intenso papel do Poder Público na economia e (ii) distribuição de competências relativamente equilibrada entre os entes federados.

Esse constante processo de acomodação da federação às circunstâncias de vida supera uma análise meramente dogmática do tema e exige a compreensão dos tempos em que se vive.

É claro que os conflitos de competência nascem com o surgimento da própria Federação. Federação esta, que, como nos ensina a Prof.^a Mônica Herman Salem CAGGIANO (2000, p. 36), não se deverá acomodar diante do quadro de demandas do mundo de hoje, prenhe de novos e complexos desafios. Nas suas palavras, ao estudioso do direito cabe outro tipo de desafio, isto é, procurar conferir respostas aos dilemas contemporâneos:

“Pois bem, o quadro de demandas do mundo contemporâneo, sob o impacto da alta tecnologia a comandar os meios de comunicação e do processo de aceleração da globalização, mudou, exigindo uma reorientação no tocante à atuação das instituições, uma atenção mais depurada em relação à necessidade de conformatização dos velhos modelos às exigências das comunidades sociais do século XXI.

E o sistema federativo não escapa a esse novo desafio; poder-se-ia afirmar até que o enfrenta com maior vigor, porquanto, como acima remarcado, apresenta-se esse modelo como de estrutura flexível, apta a se acomodar a situações novas; pronto a ajustes decorrentes de filosofias, perspectivas, exigências de estabilidade, equilíbrio e desenvolvimento social.

O Federalismo, visto sob essa particular perspectiva, se transforma em verdadeira cultura.”

1.2 A Posição do Município no Estado Brasileiro e seus debates

Já se tornou clássica a disputa doutrinária a respeito de qual seria a posição ocupada pelo Município em nossa Federação.

Antes de passarmos ao estudo das competências atribuídas ao Município na federação brasileira, duas notas exemplificativas de como a doutrina ainda não superou questões que dizem respeito à natureza e posição ocupada pelo Município em nosso sistema constitucional.

Segundo Hely Lopes MEIRELLES (2013, p. 131):

“A Constituição da República arrola o Município como componente da Federação (arts. 1º a 18), reconhecendo-lhe, agora expressamente, a natureza de *entidade estatal de terceiro grau*, pela outorga de *personalidade jurídica, governo próprio e competência normativa*”.

A ele, filia-se a Professora Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA (2010).⁴⁴

⁴⁴Para maior aprofundamento, cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes, op. cit, p. 95.

Nada obstante a tese defendida pelo Instituto Brasileiro de Administração Municipal (IBAM) e por Hely Lopes MEIRELLES (2013), a doutrina constitucional não é unânime.

José Afonso da SILVA (2016, p. 479), de sua parte, rejeita a tese com veemência:

“Passaram os Municípios a ser entidades federativas? Certamente que não, pois não temos uma federação de Municípios. [...] A intervenção neles é da competência dos Estados, o que mostra serem vinculados a estes. Prova que continuam a ser divisões político administrativas dos Estados, não da União.”

De qualquer modo, o Município, tal como concebido no sistema federativo brasileiro, possui, ao mesmo tempo, ampliadas competências e aparente engessamento institucional.

De um lado, como veremos, há múltiplas atribuições ao ente municipal, como se a Constituição Federal de 1988 pretendesse, como de fato pretendeu, dar-lhe funções de efetivação das políticas públicas na dimensão local, onde a democracia é mais tangente e os problemas mais palpáveis⁴⁵.

D’outro lado, no entanto, a própria Constituição cuida de retirar-lhe a capacidade de auto-organização, ao impor à Lei Orgânica desenho institucional obrigatório, exigindo simetria com a União na forma e funcionamento dos Poderes⁴⁶.

⁴⁵ Sobre descentralização e democracia, Monica Herman Salem CAGGIANO aduz “*Demais disso, nessa missão garantidora de proteção dual em relação aos espectro de direitos fundamentais e reflexo direito da autonomia com que o componente federal é contemplado, o que lhe assegura uma esfera de atuação independente, sem a ingerência do Poder Central, emerge o federalismo como um verdadeiro ‘laboratório para a democracia’, porquanto a partir das bases regionais, que de melhor forma captam as expectativas e perspectivas da comunidade, e de que embate com a visão menos flexível do Poder Central é que culmina por se aperfeiçoar a prática da democracia*”. **Federalismo Incompleto: descentralização e indefinição de competências**. Revista Direito Mackenzie, São Paulo, v. 1, n. 2, 2000, p. 33.

⁴⁶ No mesmo sentido: “*O poder constituinte decorrente está baseado no art. 25 da Constituição Federal e no art. 11 de seu ADCT. Tais dispositivos afirmam que os Estados podem editar suas próprias constituições, respeitados os ‘princípios’ da Constituição Federal. Aqui se tem o primeiro grande movimento centralizador protagonizado pelo STF, consubstanciado na doutrina das normas de observância obrigatória [...] Inicialmente a jurisprudência do Supremo foi mais aberta [...] ADI 56 [...] Porém, logo em seguida, o STF assentou que as normas de processo legislativo previstas na Constituição Federal aplicam-se a todos os entes federados [...] ADI 89 [...] 1993. Isso porque as normas de processo legislativo são corolários da separação de poderes [...] Ademais, a jurisprudência do STF tem flertado, nos quase vinte e cinco anos de vigência da Constituição de 1988, com o chamado princípio da simetria.*” HORBACH, Carlos B., op. cit., pp. 9-10. Tal

Essa é a crítica do Professor Fernando Dias Menezes de ALMEIDA (2009, p. 76) que, ao divergir da posição de José Afonso da SILVA (2016) e José Nilo CASTRO (2010) e adotar a tese do Professor Hely Lopes MEIRELLES (2013) de que o Município foi incluído entre os entes da federação com a vigência da atual Constituição Federal, avança para sustentar que tal inclusão foi “perniciosa para a garantia de sua autonomia real”.

O eminente administrativista (ALMEIDA, 2009, p. 83) resume sua crítica à forma de organização política do Município na seguinte indagação:

“Considerando-se que, de fato, Municípios e Estados possuem diferentes funções políticas em uma federação, por que não permitir aos Municípios que muito mais livremente escolham seu modelo de organização?” [...] A verdadeira autonomia municipal, em suma, pressupõe adequação à realidade de fato, o que não pode ser antecipado, de modo geral e abstrato, segundo um modelo único aplicável nacionalmente.”⁴⁷

O ilustre Professor Catedrático Dalmo de Abreu DALLARI (2019, pp. 74 - 75) caminha no mesmo sentido e exemplifica:

“É interessante notar que nos Estados cuja Constituição enfatiza a autonomia municipal esta praticamente não existe. Ao contrário disso, o governo local é mais livre para agir nos Estados Unidos da América, embora a Constituição não mencione as comunidades locais como entidades políticas. Estas realizam muitos serviços, gozando de ampla liberdade para estabelecer prioridades, mas suas competências não decorrem de previsão constitucional e sim de ajustes realizados na prática.”

Mais uma vez, como se vê, a inspiração parece ser norte-americana, onde o modelo de organização dos Municípios é bastante mais variado. A Constituição estadunidense não faz menção ao ente municipal, nem tampouco lhe assegura renda ou autonomia, o que de maneira nenhuma significa que não haja renda ou autonomia para os

simetria é de ser cumprida também quando um Município auto-organiza-se, excepcionados, por óbvio, o Poder Judiciário e os poderes correlatos de CPI municipal, medidas provisórias, etc., que não se aplicam aos entes municipais.

⁴⁷ No mesmo sentido, criticava-se o “vício da uniformidade” e da falsa simetria como “*sonho enganoso: efeito da paixão niveladora, ela só gera decepções*”. TAVARES BASTOS *apud* Raul Machado Horta, **Posição do Município no Direito Constitucional Federal Brasileiro**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 19, n. 75, jul./set. 1982, p. 116.

entes locais. Alguns Estados americanos conferem autonomia aos Municípios que preenchem determinados requisitos, através de Carta própria (*Charter*).⁴⁸

J. H. Meirelles TEIXEIRA (1948, p. 7) explica que, nos Estados Unidos, o ônus da definição dos limites à autonomia cabe aos Estados-membros:

“No direito norte-americano, onde, como se sabe, inexistente a autonomia municipal, nos moldes em que a traçaram as nossas Constituições, a mesma dificuldade se antepõe, entretanto aos legisladores estaduais, para a caracterização do interesse local atribuição de competências, em conformidade com o mesmo, às respectivas municipalidades. As Constituições, segundo refere MUNRO, têm procurado limitar a interferência da legislação ordinária em assuntos especificamente de interesse local, por meio de cláusulas em que concede aos municípios o controle ora sobre “**negócios municipais**” (*municipal affairs* - California), “**propriedade, negócios e governo das cidades**” (*property, affairs or government of cities* - Nova York), ou ainda “**todos os poderes de governo local autônomo**” (*all powers of local self-government*), em Ohio. Outras Constituições preferem discriminar, pormenorizadamente, os assuntos específicos que hão de considerar-se compreendidos na autonomia das cidades.”

O professor mineiro Luciano FERRAZ (2018, p. 33) bem resume a estrutura mais flexível que vigora nos Estados Unidos da América:

“Nos Estados Unidos os estados-membros são politicamente autônomos e subdivididos (administrativamente) em condados (*counties*), à exceção do estado do Alaska: dividido em distritos (*boroughs*); o da Louisiana: dividido em paróquias (*parishes*); e o da Virgínia, composto por cidades independentes. Cada estado organiza seus condados e define a extensão dos respectivos poderes. O condado é comumente subdividido em municipalidades (*municipalities, townships, towns*), cidades (*cities*) ou vilas, existindo, ainda, cidades independentes. Há três sistemas de administração das cidades: (a) *Mayor-council*: há um prefeito e um conselho (espécie de Legislativo): o primeiro exerce funções executivas e o segundo funções deliberativas; (b) *Comission*: sistema composto por membros eleitos, que exercem conjuntamente funções executivas e deliberativas; (c) *Council-manager*: sistema pelo qual um conselho eleito

⁴⁸ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., pp. 47-48.

escolhe um administrador profissional para o desempenho das tarefas executivas da cidade.”

Em suma, a organização do Estado Brasileiro tem merecido muitas reflexões, sem que ainda tenhamos algo próximo de um consenso sobre a posição ocupada pelo Município em nossa federação, por vezes, disfuncional.

O próprio Luciano FERRAZ (2018, p. 42), no mesmo artigo, afiança que, a partir da ADI n° 4.060, julgado em fevereiro de 2015, descortinou-se um novo horizonte no regime de repartição de competências legislativas na Constituição. Este panorama, somado à possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade das leis municipais em face da Constituição da República – pela via da Ação de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF), seria capaz de trazer reflexos positivos ao reconhecimento da autonomia municipal.

Tratava a ação direta referida pelo autor de discussão sobre constitucionalidade de lei estadual catarinense que fixara número máximo de alunos em sala de aula. Assim consignou o voto condutor do Ministro Luiz FUX (2015, p. 8):

“O cenário, porém, não é estático. A tensão latente entre centralização e descentralização acaba por gerar uma dinâmica ao longo da existência do regime federativo, que se manifesta por oscilações entre a maior e a menor autonomia local em face da unidade nacional.”

E, mais adiante (p. 9):

“Acredito seja momento de a Corte rever sua postura *prima facie* em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, passando a prestigiar as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição. Essa diretriz parece ser a que melhor se acomoda à noção de federalismo como sistema que visa a promover o pluralismo nas formas de organização política.”

E resumiu, por fim, na ementa da mencionada ADI que (p. 1):

“O princípio federativo brasileiro reclama, na sua ótica contemporânea, o abandono de qualquer leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União (sejam privativas, sejam concorrentes), bem como a descoberta de novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, tudo isso em conformidade com o pluralismo político, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 1º, V).”

Ora, é fato que o engessamento dos entes federados obstrui um veio de experimentação política, essencial para o processo de erros e acertos, imprescindível ao aperfeiçoamento dos modelos de regulação/gestão pública.

Hoje é muito comum afirmar que as amarras impostas pelo sistema de controle têm significado um desmesurado impasse na atividade na administração pública⁴⁹.

Caberia, no entanto, lembrar que a própria organização federativa adotada em nosso sistema constitucional pode encerrar em si a causa de uma certa disfuncionalidade e ineficiência de nosso sistema federal. Afinal, constrange as comunidades a seguirem um modelo pré-definido, sem, no entanto, permitir-lhes experimentalismo e adequação local das políticas públicas.

A esse respeito, o próprio Ministro Luís FUX, no voto transcrito acima, traz lição de Daniel SARMENTO e Cláudio Pereira de SOUZA NETO (2012, p. 335):

“Ao invés de assumir os riscos envolvidos nas grandes apostas de reforma global das instituições nacionais, como tem sido feito, talvez seja melhor experimentá-las no plano local de governo. A aplicação de novas ideias ou arranjos políticos em algum estado ou município precursor pode servir como teste. É claro que muitas experiências podem dar errado, mas os riscos para a sociedade são menores do que quando se pretende realizar reformar nacionais de um só golpe. Não por outra razão, o Juiz Louis Brandeis, da Suprema Corte norteamericana, chamou os governos

⁴⁹Nesse sentido, cf. PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (coord.) **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. CAGGIANO; Álvaro; VERDEROSI, Lucas. **Eficiência Administrativa: “Bússola” apontada para a racionalização do controle da Administração Pública**. in **Direito Constitucional Político-Eleitoral: Estudos em Homenagem à Prof.ª Dra. Monica Herman Salem Caggiano**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

estaduais de ‘laboratórios da democracia’: ‘É um dos felizes incidentes do sistema federal que um único e corajoso Estado possa, se os seus cidadãos escolherem, servir de laboratório; e tentar experimentos econômicos e sociais sem risco para o resto do país’”.

Como vimos acima, a posição do Município na federação pode ser estudada sob a perspectiva histórica, sociológica e jurídica, com variados recortes e pontos de vista.

Nossa análise nessa dissertação, contudo, tende a adotar naturalmente caráter mais jurídico-dogmático.

O estudo do perfil constitucional do Município tampouco encontra maior grau de definitividade, conforme ficou claro na exposição exemplificativa que fizemos dos debates sobre qual a posição ocupada pelo ente municipal em nossa federação, seguido de propostas de alteração do regime municipal brasileiro.

De todo modo, é certo que, como assevera LEWANDOWSKI (1992, p. 143), “longe, pois, de representar mero instrumento para prestação de serviços públicos à comunidade local, o Município, em verdade, constitui um dos fundamentos sobre o qual se assenta o Estado brasileiro.” Em outras palavras, podemos considerar o Município a célula política da federação brasileira.

À mingua de uma definição sobre o que, afinal, é o Município brasileiro; ao menos temos que estabelecer o que pode ou não esse ente subnacional, para onde afluem tantas e cada vez mais prementes demandas.

1.3 Segurança Jurídica e Definição de Competências

A estabilidade das instituições jurídicas é pilar fundamental da economia de mercado. Em outras palavras, a correlação entre desenvolvimento e segurança jurídica pode

ser traduzida na seguinte proposição: quem não tem segurança sobre quais regras regerão sua atividade acaba por não agir⁵⁰.

As primícias do constitucionalismo liberal são os direitos individuais contra a arbitrariedade do Estado. Assim, como corolário, pode-se dizer que Constituição que não limita a atividade do poder não é Constituição. O poder é limitado, também, por regras de competência.

O princípio da legalidade, por sua vez, é originado pelo pacto constitucional, em que se propõe um Estado de Direito lastreado em um sistema jurídico lógico. Como ensina Eros GRAU (2014, p. 176), “A concreção do princípio se dá na produção de leis em sentido formal (não, necessariamente, em sentido material). Importa apenas a manifestação do Poder Legislativo, qualquer que seja ela, desde que adequada à Constituição”.

Para além do sentido formal do princípio da legalidade, a Constituição, ciosa de preservar a segurança jurídica, fere também aspectos materiais.

O Professor Humberto ÁVILA (2016), com base em sua tese de titularidade na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, ao dissecar o tema da segurança jurídica, trata de seus fundamentos na superestrutura constitucional e nos ensina que a Constituição Federal de 1988 não apenas protege a segurança jurídica, mas também consubstancia o próprio conceito, ao assumir o ônus de proteger diretamente esse valor.⁵¹

Compreender a distribuição de poderes é o primeiro passo para garantir um ambiente de confiança entre sociedade e Estado. Segundo ÁVILA (2016, p. 630):

⁵⁰ Segundo observa Eros GRAU, “A legalidade é uma das ideologias da modernidade, consubstanciando um fim em si mesma, o da preservação do status quo (o capitalismo necessita de um mínimo de previsibilidade para que possa prosperar)”. **Direito Posto e Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 176.

⁵¹ E segue o autor: “O exame dos fundamentos da segurança jurídica deve começar com a seguinte indagação: *Quais são as normas constitucionais que resguardam, direta ou indiretamente, a cognoscibilidade ou a determinação, a confiabilidade ou a imutabilidade, calculabilidade ou a previsibilidade do ordenamento jurídico? Indagando de modo mais simples: Quais são as normas constitucionais destinadas a permitir, em maior ou em menor medida, que o cidadão possa saber qual é a norma válida e aplicável ao seu caso e qual é o seu conteúdo a garantir que essa norma conhecida e válida, seja efetivamente aplicada, vinculante e estável? A leitura da CF/88, com a finalidade de responder a estes questionamentos, revela a primeira grande surpresa: ela não é apenas uma Constituição que protege a segurança jurídica; ela é uma Constituição que consubstancia a própria segurança jurídica.*” ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 215.

“No que toca às regras constitucionais, elas não apenas estabelecem requisitos formais para a atividade do Poder Legislativo: elas – e o que é mais importante para o tema ora tratado – também limitam materialmente os conteúdos das leis [...] Uma das particularidades da CF/88 é o fato de que esta atribui poder por meio de *regras* de competência. Em vez de deixar para o legislador infraconstitucional, por lei ordinária ou complementar, cumprir tal tarefa, ela própria decidiu fazê-lo. E, no lugar de partilhar poder por meio de princípios, fixando um fim a ser atingido, deixando de delimitar o âmbito de poder apto a ser exercido, ela resolveu fazê-lo por meio de *regras*, cuja característica principal é a de descrever o comportamento permitido, proibido ou obrigatório. Dentre todas as funções das regras, uma delas adquire destaque para o tema ora tratado: a alocação de poder. Ao alocar poder, as regras visam a neutralizar o principal problema do seu exercício: seu uso ilimitado.”

Em síntese, podemos afiançar que a segurança jurídica deve estar alicerçada na garantia de limitação do poder por meio de regras formal e materialmente válidas, além de compreensíveis e previsíveis.

No âmbito econômico, desde seus primórdios, o sistema capitalista buscou a segurança jurídica capaz de conferir-lhe previsibilidade e estabilidade, necessárias ao desenvolvimento de seu exercício. A própria valorização do princípio de legalidade, nos séculos posteriores, pode ser encarada como reflexo desta tendência, uma vez que os enunciados normativos eram impessoais, abstratos e imperativos, isto é, eram aplicados obrigatoriamente a todos, na verificação das hipóteses prescritas.

Todavia, a mera existência de leis disciplinadoras de agentes e/ou atividades, por si só, não garante completamente a segurança jurídica. Afinal, se de diversos centros emanarem leis sobre um mesmo tema, sempre restará a pergunta sobre qual lei obedecer. Por isso, tão importante quanto a existência de leis é a garantia de que sua elaboração dar-se-á por órgãos competentes, aptos a produzi-las.

A leitura do texto constitucional de 1988 demonstra que este aspecto da segurança jurídica não foi ignorado pelo constituinte. Ao contrário, ele o enfrentou com bastante seriedade e de maneira bem direta: estabeleceu regras de competência no corpo da Constituição. Desta maneira, firmou os limites da atividade legiferante de cada ente da federação, seja na forma, seja nas matérias de competência privativa, exclusiva ou concorrente.

Por tudo isso, é imprescindível a busca de certa precisão no estudo sobre as competências municipais para intervenção no domínio econômico.

Interpretações que descurem do sentido específico das regras constitucionais poderão ensejar uma, entre duas consequências hermenêuticas indesejáveis: (i) *criação de um cipoal de regulamentações locais* – o que tende a fomentar a informalidade e desestimular a expansão regional ou nacional de alguns negócios – ou (ii) *engessamento institucional* - com conseqüente anomia sobre posturas econômicas em âmbito local.

Em razão disso, é bastante razoável a preocupação de não extrapolar o papel efetivamente consagrado aos Municípios pela Constituição Federal.

Garantir segurança jurídica, aqui, em primeiro lugar, significará compreender o que pode ou não o Município no campo da economia local.

Inescapável, por consequência, a conclusão de que uma dissertação sobre as competências constitucionais do Município é o primeiro passo para construir-se algum panorama a respeito da intervenção do Município na economia.

1.4 Classificação Das Competências No Federalismo Brasileiro

Sob o ponto de vista da segurança jurídica, exposto acima, é natural supor que o estudo das competências veicule principalmente a análise dos limites do Estado.

Assim, sob o ponto de vista do Direito Tributário⁵², por exemplo, estudar competências implica, antes de qualquer coisa, verificar o limite do poder de exação.

Mas há também a perspectiva da *responsabilidade constitucional*, visão segundo a qual a compreensão material das estruturas de organização do Estado impõe funções articuladas para o cumprimento de tarefas prescritas em *regras de ação*.

Tal é a visão exposta por J.J. Gomes CANOTILHO (2002, p. 536):

⁵²No Direito Financeiro, entretanto, há evidentes regras de competência-dever, onde se veiculam sanções à conduta omissa de Municípios que não instituem os respectivos impostos (*e.g.*, artigo 11 da Lei Complementar 101 de 2000).

“Em termos jurídico-positivos, a **compreensão material das estruturas organizatório-funcionais** implica: (1) articulação necessária das *competências e funções* dos órgãos constitucionais com o cumprimento das *tarefas* atribuídas aos mesmos; (2) consideração das normas organizatórias não com (sic) meros *preceitos de limites* materialmente vazios (típicos de um Estado liberal tendencialmente abstencionista), mas como verdadeiras *normas de acção* (típicas de um Estado intencionalmente constitutivo), definidoras das tarefas de conformação económica, social e cultural confiadas às várias constelações orgânico-constitucionais; (3) atribuição de um carácter de acção aos preceitos organizatórios o que implica, concomitantemente, a articulação das normas de competência com a ideia de *responsabilidade constitucional* dos órgãos constitucionais (sobretudo dos órgãos de soberania) aos quais é confiada a prossecução autónoma de tarefas; (4) apuramento de uma noção de controlo constitucional que não se limite a enfatizar unilateralmente o controlo jurídico das inconstitucionalidades e se preocupe também com as sanções políticas pelo não-cumprimento das tarefas constitucionais distribuídas pelos órgãos de soberania. Só mais uma observação: as normas do direito organizatório são, fundamentalmente, dentro da tipologia de regras e princípios, *regras constitucionais*”.

Destarte, as competências, ao mesmo tempo que atribuem funções, prescrevem limites ao seu exercício. E, como consignado nas duas visões acima, as competências, tomadas sob o ponto de vista formal ou material, são veiculadas como regras e não como princípios.

No direito brasileiro, as competências são regras distribuídas em consonância com as características de nosso federalismo, que busca o equilíbrio através de um sistema cooperativo complexo.

Como sabemos, o federalismo brasileiro é classificado, segundo sua tipologia: (i) *por desagregação*, em razão da descentralização do Estado unitário que vigorava até 1891; (ii) *cooperativo*, em que as competências são atribuídas também de forma comum ou concorrente entre os entes federados; e (iii) *de terceiro grau*, em razão da tríplice estrutura do Estado brasileiro (a despeito da posição de alguns doutrinadores que sustentam tratar-se, o Estado brasileiro, de federação de *segundo grau*, já que observa dois graus de

constitucionalidade para o exercício da auto-organização dos Municípios: a Constituição Federal e a Constituição do respectivo Estado)⁵³.

Importa-nos tratar do segundo aspecto acima referido.

Ao contrário do que ocorre no federalismo *dual*, a distribuição de competências no federalismo *cooperativo* segue regras de classificação de competências, a partir das quais se distribuem as competências *administrativas* em exclusivas, privativas ou comuns; e *legislativas* em privativas, concorrentes, suplementares ou supletivas; além, claro, das competências *implícitas* (SILVA, 2016).

1.4.1 Competência administrativa

As competências administrativas ou materiais são as competências não legislativas, que tratam da função político-administrativa dos entes federados, em atividade governamental não legiferante.

Tais competências podem ser exclusivas da União, privativas dos Municípios, residuais dos Estados-Membros ou comuns a todos os entes federados.

1.4.1.1 *Competência administrativa exclusiva ou privativa*

Nosso sistema constitucional adotou a fórmula de enumeração dos poderes da União, com poderes reservados residualmente aos Estados e definidos indicativamente para os Municípios.

Assim, as competências estabelecidas pelo artigo 21 da Constituição Federal de 1988 são exclusivas da União e, como tais, não podem ser delegadas⁵⁴.

⁵³ FERREIRA FILHO, Manoel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 56.

⁵⁴ Ressalvado o posicionamento de parte da doutrina que entende que as expressões exclusivas ou privativas expressam a mesma ideia. Neste sentido, cf. FERREIRA FILHO, op. cit., p. 57; MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo; COELHO, Inocêncio. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 831.

Entre elas estão: VI - autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico; VII - emitir moeda; VIII - administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada; e IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.

É possível verificar que as competências exclusivas da União apontam para um objetivo de tratamento jurídico único, homogêneo em todo o território nacional, para algumas matérias de natureza *política* (e.g. decretar estado de sítio), *administrativa* (e.g. exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão), *de prestação de serviços* (e.g. manter o serviço postal), *econômica* (e.g. monopólios constitucionais), *social* (e.g. organizar, manter e executar a inspeção do trabalho), *financeira/monetária* (e.g. emitir moeda), além de questões atinentes às *relações internacionais e de defesa da soberania nacional* (e.g. manter relações com Estados estrangeiros e declarar guerra).

Já as competências da União em matéria urbanística estão definidas basicamente no artigo 21 da Constituição, incisos IX, XX e XXI, com especial destaque para os dois últimos, que prescrevem competência da União para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos, bem como estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação.

A competência da União, como veremos também nas atribuições legislativas, limita-se à produção de *normas gerais*⁵⁵, que são imposições genéricas de princípios e diretrizes a serem aplicadas em todo o território nacional.

⁵⁵ Informa Régis F. de OLIVEIRA que: “De outro lado, não se pode esquecer da existência de leis nacionais, ou seja, as que, expedidas pelo Congresso Nacional, valem para todo território nacional, alcançando todas as pessoas que nele estejam e que são de cumprimento obrigatório pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios (caso do Código Civil, Código de Processo Civil, por exemplo). Ao lado delas, existem leis federais, as quais, editadas pela mesma Casa de Leis, apenas alcançam as pessoas vinculadas à União, sem vínculo, portanto, para as demais entidades federadas. [...] A lei nacional, no caso em tela, somente pode dispor sobre normas gerais. [...] parece, à primeira vista, que somente sejam ‘normas gerais’ as que se dirijam por igual à União, ao Estado e ao Município [...]” **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2010. p. 95.

As competências privativas do Município, também chamadas de enumeradas, estão dispostas nos incisos III a IX do artigo 30 da Constituição Federal e serão melhor descritas no item 1.4.4.

1.4.1.2 *Competência administrativa residual*

Aos Estados-Membros, conforme artigo 25, §1º, da Constituição Federal, cabem as competências administrativas residuais (reservadas ou remanescentes), que são, em outras palavras, aquelas que não lhe sejam vedadas ou expressamente atribuídas à União, Distrito Federal ou Municípios (artigos 21, 23 e 30, III a IX), além das competências comuns, artigo 23, das quais trataremos na sequência.

Tal racionalidade empregada na lógica dos poderes remanescentes implica na possibilidade de definição dos contornos da competência dos Estados a partir das outras regras de atribuição extraídas da Carta Magna, ou seja, por meio da delimitação negativa das regras de competência.

Como veremos mais à frente, a delimitação negativa também servirá como uma das técnicas para interpretar o conceito de interesse local.

1.4.1.3 *Competência administrativa comum*

As competências não legislativas comuns aos quatro entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) estão dispostas no artigo 23 da Constituição.

Para efeitos de nosso estudo, merecem especial destaque os incisos III, VI e IX, que preveem competências urbanísticas comuns: proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas e promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. Há, outrossim, relevante grau de

interferência com a atividade econômica nas competências previstas nos incisos I, II, IV, V, VII, VIII e X.

Tais normas, que estabelecem competências comuns, têm a *ratio* de viabilizar a cooperação entre os entes federados, visando o equilíbrio na somatória dos esforços alocados nas respectivas dimensões, com o objetivo de garantir, em todas as escalas de atribuição, além da proteção dos valores históricos, artísticos e culturais, também o bem-estar dos cidadãos e o meio ambiente, natural e urbano.

Importante que se diga que a própria constituição dá os meios para coordenar as iniciativas e funções de cada ente federado, ao dispor que a cooperação entre os entes federados poderá ser regulamentada por leis complementares, conforme dicção do parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal de 1988.

Entre os poucos diplomas deste jaez destaca-se a Lei Complementar n. 140/2011, que regulamenta os incisos III, VI e VII, de modo a coordenar a cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios nas ações administrativas decorrentes das seguintes competências comuns: proteção das paisagens naturais notáveis, proteção do meio ambiente, ao combate poluição em qualquer de suas formas e preservação das florestas, da fauna e da flora.

1.4.2 Competência Legislativa

Aqui abordaremos as competências para elaborar leis, tanto da União, quanto para Estados, Distrito Federal e Municípios.

1.4.2.1 *Competência privativa*

As competências privativas da União e dos Municípios estão descritas, respectivamente, nos artigos 22 e 30.

Tanto para Estados como para Municípios há as denominadas competências legislativas expressas, relativas à auto-organização dos Estados-Membros, artigo 25, *caput*, e Municípios, artigo 29, *caput*.

As competências privativas da União para legislar sobre direito civil, comercial e do trabalho; águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; além de trânsito, transporte e diretrizes da política nacional de transportes são os maiores pontos de intercessão com as competências municipais na intervenção no domínio econômico.

Além das tributárias do art. 156 e da específica para elaboração do Plano Diretor, art. 182, §1º, as competências privativas do Município estão prescritas no inciso I do art. 30, na dicção “legislar sobre assuntos de interesse local”.

Interesse local, aqui, segundo a maior parte da doutrina, tem o mesmo significado da ancestral locução “peculiar interesse”. Mas este tema será melhor delineado à frente e merecerá um capítulo à parte⁵⁶.

1.4.2.2 *Competência residual ou delegada*

A competência residual ocorre de igual modo com as atribuições administrativas e legislativas residuais. Vale dizer, com base no artigo 25, §1º, da Constituição Federal de 1988, qualquer competência não vedada ou atribuída a outros entes caberá aos Estados.

De outra banda, conforme exposto acima, as matérias de competência privativa da União poderão ser delegadas por lei complementar, conforme parágrafo único do artigo 22, para que os Estados legislem sobre matérias específicas.

1.4.2.3 *Competência concorrente e suplementar*

⁵⁶ Dedicamos nosso próximo capítulo ao estudo do tema.

O artigo 24 da Constituição define quais as matérias que podem ser legisladas concorrentemente pela União e pelos Estados.

À União cabe estipular as normas gerais. Aos Estados, conforme a redação do artigo 24, §§ 1º a 4º, cabe estabelecer normas específicas, suplementando e regulamentando as regras gerais, no exercício da competência suplementar complementar.

A competência complementar dos Municípios, para suplementar a legislação federal e estadual “no que couber”, está prevista no artigo 30, II, da Constituição Federal de 1988, e será melhor analisada à frente.

1.4.2.4 *Competência supletiva (plena)*

Conforme dispõe o artigo 24, §3º, da Constituição Federal, inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

Em outras palavras, no caso da ausência de tratamento legislativo pela União, poderão os Estados supri-la, estabelecendo as regras gerais sobre o assunto, suspendendo-se a eficácia destas normas no caso de superveniência de legislação federal a respeito. Tal competência é denominada de suplementar supletiva.

Adiante verificaremos se ao Município é dada esta atribuição constitucional.

1.4.3 Competências implícitas

Além das competências expressamente enumeradas e remanescentes (residuais), há também aquelas competências que decorrem logicamente dos exercícios dos poderes reservados ou expressos⁵⁷.

⁵⁷ Sobre a origem do conceito, no federalismo americano, André Ramos TAVARES: “*desde o caso McCulloch vs. Maryland, reconhece-se que o Governo Federal possui não apenas aqueles poderes especificamente atribuídos a ele, mas também os necessários para o efetivo exercício dos poderes expressos. É a doutrina dos*

Tais competências implícitas ou inerentes são encontradas nas três esferas, com destaque para a municipal.

1.4.4 Competências municipais

Antes de estudarmos as competências municipais, cabe uma nota prefacial que não está exatamente atrelada à posição jurídico-institucional ocupada pelo Município em nossa Federação - cujo esboço historiográfico foi resumido acima - mas diz respeito mesmo às funções que as comunas exerceram, de fato, em nosso território, desde a ocupação colonial⁵⁸.

Vale dizer, independentemente do grau de autonomia ou institucionalidade que foram conferidos no histórico senoidal dos municípios no Brasil, é insofismável que, como anota o professor Michel TEMER (1989, p. 103): “a autonomia municipal, no Brasil, é realidade natural anterior à própria autonomia política dos Estados Federados”.

poderes implícitos. Ou seja: onde a Constituição dá os fins, ela também oferece os meios adequados ao seu alcance. Aliás, conforme consigna John E. Nowak e Ronald D. Rotunda, neste caso foi possível delimitar o âmbito de atuação da autoridade federal. Até então, tal era nebuloso.” **Curso de Direito Constitucional**, p. 829.

⁵⁸ Ives Gandra da Silva MARTINS retrocede, em seu texto **A Constituição de 1988 e os Municípios**, à batalha de São Mamede, em Guimarães (1128), onde D. Afonso Henriques, ao derrotar os mouros em Lisboa (1140), teria alicerçado seu governo nos burgos que formavam Portugal: “A própria dinastia de Avis, que principia com a vitória na famosa batalha (de Aljubarrota), mantém um governo centrado na força dos Municípios, experiência tão bem sucedida, que foi trazida para o Brasil também aqui com sucesso. Talvez uma das razões de termos herdado de Portugal uma nação continental tenha sido a existência de um comando unitário, de uma lado, e o fortalecimento das vilas e cidades, de outro. É de se lembrar que São Vicente, São Bernardo da Borda do Campo e São Paulo conformaram, no Sul do País, uma unidade territorial, com a diversificação dos controles daquelas vilas, ao ponto de, durante o período do Domínio Espanhol (1580-1640), terem continuado com autonomia surpreendente. [...] Havia, na autonomia dos Municípios brasileiros, algo de semelhante à soberania das cidades-Estados gregas, principalmente no período da Guerra de Peloponeso entre Atenas e Esparta, com as devidas ressalvas, em face de o Brasil de então ser uma colônia e os Estados-Cidades gregos, Estados na plena acepção da palavra”, in **Tratado de Direito Municipal**, v. I, pp. 52-53. Também J.J. Gomes CANOTILHO disserta sobre o Municipalismo português: “A história Constitucional portuguesa reflecte também o choque da ideologia da soberania nacional com certos poderes periféricos que já tinham oferecido resistência à centralização do poder real. Um deles é o problema do poder local ou do poder administrativo municipal. Assim, se a Constituição de 1822 ainda concede grande liberdade às Câmaras no governo municipal, já a Carta Constitucional de 1826 vai reservar esta matéria às leis ordinárias. A legislação de Mouzinho da Silveira (Decreto de 16 de maio de 1832), ao estabelecer nova organização administrativa, viria logo a demonstrar que a dialéctica do binómio território-Estado, unitária e centralizadamente concebido, se teria de defrontar com esquemas de descentralização, intimamente ligados a problemas fulcrais do poder político. O setembrismo, por exemplo, exigirá a descentralização local – “o poder administrativo é popular e não do trono” -, o mesmo fazendo o movimento republicano e a revolução de 25 de abril de 1974”. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**, pp. 119-120.

Guilherme Calmon Nogueira da GAMA (2006) destaca que enquanto vigoravam as Ordenações do Reino, e as comunidades reuniam-se em torno de capelas construídas pelos colonizadores, não se aplicavam as ordenações, talvez até por desconhecimento.

Afirma o professor carioca (2006, pp. 142-143):

“[...] de fato já se praticava de forma soberana, nos núcleos populacionais formados, um governo próprio e independente em âmbito local, sem que houvesse qualquer subordinação às normas jurídicas em vigor no Reino. Assim, o reconhecimento da autonomia dos Municípios pode ser atribuído à realidade natural existente desde o Período Colonial, quando da formação de vilas.”

O mesmo observa o Professor Ricardo LEWANDOWSKI (1992, p. 25), ao constatar que:

“A federação implantada no Brasil, desde os seus primórdios, contemplou, ao lado dos Governos da União e dos Estado-membros, um terceiro nível político-administrativo, ou seja, o municipal. Isso porque as comunas brasileiras sempre desfrutaram, de fato, embora nem sempre de direito, de considerável autonomia, em função das enormes distâncias que as separavam, num país de dimensões continentais, dos centros de decisão. E tal foi a realidade desde os tempos coloniais, sendo certo que os governos locais sempre tiveram de assumir grandes responsabilidades, porquanto não podiam depender, para a sua sobrevivência, das autoridades centrais, localizadas a centenas ou milhares de quilômetros de distância. Assim, desde a época anterior à independência, as comunas passaram a prover tudo aquilo que respeitasse ao seu peculiar interesse.”

Destarte - ao contrário do que se pode dizer a respeito das Províncias que, com a Constituição Republicana, transformaram-se, artificialmente, em verdadeiros

potentados políticos⁵⁹ - para os Municípios, a definição de competências foi mais um trabalho de subsunção inversa (da realidade à norma de competência a ser elaborada), de modo a salvaguardar plenamente o exercício do poder local e evitar uma das seguintes situações: solução de continuidade do exercício do poder ou elaboração de uma Constituição contrafática.

José Alfredo de Oliveira BARACHO (1986, p. 112) lembra a lição de Felisberto Freire o qual “afirma que a federação chegou aos Estados não como proveniente de conquista própria, mas como uma dádiva que não lhes custou o menor esforço”.

Nesse diapasão, o que vamos estudar nos próximos tópicos diz com funções municipais que são exercidas, pelas comunas, por séculos.

Muito antes que se houvesse atribuído aos Municípios brasileiros *status* constitucional inaudito em outra parte do planeta, as tarefas atinentes ao interesse local foram sempre e sempre da alçada de cada Município.

Esse subitem tratará de maneira geral e organizada de todas as competências atribuídas constitucionalmente aos Municípios.

O tema será desdobrado em dois tópicos, o primeiro tratará das competências administrativas em matéria municipal (*explícitas próprias, explícitas comuns e implícitas*) e o segundo cuidará das competências legislativas municipais (*enumeradas, suplementares e supletivas*).

Para tanto, valer-nos-emos da cuidadosa organização proposta por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2012), em seu artigo *Organização dos Municípios*⁶⁰.

Neste tópico, todavia, não avançaremos sobre o estudo do interesse local, para o qual foi destacado capítulo próprio.

1.4.1.4 *Competência administrativa em matéria municipal*

⁵⁹Nas palavras de Rui Barbosa “A revolução federativa penetrou, pois, nos fatos como torrente violentamente represada, cujos diques se arrasassem de um momento para outro” BARBOSA *apud* BARACHO, J. Op. cit, p. 111.

⁶⁰*In Tratado de Direito Municipal*, Coord. Ives Gandra da Silva Martins e Mayr Godoy, volume I, ed. Quartier Latin, 2012, pp. 247-312.

Ao enumerar as competências administrativas municipais, chegamos a um rol de atribuições que perpassam as diversas searas de atuação do Poder Público local, com incidência transversal no domínio econômico.

Por enquanto, propusemo-nos a traçar o panorama completo das competências municipais, de modo que o leitor tenha em mãos todas as atribuições municipais para que, na sequência, compreendido e delimitado o conceito de interesse local, possa perceber como o domínio econômico sofre constante e permanente interferência (ou participação) do Município.

1.4.1.4.a) Competências administrativas explícitas próprias

São, em essência, as competências previstas no artigo 30, V a IX, entre elas:

- (i) organizar e prestar, diretamente ou não, os *serviços públicos de interesse local*, com destaque para a essencialidade do transporte coletivo (artigo 30, V, CF);
- (ii) manter, prioritariamente, *educação infantil e ensino fundamental* (artigo 30, VI, e 211, §2º, CF);
- (iii) prestar serviços de *atendimento à saúde* da população (artigo 30, VII, e 198 da CF);
- (iv) promover, no que couber, adequado *ordenamento territorial*, mediante *planejamento e controle* do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, com participação das associações representativas no planejamento e de acordo com diretrizes do plano diretor, visando ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantia do bem-estar de seus habitantes (artigo 30, VIII, 29, XII, e 182, *caput* e §1º, da CF);
- (v) promover a *proteção do patrimônio histórico-cultural local*, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual, destacada aqui a especificidade da atribuição *local*, face à competência comum do art. 23, III, da CF (artigo 30, IX, CF);

- (vi) e, como destaca o professor Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2012), atipicamente, a competências administrativa própria na área de *segurança pública*, como dever geral do Estado para preservar a ordem pública e incolumidade das pessoas e patrimônio, no caso do Município, através da constituição de guardas municipais destinados à *proteção dos respectivos bens, serviços e instalações* (artigo 144, §8º, da CF).

1.4.1.4.b) Competências administrativas explícitas comuns

São, em essência, as competências previstas no artigo 23, I a XII, bem como competências municipais compreendidas nos Títulos que tratam da Ordem Econômica e da Ordem Social, entre elas:

- (i) zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público (artigo 23, I, CF);
- (ii) cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (artigo 23, II, CF);
- (iii) proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (artigo 23, III, CF);
- (iv) impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (artigo 23, IV, CF);
- (v) proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação (artigo 23, V, CF);
- (vi) proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (artigo 23, VI, CF);
- (vii) preservar as florestas, a fauna e a flora (artigo 23, VII, CF);
- (viii) fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar (artigo 23, VIII, CF);
- (ix) promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (artigo 23, IX, CF);
- (x) combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (artigo 23, X, CF);

- (xi) registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios (artigo 23, XI, CF);
- (xii) estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito (artigo 23, XII, CF);
- (xiii) dispensar às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei (artigo 179, CF);
- (xiv) promover e incentivar o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico (artigo 180, CF);
- (xv) garantir qualidade no atendimento educacional, em especial nos ensinos fundamental e infantil gratuitos (artigo 208, I a IV, CF);
- (xvi) organizar seu sistema de ensino, atuando obrigatória e prioritariamente nos ensinos fundamental e infantil, visando à universalização do atendimento (artigo 211, § 2º e 4º, CF);
- (xvii) garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais (artigo 215, CF);
- (xviii) fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um (artigo 217, CF);
- (xix) promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação (competência também municipal, a despeito de o §5º do art. 219 não prever a possibilidade de vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica, faculdade, prevista expressamente para Estados e DF, mas não aos Municípios) (artigos. 218 e 219, CF);
- (xx) defender e preservar o meio ambiente (artigo 225, CF);
- (xxi) proteger crianças e adolescentes, além de garantir a portadores de deficiência acesso adequado a logradouros, edifícios públicos e transporte coletivo (artigo 227, CF);
- (xxii) amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida,

sendo que a gratuidade nos transportes coletivos urbanos é previsto diretamente pela constituição, bem como a preferência pelo atendimento da pessoa idoso em seu lar (artigo 230, CF);

(xxiii) autorizar a gestão associada, por consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos, tudo conforme específica disciplina legal (artigo 241, CF); e

(xxiv) constituir, facultativamente, fundos de pensão para garantir o pagamento dos proventos de aposentadoria e pensão concedidos aos respectivos servidores e dependentes (artigo 249, CF).

1.4.1.4.c) Competências administrativas implícitas

As competências administrativas implícitas são, como visto acima, uma imposição lógica derivada das atribuições de exercícios dos poderes atribuídos aos entes federados e para exercício das demais competências, também decorrente das competências legislativas atribuídas, nesse caso, aos Municípios.

Destacamos aqui, especialmente, as competências legislativas genéricas (i) *exclusiva* (artigo 30, I, CF) e (ii) *concorrente-limitada* (artigo 30, II, CF), abordadas em seguida.

1.4.2.5 Competência legislativa municipal

Ainda conforme o Professor Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2012, pp. 251-252), em lugar da *discriminação* - fórmula empregada para enunciar as competências legislativas privativas da União e concorrentes, bem como reservar a competência legislativa remanescente aos Estados - a Constituição Federal “preferiu a enunciação genérica de *competência legislativa sobre assuntos de interesse local* (artigo 30, I, CF)”, além de atribuir aos Municípios competência legislativa para suplementar, no que

couber, a legislação federal e estadual (artigo 30, II, CF) e elencar um rol de competências legislativas enumeradas (artigo 30, III a V, artigo 145 e artigo 156, CF).

1.4.2.5.a) Competências legislativas enumeradas

Antes de enumerar as competências legislativas municipais, é recomendável lembrar a assimetria que existe entre as comunas brasileiras. Ao lançarmos os olhos por sobre o país, depararam-nos, de um lado, com cidadelas de menos de cinco mil habitantes e, de outro, com “mega cidades” como São Paulo, conurbada por todas as franjas, sem que, contudo, existam, sob um primeiro exame, diferenças de instrumentos jurídicos para uma e outra adaptarem-se, cada qual, aos seus específicos e, por vezes, exclusivos desafios.

As competências legislativas do município são as seguintes:

- (i) legislar sobre assuntos de interesse local (artigo 30, I, CF). De se ressaltar que, tradicionalmente, doutrina e jurisprudência interpretam essa competência sob o prisma da *predominância* do interesse e não da *exclusividade*, o que será melhor apreciado em capítulo especificamente dedicado ao estudo do conceito de interesse local;
- (ii) instituir taxas, contribuições de melhoria e impostos de sua competência (artigo 30, III, e incisos I, II e III, dos artigos 145 e 156, CF);
- (iii) criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual (artigo 30, IV, CF);
- (iv) organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial (artigo 30, V, CF);

Impossível não lembrar, a respeito da técnica adotada pelo constituinte novamente das lições de Victor Nunes LEAL (2012, p. 41):

“Precisar quais devam ser, numa boa organização administrativa, as atribuições municipais, é tarefa de extrema dificuldade. As indicações muito gerais pouco esclarecimento podem trazer. Quando se diz, por exemplo, que devem caber ao município as tarefas de natureza local, ou do seu peculiar interesse, resta ainda definir o conceito auxiliar tomado para referência. A dificuldade aumenta quando se observa que certos assuntos, que ontem só diziam respeito à vida de um município, podem hoje interessar a diversos, a todo um Estado, ou mesmo ao país inteiro. Essa variação, no tempo, da área territorial sobre a qual repercute um grande número de problemas administrativos torna muito relativa a noção de peculiar interesse do município, ou de interesse local, perturbando a solução do assunto no terreno doutrinário.”

1.4.2.5.b) Competências legislativas suplementares

Encontra-se expressa no inciso II do artigo 30 da Constituição Federal:

- (i) complementar a legislação federal e a estadual no que couber (artigo 30, II, CF);

No entendimento de parte da doutrina, a expressão “no que couber” é ainda mais restrita do que a cláusula “interesse local”.

Destacamos a posição de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2012, p. 252), segundo o qual incumbiria ao Município complementar a legislação federal ou estadual apenas nas aberturas previstas nas próprias legislações estaduais e municipais, *in verbis*:

“Tal restrição significa que não cabe ao Município, *suplementar livremente toda e qualquer legislação* editada pelas demais entidades, pois tal elastério conduziria facilmente a absurdos e à insegurança jurídica, devendo, assim, ser entendida como uma atribuição de complementar qualquer legislação federal ou estadual em que se contemple, explícita ou implicitamente, a possibilidade de se especificar um detalhamento normativo em nível municipal, *desde que o interesse local o justifique.*”

Mais ainda, alerta o administrativista (p. 252) que o verbo “suplementar” pode induzir a um significado mais amplo que “complementar”, em interpretação que poderia “implicar a atribuição de um onímodo poder municipal de *suprir omissões legislativas de qualquer nível*” e salienta que tamanha elasticidade seria incompatível como a partilha de competências constitucional, reforçando “o entendimento de que a natureza dessa competência há de ser, estritamente, de natureza *complementar*, sempre que a peculiaridade do interesse local o justifique, como condição de sua validade constitucional”.

O professor Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (1999) vai além e sustenta, por seu lado, que a competência inscrita no inciso II do artigo 30 da Constituição Federal não seria propriamente legislativa, mas administrativa, porquanto restringir-se-ia à regulamentação das normas federais ou estaduais às peculiaridades locais. Ressalta, ainda, que tal atribuição limitar-se-ia apenas a algumas matérias, não havendo como cogitar-se de um Município complementar ou suplementar toda e qualquer matéria.

A Professora Fernanda Dias Meneses de ALMEIDA (2010) diverge do primeiro ponto levantado pelo Professor Ferreira Filho, mas possui a mesma percepção quanto ao segundo ponto.

Junto da doutrina majoritária, entende a Professora que “é de atividade legislativa, sim, não apenas de atividade administrativa regulamentar, que se cuida na espécie”. Segundo ela (2010, p. 139), “os Municípios legislarão suplementarmente, estabelecendo as normas específicas e, em sendo o caso, também as normas gerais, sempre que isto for necessário ao exercício de competências materiais, comuns ou privativas”.

Ressalva a professora, no entanto, que, consoante alerta o Professor FERREIRA FILHO (1999), não é possível compactuar com a “exegese do art. 30, II, segundo a qual o Município poderia legislar sobre qualquer matéria, complementando ou suprimindo a legislação”. Para ela, só é possível suplementação para assuntos atinentes ao *interesse local*.

Para exemplificar seu raciocínio, a ilustre Professora cita o despropósito de legislações municipais hipotéticas sobre “comércio exterior”, “nacionalidade”, “naturalização” ou “legislação estadual atinente ao funcionalismo do Estado ou à organização da Justiça estadual”.

Há, com efeito, situações em que as matérias se interconectam. Contudo, as regras de competências, como veremos no Capítulo II, por serem regras, devem ser interpretadas sob critérios de hermenêutica objetiva, de forma que não caibam múltiplas normas para cada texto⁶¹.

Neste sentido, alguém poderia dizer, por exemplo, que um determinado diploma legal que cuide do tema da exportação de serviços estaria, de algum modo, suplementando normas gerais nacionais sobre o tema “comércio exterior”, em seu sentido genérico⁶². Ou, ainda, que a legislação de um município litorâneo que vise o amortecimento dos impactos urbanísticos da atividade de operadores portuários situados em seu território de vizinhança incidiria na mesma competência.

Nada mais falso, matérias tributárias ou urbanísticas são tratadas no campo das competências materiais privativas do Município. Há, ademais, situações em que o Município “suplementa” a legislação mais abrangente a título de atuar em suas competências materiais comuns.

A esse respeito, recorremos, novamente, às lições da Professora Fernanda D. M. de ALMEIDA (2010, p.139), segundo a qual, “Partindo dessa premissa, examinaremos a matéria por partes, separando as hipóteses em que a legislação municipal suplementar seja necessária para atuar competências materiais privativas do Município ou para atuar competências materiais comuns.”

Para o primeiro caso - suplementação para exercício das competências materiais privativas do Município -, a professora explica que (ALMEIDA, 2010, p.139):

“Em relação à primeira hipótese, terá cabimento a legislação municipal suplementar quando o exercício da competência material privativa do Município depender da observância de normação heterônoma. Isto poderá ocorrer em relação à legislação federal e à legislação estadual.”

⁶¹Cf. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2019.

⁶² Na cidade de São Paulo, o assunto é versado em Parecer Normativo da Secretaria Municipal da Fazenda n. 04/2016.

Adiante, Fernanda Dias M. de Almeida cita, como exemplo, justamente a legislação tributária.

Já com relação à segunda hipótese - suplementação para atuar competências materiais comuns -, a doutrinadora aponta para algumas complexidades em sua interpretação e, por fim, conclui que a matéria mereceria um tratamento constitucional mais adequado, para que se não prejudicasse uma articulação coerente nas competências concorrentes, em “que apostou o constituinte para chegar à descentralização de poderes, tão necessária na Federação brasileira”.

Destaca a Professora (2010, p. 140):

“No âmbito das competências matérias comuns, que pressupunham para o seu exercício a competência legislativa concorrente prevista no artigo 24, a questão da legislação suplementar fica mais delicada. [...] O Município não poderá contrariar nem as normas gerais da União, o que é óbvio, nem as normas estaduais de complementação, embora possa também detalhar estas últimas, modelando-as mais adequadamente às particularidades locais”.

Aqui a professora cita como exemplo o artigo 30, IX, que prevê que compete aos Municípios promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

I.4.2.5.c) *Competências legislativas supletivas*

Antes de mais nada, pergunta-se : haveria, mesmo que implicitamente, competência suplementar supletiva conferida pelo Constituição Federal para, na hipótese de omissão legislativa, ensejar validade e eficácia de lei municipal em matéria constitucionalmente atribuída a ente federado mais abrangente, porém omissa na sua atribuição política de regular tal ou qual atividade de impacto local?

A competência suplementar supletiva do Município é tema bastante controverso, já que o artigo 24, §3º, da Constituição de 1988, dispõe que inexistindo lei

federal sobre normas gerais, os Estados, especificamente eles, exercerão a competência legislativa plena, para suprir a omissão da União, estabelecendo as regras gerais sobre o assunto, suspendendo-se a eficácia destas normas no caso de superveniência de legislação federal a respeito.

Tal é a competência denominada de supletiva.

A Constituição acabou por silenciar-se, ao menos no dispositivo em comento, sobre eventual competência supletiva municipal.

Por esse motivo, é que alguns doutrinadores refutam a existência de competência supletiva para os municípios.

A negativa pura e simples parece um tanto quanto precipitada, tomando-se em conta as muitas novidades no campo da prestação de serviços, cujos impactos, incontáveis vezes, têm consequências endêmicas, próprios de uma determinada localidade, de sorte que seria incoerente aguardar por uma legislação geral para haver regulação específica somente *a posteriori*.

É preciso imaginar a hipótese de não haver regulamentação federal ou estadual sobre determinado tema que possa impactar sobremaneira o cotidiano cidadão, caso em que a tese retro referida poderia impor uma espécie de submissão do ente municipal às inconveniências do caos e da desordem.

Podemos citar, exemplificativamente, a regulamentação do transporte individual por aplicativo. Passaram-se anos até que adviesse uma legislação geral federal, Lei nº 13.640/2018, que, ao fim e ao cabo, conferiu aos municípios a atribuição de regular essa atividade econômica, respeitadas as diretrizes gerais traçadas por ela. Dispõe a Lei:

“Art. 11-A. Compete exclusivamente aos Municípios e ao Distrito Federal regulamentar e fiscalizar o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei no âmbito dos seus territórios.”

Seria um pouco incoerente impor uma anomia aos Municípios que quisessem regular uma atividade cujos impactos, como veremos à frente, foram, desde o início das atividades no Brasil, impetuosamente locais.

Caberia indagar, outrossim, se, já que em nosso sistema as competências são previstas diretamente pela Constituição, faz sentido aguardar uma previsão, em lei geral, de competência municipal para tratar de um assunto que, no fim das contas, evidentemente configura interesse local.

Ou, ainda, seria necessário, na omissão do legislador federal, aguardar uma lei estadual complementar supletiva que, desde que prevista a possibilidade na Constituição Estadual, delegasse aos Municípios a regulamentação e fiscalização do referido serviço, em simetria com o que prevê o artigo 22 da Constituição Federal de 1988. Ou se tal previsão - de suprir ausência de regulação geral - pudesse ser feita nas Constituições Estaduais, para possibilitar aos Municípios colmatar eventuais omissões do legislador estadual.

Como se percebe, a matéria é instigante e merece um olhar que privilegie os fatos e o efetivo interesse da comunidade.

O debate reascende com a fustigante novidade trazida pelo artigo 219-B da Constituição Federal, o qual estabelece que o Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) será organizado em regime de colaboração entre entes tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação. O dispositivo incluído pela Emenda Constitucional nº 85 de 2015, em seu § 1º, assenta que lei federal disporá sobre as normas gerais, e, de modo inédito em nosso sistema constitucional, no § 2º, dispõe que os Estados, o Distrito Federal e os *Municípios* legislarão concorrentemente sobre suas peculiaridades.

A despeito de aparentar mera atecnia legislativa⁶³, abre-se uma discussão sobre a equivalência de posições entre Estados e Municípios na competência suplementar, o que poderia atrair também a possibilidade de exercício da competência supletiva pelos Municípios.

⁶³ Sobre legística e técnica legislativa, vide **A Legística e a 'filosofia' da lei** de Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO e **Processo Legislativo, Técnica, Legislativa e Legística** de Monica Herman Salem CAGGIANO, in Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, v. 7, ano 2009.

Entretanto, parece-nos mais simples sair-se pelas competências comuns ou pela interpretação do *interesse local*.

Possivelmente o artigo 30, I da Constituição de 1988 já aponta para a resolução do problema.

Na omissão de União e Estado, o Município, quando dispõe sobre atividade que afete interesse local, ao exercer competência privativa própria, supre ausência de legislação geral. E, do mesmo modo, caso surjam normas gerais de entes mais abrangentes, as normas municipais de cunho mais geral, que estejam em dissonância com o tratamento dado por União ou Estado, ficam suspensas.

Tal solução é, de alguma forma, intuída no Curso de direito constitucional do Gilmar Ferreira MENDES e Paulo Gustavo Gonet BRANCO⁶⁴ e pela professora Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA (2010, p. 140), segundo a qual:

“Quanto à legislação federal, o Município complementarará ou suprirá normas gerais da União ao exercer, por exemplo, a competência privativa de instituir os próprios tributos. De fato, a instituição de tributos, por qualquer das esferas, se deve pautar pelas normas gerais de Direito Tributário postas pela União. Nesse caso, o Município estabelecerá as normas tributárias específicas (competência complementar) e poderá até mesmo editar normas gerais, admitindo-se, em tese, que a União se omita em expedi-las (competência supletiva).⁶⁵

E, em outro trecho (p. 142):

“Da mesma forma, inexistindo as normas gerais da União, aos Municípios, tanto quanto aos Estados, se abre a possibilidade de suprir a lacuna, editando normas gerais para atender a suas peculiaridades. Porém,

⁶⁴ “Aos Municípios é dado legislar para suplementar a legislação estadual e federal, desde que isso seja necessário ao interesse local. A normação municipal, no exercício dessa competência, há de respeitar as normas federais e estaduais existentes. A superveniência de lei federal ou estadual contrária à municipal suspende a eficácia desta”. **Curso de Direito Constitucional**, p. 831.

⁶⁵ Há um precedente sobre competência supletiva estadual em matéria de IPVA que, de resto, não poderia ser suprimida dos Municípios, por equivalência e isonomia. STF, AI 167.777AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 4-3-97, DJ de 9-5-97.

se o Estado tiver expedido normas gerais, substituindo-se à União, o Município as haverá de respeitar, podendo ainda complementá-las. Não havendo normas gerais supletivas, é livre então o Município para estabelecer as que entender necessárias para o exercício da competência comum. Mas a superveniência de normas gerais, postas pela União diretamente, ou pelos Estados supletivamente, importará a suspensão da eficácia das normas municipais colidentes.”

A favor dessa tese está precedente da ADPF 109, sobre a qual, por tratar do princípio da subsidiariedade, também nos debruçaremos mais adiante. Cuidava a ação direta da constitucionalidade de lei municipal paulistana que restringia o uso de amianto.

O Supremo Tribunal Federal, nesta oportunidade, considerando a inconstitucionalidade superveniente (sob a óptica material) da Lei Federal nº 9.055/1995, por ofensa, sobretudo, ao direito à saúde (artigos 6º e 196 da Constituição Federal), acabou considerando que, por via transversa, a legislação municipal de São Paulo sobre o amianto seria exercício da competência supletiva, já que supriria ausência de legislação federal a respeito, ainda que se tenha sustentado a constitucionalidade da lei municipal em todas as competências dos Municípios contidas no artigo 30, incisos I, II e VIII, da Constituição Federal⁶⁶.

De fato, não é necessário lançar mão de uma interpretação extensiva para verificar que o sistema constitucional de competências é fechado e não permite lacunas.

Para isto, utilizou-se o legislador constitucional, de maneira única para os entes locais, uma enunciação genérica para permitir aos Municípios legislar sobre temas de *interesse local*. Como vimos acima, é com base nela que a Suprema Corte baseou a constitucionalidade de lei municipal que, na prática, estava a suprir lacuna legislativa nacional.

⁶⁶Nos termos do artigo 30 da Constituição Federal: “Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; [...] VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; [...]”

Tamanho a relevância do interesse local no estudo da competência dos municípios, como regra norteadora da interpretação constitucional, que destacamos, a seguir, um capítulo exclusivamente dedicado a ele.

CAPÍTULO II – CONCEITO JURÍDICO DE INTERESSE LOCAL

A análise sugerida por esta dissertação não pode prescindir do debate acerca do interesse (público) local. Afinal, qualquer atuação do Município na economia deverá ser guiada pela consecução do *interesse público*, sempre que manifestado no domínio *local*. Respeitados, obviamente, os direitos e garantias fundamentais dos agentes econômicos envolvidos.

A expressão *interesse local* exerce incontestável função de vetor interpretativo em nosso sistema. Por esse motivo, é necessário compreender a estrutura do conceito, como axioma do direito municipal, além de qualificar sua interpretação.

Para isso, em primeiro lugar, investigaremos a origem da ideia de *interesse geral*, normatizado por aqui como *interesse público*, para, depois, ao abordar separadamente a exegese de cada termo - *interesse* e *local* -, tentarmos delimitar, com o maior rigor possível, seu núcleo e seus limites, sem o quê deixaríamos de compreender adequadamente esta noção, na qual se alicerça toda e qualquer intervenção do Município em seu território.

Neste capítulo promoveremos uma avaliação que partirá das origens históricas que motivaram a conformação do conceito de interesse geral e interesse público, para, na sequência, podermos avançar na conceituação jurídica do interesse público de modo mais específico.

Como a intenção não é fazer um estudo aprofundado do instituto, que, a rigor mereceria algumas dissertações dedicadas exclusivamente à sua descamação filosófica, política, econômica e jurídica, procuraremos apenas identificar algumas chaves de interpretação, que, a despeito de serem tiradas da complexidade de sua origem, poderão clarificar as razões pelas quais há dificuldades atávicas na construção jurídica do conceito.

Em um momento inicial, a partir das raízes políticas e sociológicas, ambicionamos compreender de onde derivou a ideia de interesse geral e para onde o conceito caminhou.

Adiante, discutiremos como se comporta a noção de interesse geral quando positivada, no Brasil, como *interesse público*, *coletivo* ou *local*, levando em consideração nosso ordenamento jurídico e a doutrina.

Nesse passo, será possível averiguar o problema da definição jurídica de interesse público e a tentativa de desconstrução do princípio da supremacia.

Ao final, buscaremos localizar o núcleo normativo do *interesse local* propriamente dito, bem como investigar possíveis soluções ou tentativas de apaziguamento dos conflitos a partir de técnicas de interpretação atualmente empregadas na prática.

2.1 Origem e Conceito De Interesse Geral

A presente dissertação de mestrado tem o fim específico de apresentar as competências municipais para intervir na ordem econômica.

Trata-se, é verdade, de recorte metodológico bastante delimitado.

Sob a ótica da relação entre Estado e economia, a contraposição entre as ideias de interesses individuais e gerais é o sustentáculo de toda e qualquer forma de intervenção estatal.

Não será a última vez que destacaremos, neste trabalho, o artigo 173⁶⁷ da Constituição de 1988, que, por exemplo, exige *relevante interesse coletivo* a justificar a exploração direta de atividade econômica pelo Estado.

⁶⁷ Nos termos precisos da Constituição Federal de 1988, dispõe o supracitado artigo: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos **imperativos da segurança nacional** ou a **relevante interesse coletivo**, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. § 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. § 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade. § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e

Tornou-se, portanto, imprescindível aprofundarmo-nos no estudo do interesse geral, conceito bastante abrangente que, a bem dizer, consubstancia a própria essência do Estado Democrático de Direito.

O próprio Nobert REICH (2011, p.764), ao refletir sobre a intervenção do Estado na economia, contrapõe os “interesses difusos” aos “interesses especiais”, estes últimos “são evidenciados por atores sociais que estão bem organizados devido ao fato de que podem ganhar (ou perder) muito com a mudança social”.

Já os “interesses difusos”, segundo o autor alemão (REICH, 2011, p. 765), “são aqueles que têm o caráter de um *bem público* [...] dizem respeito à qualidade de vida global”.

A Constituição de 1946 já estatua, na segunda alínea do artigo 146, que “a intervenção (estatal na economia privada) terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição”.

Sobre essa disposição constitucional, o professor Oscar BARRETO FILHO (2011, p.778), pontificava à época:

“Assentado está, pois, que a intervenção, seja qual fôr a forma de que se revista, deverá fundar-se no superior interêsse da coletividade (e não no interêsse restrito de classes ou grupos), visando à promoção do bem comum, bem como será demarcada pelos direitos fundamentais”.

Fica claro, assim, que conhecer a noção de interesse geral, coletivo ou público é condição *sine qua non* para compreender as balizas impostas pelo direito à participação estatal no domínio das atividades econômicas.

ao aumento arbitrário dos lucros. § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”(grifo nosso)

O conceito, entretanto, não se limita apenas a justificar a estreita relação entre Estado e mercado, mas opera, sobretudo, fundamental encargo legitimador do Estado perante a Sociedade.

Tal atributo é bem definido no estudo que fez Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO (2011, p. 271) sobre Sociedade e Estado:

“Sociedades perfeitas só podem ser aquelas que atendem aos interesses gerais do homem, alcançando a sua finalidade na vida em comum, e de modo integral [...] A vida social, como salientado, traz uma série de relações: relações entre seres humanos e entre os agrupamentos menores existentes dentro dos maiores [...] Esse ambiente requer um justo equilíbrio dos seus respectivos interesses nas mútuas relações, acima referidas. O Estado é a sociedade maior e perfeita, que visa a coordenar essas atividades, a fim de conseguir-se a harmonia, dentro da complexa vida social, e estabelece as diretrizes do bem-estar da coletividade.”

A estatura e dignidade que caracterizam o interesse geral merecem uma retrocessão maior em nosso estudo para identificar, no esboroamento do Antigo Regime, as origens e significados do conceito de interesse público.

A repreensão divina e o moralismo religioso, típicos pilares do controle social no Antigo Regime, caracterizam aspectos centrais do Absolutismo e também acabaram por induzir seu ocaso.

A contínua dissociação entre Estado e Religião criara a necessidade de um novo valor a embasar e sustentar as normas que restringiam direitos individuais em benefício de algo que, antes, era a vontade divina, soberana e totalitária do príncipe, cujo reflexo no indivíduo era o temor da punição e o medo da danação eterna. Daí o surgimento do conceito de interesse geral, a guiar as razões de Estado na construção da doutrina da supremacia do interesse público.

Destarte, a partir do século XVI, é possível verificar, em certos autores, algum ceticismo com a compreensão, influenciada pela Igreja, de que as sanhas humanas poderiam ser contidas pela punição e repreensão moral. Em outras palavras, a ideia de proibição

isolada, sem que se apontassem valores contrapostos, sustentava uma deontologia meramente religiosa e dogmática, insuficiente na perspectiva de laicização do Estado.

É desde esse período também que se verificam as primeiras experimentações retóricas sobre a estratégia da “contraequivalência”.

Como lembra Dalmo DALLARI (2019, p. 46), Maquiavel, entre os séculos XV e XVI, na obra *Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio*, disserta sobre a classificação de governos feita por Aristóteles⁶⁸ e assevera ser ideal uma “[...] constituição em que coexistam a monarquia, a aristocracia e a democracia, cada um destes poderes vigia e impede os abusos dos outros”.

Assim, a conformação dos ímpetus humanos a regras de racionalidade, ou morais, foi sendo deixadas de lado pela ideia de oposição de contravalores, contraditórios, inclusive, no *The Federalist*⁶⁹, onde MADISON (2001, p. 267) reinterpreta a razão posta por MONTESQUIEU⁷⁰ em “*pouvoir arrête le pouvoir*” na noção de que somente as paixões operadas pelos detentores de um poder poderiam contrapor-se com, razoável equivalência, às pressões impostas pelas paixões de outros detentores de poder. Daí a justificativa para a repartição de poderes e o verdadeiro sentido da distribuição de pesos e contrapesos.

Os contratualistas, caudatários, com ligeiras variações, da ideia de um estado de natureza hobbesiano - premissa hipotética que concebe um estado natural em que grassariam as paixões humanas e a violência em um ambiente sem Estado - também se apoiam na noção de interesses gerais (FERREIRA FILHO, 2005, pp. 6-10).

Se no contratualismo de HOBBS (2008) resulta a justificativa para a soberania de um *absolutista*, em ROUSSEAU (2011), busca-se assentar a soberania do povo na difusa compreensão de *vontade geral*.

⁶⁸A partir do resumo de Dalmo DALLARI sobre as ideias de Aristóteles, relembramos que: “o governo de um só, que tinha na monarquia o seu protótipo; o governo de alguns ou aristocracia; o governo de muitos ou democracia”. **O Estado Federal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 45.

⁶⁹“*To what expedient, then, shall we finally resort, for maintaining in practice the necessary partition of power among the several departments, as laid down in the Constitution? The only answer that can be given is, that as all these exterior provisions are found to be inadequate, the defect must be supplied, by so contriving the interior structure of the government as that its several constituent parts may, by their mutual relations, be the means of keeping each other in their proper places.*” MADISON, James. **Federalist Papers: No. 51** in HAMILTON, A.; JAY, J.; MADISON, J. **The Federalist**. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.

⁷⁰Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2014.

Miguel REALE (1970, p. 209) explica a dicotomia da seguinte forma: “Se Hobbes identifica o Direito com a *vontade do soberano*, Rousseau – com impressionante paralelismo – só considera lei a expressão da *vontade geral*, que, por sua vez, é a expressão do *eu comum*, o verdadeiro soberano”.

Desta maneira, resta claro que os valores religiosos sustentadores de relativa coesão social, no período anterior à Revolução Francesa, foram, de algum modo, substituídos pelo conceito de interesse geral, mais tarde concebido como interesse público.

Com o tempo, surgiram novas e diferentes concepções sobre a forma como se deveria traduzir a ideia de interesse geral. Atravessou incólume, todavia, a percepção de que a todos sempre interessará o bom convívio comunitário do indivíduo entre os seus: pleno em suas individualidades, mas, simultaneamente, em comunhão com o seu entorno.

Assim, a moralidade cristã, com o fim do Antigo Regime, vai sendo trocada por interesses que significam, em última instância, os valores escolhidos pelas sociedades para sustentar sua vida e sua ordem.

Albert HIRSCHMAN (1979), em seu *Os interesses e as Paixões, Argumentos Políticos a favor do Capitalismo antes do seu triunfo*⁷¹, demonstra como o conceito de interesse geral, ou público, surgiu como *contravalor* apto a refrear as conhecidas paixões humanas⁷².

Segundo o autor (1979, p. 23), ao dissertar sobre o realismo político e sobre como os interesses foram convocados para contrabalançar as paixões⁷³:

⁷¹Nesse diapasão, foram muitos os teóricos entre os séculos XVI e XVIII que procuraram compreender a dimensão e o papel dos interesses na resistência às sanhas e impulsos humanos. Explica o autor que com a Renascença, a partir de um olhar mais realista sobre o homem e seus ímpetos, consolidou-se a ideia de que a filosofia puramente moral não seria suficiente para controlar as paixões destrutivas do homem. Superada também a ideia da coerção e repressão, muito dependentes da indulgência ou opressão excessiva do príncipe, foi assim sendo concebida uma harmonização psicológica dos ímpetos sob a perspectiva da mobilização das paixões, antes que a mera repressão. HIRSCHMAN, Albert. **Os interesses e as Paixões: Argumentos Políticos a favor do Capitalismo antes do seu triunfo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

⁷²O autor explica que, originalmente, até mesmo Santo Agostinho, que condensara boa parte do ideal medieval, já fazia certa concessão à *libido dominandi*, um dos três principais pecados do homem, ao referir-se ao anseio pelo louvor como uma virtude civil dos Romanos conquistadores. Alerta o autor para o fato de que também Montesquieu via utilidade coletiva na busca individual pela glória, ao invés da pura ânsia por bens materiais, como que se, numa ideia inaugurada por Adam Smith, houvesse o impulso de uma Mão Invisível guiada pelo impulso de paixões individuais as quais, ao buscarem a satisfação de suas vontades, acabavam por concorrer para o bem comum. HIRSCHMAN, Albert. Op. cit., p. 26.

⁷³Sobre paixões, comportamento institucional e Estado de Direito, vide nosso *O tarantinesco The Hangman e o tal comportamento institucional: “O professor Tércio Sampaio Ferraz Junior, valendo-se de Kelsen e Olivecrona, ensinava em sua matéria de introdução ao estudo do Direito, destinada aos calouros da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, que norma é ‘imperativo despsicologizado’, a partir da qual se não podem identificar previamente quem é o comandante e quem o comandado. O próprio Direito, em suma, é construído para subtrair paixões, intenções e desejos da decisão jurídica. Portanto, se o Direito positivo é construído para subtrair o arbítrio e diminuir a parcialidade, torna-se*

“A insistência preponderante em olhar o homem ‘como ele realmente é’ tem uma explicação simples. Um sentimento brotou durante a Renascença e tornou-se firme convicção durante o século XVII: que a filosofia moral e o preceito religioso não mais bastavam para controlar as paixões destrutivas dos homens”.

Explica o autor que, a partir da Renascença, graças a um olhar mais realista sobre os ímpetus humanos, consolidou-se a ideia de que a filosofia puramente moral não seria suficiente para controlar as paixões destrutivas do homem.

Superada também a ideia da coerção e repressão, muito dependentes da indulgência ou opressão excessiva do príncipe, foi assim sendo concebida uma harmonização psicológica dos ímpetus sob a perspectiva da mobilização das paixões, antes que a mera repressão.

Logo, o interesse geral significou mecanismo compensatório à subtração da moral cristã como sustentadora do poder, instrumento de submissão e domesticação dos impulsos humanos, em acordo com os interesses do soberano.

Com base neste diagnóstico, explica o professor alemão que é possível distinguir ao menos duas linhas argumentativas propostas como alternativas ao mandamento religioso: (i) o apelo à coerção ou (ii) a mobilização das paixões ao invés de simples repressão (HIRSCHMAN, 1979).⁷⁴

possível afirmar que, toda vez que um agente da Justiça, ou da lei, expõe pública e apaixonadamente seus desejos e visões políticas, estamos bem mais próximos da barbárie do que da justiça. No fim do dia, deveríamos seguir o exemplo do carrasco tarantinesco: desvestir o Direito das ideologias, resgatar o bom comportamento institucional e despsicologizar o império da lei. O retorno ao Direito positivo e a despolitização da Justiça farão da democracia, enfim, como pontifica Giovanni Sartori, o ‘reino da liberdade’. VERDEROSI, Lucas Reis. **O tarantinesco The Hangman e o tal comportamento institucional.** Artigo publicado em 03 de setembro de 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-set-03/lucas-verderosi-the-hangman-tal-comportamento-institucional?utm_source=divr.it&utm_medium=facebook.

⁷⁴Como ensina o autor, a aclamação do individualismo na perspectiva da busca da glória e da maximização das potencialidades individuais encontrou seu apogeu durante o Renascimento e até meados do século XVII, com o declínio da influência da Igreja Católica, quando se reprimaram as ideias de Platão e Aristóteles, mas, agora, sob a perspectiva de Spinoza, consciente do realismo político inaugurado de maneira não sistemática por Maquiavel e da perspectiva pouco idealizada da natureza humana de Hobbes. HIRSCHMAN, Albert, op. cit.. Em seu *Ética*, Spinoza traz a seguinte concepção: “Proposição 7. Um afeto não pode ser refreado nem anulado senão por um afeto contrário e mais forte do que o afeto a ser refreado”. SPINOZA, B. *Ética*. Trad. Tomaz Tadeu. São Paulo: Editora Autêntica, p. 164.

Conforme salienta HIRSCHMAN (1979, p. 24), a solução meramente repressiva é demasiadamente dependente de uma “autoridade *ex maquina*”, infensa a erros e desproporcionalidades, como indulgência excessiva ou crueldade desmesurada.

Já a segunda solução, mais harmoniosa com o realismo político, tinha o mérito de mobilizar as paixões e, aponta o professor, “foi capaz de sobreviver e prosperar, tanto como um dos dogmas principais do liberalismo do século XIX, quanto como um dos postulados centrais da teoria econômica” (HIRSCHMAN, 1979, p. 27).

O Professor Calixto SALOMÃO FILHO (2007, p. 23), ao estudar as raízes e fundamentos da regulação da atividade econômica⁷⁵, propositalmente denomina de “Escola do Interesse Público” a ideia de que não é a preservação do mercado que justifica a regulação, mas a busca do bem público, e acrescenta uma crítica:

“A definição de *interesse público* é multifacetada – ora política, ora econômica -, não permitindo que a mesma seja colocada em termos precisos. Aliás, a experiência prática põe em sérias dúvidas a existência de um conceito – verdadeiro e coerente – de *interesse público* para fins de intervenção do Estado na economia.”

Assim, em resumo, de um lado, temos que os interesses gerais, na teoria política, são as razões justificadoras do Estado e, de outro, são o conceito em que se lastreia a intervenção do Estado na vida privada e, como corolário, na economia.

Seja como, for, desde quando o Estado se viu desassociado da religião e da moral, buscou-se um vetor racional de supressão dos direitos individuais em benefício da coletividade e, no Estado de Direito, tal lógica ganhou contornos jurídicos.

⁷⁵ Em seu notável ensaio sobre a regulação da atividade econômica, Calixto SALOMÃO FILHO apresenta também a “Escola Neoclássica ou Econômica da Regulação”, cujas ideias, a nosso ver, não se adequam aos ditames da Constituição Econômica de 1988: “*Sob a denominação genérica de Escola Econômica da regulação escondem-se várias tendências, com dois pontos fundamentais em comum: a negação de qualquer fundamento de interesse público na regulação ou correção do mercado através de regulação. Na verdade, a teoria econômica da regulação, orientada pelo neoclassicismo, crê poder prever os resultados e, conseqüentemente, indicar os fins da atividade econômica. A regulação serve apenas como substituto do mercado. O regulador é ou deveria ser capaz de reproduzir um mercado em laboratório ou, melhor dizendo, nos gráficos de oferta e demanda. Evidentemente, porque baseada na crença cega no mercado, para tal teoria a regulação só será necessária enquanto não existir solução de mercado mais eficiente. Por essa razão, como se verá, nela encontra-se o sêmen dos movimentos desregulatórios.*” **Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 27-28.

Conforme sintetiza Gilberto BERCOVICI (2013, p. 74):

“Durante a primeira metade do século XVII, a razão de Estado, de acordo com Stolleis, busca resolver problemas específicos, ligados às guerras religiosas, ao Sacro-Império, ao nascimento e à manutenção dos Estados. O problema Fundamental é como guiar normativamente a política, agora autônoma, sem a religião e a moral. Na segunda metade do século XVII, a reflexão sobre a razão de Estado assume as características de disciplina jurídica para fornecer a argumentação necessária para legitimar a supressão de direitos em favor do interesse comum da preservação do Estado.”

É justamente em sua dimensão normativa que se buscará compreender o conceito jurídico de interesse público, já que, como veremos, a intervenção municipal no domínio econômico justifica-se quando o interesse envolvido é, ao mesmo tempo, público e local.

2.2 Conceito Jurídico de Interesse Público

A expressão *interesse geral*, empregada no Direito Administrativo francês, é normatizada em nosso sistema através de várias expressões, as quais veiculam diversos valores.

Há, portanto, muitos “interesses” inscritos em nossa Constituição Federal.

Claro que aqui não nos referimos à multiplicidade de interesses que afluíram no processo constituinte e deram origem ao pacto constitucional, mas à técnica de inserir cláusulas de abertura normativa com emprego do substantivo “interesse”, malgrado não se possa tirar-lhe, com clareza, a verdadeira substância, que dependerá sempre e sempre das circunstâncias e do intérprete.

A rigor, podemos localizar sessenta e quatro menções à palavra “interesse” na Constituição Federal e ADCT, variando entre interesse: social, econômico, difuso, individual indisponível, das populações indígenas, particular, pessoal, do mutuário, associativo, de greve, profissional, das categorias profissionais, para a saúde, comum, do

Governo brasileiro, específico do município (nesse caso para tratar da iniciativa popular em âmbito local), de Estados, fazendário nacional, da União e nacional. Esta última acepção apresenta valor semântico muito próximo da ideia de *soberania* e *autodeterminação* (BOBBIO et al, 2010, p. 641).

Para fins de nosso recorte metodológico, importará tratar prioritariamente das menções feitas no corpo da Constituição Federal aos interesses *público*⁷⁶, *coletivo*⁷⁷ e, por óbvio, *local*⁷⁸.

⁷⁶ Em virtude de nosso objeto de estudo e do recorte metodológico adotado, julgamos pertinente destacar oito artigos da Constituição Federal de 1988, nos quais há alusão à expressão “interesse público”. São eles os artigos 19, I; 37, IX; 57, §6º, II; 66, §1º; 93, VIII e IX; 95, II; 114, §3º; 128, I, b); e 231, §6º. Seu teor está descrito abaixo (grifo nosso):

Artigo 19, I: “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; [...]”

Artigo 37, IX: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público; [...]”

Artigo 57, §6º: “Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro. [...] § 6º A convocação extraordinária do Congresso Nacional far-se-á: [...] II - pelo Presidente da República, pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal ou a requerimento da maioria dos membros de ambas as Casas, em caso de urgência ou interesse público relevante, em todas as hipóteses deste inciso com a aprovação da maioria absoluta de cada uma das Casas do Congresso Nacional.”

Artigo 66, §1º: “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. [...]”

Artigo 93, VIII e IX: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:[...] VIII - o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa; [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

Artigo 95, II: “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: [...] II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93 [...];”

Artigo 114, §3º: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] § 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.”

Artigo 128, I, b): “Art. 128. O Ministério Público abrange:[...] b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa; [...]”

Artigo 231, §6º: “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. [...] § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.”

⁷⁷A respeito do “interesse coletivo”, seguem os artigos da Constituição Federal de 1988 (grifo nosso):

Artigo 5º, XXXIII: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas

Partindo-se da ideia de que o uso do termo “interesse” pelo Constituinte é uma técnica normativa de que lança mão para condensar muitos valores derramados no texto constitucional, fica claro que o intérprete deve buscar no conjunto e contexto da Constituição, os valores protegidos por cada “interesse”.⁷⁹

Daí a sempre necessária lição de Eros GRAU (2019, p. 270):

“Ademais, insisto em que não se pode interpretar o Direito – e, pois, menos ainda, a Constituição – em tiras. Assim como jamais se aplica uma norma jurídica, mas sim o Direito, não se interpretam normas constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo.”

A Professora Odete MEDAUAR (2017, p. 230) cuida de esclarecer que:

“O termo *interesse coletivo* vem diferenciado de interesse público quando se pretendem fixar amplitudes diversas por confronto [...] No entanto, por vezes, interesse coletivo aparece como sinônimo de interesse público ou geral. [...] No tratamento terminológico compara-se também *interesse público* com *interesse social*, de regra para associar o primeiro à Administração pública ou ao Estado e o segundo à sociedade. Nesta concepção, o interesse social seria mais abrangente que o interesse público e traduziria nítida separação da atuação estatal quanto às aspirações da sociedade”.

no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”

Artigo 173, caput: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

⁷⁸Finalmente, a locução “interesse local” encontra-se no **artigo 30:** “Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; [...] V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; [...]” (grifo nosso)

⁷⁹Não se quer de modo algum, com isso, autorizar um “interpretismo”, desalinhado das regras de exegese e hermenêutica, por vezes, praticados pela criatividade irresponsável a que deram consequência alguns prosélitos neoconstitucionalistas. Muito pelo contrário, o que se pretende é dar carga normativa aos valores inscritos na Constituição para, assim, balizar a tarefa do aplicador da lei. Desse modo, interesse público ou interesse local não são conceitos onde se insere tudo quanto a formação ideológica do intérprete possa pretender ou o interesse momentâneo da maioria possa preferir; mas, ao contrário, quando a Constituição usa palavra interesse diz respeito aos valores gerais ou coletivos que se vão proteger, em primeiro lugar, no texto constitucional e, adiante, pelos diplomas legais secundários.

Para fins da presente revisão sobre o tema *interesse público*, adotaremos a mesma compreensão da Professora Odete, que corresponde ao modo como a ideia é utilizada por nosso direito administrativo: “fundamento e fim do exercício de funções e da tomada de decisões” (2017, p. 231).

Esta definição cuida apenas de assentar a imprescindibilidade da presença de interesse público como requisito para a atuação do Estado. Não resolve, no entanto, o problema de sua estruturação definidora.

Para melhor compreender o estatuto do interesse público e definir seu conceito econômico, será preciso que nos valhamos das lições do Professor Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (2010; 2014).

Para ele, interesse público é uma face dos interesses individuais, considerados estes não em seu aspecto particularista, individualista, mas na dimensão coletiva do indivíduo, para o qual interessa a coesão social e os instrumentos estatais para mantê-la.

O Professor Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO avança alguns passos na conceituação. Logo de início, sublinha o eminente administrativista que se pensa (2014, p. 59):

“Habitualmente, em uma categoria contraposta à de interesse privado, individual, isto é, ao interesse pessoal de cada um. (...) constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social (...) não se confunde com o somatório dos interesses individuais, peculiares a cada qual.”

Logo, temos que o interesse público, em primeiro lugar, pode ser facilmente interpretado negativamente, a partir daquilo que, escancarada e indubiosamente não o é; e, em segundo lugar, interesse público implica em uma dessas raras situações em que o todo não corresponde exatamente à somatória das partes.

Assim, para o autor, há, em cada indivíduo, em alguma medida, a manifestação do interesse público. É do interesse particular de cada qual, componente de uma dada sociedade, que os interesses comuns, comungados, sejam reconhecidos,

garantidos, preservados e realizados. Assim sustenta o professor BANDEIRA DE MELLO (2014, pp.61-62):

“Existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas *singularmente consideradas* -, e que, de par com isto, existe também o interesse *igualmente pessoal* destas mesmas pessoas ou grupos, mas que *comparecem enquanto partícipe de uma coletividade maior na qual estão inseridos [...] donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelos simples fato de o serem.*”

Tal consideração pode ter a abrangência suficiente para aquilatar quaisquer atos do Poder Público que restrinjam ou interfiram com direitos individuais -tais como as diversas formas de exercício do poder de polícia – mas ganham especial relevância para este trabalho quando se consideram as formas de intervenção do Estado na atividade econômica.

Na esfera econômica, fica evidente que os interesses particularíssimos sempre se dirigirão ao objeto de desejo do empreendedor empresarial: o lucro.

Como destaca o professor Albert HIRSCHMAN (1979, p. 58), houve uma transição histórica da forma como a ânsia por dinheiro - *auri sacra fames* –, condenada pela doutrina católica pré-reformas⁸⁰, foi ganhando contornos mais “doces”:

“Considerar as atividades comerciais e de ganhar dinheiro como inofensivas e inócuas pode ser entendido como uma consequência indireta da prolongada hegemonia do ideal aristocrático [...] Falou-se muito, a partir dos fins do século XVII, sobre a *douceur* do comércio [...] ela sugere doçura, maciez, calma e gentileza e é o antônimo da violência [...] A imagem do comerciante como inofensivo, pacífico, *doux*, pode ter-se de algum modo fortalecido na comparação com os exércitos habituados à pilhagem e com os piratas assassinos da época.”

⁸⁰ Sobre a contribuição da visão protestante para o aperfeiçoamento e consolidação capitalistas, cf. WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. Trad. José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

Então, se considerado em uma perspectiva radicalmente individual, o agente econômico, na maior parte dos casos, buscará distância das amarras possivelmente impostas pelo Estado, mas haverá sempre quem, de maneira mais atenta, pondere que ao capitalista interessa um Estado que bem defina as regras do jogo e, de maneira impessoal, imponha seu cumprimento.

Daí podermos concordar com o Professor Celso Antonio (BANDEIRA DE MELLO, 2014) também na perspectiva da participação do Estado na economia, donde se verificará sempre que, imbricado no interesse por lucro do agente econômico, corresponderá outro interesse, também individual, mas de dimensão coletiva, no sentido de que pretende ver garantida sua participação no mercado sem amarras injustificadas, mas tampouco apeado por concorrência desleal, por condutas deletérias de outros atores e assim por diante.

Já podemos, agora, neste trabalho de conceituação jurídica do interesse público, desenhar duas premissas: (i) interesse público não é, *ipso facto*, antônimo de interesse privado; e, como veremos agora, (ii) interesse público não corresponde diretamente ao conceito de interesse do Estado.

VISCONDE DO URUGUAI (1997, p.348), durante o Império, compreendia que o interesse público tinha como principal intérprete o Poder Executivo, no qual, segundo ele, “quer considerado como poder político, quer como administrativo deve ter concentrada em si quanta força for indispensável para bem dirigir os interesses comuns confiados à sua guarda e direção”. O autor foi defensor tão radical desta ideia, que chegara a subtrair do Poder Judiciário a possibilidade de interpretar o interesse público.⁸¹

Mais modernamente consolidou-se a classificação entre os interesses primários e secundários do Estado, justamente para que se não incida no equívoco de perceber o interesse público exclusivamente como o interesse do Estado.

⁸¹ Nas palavras do Visconde de Uruguai: “*Por outro lado, se a Administração pertencesse à Justiça tenderia esta a subordinar os direitos privados a considerações de interesse público, a desconhecer, tendo em vista o bem geral, a propriedade, e a liberdade individual, substituindo o direito pelo arbítrio*”. (p.35) E segue, mais adiante: “*O poder judicial é instituído para terminar, por meio de sentença, os debates entre particulares. Logo que a discussão se abre entre a administração como órgão da sociedade, e um particular, por motivo de colisão entre o interesse geral e um direito privado que não pertence à ordem civil ou penal, cessa a competência do poder judicial. Acresce que o poder judicial não está habilitado para bem apreciar razões de Estado, e de interesse público, que devem dominar nos assuntos administrativos.*” (p. 82) **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Apresentação de Nelson Jobim. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. Tal compreensão alinhava-se à ideia de um Estado central autoritário e ao contexto histórico vivido pelo Visconde, que influenciaram sua compreensão do juiz como *la bouche de la loi*. Neste sentido, cf. CARVALHO, José Murilo (org). **Visconde do Uruguai**. Coleção Formadores do Brasil. São Paulo: Ed. 34, 2002.

Assim, não há uma exata correspondência entre interesse público e interesse do Estado.

Bastaria dizer que o Estado, ele mesmo, é sujeito de direito. Por isso, a despeito de estar encarregado de realizar o interesse público, também tem interesses particulares, muitos dos quais podem ser entendidos como interesses instrumentais à realização do interesse público.

Celso Antônio (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 67), valendo-se do doutrinador italiano Renato Alessi, assim resume o *discrímen*: “os interesses secundários do Estado *só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários*, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos.”

Os exemplos clássicos de interesse secundário que não se coadunam com o interesse público encontram farto repositório nos interesses puramente patrimoniais do Estado, tal como o de tributar excessivamente ou de pagar a quem ao desapropriado.

A contrário senso, por vezes, algo que vai de encontro ao interesse secundário pode corresponder ao interesse primário, como, por exemplo, que o Estado indenize alguém que seja injustamente lesado por agente público no exercício da função.

Já aqui podemos enunciar o seguinte: o interesse secundário (*e.g.* erário) nunca terá supremacia sobre o interesse primário. Um exemplo disto, como vimos, é o interesse público que há na justa indenização a alguém que se veja lesado pelo Estado.

Para Luís Roberto BARROSO (2009, p. 71):

“O interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover. [...] o problema ganha em complexidade quando há confronto entre o interesse público primário consubstanciado em uma meta coletiva e o interesse público primário que se realiza mediante a garantia de um direito fundamental.”

É interessante como BARROSO (2009) identifica na garantia de um direito fundamental a existência de um interesse público.

Definido o conceito de interesse público, é essencial entender qual seu significado no regime jurídico administrativo.

Como sabemos, os pilares constitutivos desse regime são os princípios que denotam ao mesmo tempo a potência da Administração Pública e o refreio aos agentes públicos: supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público.

Ora, como sabemos, o princípio implícito da supremacia do interesse público sobre o particular caracteriza elemento fundamental do chamado regime jurídico administrativo e sustenta as prerrogativas da Administração Pública, tais como cláusulas exorbitantes no contrato administrativo, presunção de legitimidade dos atos administrativos e, claro, imperatividade do ato administrativo.

BARROSO (2009), ao aderir à doutrina que pretende “dessacralizar o chamado princípio da supremacia do interesse público”, sugere que “o interesse público secundário [...] jamais desfrutará de supremacia a priori e abstrata em face do interesse particular” (BARROSO, 2009, p. 70). Defende que se ponderem os interesses, em consonância com dois principais parâmetros: a dignidade humana e a razão pública.

A respeito do primeiro parâmetro, assim delimita BARROSO (2009, p. 72):

“O outro parâmetro fundamental para solucionar esse tipo de colisão é o princípio da dignidade humana. Como se sabe, a dimensão mais nuclear desse princípio se sintetiza na máxima kantiana segundo a qual cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo. Essa máxima, de corte antiutilitarista, pretende evitar que o ser humano seja reduzido à condição de meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. Assim, se determinada política representa a concretização de importante meta coletiva (como a garantia da segurança pública ou da saúde pública, por exemplo), mas implica violação da dignidade humana de uma só pessoa, tal política deve ser preterida, como há muito reconhecem os publicistas comprometidos com o Estado de direito.”

Sobre o segundo parâmetro, diz o jurista (p. 72):

“O uso da *razão pública* importa em afastar dogmas religiosos ou ideológicos – cuja validade é aceita apenas pelo grupo dos seus seguidores – e utilizar argumentos que sejam reconhecidos como legítimos por todos

os grupos sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem quanto ao resultado obtido em concreto. A razão pública consiste na busca de elementos constitucionais essenciais e em princípios consensuais de justiça, dentro de um ambiente de pluralismo jurídico. Um interesse não pode ser considerado público e primário apenas por corresponder ao ideário dos grupos hegemônicos no momento. O interesse público primário não identifica, por exemplo, nem com posições estatistas nem como posições antiestatistas. Tais concepções correspondem a doutrinas particulares, como o socialismo e o liberalismo econômico. Para que um direito fundamental seja restringido em favor da realização de uma meta coletiva, esta deve corresponder aos valores políticos fundamentais que a Constituição consagra, e não apenas ao ideário que ocasionalmente agrega um número maior de adeptos.”

Posta assim dessa forma, a solução aspirada por BARROSO (2009) à crise do interesse público parece insuficiente, já que, ao que tudo indica, procura simplesmente mimetizar uma supremacia calcada em um conceito aberto (*i.e.* interesse público) em uma supremacia calcada em outros dois conceitos abertos (*i.e.* a dignidade humana e a razão pública).

Os direitos fundamentais servem muito melhor à definição dos limites da supremacia do interesse público do que como sucedâneo dele. É claro que os direitos fundamentais são imprescindíveis para formatar o conteúdo do interesse público, mas não o traduzem. O interesse público, em muitos casos, é constituído sem, entretanto, concretizar um direito fundamental, como a dignidade da pessoa humana.

O desafio da adequação da supremacia do interesse público à nova ordem constitucional é mais bem estudada entre os administrativistas.

A Professora Odete MEDAUAR, em seu *Direito Administrativo Moderno* (2013, pp. 146-147), já mitiga o princípio, ao chamar-lhe de princípio da “preponderância do interesse público” sobre o particular, matizando o conceito com a ideia de “minimização dos sacrifícios”, bem como sugerindo a ponderação através do princípio da *proporcionalidade*.

Mas é em sua obra *O Direito Administrativo em Evolução* (2017, pp. 371-374), que a professora, com sua organização pragmática, apresenta verdadeira compilação doutrinária, onde aponta que no Brasil, desde 2003, autores como Floriano de Azevedo Marques Neto, Fernando Dias Menezes de Almeida, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Carlos Ari Sundfeld, Alexandre Santos de Aragão, Gustavo Binbenbojm, Paulo Ricardo

Schier, Marçal Justen Filho, Diogo Ferraz Lemos Tavares, Ricardo Lobo Torres e Umberto Ávila, e, na doutrina estrangeira, professores da lavra de Giuliano Amato, Cassese, Chevallier, Nicolás Diana e Nicolás Bonina, Roberto Dromi, Pablo Oscar Gallegos Fedriani, Pedro Machete, Bernardo Giorgio Mattarella, Luciano Parejo Alfonso e Etienne Picard, têm, com maior ou menor ênfase, defendido entendimentos opostos à existência da chamada “supremacia do interesse público”.

Daniel SARMENTO (2007) também sustenta a incompatibilidade da supremacia do interesse público com a Constituição Federal de 1988.

Para tanto, o autor procura posicionar-se, dentro da teoria política, como um adepto do personalismo, para o qual, segundo ele “é absurdo falar em supremacia do interesse público sobre o particular, mas também não é correto atribuir-se primazia incondicionada aos direitos individuais em detrimento dos interesses da coletividade.” (SARMENTO, 2007, p. 79).

Dessa forma, ao rechaçar o organicismo (holismo), o individualismo (atomismo) e o utilitarismo (consequencialista), o professor sustenta que nosso sistema constitucional erigiu os direitos fundamentais a cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, inciso IV) com evidente propósito de garantir proteção contra os “interesses da maioria de cada momento” (SARMENTO, 2007, p. 62). Veja, no entanto, que o autor aqui usa a expressão “interesse da maioria”, o que é muito diferente de interesse público.

De toda forma, a despeito de rejeitar uma concepção organicista da sociedade, o autor tampouco adere ao radicalismo liberal, equilibrando-se no fiel proposto pela própria Constituição de 1988, que protege os direitos e garantias fundamentais, ao mesmo tempo que consagra objetivos sociais, tais como o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, além de erradicar a pobreza e a marginalização.

No plano da Ordem Econômica, irmã siamesa da Ordem Social, a busca pelo equilíbrio entre os valores individuais e coletivos é ainda mais estreito, já que é possível verificar, por exemplo, no artigo 170, a proteção à propriedade e a exigência do cumprimento de sua função social, à distância de um único inciso entre um e outro valor protegido.

Assim, em suma, SARMENTO (2007, p. 78) defende que a atual ordem constitucional não admite a recepção do princípio implícito da supremacia do interesse público e tenta justificar sua posição na teoria política:

“O personalismo latente na Constituição de 88 afasta-se tanto do organicismo e do utilitarismo, como do individualismo burguês. Ele não corresponde nem ao modelo ‘puro’ do liberalismo, nem à fórmula padrão do comunitarismo, localizando-se em algum ponto entre estes extremos. O personalismo afirma a primazia da pessoa humana sobre o Estado e qualquer entidade intermediária, e reconhece no indivíduo a capacidade moral de escolher seus projetos e planos de vida. Mas não adota uma leitura abstrata e metafísica da pessoa, pressupondo, ao contrário, tanto a existência de carências humanas materiais – que devem ser superadas com o apoio estatal – como a importância dos vínculos sociais na constituição da própria personalidade.”

O autor reflete sobre a dialética impressa na Constituição de 1988 aparentemente com o fito de albergar no diploma constitucional alguma identidade ideológica que lhe pareça palatável.

Sem desmerecer a importância do debate ou tentar impingir-lhe a pecha de bizantino, a questão, em nosso sentir, fica no campo da seguinte forquadura: de um lado uma concepção que preserva a supremacia do interesse público, tomando-se os direitos fundamentais como limite à atuação do Estado; e, de outro, uma visão que entende insuficiente situar os direitos fundamentais apenas como limites à atuação do Estado na efetivação do interesse público, havendo-se que os encimar como vértice primordial do ordenamento jurídico.

Ora, no campo especificamente do domínio econômico, o indivíduo manifesta-se em sua dimensão propriamente coletiva.

Aliás, não é por outro motivo que a constituição econômica encontra na ordem social sua função solidária e instrumental para a persecução dos objetivos da República Federativa do Brasil, mencionados acima (artigo 3º da Constituição Federal).

Em sua dimensão econômica, portanto, ao indivíduo são garantidas as liberdades de iniciativa e de exercício de quaisquer trabalhos, ressalvado ao legislador a atribuição de estabelecer eventuais limites.

Nesse diapasão, fica claro que o ambiente econômico é antes de tudo coletivo. *Locus* em que o interesse público encontra primazia elementar.

Esse elemento distintivo do domínio econômico de maneira alguma autoriza o esvaziamento dos direitos fundamentais atrelados à liberdade de exercer ofício ou profissão, ou mesmo de empreender. No entanto, é possível afirmar que garantir que um médico tenha capacidade técnica para atender aos pacientes ou que uma indústria não possa despejar dejetos contaminantes nos lençóis freáticos não significa detrimento às liberdades do agir individual em benefício do interesse da coletividade ou vice versa, mas exprime a preservação, com absoluta prioridade, do ambiente onde se darão as relações econômicas⁸².

A precedência do coletivo na ordem econômica é perceptível até mesmo na forma como a Constituição introduz o capítulo I do Título V:

“Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]”

Não é definitivamente a intenção deste trabalho polemizar sobre uma matéria que está muito distante de ser pacificada, de modo que cabe apenas reconhecer a necessidade uma reconstrução da ideia de supremacia do interesse público, quiçá estabelecendo uma ideia de prevalência, desde que respeitados os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade, no sentido de uma moderna visão conciliadora, negociadora e mediadora de um Estado árbitro, que fomente o coletivo, mas minimize os sacrifícios individuais, no sentido de harmonizar a sociedade.

O desafio posto às costas do Estado denota uma visão um pouco utópica, mesmo que, por irônico que seja, as origens da tese acima descrita advenham de uma desconfiança cética com o Estado.

Devemos, no entanto, louvar as ponderações de Daniel SARMENTO (2007, p. 93) a respeito dos critérios avaliativos utilizados pela média da doutrina para justificar ou não as restrições impostas pelo Estado aos direitos individuais, em um esforço teórico para

⁸²Dito de outra forma, é do interesse individual dos jogadores que o árbitro obrigue a todos que, ao entrarem em campo, não carreguem objetos perfurocortantes e que estejam adequadamente uniformizados. Essa, podemos concluir, é a definição de interesse individual que, por ser comungado, acaba ganhando grandeza e extensão coletivas.

salvaguardar alguma técnica apta a propor um denominador comum que, ao fim e ao cabo, volta-se à necessária ponderação de valores e princípios:

“A atribuição ao legislador de expressa competência para criação de restrição a direito fundamental não implica na outorga a ele de um ‘cheque em branco’, que o autorize a estabelecer qualquer tipo de limitação ao direito em causa. Entram aí em questão os chamados ‘limites dos limites’, que, de acordo com a sistematização doutrinária mais frequente, envolvem: (a) sua previsão em leis gerais, não casuísticas e suficientemente densas; (b) o respeito ao princípio da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e (c) o não atingimento do núcleo essencial do direito em questão.”

GABARDO e REZENDE (2017, p. 306) aparentemente buscam fugir das teorias avaliativas e compor-se com um positivismo inclusivista. Em análise mais profunda, fazem a seguinte projeção:

“Juridicamente, o interesse público aponta sempre para um retorno à Constituição de 1988 em sua completude (que ultrapassa em muito a garantia dos direitos fundamentais). Isso porque, por hipótese, realizado o projeto de desenvolvimento humano estabelecido constitucionalmente, ‘o interesse público tenderá a identificar-se consigo mesmo, além de adquirir sua essência a partir de um duplo grau de fundamentação: dignidade (condição necessária ou grau satisfatório) e felicidade (condição satisfatória ou grau ótimo)’. Ou seja, a essência do interesse público consistiria na garantia da dignidade apenas como um ponto de partida geral. O ideal de felicidade implicaria mais: a satisfação das necessidades sociais em grau ótimo, inclusive além dos direitos fundamentais.”

Como bem demonstra o Professor Floriano Peixoto de Azevedo MARQUES NETO (2002), a crise do interesse público tem origem justamente na mudança de paradigma na relação Estado e Sociedade, alçando o Poder Público ao exercício de um papel bastante mais sofisticado e complexo⁸³.

⁸³ Essa crise não é novidade, tendo sido trazida na década 80 pela doutrina francesa “*Cette représentation de l’intérêt general, patiemment élaborée par les auteurs libéraux du XIXe siècle et du début du XXe siècle, est aujourd’hui contestée. D’une part, l’interventionnisme étatique a provoqué une remise en cause de l’idée d’une extériorité de l’Etat à la Société civile. Il a d’autre part entraîné le brouillage des représentations des rapports entre le public et le privé. La frontière séparant les activités publiques des activités privées ne s’est pas seulement déplacée; son existence même est, de nos jours, contestée. L’Etat, chargé de gérer les intérêts*”

Como aponta o célebre administrativista, tanto a crise da soberania quanto a crise na dicotomia entre público e privado advêm de um processo histórico em que, de um lado (MARQUES NETO, 2002, p. 132):

“A pressão dos interesses econômicos transnacionalizados [...] e dos interesses organizados presentes numa sociedade complexa e multifacetada obriga o poder político a atuar longe da imperatividade e unilateralidade monocrática que modelavam o Estado originado do período absolutista [...] passa a ter que exercer papéis ‘que são antes os de intermediação e de garantidor de soluções pactuadas em arenas extraparlamentares e extrajudiciais.’”

E, de outro lado (MARQUES NETO, 2002, pp. 134-136):

“[...] este processo de implosão da célebre dicotomia – ou, se quisermos, esta interpenetração de esferas – tem início na medida em que o desenvolvimento capitalista impeliu o Estado a assumir tarefas sociais, abandonando seu papel de mero observador e controlador do jogo econômico [...] assiste-se ao processo de privatização do poder público por meio da ‘substituição do Estado enquanto definidor dos interesses gerais por grupos ou corporações’, as quais, naturalmente, enredam-se, tangidas pelos interesses privados de seus membros.”

Assim, a crise surge justamente quando o Estado passa a exercer novas funções, transcendendo a simples manutenção da ordem e segurança, para também estruturar e ordenar a relações econômicas e sociais.

François RANGEON (1986, p. 200) trata da possibilidade de associação entre interesses públicos e privados, valendo-se da compreensão mais harmônica que há na visão americana sobre o assunto, onde, ainda nos anos 30, desenvolveu-se uma doutrina do interesse nacional (*national interest*), concebido como unitário e transcendental aos interesses particulares. Segundo ele:

de la Société civile, associe à son action des groupements, des institutions et des personnes tant publics que privés; il tend ainsi, dans une certaine mesure, à se diluer dans la Société civile.” RANGEON, François. **L'idéologie de L'intérêt Général**. Paris: Economica, 1986. p. 196.

“De Robert Dahl à Dayton Mac Kean [...] les auteurs conçoivent l’intérêt général comme un équilibre qui doit constamment être établi entre les groups d’intérêt qui struturent le champ social [...] Le bien public, R. Dahl le reconnaît, tend à légitimer le pouvoir. Mais cette légitimité n’est pas ele d’un Etat qui impose la loi de l’intérêt aux intérêt particuliere. Elle résult de l’association harmonieuse des intérêt, tant publics que privés [...] Dans de telles conditions, la notion d’intérêt privé ne saurait être couvert d’aucune connotation péjorative. Les intérêts privés économiques sont non seulement ‘recommandables’ au plan moral, ils sont aussi nécessaires et légitime au plan politique.”⁸⁴

É curioso notar que a matriz (neo) liberal que estimula, entre nós, a problematização da supremacia do interesse público, pode ser verificada também na ideia de interesse nacional dos americanos, em que se agregam os interesses privados, coordenados por uma noção de interesse coletivo.

A mudança de paradigma operada no seio dos Estados Unidos, entretanto, derivou de uma intensificação do papel estatal na economia.

Como lembra o historiador Leandro KARNAL (2018, pp. 209-210) a principais medidas adotadas após o craque de 1929 foram de participação direta do Estado nas obras e serviços de interesse coletivo⁸⁵:

*“Em 1933 e 1934, Roosevelt lançou o primeiro *New Deal* – um pacote de reformas para promover a recuperação industrial e agrícola, regular o sistema financeiro e providenciar mais assistência social e obras públicas. O principal órgão público criado pelas reformas, a Administração de Recuperação Nacional (NRA em inglês), foi desenhado para controlar a economia por meio de uma série de acordos entre empresários, trabalhadores e o governo, estabelecendo limites para os preços, salários e competição. Programas de planejamento regional, obras públicas e subsídios à construção civil tentaram animar a economia enquanto diversos*

⁸⁴ Ademais, a legitimidade política do interesse privado também é perceptível na forma como, nos Estados Unidos da América, organizam-se tanto o financiamento de campanha quando a prática do lobby. RANGEON, François. *L’idéologie de L’intérêt Général*. op. cit., p. 201.

⁸⁵ É preciso lembrar, no entanto, que as razões culturais que justificam diferenças profundas na compreensão dos americanos e dos europeus justificam-se por distinções profundas nos aspectos sociológicos e culturais entre os povos. Basta lembrar, em Max WEBER, que até mesmo a anciã *auri sacra fames* ganha, na cultura americana ares de um *ethos* coletivo, verdadeiro dever inserto no destino manifesto, em uma dimensão de verdadeiro interesse coletivo: *“a ideia do dever que tem o indivíduo de se interessar pelo aumento de suas posses como um fim em si mesmo [...] aqui não se prega simplesmente uma técnica de vida, mas uma “ética” peculiar cuja violação não é tratada apenas como desatino, mas como uma espécie de dever.”* WEBER, Max, op. cit., p. 45.

esquemas de previdência e empregos públicos foram implementados para mitigar o desemprego.”

Já na França e no Brasil, foram a mundialização da economia e a complexidade das interações econômicas e sociais que esgarçaram essa *summa divisio*, cujas origens remontam ao *Corpus Iuris Civilis* romano.

Postas assim as primeiras linhas sobre o conceito jurídico e sua crise, vamos avaliar como ele é estruturado e a forma como poder ser interpretado.

Como vimos, interesse público é o axioma de um regime jurídico administrativo que implica em prerrogativas do Estado de sujeitar o administrado a certas, mas não quaisquer restrições. Assim, *interesse público* é, ao mesmo tempo, legitimador e limitador do exercício do poder⁸⁶.

Tamanha a relevância dessa ideia, como verdadeira pedra angular do direito público, que muitos publicistas procuraram conceituar e definir seu conteúdo.

A vagueza do conceito é objeto de críticas e encômios, já que é possível retirar-lhe, ao mesmo tempo, a necessária elasticidade conceitual para amoldar-se às diferentes situações, como também identificar aí a causa de alguma arbitrariedade em seu emprego.

Emerson GABARDO e Maurício Corrêa de Moura REZENDE assim demonstram o embate doutrinário (2017, p. 272):

“Além de Muñoz e Pennock, diversos outros autores, diante da ‘rebeldia’ do conceito, vêm negar qualquer conteúdo definível *a priori*, seja para desmerecer o seu caráter legitimador do agir da Administração – é o caso de Daniel Sarmiento, Gustavo Binenbojm, Humerto Ávila, Paulo Schier, Marçal Justen Filho, dentre outros-; seja para exaltar a própria ‘indeterminabilidade’ como qualidade positiva ao conceito, por ‘fornecer a flexibilidade necessária para a identificação, a partir dos princípios incidentes no sistema jurídico, das melhores respostas ao caso concreto’ – como nos casos de Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Romeu Felipe Bacellar Filho, Daniel Wunder Hachem, Eduardo

⁸⁶ Neste sentido, GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício. **O Conceito de Interesse Público no Direito Administrativo Brasileiro** in Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 115, jul./ dez. 2017. p. 270.

García de Enterría, Luís de la Morena y de la Morena e Fernando Sáinz Moreno.”

Há ainda, uma terceira concepção que, ao um só tempo, afasta a noção de interesse público como denominador comum dos interesses particulares ou como noção imprestável e indefinível. Trata-se, conforme Marçal JUSTEN FILHO (2009), da denominada “concepção de natureza técnica”.

A visão esposada pelo professor paranaense parte do pressuposto de que (JUSTEN FILHO, 2009, p. 67):

“O Direito Administrativo, nos dias atuais, exterioriza-se em concepções e institutos que refletem uma visão autoritária da relação entre Estado e indivíduo. A manifestação mais evidente desse descompasso reside na concepção de que o fundamento do Direito Administrativo consiste na supremacia do interesse público. Essa proposta incorpora o germe da rejeição à importância do particular, dos interesses não estatais e das organizações da sociedade.”

Segundo JUSTEN FILHO (2009, p. 76), dizer que o ato administrativo se vincula necessariamente à realização do interesse público é fórmula opaca, sem conteúdo concreto.

Por isso, afirmando a “primazia do ser humano”, propõe que o Estado atue nas atividades para as quais o indivíduo, ou a sociedade, não tem capacidade técnica para atuar. Em outros termos, o Estado deve atuar quando há interesse coletivo e insuficiência dos esforços individuais para sua realização.

Encampa, assim, uma lógica de antagonismo entre Estado e Sociedade, já suplantada. Além disso, tal visão apenas requalifica uma visão superada inclusive em nosso constitucionalismo, que lançava mão do princípio da subsidiariedade⁸⁷ para combater o

⁸⁷ “A expressão possui, em verdade, duas feições, a saber: “a) a ‘subsidiariedade vertical’, que consiste numa regra de competência entre Estado e as regiões ou entre o Estado uma união comunitária (trata de uma norma de reorganização administrativa); e b) ‘subsidiariedade horizontal’, que retrata uma regra de competência entre a intervenção pública e a iniciativa da sociedade (mediante uma priorização desta em detrimento do Estado). Os dois sentidos possuem como núcleo estruturante os critérios de residualidade, eventualidade e necessidade, sempre em favor das instâncias de menor abrangência orgânica”. GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício. Op. cit., p. 297.

ativismo do Estado, “encarnação de toda a forma de dominação”, “em benefício de uma visão angelical da sociedade civil.” (GABARDO e REZENDE, 2017, pp. 297-298).

O raciocínio por de trás da visão técnica e da subsidiariedade é de que o Estado, com o avanço dos meios tecnológicos e a evolução da sociedade, é incapaz de atender às demandas trazidas pelo interesse coletivo, as quais passariam a ser atendidas pela sociedade civil (iniciativa privada). Preferimos ficar com GABARDO e REZENDE, que assim pontuam (2017, pp. 301-303):

“Se é verdade que, na conjuntura jurídica atual, o interesse público ‘é encontrado não diretamente na vontade do povo ou na ontologia da solidariedade social, mas sim nos termos de um sistema constitucional positivo e soberano, cujo caráter sociointerventor precisa conviver com um complexo de direitos subjetivos’; e se é verdade que só há interesse público em estrita conformidade a Constituição, e jamais contra o seu talante; o critério para a perscrutada circunscrição semântica do conceito jurídico *sub examine* se encontra em outra lógica, com diferentes vilosidades, e não coaduna nem com a subsidiariedade, nem com a natureza técnica [...] Portanto, o setor privado não pode buscar a realização do interesse público senão de forma secundária.

[...]

Relegar o interesse público à lógica da técnica, aos particulares com condições de efetivá-lo (mesmo em setor não-lucrativo), implicaria o ‘enfraquecimento do Estado mediante o fortalecimento dos centros privados, onde a decisão decorre de fatores prioritariamente econômicos (o terceiro setor não foge a esta regra)’. Daí que, mesmo que os sujeitos privados tenham condições técnicas hábeis a uma eficiente satisfação do interesse público, depara-se sempre com um ‘problema de adequação’, que não consegue ser resolvido apenas pelo critério da eficiência. Afinal, somente o Estado possui legitimidade para a realização de um projeto de transformação social impositivo que busque a mediação dos conflitos sociais. Desse modo, os requisitos inerentes ao princípio da subsidiariedade não combinam com aqueles relativos ao princípio democrático.”

Ademais, é também preciso ter em vista que, embora as formas de ação estatal na economia estejam, com o passar do tempo, sujeitas a mudanças, a função estatal de atuar *sobre e no* domínio econômico⁸⁸ não foi uma inovação trazida pela Constituição Federal de

⁸⁸O tema será objeto de nossa reflexão no Capítulo III deste trabalho.

1988 (GRAU, 2019, p. 145). Em verdade, há muito estava consolidada nos textos constitucionais brasileiros.

Entender adequadamente o conceito *interesse público*, conduzir-nos-á, adiante, a uma maior delimitação e melhor compreensão do *interesse público em sua dimensão local*.

As críticas ao *interesse público* foram sinteticamente apresentadas no item anterior. Cuidaremos, agora, de traçar, o quanto possível, seu conteúdo jurídico.⁸⁹

O desafio metodológico aqui é, sem desbordar de nosso objeto, apresentar um panorama suficientemente fidedigno da ideia de interesse público para, na sequência, justificar sua aplicação legitimadora do papel municipal na economia local.

Temos até aqui que interesse público é conceito indeterminado, influenciado pelos valores de cada época e de cada intérprete.

Tal polissemia, como vimos, pode ser vista de modo positivo ou negativo, mas é certo, entretanto que, quando aplicado, o conceito passa a ser determinado e concretizado.

Eduardo de ENTERRÍA e Tomás-Ramon FERNÁNDEZ (*apud* GABARDO e REZENDE, p. 279), ao dissertarem sobre a técnica do conceito jurídico indeterminado (*e.g.* probidade, boa-fé, interesse público), explicam que a lei não determina os exatos limites de tais conceitos justamente por que eles não admitem, aprioristicamente, uma quantificação ou determinação rigorosa, motivo pelo qual utilizam-se de conceitos de experiência ou de valor para delimitar seu sentido:

⁸⁹Eros GRAU, a seu modo, rechaça a compreensão de que um dado conceito possa ser indeterminado. Para ele palavras podem ser abstratas, mas não conceitos, que só se caracterizam como tais por serem o “sumo abstrato de ideias”. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, entretanto, averba o contrário, ao estabelecer que palavras tem sentido estrito, mais ou menos abrangente. Para ele, o conceito é indeterminado, com sentido impreciso, mas não as palavras, que podem ser substituídas para compor conceitos diversos. GRAU rebate expressamente as colocações do administrativista, ao estabelecer que “interesse público”, um dos ditos conceitos indeterminados, seria, para ele, uma “noção”, “*ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas*”. Essa compreensão de Eros GRAU, como veremos a frente, será bastante útil na determinação do interesse a partir da mutabilidade da realidade, já que, para o Professor, “*o ‘conceito’ por excelência é atemporal, perene, a par que a ‘noção’ é uma ideia historicamente alocada, de acordo com valores e condições sociais de quando é aplicada – passível, assim, de interpretação*” GABARDO e REZENDE sintetizam a alteração intelectual entre Eros GRAU e Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO de maneira muito didática. **O Conceito de Interesse Público no Direito Administrativo Brasileiro** in Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 115, jul./dez. 2017. pp. 275-276.

“Porém, ao estar se referindo a hipóteses concretas e não vacuidades imprecisas ou contraditórias, é claro que a aplicação de tais conceitos à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito; ou há boa-fé ou não há ; ou o preço é justo ou não é; ou faltou-se probidade ou não se faltou. *Tertium non datur*. Isto é o essencial do conceito jurídico indeterminado.”

Podemos analisar a dupla noção de interesse público no Direito Administrativo a partir da compreensão de Carlos Ari SUNDFELD, que a divide em *interesse público em sentido mínimo* e *interesse público em sentido forte*, de forma a investigar “se há um interesse público, normativamente definido, que a justifique, e se ela respeita o conteúdo necessário dos direitos individuais.” Assim define o autor (2002, p. 93):

“Quando o Direito atribui ao Estado o dever de cuidar de certo valor, está implicitamente definindo-o como interesse público, que legitima a atuação estatal (interesse público em sentido mínimo). Só que isso não importa necessariamente em tomada de posição da ordem jurídica quanto à prevalência desse valor sobre outros, que com ele se choquem, pois algo pode ser sério o bastante para ensejar a atuação do Estado, mas não sê-lo a ponto de justificar o sacrifício de outros bens. Quando o Direito consagra essa prevalência, pode-se falar em interesse público em sentido forte. Essa expressão serve para descrever a relação entre dois valores, um que prevalece (o interesse público em sentido forte) e o que cede (o interesse simples).”

Valendo-se da classificação proposta pelo Professor Carlos Ari, Daniel Wunder HACHEM traça a seguinte compreensão bipartida do conceito (2011, p. 68-69):

“[...] (a) interesse público em sentido amplo: trata-se do interesse público genericamente considerado, que compreende todos os interesses juridicamente protegidos, englobando tanto o interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral) quanto interesses individuais e coletivos (interesses específicos), quando albergados pelo Direito positivo. Consiste num pressuposto negativo de validade da atuação administrativa, pois proíbe a prática de qualquer ato que contrariar tais interesses, bem como a expedição de um ato com o fito de atender a uma finalidade diversa daquela que o ordenamento jurídico prevê; (b) interesse público em sentido estrito: cuida-se do interesse da coletividade em si mesma considerada

(interesse geral), a ser identificado no caso concreto pela Administração Pública, em razão de uma competência que lhe tenha sido outorgada expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico. Pode se manifestar na forma de um conceito legal ou de uma competência discricionária. Consiste num pressuposto positivo de validade da atuação administrativa, eis que o ordenamento jurídico só autorizará a prática do ato quando presente esse interesse público em sentido estrito, hipótese em que estará autorizada a sua prevalência sobre interesses individuais e coletivos (interesses específicos) também protegidos pelo sistema normativo.”

Independentemente da terminologia utilizada, o que fica claro é que o interesse público considerado em seu sentido amplo, ou mínimo, induz a uma pronta exclusão de seus antônimos imediatos, que são o interesse particular puro e simples ou interesses ilegais.

Bem assim, neste sentido, o interesse público constituiu um primeiro plano de verificação da legitimidade no agir do Poder Público, que concretiza e normatiza o interesse público, mediante, quando for o caso, exercício da função regulamentar. Trata-se, enfim, do parâmetro genérico de aferição da justa finalidade do ato administrativo, anulável em caso de desvio de poder, *i.e.* condição negativa de validade dos atos administrativos (HACHEM, 2011, pp. 103-104).

Como ensinam GABARDO e REZENDE (2017, pp. 281-282):

“Em seu sentido amplo (ou fraco), o interesse público viria a ser a própria finalidade do Estado, e passa a ser reconhecido enquanto interesse público a partir do momento que o Poder Legislativo faz que o mesmo seja recepcionado pela ordem normativa. Nesse sentido, pode-se dizer que, em parte, a construção jusfilosófica oitocentista ainda é válida atualmente, pois o interesse público vem a encontrar substrato na vontade a ser representada.”

Em seu sentido estrito, ou forte, conforme HACHEM (2011, pp. 104), o interesse público:

“[...] (b) deve ser identificado concretamente pelo Poder Público, nas hipóteses em que a norma jurídica exigir um interesse público qualificado para habilitar a sua atuação, através das seguintes formas: (i)

explicitamente, quando se tratar de ‘interesse público como conceito legal’ (utilização da expressão ‘interesse público’ ou análogas pelo enunciado normativo); (ii) implicitamente, mediante a atribuição de uma competência discricionária; (c) quando utilizado para embasar juridicamente a ação administrativa, impõe a motivação expressa do ato administrativo, com a exposição dos fatos e fundamentos jurídicos que ensejaram a sua prática, ficando o ato submetido a posterior controle jurisdicional para verificar a existência efetiva do interesse público; [...] funciona como uma condição positiva de validade da atividade estatal, pois exige que haja um interesse público especial para autorizar a Administração Pública a manejar determinadas prerrogativas, sem o qual a prática do ato não estará permitida.”

Assim, observa o autor que há especial necessidade de recorrer ao interesse público em sentido estrito como condição da atividade administrativa em três hipóteses: (i) para instituir proibições, limitações a direitos pelo Estado; (ii) para instituir requisitos para conceder autorizações, denegáveis quando ofensivas ao interesse geral; ou (iii) para justificar extinção ou modificação de atos ou relações jurídicas.

Ou ainda, podemos dar como exemplo o artigo 173 da Constituição Federal de 1988:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

Ora, em sentido amplo, é óbvio que quaisquer manifestações do Poder Público deverão obedecer ao interesse público, essência e norte de toda e qualquer atividade estatal.

Aqui, porém, estamos a tratar de um específico interesse coletivo, que deve preceder e qualificar a exploração direta de atividade econômica pelo Estado. Trata-se de exemplo do que estamos a referir como interesse público em sentido forte, consoante ensinamentos do Professor Carlos Ari SUNDFELD (2002).

Karl ENGISCH (2001, p. 209), tratando do conteúdo e extensão dos conceitos indeterminados, afirma que “podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um

núcleo conceitual e um *halo* conceitual”. Para ele, “onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito”.

Assim, mesmo em seu sentido forte, o interesse público é conceito indeterminado, no qual, todavia, pode-se identificar um núcleo de significado primário, verdadeira zona determinável (GABARDO e RESENDE, 2017).

A partir dessa zona de afirmações evidentes é que se pode anunciar que todo conceito indeterminado possui três zonas de significação, conforme ensinam GABARDO e REZENDE (2017, pp. 279-280):

“A primeira seria a zona de certeza positiva, na qual não há dúvidas de que algo é de interesse público; a segunda uma zona de certeza negativa, que é a negação das duas outras, consagrando-se como situações em que certamente não se está a falar de qualquer coisa que minimamente se refira ao conceito; e, finalmente, uma zona de incerteza, onde é impreciso afirmar aprioristicamente a existência ou inexistência de interesse público, pois se faz necessário um exercício interpretativo [...] Thiago Lima Breus chamará [...] de ‘zona de incerteza ou penumbra’ [...] Bandeira de Mello [...] de ‘zona circundante.’”

Os juristas esclarecem que o interesse público, principalmente quando tomado em sentido amplo (2017, p. 284):

“Não é um *prius*, não é um dado, mas um construído, localizado dentro de uma conjuntura multifária que não irá sempre apontar para uma mesma direção, mas sim delinear de acordo com os representantes eleitos em questão, a conjuntura econômica envolvida, grupos de pressão, movimentos sociais, condições geográficas, dentre tantas outras.”

No entanto, nem por isso contentam-se os autores com a posição de parte da doutrina no sentido de que a busca de um conceito de interesse público seria despidianda, impossível ou irrelevante (GABARDO e REZENDE, 2017, p. 291):

“A busca pela delimitação jurídico-política (e até mesmo ética) do conceito de interesse público é perfeitamente possível. Aliás, não parece

ser mais complexa do que a de outros conceitos jurídicos indeterminados utilizados no cotidiano da Administração, tais como ‘eficiência’ ou ‘moralidade.’”

Assim, para os professores, o interesse público é qualificado pelo sistema normativo no qual está inserido, tal que seu núcleo semântico reside nas previsões do direito positivo. Nessa linha, apoiado nas lições de Romeu Felipe BACELAR FILHO, concluem GABARDO e REZENDE (2017, p. 295) que:

“É de interesse público que a Administração vincule-se à legalidade em uma lógica circular (*feedback* positivo) que apenas reforça o dever [...] de cumprir o interesse público [...] donde se conclui que a Administração pública [...] deve ‘respeitar a *legalidade* formal, obedecendo fielmente às imposições legislativas que refletem a vontade do povo, manifesta através de seus representantes.”

Parece-nos que o melhor equilíbrio foi identificado por MARQUES NETO (2002). O professor aponta que a classificação de Norbert REICH, sobre a qual tratamos acima, é bastante feliz. Apoiando-se nela, sustenta que, hoje, tantos os interesses especiais quanto os difusos (ambas classes de interesses transindividuais) devem ser compreendidos como interesses públicos.

Para MARQUES NETO (2002, p. 161), os interesses especiais, quanto legitimados perante uma parcela da sociedade, transcendem os interesses particularíssimos e passam a ser interesses públicos consideráveis “devendo ser tomados em conta no processo decisório voltado à alocação de bens, direitos e oportunidades amealhados pela coletividade.”

O professor ressalva, claro, que a principal função do Estado continua sendo a proteção dos interesses difusos, desprovidos da proteção exercida pelos grupos de interesse. Calha transcrever os exatos termos com que intenta o doutrinador concertar o plexo de visões em vigor (MARQUES NETO, 2002, p. 163):

“Estado não poder ser reduzido a um mero árbitro de *interesses especiais* representados por grupos de interesses [...] daí a necessidade de *mediador ativo* por parte do poder político. Este papel não o coloca como mero garantidor de interesses públicos ou tutor de interesses difusos enquanto tais. Impõe uma posição de implementador.”

Assim, para ele, o poder político deverá articular os interesses especiais em vista do interesse público, cuidando para mediar conflitos, implementar direitos difusos não representados por grupos de pressão e cumprir essa missão respeitando os direitos individuais.

Conclui, sem abandonar os princípios centrais do regime jurídico-administrativo, advogando para que (MARQUES NETO, 2002, pp. 164-165):

- (1) O princípio da supremacia do interesse público seja aprofundado para ser compreendido como prevalência do interesse público, desdobrando-o em três subprincípios:
 - (i) Interdição de interesses particularíssimos desprovidos de dimensão coletiva ou transindividual;
 - (ii) Ponderação entre interesses públicos coexistentes em dada situação; e
 - (iii) Obrigatória explicitação das razões de atendimento de um ou outro interesse público em jogo.

- (2) O princípio da indisponibilidade seja entendido como irrenunciabilidade à tutela dos interesses públicos difusos, ou seja, aqueles para os quais não há articulação de grupos de pressão.

Bem, temos, portanto, que na doutrina publicista (em especial, na administrativa) existem atualmente ao menos duas visões, identificáveis em (i) um grupo de doutrinadores que descarta o interesse público como conceito apto a sustentar uma supremacia ante quaisquer outros interesses e (ii) um grupo de doutrinadores que não apenas

abona o princípio da supremacia, como qualifica o conceito do interesse público, trazendo seus limites e formas de interpretação.

Ao lado deste grupo, ressaí a visão demonstrada pelo Professor MARQUES NETO (2002), para quem deve haver uma evolução do conceito, que por ser uma noção permeável a mudanças econômico-sociais, já estava previsto em sua indeterminação.

Mais ainda, é possível diagnosticar nessa nova compreensão o mesmo encantamento demonstrado por François RAGEON (1986) com o amálgama verificável entre interesses econômicos legítimos e os interesses do Estado estadunidense, naquele que se convencionou chamar de *national interest*.

No atual estágio do desenvolvimento global, a ideia também vai ao encontro dos modelos que identificamos no desenvolvimento urbano de algumas megalópoles asiáticas, bem descritas por Gavin SHATKIN em *Planning Privatopolis: Representation and Contestation in the Development of Urban Integrated Mega-Projects* (2011) ou por You-tien HSING, em seu *The Great Urban Transformation: Politics of Land and Property in China* (2011, pp. 48-49):

“The integration of a municipal regulatory regime and proprietorship serves the dual purpose of unifying the territorial order and consolidating the land-centered regime of accumulation under municipal leaders. The effectiveness of this strategy of regulation through monopoly is paradoxically conditioned by the integration, rather than the separation of the role of the state and market [...] To respond to this recent round of debate on collective land ownership [...] we must decouple the paired concept of market and private property, and disrupt the dichotomy of public and private ownership.”⁹⁰

Desse modo, *cum grano salis*, a compreensão menos rigorosa e dividida entre interesse público e interesses privados pode, é verdade, ajudar a conceber um Estado ainda mais participativo no domínio econômico, sem, no entanto, funcionar apenas como elemento

⁹⁰ Sobre os riscos do novo capitalismo chinês, que muita perplexidade tem causado há décadas, vide LEMBO, Cláudio. **Os Riscos do Novo Capitalismo** in *Visões do Cotidiano*, São Paulo: Manole, 2012. De acordo o autor, “surge no mundo a estranha figura do capitalismo chinês. Uma situação paradoxal, na qual convivem comunismo e capitalismo e o que interessa são os lucros do grande capitalista: o Estado chinês. Se não nos cuidarmos, essa moda chegará ao Ocidente!”.

repressor, mas também ator participante do desenvolvimento urbano, em todos os sentidos do termo.

Na apresentação da obra *Teoria do Ordenamento Jurídico* de N. BOBBIO, o Professor Tércio SAMPARIO FERRAZ (*apud* BOBBIO, 2014, pp. 25-26), reflete sobre a consequência jurídica do processo:

“Na verdade, como iria observar Bobbio em seus últimos escritos sobre o problema (sanção), a distinção entre sanções negativas e positivas e o relativo desconhecimento, para o Direito, das positivas, reproduzia, no fundo, uma sociedade típica do século XIX. Com efeito, a importância conferida, no mundo jurídico, à sanção negativa reproduzia (caso de Jhering) a distinção hegeliana entre sociedade civil e Estado e a cisão entre a esfera de interesses econômicos e de interesses políticos, entre a condição de burguês e a de cidadão, típica da sociedade industrial do século passado. Em princípio, nessa concepção, o Estado assumia a função de custodiar a ordem pública, e o Direito se resumia, particularmente, a normas negativas (de proibição), com prevalência óbvia das sanções negativas. Modernamente, no entanto, a própria transformação e o aumento de complexidade industrial vieram colocando as coisas em outro rumo. Não resta dúvida de que, sobretudo a partir da Segunda Guerra mundial, o Estado cresceu para além de sua função protetora-repressora, aparecendo até muito mais como produtor de serviços de consumo social, regulamentador da economia e produtor de mercadorias. Com isso, foi sendo montado um complexo sistema normativo que lhe permite, de um lado, organizar sua própria máquina de serviços, de assistência e de produção de mercadorias, e, de outro, montar um imenso sistema de estímulos e subsídios. Ou seja, o Estado, hoje, substitui, ainda que parcialmente o próprio mercado na coordenação da economia, tornando-se o centro da distribuição da renda, ao determinar preços, ao taxar, ao subsidiar.”

De todo modo, se é difícil compreender o interesse público em sentido ampliado, em uma dimensão mais local, tomando em conta o caráter democrático e participativo que, como veremos, deve caracterizar a administração municipal, será mais fidedigna a interpretação sobre o que sejam os anseios a caracterizam a vontade geral. Em outras palavras, quanto mais próximo da comunidade, mais autêntica e genuína será a compreensão que o gestor público fará do interesse geral, já que o administrador local é capaz de verdadeiramente auscultar os anseios sociais de seus conterrâneos.

É essa, como vimos no Capítulo I, a lógica do federalismo. Ensina Ellis KATZ (1996, pp. ix-x):

“By diffusing governmental power, federalism permits the constituent units of a federal system to determine to a significant extent the ends that they will pursue and the means by which they will accomplish those ends. Implicit in federal arrangements is the expectation that the retention of these choices by the constituent governments will produce diversity; that given the opportunity, these governments will order their affairs in diverse ways. Thus, federalism can claim to serve the ends of both pluralism and self-government.”

Assim, mesmo diante das críticas ao vetusto conceito monolítico de interesse público, tendo o Estado como exclusivo intérprete, em nosso sistema constitucional, quiçá no papel de mediador político, o Município tem de arbitrar as muitas demandas, a partir da melhor concepção do interesse público local, filtrada com as atuais ponderações acadêmicas sobre interesse público e mitigação da apartação entre interesse público e privado.

Face a esse cenário, entendemos necessário, até para que se garanta certa segurança jurídica nessa relação entre Município e economia, que seja traçada, com o maior grau de precisão possível, uma análise do interesse local, para depois colocá-lo em cotejo com os muitos interesses existentes no âmbito da cidade. Somente assim entenderemos as funções econômicas conferidas ao Município.

2.3 Interpretação do Interesse (Público) Local: Conflitos e Critérios de Decisão – Preponderância de Interesses, Subsidiariedade e Proporcionalidade

Na teoria do ordenamento jurídico, compreendida em sua formulação piramidal e hierarquizada, é elementar a consciência de que o jurista é posto diante de uma estrutura em que o “órgão superior” atribui ao “órgão inferior” um poder normativo, sempre limitado (BOBBIO, 2014, p. 62).

Há, como sabemos, dois tipos distintos de limites pelos quais o poder superior restringe e regula o poder inferior: relativos ao *conteúdo* ou à *forma*.

Destarte, caso estejamos a tratar de limites quanto ao conteúdo, designá-los-emos limites *materiais*; d’outra banda, caso estejamos a tratar de limites que digam respeito *àquilo* que se pode ordenar ou proibir ou *como* pode-se ordenar ou proibir, chamá-los-emos de limites *formais*.

Conforme ensina Norberto BOBBIO (2014, p. 63): “Na passagem da norma constitucional para aquela ordinária, são frequentes e evidentes tanto os limites materiais quanto os limites formais.”

Calha verificar, portanto, em primeiríssimo plano, se a locução *interesse local*, inscrita no artigo 30, I, da Constituição Federal de 1988, é limite formal ou material a autorizar a legislação do Município sobre essas específicas temáticas.

Em nosso sentir, a cláusula do “interesse local” apresenta desafios hermenêuticos bastante complexos e, ao menos, duas dimensões materiais de interpretação. Todavia, sua inobservância resulta da irrupção do Município na competência atribuída a outro ente federado, a deflagrar uma invalidade de natureza formal.

Assim, para efeitos do estudo da intervenção municipal na economia, o termo *interesse local* desempenha, a princípio, uma dupla função normativa a um só tempo.

É que, para verificar se um Município está legislando dentro da competência atribuída pelo artigo 30, I, deverão ser contempladas simultaneamente duas exigências impostas pelo legislador constitucional: (i) haverá de incidir um interesse tutelável pelo Estado e, nesse sentido, um interesse que não seja puramente particular; e (ii) ele deverá ser predominantemente local.

Assim, antes de tentarmos delimitar adequadamente o conteúdo normativo de interesse local, importa verificar se há uma elipse nesta expressão, donde se revelaria implicitamente a precedência do adjunto adnominal “público”, caso em que se leria “interesse (público) local”.

A locução *interesse público* revela um conteúdo, como demonstramos acima, cuja carga de valor multifacética implica em alguma dificuldade interpretativa.

Já verificamos, no entanto, que essa dicotomia entre público e privado foi-se esvaindo e tirou-se da erosão da supremacia do interesse público um subproduto mais evoluído do conceito, que é a dimensão pública dos interesses particulares.

O próprio Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (2012), um dos arautos da supremacia do interesse público, qualifica a ideia como uma dimensão coletiva dos interesses dos indivíduos, considerados como membros da coletividade.

Floriano de Azevedo MARQUES NETO (2002), como vimos, por seu ângulo, aponta que tanto os interesses especiais quanto os difusos - ambas classes de interesses transindividuais - devem ser compreendidos como interesses públicos.

Nesse contexto, o termo *interesse* pode ser entendido como exclusivamente público, privado, difuso, coletivo, desde que tenha uma dimensão pública, apta a justificar a atuação do Município. Ou, de outro modo, o *interesse* aí seria ainda mais amplo, de modo a abranger quaisquer legítimos interesses, públicos ou privados, que surjam, operem-se e realizem-se em âmbito local, desde que justifiquem regulação do Estado.

Além disso, para fins de nosso recorte, a intervenção do Município na economia há de ser justificada por uma razão de interesse público, com impacto coletivo e/ou difuso, ao mesmo tempo que diga respeito à economia local, de modo a circunscrever o território sobre o qual se refere.

Chegaríamos, então, à segunda função a que aludimos de início, que é o recorte normativo que previne as competências municipais de serem invadidas por entes supralocais e vice-versa.

O termo *local* cumpre, portanto, a função de definir o âmbito de incidência da competência municipal.

Desde nossas constituições pretéritas, quando vigorava o termo “peculiar interesse”, prevalecia na doutrina a interpretação de que a competência para tratar de temas de interesse local referia-se a situações em que “predominam” interesses locais, sem que se pudesse interpretar tal interesse como interesse exclusivo da municipalidade e, por consequência, sem que se possa, *ab initio*, excluir os temas locais da competência dos entes de maior abrangência (*i.e.* União e Estados).

Ainda que, em uma retrospectiva arqueológica, venha-se a identificar, no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que peculiar interesse seria aquele que diria respeito ao município com exclusividade, “beneficiando apenas os seus habitantes, não levando assim qualquer melhora para os municípios

vizinhos”⁹¹, de há muito que se compreende que o interesse peculiar não era exclusivo, pois não excluiria suas implicações indiretas.

O próprio Professor Hely Lopes MEIRELLES (2013, p. 111), apoiando-se nas lições de Sampaio Dória, já estatua que:

“*Interesse local* não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos munícipes. Se se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que não o seja reflexamente da União e do Estado-membro, como, também, não há interesse regional ou nacional que não ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação Brasileira. O que define e caracteriza o ‘interesse local’, inscrito como dogma constitucional, é a *predominância* do interesse do Município sobre o do Estado ou da União.”

Desta maneira, ao contrário de menoscabar a competência municipal, o maior municipalista brasileiro pretendeu conferir-lhe os justos contornos, estabelecendo que: “Concluindo, podemos dizer que tudo quanto repercutir direta e indiretamente na vida municipal é de interesse peculiar do Município, embora possa interessar também, indireta e mediadamente, ao Estado-membro e à União.” (MEIRELLES, 2013, p. 112).

Nada obstante, o *interesse local*, tanto quanto o *interesse público*, é conceito indeterminado, conforme exposto no item anterior.

Em nosso sistema federativo, *interesse local* deve ter a função de principal filtro de delimitação de competência. Para isso, precisa, a partir de um estudo mais analítico e histórico, de uma melhor definição do seu significado nuclear, para depois verificar as zonas de penumbra ou *hard cases*.

Afinal, a mera afirmação do critério da predominância não específica quais são os limites do conceito, apenas infirma uma técnica rejeitada pelo próprio constituinte, ao não discernir entre as muitas possíveis atribuições municipais⁹².

⁹¹ STF, RE n. 21.504/PE, Min. Rel. Mário Guimarães, 1955.

⁹² Nada obstante a rejeição no texto constitucional aprovado em 1988, a título de curiosidade, vale lembrar que o critério chegou a prevalecer na Subcomissão dos Municípios e Regiões, onde se aprovou projeto que, a despeito de algum emprego do conceito aberto - como no inciso I, do artigo 9º, que dispunha como competência privativa dos municípios “legislar sobre assuntos de interesse municipal predominante” - acabava por definir,

Esse paradigma da prevalência do interesse local é fruto da mudança de status constitucional do Município, já que a autonomia municipal sempre se deu no limite dos assuntos que dissessem respeito ao seu peculiar interesse. Como lembra ZAGO (2016, p.107), ao refletir sobre as constituições anteriores à Constituição Federal de 1988:

“De um modo ou de outro, é possível concluir que a questão do alcance e dos limites da autonomia do Município era resolvida em grande parte pelo próprio texto constitucional, que dizia o que poderia se extrair do ‘peculiar interesse’. Porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, este cenário se alterou de forma substancial [...] Por um lado, a autonomia municipal robusteceu-se, a fim de abarcar as quatro capacidades ínsitas a um ente federado [...] Por outro lado, há pelo menos dois outros fatores que retiram ou tornam indefinida esta autonomia. Em primeiro lugar, a Constituição de 1988 confere um tratamento demasiadamente minucioso a alguns aspectos da autonomia municipal [...] No que tange a outros aspectos da autonomia municipal, porém, a Constituição peca pela indefinição.”

A insuficiência do interesse local como fórmula apta a esclarecer definitivamente a competência dos municípios foi logo percebida pelo Professor BANDEIRA DE MELLO. Acostumado a tratar dos conceitos abertos, faz o eminente administrativista uma primeira tentativa de delimitação do conteúdo do conceito, ao sugerir que interesse local seria aquele próprio ou comum a todo e qualquer Município.

Segundo o autor, independentemente das peculiaridades de cada Município, estariam albergadas no inciso I do artigo 30, da CF, toda a gama de interesses que gravitam sobre a órbita das localidades, indistintamente. Tratar-se-ia, na visão dele, de uma categoria específica e concreta de interesse, pertinentes, assim, a toda e qualquer municipalidade (BANDEIRA DE MELLO *apud* CUSTÓDIO FILHO, 2000, p. 79).

No entanto, ao que parece, a teleologia da cláusula aberta mirava, em nosso ver, o desiderato inverso. Ou seja, buscou o legislador constitucional originário uma forma

no parágrafo 1º do mesmo artigo, com moderado grau de abertura para eventuais “particularidades” (*numerus apertus*), aquilo que se consideravam “serviços e atividades” de competência municipal exclusiva, tais como transportes coletivos urbanos e intermunicipais; mercados, feiras e matadouros, cemitérios, etc. A respeito dos trabalhos da Subcomissão dos Municípios e Regiões, na Assembleia Constituinte, entre os anos de 1987 e 1988, ver <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-99.pdf>. Acessado em 17 de novembro de 2019.

de encilhar um feixe de competências que variam conforme as “peculiaridades” de cada municipalidade, conforme demonstraremos adiante.

Ubirajara CUSTÓDIO FILHO (2000) defende uma leitura negativa da competência municipal através de uma compreensão residual do interesse local, o que sugere uma análise holística do sistema constitucional. Para ele, a competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local seria também demarcada a partir das competências dos demais entes federados.

Propõe o autor, em sua obra sobre as competências dos Municípios na Constituição de 1988, a seguinte síntese (p. 84):

“Os assuntos de interesse local do Município, ainda que possam ser considerados de interesse predominantemente local, não de ser tratados, na via legislativa, *ora* privativamente pela União; *ora* concorrentemente por União, Distrito Federal e Estados-membro, na forma do art. 24; *ora* suplementarmente pelo Município, nos termos do art. 30, II; *ora*, ainda, residualmente pelo Município, com fundamento no art. 30, I, da Carta, sempre respeitada a repartição constitucional de competências.”

De fato, a despeito de a Constituição Federal reservar somente aos Municípios a competência para tratar de assuntos de interesse local, na prática, a interpretação judicial da competência municipal é normalmente feita em contraste com as competências da União e Estados, restando aos entes municipais atribuições subsidiárias.

É importante destacar, no entanto, que, pela própria teoria da preponderância dos interesses - já vista acima - em sua premissa de que é possível identificar que o interesse local sempre será, em algum grau ou medida, interesse também dos entes públicos mais abrangentes, é possível vislumbrar o seguinte corolário lógico: sempre será de interesse local a regulação geral de atividades de impacto local.

Por isso que se reafirma a necessidade de uma interpretação que empreste ao termo interesse local a função de também colmatar eventuais omissões dos entes de maior abrangência, sob pena de incongruência e falta de segurança jurídica.

Ao que parece, CUSTÓDIO FILHO (2000) parte de três pressupostos válidos para chegar a uma conclusão que, em nosso sentir, subtrai dos Municípios sua autonomia de maneira precipitada.

O pressuposto inicial é o de que a competência pode ser compreendida a partir da técnica negativa de aferição, em cotejo com as competências constitucionalmente atribuídas aos outros entes. Ora, isso vale também para União e Estados-membros, de modo que não qualifica especificamente a competência municipal.

Novamente lembramos que o termo *interesse* é informado por toda a Constituição Federal de 1988. Seu conteúdo e dimensão semântica são orientados pelo entorno, pelos artigos que precedem e sucedem sua aplicação dentro de um mesmo título ou capítulo.

Sendo assim, é imperativo que o intérprete esteja apto a extrair do texto, o contexto em que se emprega o termo *interesse*, levando em conta as características que marcam o Município em nossa federação.

Uma segunda premissa adotada pelo autor é a de que “a expressão ‘peculiar interesse’, usada para os assuntos municipais, exercia função mais útil ao ordenamento constitucional, pois quase inexistiam competências municipais enumeradas, isto é, expressamente enunciadas.” (CUSTÓDIO FILHO, 2000, p. 81). Conforme seu entendimento, a utilização do termo *peculiar interesse*, na prática, dilatou o campo de ação do Município.

Sobre esse ponto, há maior controvérsia. De nossa parte, é pouco crível que o constituinte, diante da tradicional expressão “peculiar interesse”, tenha adotado outra terminologia, a locução “interesse local”, somente como heterônimo para declinar a mesma ideia.

A Professora Marta Marques AVILA (2013, pp. 69-80) propôs-se, em seu doutorado, a estudar empiricamente a competência dos municípios brasileiros. No bojo de sua pesquisa, acabou realizando alentado estudo sobre as duas expressões, em revisão bibliográfica da qual nos valeremos aqui.

A pesquisadora dividiu os doutrinadores em três categorias.

- (i) Aqueles que entendem que “peculiar interesse” tem abrangência menor que “interesse local”, entres os quais encontram-se Hely Lopes Meirelles, Mayr Godoy, Rodrigo Valin de Oliveira, Carlos Eduardo Dieder Reverbel e Anelise Domingues Schuler.
- (ii) Aqueles outros que entendem que “peculiar interesse” teria maior abrangência que “interesse local”, entre os quais José Levi Mello do Amaral Junior, Roger Stiefelmann Leal, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e José Nilo de Castro.
- (iii) E, finalmente, entre aqueles que vêm equivalência entre as duas expressões, estão Michel Temer, Fernanda Dias Menezes de Almeida, Carlos Bastide Horbach, Denise Oliveira Cezar, Armênio de Oliveira dos Santos, Fernando Guimarães Ferreira, Jair Eduardo Santana, José Cretella Junior, Marcelo Novelino, Pinto Ferreira, Celso Ribeiro Bastos, Adilson Abreu Dallari e Regina Maria Macedo Nery Ferrari.

Esta última autora, Regina NERY FERRARI, em sua obra “Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais”, atesta a sabedoria do constituinte no emprego do conceito indeterminado (2003, pp. 39-40):

“Assim, por interesse local deve-se entender aquele ligado de forma direta e imediata à sociedade municipal e cujo atendimento não pode ficar na dependência de autoridades distantes do grupo, que não vivem os problemas locais. A técnica utilizada para determinar a área de competência municipal por nosso legislador constituinte revela sabedoria, porque é praticamente impossível o levantamento de todas as funções passíveis de serem desempenhadas por um grupo comunitário em proveito de seus membros, assim como é impossível levantar todas as atribuições cabíveis a um grupo comunitário municipal, ‘não se podendo, portanto enumerar de forma exaustiva a competência municipal’”.

Além disso, NERY FERRARI procura dissecar a competência municipal naqueles tópicos que tangenciam áreas de atribuição própria da União, tais como relação de trabalho, relações cíveis e comerciais, mas que, por terem alguma ressonância no plano da municipalidade, justificam disciplina municipal sobre os efeitos concretos e locais de tais atividades (p. 41):

“O Município não pode dispor sobre o conteúdo de tais matérias, mas pode e deve reger ‘aspectos externos’ a elas, para disciplinar seu desempenho de forma compatível com a vida local; isso significa que a sua concretização projetará efeitos no meio onde ocorre, daí a necessidade de disciplinar esses efeitos de forma a não perturbarem a vida comunitária local, porém sem invadir o conteúdo da própria atividade.”

Essa complexidade na aplicação do conceito aberto “interesse local” somente pode ser aferida na prática, a partir do caso concreto. Esse é, por fim, o terceiro pressuposto de COSTÓDIO FILHO (2000, p. 83) a que fazíamos referência acima e será nele que aferraremos as próximas elucubrações.

Quando tratamos de direito municipal, estamos a estudar, dentro da ordem jurídica e da organização do Estado, como são ou devem ser normatizados os fatos sociais relevantes dentro daquela específica esfera jurídica parcial, que deflui do princípio da territorialidade, “regra implícita, mas que está na raiz do nosso Estado Federal” (CARVALHO, 2012, pp. 334-336).

Sendo assim, os fatos sociais que incidem sobre um ou outro território implicaram insofismavelmente na forma como poderemos compreender o interesse local.

Conforme apontamos acima, o tratamento uniforme dado aos Municípios sofre muitas críticas da doutrina, que procura chamar atenção para a assimetria verificável entre as municipalidades Brasileiras. Sobre esse ponto, ZAGO (2016, pp. 108-109) aponta para o fato de que a indefinição do conceito de “interesse local” pode justamente fundamentar um tratamento diferenciado para Municípios distintos:

“Chama-se a atenção para a desigualdade entre os Municípios brasileiros no plano fático, o que contrasta, em um primeiro momento, com a ausência de distinções entre os Municípios no que tange à repartição de competências legislativas e de execução [...] Afirma-se ‘em um primeiro momento’, porque a indefinição que é ínsita aos incisos I e V do art. 30 CF/88 pode fundamentar algum tratamento constitucional diferenciado entre os Municípios.”

A título meramente exemplificativo da disparidade que há entre as municipalidades no Brasil, em uma análise superficial da tabela abaixo, constata-se que a realidade econômica das capitais é bastante distinta do restante dos Municípios, ainda que do mesmo Estado.⁹³

Tabela 1 - Rendimento domiciliar *per capita* médio e mediano das pessoas, com indicação do coeficiente de variação, segundo as Grandes Regiões, as Unidades da Federação e os Municípios das Capitais – 2018

Grandes Regiões, Unidades da Federação e Municípios das Capitais	Rendimento domiciliar <i>per capita</i> das pessoas (R\$)			
	Médio		Mediano	
	Rendimento	CV (%)	Rendimento	CV (%)
Brasil	1 337	1,4	805	0,8
Norte	886	2,5	501	3,1
Rondônia	1 105	4,7	721	4,5
Porto Velho	1 277	9,5	784	10,3
Acre	899	4,4	512	6,4
Rio Branco	1 246	6,0	741	7,5
Amazonas	789	6,1	467	6,6
Manaus	1 068	8,0	607	8,5
Roraima	1 196	8,8	663	7,3
Boa Vista	1 424	10,3	802	9,2
Pará	845	4,5	475	5,7
Belém	1 672	11,3	753	10,1
Amapá	846	6,3	480	11,0
Macapá	1 028	8,4	536	15,5
Tocantins	1 025	5,7	629	5,8
Palmas	1 508	15,4	782	18,1
Nordeste	815	1,7	484	2,0
Maranhão	607	2,9	388	4,7
São Luís	1 043	9,0	628	8,8
Piauí	806	4,4	496	7,2

⁹³ É curioso notar que a disparidade entre capitais e cidades interioranas não é exclusividade nacional. Mais que isso, tal distinção tem reflexos não só na cultura, economia, lazer locais, mas também nas preferências políticas. Algumas capitais europeias, por exemplo, possuem características cosmopolitas e acabam refletindo interesses e modos de viver muitos desatrelados da cultura do país em que se inserem, tornando-se verdadeiras zonas internacionais do ponto de vista sociológico. Os resultados do Brexit, por exemplo, demonstram como as localidades podem destacar-se do contexto em que territorialmente estão inseridas. Para melhor compreender os resultados do Brexit, conferir: https://www.bbc.com/news/politics/eu_referendum/results. Acessado em 03 de junho de 2019.

Teresina	1 119	8,6	692	12,7
Ceará	848	4,6	497	4,5
Fortaleza	1 442	8,6	743	6,5
Rio Grande do Norte	944	5,9	573	7,5
Natal	1 433	10,8	845	13,5
Paraíba	881	5,9	519	5,9
João Pessoa	1 701	13,7	844	12,7
Pernambuco	855	4,2	515	4,8
Recife	1 493	11,7	722	12,1
Alagoas	708	4,9	451	5,9
Maceió	1 060	8,1	630	8,5
Sergipe	897	7,0	486	7,5
Aracaju	1 603	13,0	889	14,3
Bahia	834	3,8	485	4,6
Salvador	1 593	9,0	868	9,7
Sudeste	1 639	2,5	970	1,3
Minas Gerais	1 278	2,6	862	2,3
Belo Horizonte	2 087	7,2	1 111	5,5
Espírito Santo	1 282	4,1	823	3,6
Vitória	2 988	11,0	1 481	7,5
Rio de Janeiro	1 646	2,9	958	2,1
Rio de Janeiro	2 297	4,5	1 236	2,7
São Paulo	1 835	4,0	1 043	2,1
São Paulo	2 406	6,6	1 195	3,7
Sul	1 606	1,6	1 055	1,3
Paraná	1 557	3,0	985	2,4
Curitiba	2 414	5,5	1 355	3,9
Santa Catarina	1 605	1,8	1 188	1,5
Florianópolis	2 621	6,5	1 676	4,5
Rio Grande do Sul	1 656	2,8	1 071	2,3
Porto Alegre	2 858	7,8	1 583	5,0
Centro-Oeste	1 527	2,4	950	1,7
Mato Grosso do Sul	1 414	4,5	925	3,5
Campo Grande	1 753	8,6	1 045	6,0
Mato Grosso	1 349	3,5	947	2,8
Cuiabá	1 842	11,5	1 064	8,8
Goiás	1 281	3,4	904	3,0
Goiânia	1 868	7,7	1 173	5,6
Distrito Federal	2 407	6,0	1 221	3,7
Brasília	2 407	6,0	1 221	3,8

Fonte: IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, 2018, consolidado de primeiras entrevistas.

No Brasil tivemos muitas “urbanizações”. Vale dizer, as cidades são muito distintas e as muitos modos de se comportar da atividade privada são sentidos de maneiras bastante particulares a depender de qual Município se está tratando.

É claro que no exercício de uma competência de natureza privativa, como o é aquela estatuída pelo artigo 30, I, da Constituição Federal, pode haver excessos, sempre sindicáveis em controle abstrato pelo Poder Judiciário.

No entanto, se é correto afirmar que, como vimos, o conceito aberto é especificado diante do fato concreto, o *interesse local*, enquanto conceito aberto, somente será aferível a partir da especificidade de cada caso e a depender das circunstâncias inerentes a cada cidade.

Nesse sentido foi a conclusão de ZAGO (2016, p. 262), para quem:

“O interesse local é um conceito que deve se adaptar às peculiaridades sociais, econômicas, administrativas, e financeiras dos entes locais [...] E embora não exista nada na Constituição que imponha um tratamento diferenciado aos diferentes Municípios, também não existe nada que vede esta diferenciação, desde que consentânea com o princípio da igualdade em sua vertente material, o que necessariamente envolve um juízo de proporcionalidade [...] Em outras palavras, a cláusula do interesse local deve restringir o escopo de atuação do Município, quando as suas particularidades prejudiquem a fruição de políticas públicas por parte dos seus cidadãos, e deve embasar políticas públicas mais audaciosas àqueles entes locais que podem efetivamente implementá-las.”

Conveniente notar como, em nossa cultura jurídica, por vezes preferimos conceber novas ferramentas (sobretudo, a partir da edição de novos diplomas normativos) a simplesmente alterar a forma como manejamos os instrumentos já positivados. Para sintetizar essa tendência tão arraigada entre nós, cunhou-se a expressão fetichismo legislativo⁹⁴.

Sob a perspectiva adotada nesta dissertação, o fato de o constituinte ter equiparado os Municípios aos demais entes federados não redundou em automático

⁹⁴ Ainda sobre o fetichismo legislativo, destacamos a profecia constitucional de Cláudio LEMBO (p. 123), iniciada a partir da Constituição de 1934: “*O fetichismo legislativo, que tanta ojeriza causou a vários intérpretes da realidade brasileira, ingressava, para ficar, nos textos constitucionais pátrios. Nunca mais os deixou.*” **A Pessoa – Seus Direitos**. São Paulo: Manole, 2007.

desenvolvimento da autonomia municipal. Afinal, a força normativa da constituição também é bastante dependente da forma e do contexto em que ela é interpretada e concretizada.⁹⁵

Ainda na vigência da Constituição de 1946, J. H. Meirelles TEIXEIRA (1948, p. 7) anunciava que a inteligência do que seria interesse predominantemente local dependia da vida prática e do momento histórico:

“Daí a conclusão de quantos se ocuparam do assunto, de que impossível é determinar-se, ‘a priori’, um critério distintivo das atribuições municipais, para efeito de extremá-las das que devam competir à União e aos Estados, constituindo esta uma questão a resolver-se tendo-se em vista determinadas circunstâncias, num dado momento histórico, e em determinado país, atendendo-se às condições aí vigente, à prática estabelecida, e aos resultados da experiência. Esta a lição unânime dos mestres do moderno direito público que têm versado a matéria, como BORSI, FLIENER, JELLINEK, POSADA, DUGUIT, BONNARD, MAUSKHELI, SANTI ROMANO, COOLEY, BLACK, e entre nós, PIMENTA BUENO, BARBALHO, A. MILTON, MAXIMILIANO, PONTES DE MIRANDA, SAMPAIO DÓRIA e outros.”

A par de ser um conceito extraído na vida prática, o interesse local há de ser compreendido também como concretização do princípio democrático, já que, como alerta Hans KELSEN (2016, pp. 445-446):

“As normas centrais da ordem, válidas para o território inteiro, podem facilmente entrar em contradição com a vontade majoritária de um grupo que vive num território parcial [...] para diminuir a possível contradição entre o conteúdo da ordem jurídica e a vontade dos indivíduos a ela sujeitos, para que se chegue o mais próximo possível do ideal de democracia, pode ser necessário que, sob certas circunstâncias, certas normas da ordem jurídica sejam válidas apenas para certos territórios

⁹⁵ É possível afirmar, inclusive, que a democracia participativa pode ser realizada com maior grau de aproveitamento e qualidade em âmbito local, onde é mais fácil depurar os verdadeiros interesses coletivos locais, sem interferências midiáticas ou ruídos provocados pela comunicação e complexidade dos temas nacionais. De acordo com Gilberto BERCOVICI (p. 660): “*Os Municípios, inclusive, devem tornar concretas as disposições constitucionais e legais sobre a ‘gestão democrática da cidade’ (artigo 182 da Constituição, artigo 43 da Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, o ‘Estatuto da Cidade’). No plano municipal, questões de interesse local, como obras e serviços públicos, podem e devem ser submetidas sem qualquer restrição à deliberação popular, afinal, o eleitorado em nível municipal tem todas as condições para conhecer, participar e decidir sobre estas questões.*”. Direito **Econômico Aplicado: Estudos e Pareceres**. São Paulo: Contracorrente, 2016.

parciais e sejam criadas apenas pelo voto majoritário dos indivíduos que vivem nesses territórios.”

A hermenêutica constitucional segue os elementos essenciais da interpretação jurídica, sistematizados nos países de Direito codificado, a partir das contribuições do fundador da Escola Histórica do Direito, Friedrich Carl Von SAVIGNY, nos seguintes elementos clássicos: gramatical, histórica, sistemática e teleológica (BARROSO, 2009, p. 270).

Além disso, as normas constitucionais, por revestirem-se de características singulares, tais como superioridade jurídica, natureza da linguagem, conteúdo específico e caráter político, sistematizaram-se *princípios instrumentais* de interpretação constitucional, como “premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta” (BARROSO, 2009, pp. 297-298), quais sejam, princípios: da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, da interpretação conforme a Constituição, da unidade da Constituição, da razoabilidade ou da proporcionalidade e da efetividade.⁹⁶

Na interpretação especificamente das normas de competência, os métodos gramatical, histórico e sistemático assumem certo protagonismo.

Em alguma medida, portanto, vamos percebendo que a interpretação é balizada pelo direito, ao mesmo tempo que impõe limites ao exegeta, confere-lhe uma certa abertura para adequação de seu mister aos fatos da vida. Este, como vimos, é o mérito da Constituição no emprego de um conceito aberto para definir a competência municipal.

Celso Ribeiro BASTOS (1999, p. 158) ensina que é impossível desvincular a interpretação do caso concreto, ao dizer que “o intérprete simplesmente não pode cindir a norma do caso a ser solucionado (ainda que seja hipotético).”

Nas hipóteses de conflito de competência, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal de Federal tendem a apoiar-se no fundamento da *preponderância de interesses* para resolver as nódoas da nossa federação cooperativa.

⁹⁶ Sobre críticas ao “sincretismo metodológico” vide SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

A jurisprudência do STF, especificamente, costuma dar preferência aos interesses de “maior abrangência”, donde quando há conflito, privilegiam-se as competências enumeradas da União sobre a competência residual dos Estados ou de qualquer destes sobre os interesses locais, em uma perspectiva centralizadora (LENZA, 2018, pp. 540-550).

Começa, contudo, a haver alguma inflexão na Suprema Corte brasileira.

No julgamento conjunto das ações concentradas que discutiam leis estaduais ou municipais que restringem o uso do amianto (ADIs 3.356, 3.357, 3.937 e ADPF 109), o voto do Ministro FACHIN aplicou a teoria norte-americana *presumption against preemption*, segundo o qual, no federalismo cooperativo, a predominância de interesses não deve ser o único critério. Precisam também, segundo esse ponto de vista, ser observadas a subsidiariedade e proporcionalidade, de modo a consagrar uma presunção da autonomia dos entes. Para o Ministro, é preciso indagar se o ente local poderá atuar de maneira mais eficiente e econômica, diante das peculiaridades da matéria disciplinada⁹⁷.

Nos dizeres do Ministro FACHIN, “apenas se a legislação federal dispusesse, de forma clara e cogente — indicando as razões pelas quais é o ente federal o mais bem preparado para fazê-lo —, que os Estados e Municípios sobre ela não poderiam legislar, seria possível afastar a competência desses entes para impor restrições ao uso do amianto/asbesto”. E acrescenta que “o Município de São Paulo, por sua vez, mediante uma escolha política ínsita à ambiência municipal, por definir e delimitar como se daria o seu desenvolvimento econômico no campo da construção civil, teria agido à luz do nítido interesse local e da suplementação da legislação federal de regência.”⁹⁸

Esse conceito, ademais, foi aplicado mais recentemente no RE 598.741/MG (re. Min. Marco Aurélio Mello), também em escrutínio sobre competência municipal para legislar sobre matéria de proteção ao meio ambiente⁹⁹, quando se assentou o seguinte:

⁹⁷Cf. Informativo 848 do Supremo Tribunal Federal.

⁹⁸Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo848.htm#Amianto%20e%20compet%C3%A2ncia%20legislativa%20concorrente%20-%202014>. Acesso em: 14 de novembro de 2019.

⁹⁹ O Recurso Extraordinário, em questão, trata da recepção, pela Constituição Federal de 1988, da Lei nº 4.253/1985 e do Decreto nº 5.893/1988, do Município de Belo Horizonte – referentes à imposição de multas por emissão de fumaça acima do permitido.

“1. Nos casos em que a dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria (*presumption against preemption*). 2. Porque o federalismo é um instrumento de descentralização política que visa realizar direitos fundamentais, se a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma adequada, necessária e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (*clear statement rule*), é possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente menor. 3. Na ausência de norma federal que, de forma nítida (*clear statement rule*), retire a presunção de que gozam os entes menores para, nos assuntos de interesse comum e concorrente, exercerem plenamente sua autonomia, detêm Estados e Municípios, nos seus respectivos âmbitos de atuação, competência normativa.”

Na ADPF 514, em que se julgava lei municipal que veicula vedação do transporte de cargas vivas no Município de Santos, o Ministro Edson Fachin aprofunda sua argumentação ao propor uma “recompreensão do federalismo brasileiro” que implicaria:

- (i) “privilegiar a interpretação que seja condizente com a presunção de constitucionalidade de que gozam os atos legislativos”
- (ii) Não tolher “a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria”
- (iii) “reconhecer, no âmbito da repartição constitucional de competências federativas, que o Município, desde que possua competência para matéria, detém primazia sobre os temas de interesse local, nos termos do disposto no art. 30, I, da CRFB”
- (iv) Reconhecer que “apenas quando a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma necessária, adequada e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (*clear statement rule*), seria possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente maior.”¹⁰⁰

100

Disponível

em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/ADPF514Voto.pdf>
f. Acesso em 14 de novembro de 2019.

Assim sintetiza sua proposta:

“Finalmente, se é possível descrever o princípio da subsidiariedade nos termos da argumentação aqui formulada, então é possível indicar, seguindo o magistério de Raul Machado Horta, que, **na subsidiariedade, estão os critérios da realização suficiente e da melhor realização, termos que, em verdade, apenas explicitam a proporcionalidade, entendida como *presumption against pre-emption* e *clear statement rule*.** Estas breves considerações acerca do federalismo cooperativo no que tange à distribuição de competência legislativas estabelecidas na Constituição Federal de 1988 podem ser assim sumariadas: a simples edição de lei, pela União, que cuida de matéria cuja competência para disposição seja concorrente, não exclui, em princípio, a competência de outros entes para a sua regulação. A inconstitucionalidade formal de lei municipal, estadual ou distrital só deve ser reconhecida **se a legislação federal dispuser, de forma clara e cogente, que outros entes não podem sobre ela legislar, ou se os outros entes legislarem de forma autônoma sobre matéria idêntica.**”¹⁰¹

Ora, é evidente que estamos a tratar aqui do princípio da subsidiariedade em sua dimensão vertical.

A subsidiariedade em sua dimensão horizontal, como visto anteriormente, diz com a primazia da iniciativa privada, de modo que, para essa vertente, o Estado somente agiria de forma residual.

Já em sua compreensão vertical, o princípio da subsidiariedade foi materializado expressamente na Encíclica *CENTESIMUS ANNUS*, onde se preceitua que (VATICANO, 1991):

“Se deve respeitar o princípio de subsidiariedade: uma sociedade de ordem superior não deve interferir na vida interna de uma sociedade de ordem inferior, privando-a das suas competências, mas deve antes apoiá-la em caso de necessidade e ajudá-la a coordenar a sua acção com a das outras componentes sociais, tendo em vista o bem comum.”¹⁰²

¹⁰¹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/ADPF514Voto.pdf>. Acesso em 14 de novembro de 2019.

¹⁰² Disponível em http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html. Acessado em 28 de setembro de 2019.

O mesmo princípio também é expresso no artigo 3-B do Tratado de Maastricht¹⁰³.

Ainda sobre o tema, o Professor CANOTILHO (2002, pp. 360-361) demonstra como o princípio da subsidiariedade, de cláusula de integração europeia e de estruturação vertical-territorial dos Estados Unidos, foi incorporado com dimensão estruturante da ordem constitucional portuguesa:

“O princípio da subsidiariedade densificado a nível das relações Estados-membros/União Europeia e do Estado Unitário/regiões e autarquias locais é expressão de um princípio geral de subsidiariedade que pode formular-se assim: as comunidades ou esquemas organizatório-políticos superiores só deverão assumir as funções que as comunidades mais pequenas não podem cumprir da mesma forma ou de forma mais eficiente. O princípio da subsidiariedade articula-se com o princípio da descentralização democrática: os poderes autonómicos regionais e locais das regiões autónomas e das autarquias locais (comunidades de dimensões mais restritas) devem ter competências próprias para regular e tratar as tarefas e assuntos das populações das respectivas áreas territoriais (administração autónoma em sentido democrático).”

Conforme analisado, o princípio da subsidiariedade pode ser compreendido tanto em sua perspectiva horizontal, na relação entre Estado e Sociedade, quanto em sua dimensão vertical, em referência ao federalismo, às autonomias constitucionalmente qualificadas, à descentralização e à repartição de competências.

Existe, em certa medida, uma confluência entre essas duas dimensões do conceito, já que o princípio da subsidiariedade tem uma mesma matriz personalista, que pretende um *modus in rebus* na relação entre Estado e Sociedade. Segundo essa visão, Estado e Sociedade demasiadamente íntimos acabam por marginalizar a sociedade; enquanto que um rompimento artificial entre Estado e sociedade é hostil à persecução de uma estrutura que promova o consenso e o pluralismo (BARACHO, 2000).

¹⁰³ De acordo com o artigo 3-B do Tratado de Maastrich: “Artigo 3-B A Comunidade actuará nos limites das atribuições que lhe são conferidas e dos objectivos que lhe são cometidos pelo presente Tratado. Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervém apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objectivos da acção encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros, e possam, pois, devido à dimensão ou aos efeitos da acção prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário. A acção da Comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objectivos do presente Tratado.”

Em sociedades com “sólida base comunal”, esse dilema sobre a relação entre Estado e comunidade é equacionado a partir de uma interação entre poder central e poderes periféricos, com base em ideias regionalistas e municipalistas (BARACHO, 2000, p. 8).

Nessa linha, os autores adeptos do princípio da subsidiariedade também compreendem que o Estado não é o detentor do bem comum ou da vontade geral. Diante da constituição econômica, tais autores elegem como temas centrais o pluralismo econômico, a propriedade privada com limitações, a intervenção estatal no domínio econômico, a planificação, o combate moderado ao monopólio e ao oligopólio, a empresa (compatibilização do *bem particular da empresa* com o *bem comum público temporal nacional*), e utilizam-se da “*interpretação mutativa das normas*” constitucionais como técnica de interpretação apta a “alterar o conteúdo dessas prescrições constitucionais [...] mesmo que o texto da cláusula constitucional permaneça aparentemente intacto” (BARACHO, 2000, pp. 8- 9).

Desconhecemos quem tenha, no Brasil, realizado estudos mais aprofundados sobre o tema do que José Alfredo de Oliveira BARACHO, que resume a ideia da seguinte forma (2000, p. 19):

“O princípio da subsidiariedade mantém múltiplas implicações de ordem filosófica, política, jurídica, econômica, tanto na ordem jurídica interna, como na comunitária e internacional. Dentro das preocupações federativas, o Governo local deve assumir grande projeção, desde que sua efetivação, estrutura, quadros políticos, administrativos e econômicos que se projetam na globalidade dos entes da Federação. No exercício de suas atribuições, o governo das entidades federativas poderá promover ações que devem, pelo menos, mitigar a desigualdade social, criar condições de desenvolvimento e de qualidade de vida. A Administração pública de qualidade, comprometida com as necessidades sociais e aberta à participação solidária da sociedade, pode melhorar as entidades federativas e os municípios. A partir desse nível, concretiza-se, necessariamente a efetivação dos direitos humanos. A descentralização, nesse nível, deverá ser estímulo às liberdades, à criatividade, às iniciativas e à vitalidade das diversas legalidades, impulsionando novo tipo de crescimento e melhorias sociais. As burocracias centrais, de tendências autoritárias opõem-se, muitas vezes, às medidas descentralizadoras, contrariando as atribuições da sociedade e dos governos locais. O melhor clima das relações entre cidadãos e autoridades deve iniciar-se nos municípios, tendo em vista o conhecimento recíproco, facilitando o diagnóstico dos problemas sociais e

a participação motivada e responsável dos grupos sociais na solução dos problemas, gerando confiança e credibilidade.”

Segundo esclarecido nas páginas anteriores, o princípio da subsidiariedade pode ser utilizado para conter ou restringir a intervenção estatal no domínio econômico. Nessa toada, permite, como temos percebido, sua captura pela argumentação neoliberal para sustentar um Estado mínimo, que, ao fim e ao cabo, motivou, de uma maneira ou outra, o seu aparecimento.¹⁰⁴

Entrelaçam-se aqui as concepções apresentadas no item 2.2 e neste item 2.3. A crítica ao conceito de interesse público, como vimos acima, vem acompanhada da proposta de situar os direitos fundamentais como “premissa antropológica” do nosso sistema constitucional (SARMENTO, 2007, p. 51), donde, sob a ótica da ordem econômica, pode chegar-se à equivocada conclusão de que a livre iniciativa deixa de ser um instrumento de realização dos objetivos constitucionais e passa a significar verdadeiro princípio inviolável (BERCOVICI, 2011, p. 262).

Gilberto BERCOVICI (2011) aponta para o fato de que a Constituição Federal de 1988 não admite ou permite toda ou qualquer forma de organização econômica/condução de agente econômico, mas, ao revés, estabelece fundamentos e regras essenciais da atividade econômica.

O professor de Direito Econômico denomina de “fundamentalistas” de mercado” aqueles que, segundo ele, entendem que a Constituição previu, pelo princípio da livre iniciativa, um “modelo privatista”, em que haveria verdadeiro “direito subjetivo dos indivíduos realizarem qualquer atividade econômica, sob a forma que entenderem mais conveniente, para a obtenção do lucro” (BERCOVICI, 2011, p. 263).

Para o autor, no entanto, há um “valor social” da livre iniciativa, como fundamento da ordem econômica constitucional, o que lhe retira os contornos absolutos e a submete à busca do “progresso da sociedade”, finalidade intrínseca à república (2011, pp. 262 -263):

¹⁰⁴ Sobre Estado Mínimo e o modelo individualista, vide NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

“A iniciativa privada é limitada e suscetível de ser vinculada positivamente na direção da utilidade social, em uma perspectiva não individualista, suficiente para excluir a visão atomística idealizada dos agentes econômicos eficientes e racionais das teorias econômicas neoclássicas.”

É nesse ponto que o Professor informa sobre as convergências entre o “princípio da subsidiariedade” e as propostas liberais ou neoliberais de Estado subsidiário à sociedade (mercado), que, sob essa ótica, deveria contar com primazia em relação ao Estado ineficiente e míope.

BERCOVICI (2011, p. 268) lembra ainda que na *Carta del Lavoro*, editada por Benito Mussolini, em 1927, 4 anos antes, portanto, da Encíclica *Quadragesimo Anno*, de 15 de maio de 1931, enunciada pelo Papa Pio XI, já estava positiva, pela primeira vez, a ideia de “subsidiariedade”:

“Carta del Lavoro, IX: “L’intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manchi o sai insufficiente l’iniziativa privata o quando siano in gioco interessi politici dello Stato. Tale intervento può assumere la forma del controllo, dell’incoraggiamento e della gestione diretta.”

Não se olvida tampouco o doutrinador paulista que o princípio da subsidiariedade estruturou a iniciativa de outros regimes autoritários, como a ditadura de Francisco Franco na Espanha (1939-1975) e de Getúlio Vargas (Carta de 1937).

Entre nós, para o exercício de suas funções econômicas, naquilo que denominamos intervenção do Estado do domínio econômico, a Emenda Constitucional n. 1, ou Constituição Federal de 1969, previa que:

Art. 163. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar

setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

Face ao texto do artigo 163 da Constituição de 1969, acima transcrito, parte da doutrina entendia que tanto a criação de monopólio público quanto a possibilidade de outra forma de intervenção estatal na economia dependiam de lei federal¹⁰⁵, o que talvez conferisse competências bastante restritas aos Municípios no campo econômico¹⁰⁶.

Além disso, na redação constitucional conferida em 1969, tanto o monopólio como a intervenção eram prescritas apenas “*quando indispensável por motivo de segurança nacional*” ou “*para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa*” (grifo nosso).

Nada obstante as colocações de BERCOVICI (2011), é possível intuir que a previsão da subsidiariedade nas cartas constitucionais de matriz autoritária não reflete, com exatidão, as ideias liberais subjacentes ao conceito. Seria teratológica a conclusão, por exemplo, de que a ditadura varguista no Estado Novo (1937-1945) conduzia-se pelos pressupostos de um Estado Mínimo na economia.

O próprio professor paulista, valendo-se das lições de Washington Peluso Albino de SOUZA, demonstra que o artigo 163 da Carta de 1967 adotou o princípio ideológico liberal originário, porém desfigurado pelos acréscimos que instrumentalizaram o tradicional “‘capitalismo sem risco’ brasileiro [...] com a socialização dos prejuízos e privatização dos lucros” (BERCOVICI, 2011, p. 270).

É fato, no entanto, que a Constituição Federal de 1988 não traz expressamente o princípio da subsidiariedade em seu texto. Segundo BERCOVICI (p. 271): “a ordem constitucional brasileira não é liberal, tendo incorporado elementos liberais, sociais, intervencionistas, nacionalistas, desenvolvimentistas, cooperativistas, entre outros.”

¹⁰⁵Neste sentido, ver. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **A intervenção do Estado na Ordem Econômica** in Revista de Direito Público, v. 11, 1970.

¹⁰⁶Uma interpretação literal deste dispositivo permitiria, em nosso entendimento, depreender-se que a exigência de lei federal referia-se unicamente à criação de monopólio estatal, para o que, diferentemente do atual texto constitucional, previa-se a subsidiariedade em relação à livre iniciativa (hoje o texto refere-se tão somente a relevante interesse coletivo) ou quando indispensável à segurança nacional.

Vital MOREIRA (1987, p. 154), em seu *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, sintetiza o princípio explicando-lhe o alcance da seguinte forma: “A sociedade é subsidiária em relação ao indivíduo e dentro da sociedade as comunidades superiores são subsidiárias em relação às inferiores”. Desse modo, ensina o professor português que o princípio é a resultante de uma fórmula de critérios residual, em uma escala de precedência: “indivíduo – família – corporação - Estado”.

Ora, por vezes, o indivíduo, detentor de interesses difusos não organizados, deverá ser protegido, pelo Estado, contra interesses especiais, titularizados e articulados por corporações. Nesse sentido, conforme ensina Vital Moreira (1987, p. 156):

“Quando se considere que hoje a participação do Estado não é exceção, antes a condição permanente do equilíbrio e desenvolvimento económico; que o papel do Estado não é passivo, antes sobre ele impendem tarefas de transformação económica e social; quando se reconheça que agora as corporações e os grupos sociais estão também em condições de atentar contra a liberdade do indivíduo, que perante ele está muito menos protegido do que contra o Estado – se isso é assim, o princípio da subsidiariedade parece ter perdido definitivamente as condições de existência.”

Abrimos os parênteses acima para apresentar as críticas que se vão fazendo ao princípio da subsidiariedade em seu perfil horizontal. A polémica, em nosso entender é bastante ideológica e, de certo modo, prescindimos dela para afiançar que a subsidiariedade vertical é autônoma em relação à subsidiariedade horizontal.

Além disso, a contrário senso, o princípio da subsidiariedade também significa colmatar as lacunas deixadas, de fato, pela iniciativa privada. Assim, nas palavras de BARACHO (2000, pp. 48-49), o princípio da subsidiariedade, ao repartir competências entre sociedade e Estado:

“Ao mesmo tempo, impede o avanço intervencionista do Estado exigindo desse ajuda e promoção das atividades próprias do pluralismo social. Possibilita desenvolver as formas associativas e uma coordenação das atividades estatais de fomento. O princípio de subsidiariedade aplica-se nos âmbitos em que a ordem e o poder têm limitações razoáveis, ao

mesmo tempo em que economia deve conviver com a liberdade. O princípio de subsidiariedade visa a suprir a iniciativa privada impotente ou ineficaz, mediante a ação do Estado, propiciando à sociedade resultados benéficos. Ele equilibra a liberdade, detém o intervencionismo estatal indevido em áreas próprias da sociedade, possibilitando ao Estado ajudar, promover, coordenar, controlar e suprir as atividades do pluralismo social.”

Assim, a subsidiariedade manifesta-se sob a “dupla perspectiva: negativo-positivo. Na primeira situa-se como limite à intervenção estatal; na segunda manifesta-se como justificação da intervenção pública” (BARACHO, 2000, p. 50).

Nesse sentido também, de forma bastante organizada, André CYRINO (2018, pp. 69-70): “o princípio da subsidiariedade, corretamente compreendido, tem um aspecto comissivo. Ora, deriva da própria ideia de subsidiariedade a noção de que pode haver necessidade de atuação estatal, casos em que tal agir será obrigatório.”

De toda sorte, esse ideia da subsidiariedade horizontal - que pode justificar um Estado aquém do imprescindível para uma sociedade livre, justa e solidária — traz como corolário a limitação de órgãos ou coletividades superiores, de modo a, respeitada a unidade nacional, na estrutura da ordem governamental, aproximar os centros de decisão da sociedade, em ambiente mais próximo das pessoas.

Como sugerimos acima, quanto mais local a manifestação do Estado, menos abstrata é a noção de vontade geral e menor a disrupção do Estado nesses tempos de globalização e revolução industrial 4.0.

Pode parecer inusitado descolar a subsidiariedade vertical da subsidiariedade horizontal, já que, inicialmente, uma provém da outra. Parece-nos, todavia, que a subsidiariedade aplicada no estudo do federalismo pode recrudescer a valia do interesse público ou vontade geral na ordem jurídica, uma vez que, em âmbito municipal, a proximidade entre Estado e Sociedade é maior. Ademais, a obrigatoriedade da gestão democrática sinaliza para uma melhor percepção, na prática, dos múltiplos interesses em jogo no ambiente da comunidade urbana.

BARACHO (2000, p. 32) lembra que a subsidiariedade, ao menos na sua compreensão descentralizadora, de forma nenhuma é uma ideia nova, tendo seus contornos sido desenhados em vários períodos:

“Já Robespierre declarava, na Convenção, que era preciso afastar-se da tendência dos antigos governantes de muito governar [...] às comunidades deveria dar-se o poder de regular por elas próprias seus negócios, em tudo o que não fosse essencialmente da administração da República.”

Assim sendo, a incidência do princípio da subsidiariedade no federalismo é especialmente relevante para este trabalho, a uma porque já tem constado de recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, a duas porque revela vetor interpretativo na compreensão do interesse local.

A divisão vertical de competências no federalismo segue uma racionalidade de respeito e preservação das diversidades histórias e individualidades locais, proteção das minorias, proteção da liberdade, reforço da democracia e eficiência do modelo de gestão política e administrativa (BARACHO, 1982, pp. 43-44).

Os mecanismos de separação vertical, portanto, viabilizam decisões mais técnicas, transparentes, equilibradas e sindicáveis, de modo que o federalismo pode ser entendido como a concretização do princípio da subsidiariedade na organização do Estado. BARACHO (2000, p. 46) explica que o princípio, na ótica de Oswald VON NELL-BREUNING, reflete, na estrutura da ordem governamental, os elementos que o constituem, “estabelecendo genuína auto-administração das pequenas unidades, correlacionadas com as formas institucionais superiores.”

Em última instância, portanto, a subsidiariedade é corporificada no Município, entidade intermediária onde o pluralismo é democraticamente concretizado, possibilitando satisfazerem-se as demandas comunitárias de modo mais fiel às aspirações sociais. O Município, consoante BARACHO (2000, p. 51):

“Como titular natural das competências locais, possibilita a integração do indivíduo no corpo social municipal. O Município é tido como a forma de integração intermediária entre o indivíduo e o Estado. A subsidiariedade concretiza-se no Município, desde que o indivíduo não é um ser abstrato, mas concreto, onde aparece como cidadão, usuário, vizinho, contribuinte, consorciado e participante direito na condução e fiscalização das atividades do corpo político, administrativo e prestacional. Considerando o Município como uma forma da democracia local, convém destacar que uma das aplicações práticas e prioritárias do princípio de subsidiariedade tem como finalidade afiançar e fortalecer o regime municipal.”

Respeitada a existência autônoma da dimensão vertical do princípio da subsidiariedade, calha identificar a delimitação de seu alcance.

Para Vital MOREIRA (1987, pp. 154-155), a despeito da “transparência sugerida pela definição do princípio [...] a questão de saber quando é que se pode afirmar que determinada tarefa não pode ser prosseguida por uma ‘comunidade inferior’ pode minar as bases do princípio ou sua praticabilidade.”

Aqui voltamos à sugestão do Ministro Edson FACHIN na ADPF 514, onde, para uma “recompreensão do federalismo brasileiro”, sugere reconhecer que somente quando a lei federal ou estadual indicar com clareza que, de forma necessária, adequada e razoável, os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (*clear statement rule*), seria possível afastar a presunção que gozam os entes menores para exercerem plenamente sua autonomia.

Homenageia o Ministro FACHIN, ao mesmo tempo, a presunção de constitucionalidade de que gozam os atos legislativos infraconstitucionais e a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinadas matérias. No caso do Município, desde que possua competência para matéria, detém primazia sobre os temas de interesse local, nos termos do disposto no artigo 30, I, da Constituição Federal de 1988.

Nas hipóteses em que a lei mais abrangente mostra-se necessária, adequada e razoável, pode excluir o campo de complementação próprio dos entes menores. Estamos, portanto, diante de proposta que racionaliza eventual colisão de interesses federativos pela ponderação e por seu instrumento: a *proporcionalidade*.

O princípio da proporcionalidade é aqui concebido por sua dupla perspectiva, normativa e metodológica. Trata-se de (i) *norma constitucional*, a vincular a Administração Pública e principalmente o Poder Judiciário, que faz o controle em última instância, bem como de (ii) *método de racionalização do argumento*, fundamental à estruturação racional do procedimento decisório.

Usualmente vemos o emprego dessa norma/método de matriz germânica para exame de constitucionalidade das restrições que resultam de normas ou atos que, de alguma forma, restringe direitos fundamentais, restrição das restrições (limite dos limites), nas relações entre indivíduos e Estado (relações verticais) ou nas relações jurídicas entre particulares (relações horizontais).

Deste modo, tem surgido no Supremo Tribunal Federal uma proposta que denota maior consagração dos entes locais, para a qual apenas seria justificável uma legislação mais abrangente que retirasse dos entes locais seu campo de regulação complementar própria, mediante ponderação, caso fossem atendidas as três máximas parciais que constituem o princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da adequação, na explicação de Virgílio Afonso da SILVA (2010, p. 40), “ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio, a medida) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida”. Está-se a examinar a aptidão ou idoneidade do meio em vista do fim pretendido.

O princípio da necessidade “ordena que se examine se, entre os meios de restrição disponíveis e igualmente eficazes para atingir o fim pretendido, o escolhido é o menos restritivo – isto é, menos prejudicial ou gravoso” ao valor (direito fundamental) em questão. (SILVA, 2010, p. 40)

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito “ordena que ‘os meios elegidos devam manter-se em uma relação razoável com o resultado perseguido’. Esse dever é cumprido mediante o exame do equilíbrio ou da ‘justa medida’ entre a restrição (o meio) e a finalidade pretendida” (SILVA, 2010, p. 41).

Tal aplicação do princípio da proporcionalidade *lato sensu* é um pouco inusitada já que, como já pudemos verificar, as competências atribuídas pela Constituição constituem regras e não princípios. A ponderação pela máxima da proporcionalidade ficou

consagrada, principalmente na obra de Robert ALEXY¹⁰⁷, como método para ponderar e sopesar princípios em colisão.

Na doutrina do professor alemão (ALEXY, 2017), princípios são mandamentos de otimização e ordenam a realização de um valor na maior medida possível, dentro das condições fáticas e jurídicas existentes. Daí a necessidade de uma ponderação metodologicamente racional.

Já as regras de competências são, como já se vislumbra, regras, com caráter de mandamentos definitivos, fática e juridicamente possível, em que vigora a lógica do tudo-ou-nada (ÁVILA, 2014, p. 65). Não seriam, portanto, a priori, suscetíveis de ponderação, prescindindo de outra metodologia que não a subsunção.

Muitas vezes um princípio é concretizado por regras, razão pela qual, quando há colisão entre regras e princípios, as primeiras prevalecem sobre as segundas. Conforme Humberto ÁVILA (2014, p. 132):

“[...] num confronto horizontal entre regras e princípios, as regras devem prevalecer, ao contrário do que faz supor a descrição dos princípios como sendo as normas mais importantes do ordenamento jurídico [...] a previsão de princípios e de instituições deixa livre a adoção dos comportamentos necessários à sua realização, *salvo se o ordenamento jurídico predeterminar o meio por regras de competência.*”

O princípio federativo, por exemplo, foi todo ele concretizado por regras de competência dispostas ao longo da Constituição Federal. Nesse sentido, o Poder Constituinte Originário realizou as ponderações necessárias e concretizou o princípio federativo através das regras de competência, além de ter fixado proteção perpétua à forma federativo do Estado, através do artigo 60, §4º, I.

Nesse sentido, ÁVILA (2014, p. 132):

“Supremo Tribunal Federal na ADIn 815, por meio do qual um ente federado [...] arguiu a inconstitucionalidade de uma regra constitucional sobre proporcionalidade de representação no Congresso Nacional, em face

¹⁰⁷ A obra de ALEXY, a nosso ver, é fundamental para a compreensão do assunto. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**; trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

do próprio princípio federativo [...] decidiu extinguir ação, por impossibilidade jurídica do pedido, por entender que não poderia afastar, com base num princípio, a concretização definitiva escolhida pelo Poder Constituinte Originário por meio de regras constitucionais [...] Poder Constituinte instituiu o princípio federativo, mas o fez conforme estabelecido na regra prevista no art. 45, e com as restrições ali estabelecidas [...] não é permitido a outro Poder rever a ‘ponderação’ realizada pelo próprio Poder Constituinte Originário.”

Ao que parece, a ponderação dos conflitos federativos por meio do critério da proporcionalidade pode conduzir, ao fim e ao cabo, à uma apreciação sob a ótica do princípio da eficiência, de modo que deverá ser aferida em que posição, verticalmente falando, o Estado poderá, de maneira mais efetiva e eficiente, regular esta ou aquela matéria.

A título de nota, apresentamos as ideias de Richard POSNER (1987, pp. 13-14) que propõe uma análise econômica da federação:

“The system of power sharing between the federal government and the states - the system that has come to be called "federalism" - might seem to be just another aspect of the separation of powers. This is true in one sense but not another. It is true in the sense that decentralizing government, like creating specialized branches, may increase efficiency. Federalism enables the massive diseconomies of scale that would be encountered by any effort to govern so large, populous, and complex a society as ours from Washington, D.C., the way France is governed from Paris or England from London, to be avoided. It also encourages experimentation with different methods of providing governmental services and may foster the provision of services tailored to differing local conditions - although these are really just aspects of avoiding diseconomies of scale. Yet federalism does not substantially increase the transaction costs of governing, the way the separation of powers within the federal government does, because, as we are about to see, the federal government can always override the states in matters within the scope of its authority. If the federal government could govern only with the concurrence of the state governments, we would have a federation, not a nation, and the transaction costs of governing would be exceedingly high. But of course federalism is not costless; one cost is a more complex legal system than if we had a unitary judiciary enforcing a uniform body of law.”

As regras de competência, entretanto - ao contrário da Ordem Econômica, para a qual até se pode reconhecer pontos de maior *ductibilidade* aptas à análise “econômica”

– são a pedra angular de nossa federação. Seria complexo lançar mão de uma análise puramente econômica para definir a cada ente federado a sua respectiva atribuição constitucional.

A estabilidade sistêmica de nossa Constituição em seus aspectos federativos talvez reflita a necessidade de uma visão mais formalista, mesmo porque as competências estão dispostas de maneira exaustiva em forma de regras. Estas, a despeito de serem por vezes fixadas em conceitos abertos, têm, em seu sentido claro, de conferir a estabilidade das regras do jogo que poderão, no fim das contas, dar mais segurança jurídica e previsibilidade. Ganha-se em eficiência por meio da credibilidade em um sistema de regras bem organizado, que prescindia de “cálculos econômicos” de qualquer natureza.

Na realidade, um critério consagrado entre os alemães para aferir as regras de competência é o da *lealdade federativa*, que muito se adequa à ideia de federalismo de cooperação. Tem-se aí uma noção de que os componentes da federação devem buscar um entendimento mútuo, em diálogo institucional apto a criar um ambiente de conduta federal amistosa. Nas palavras de ZAGO (2016, p. 453):

“A lealdade federativa passa a ser descrita como um dever genérico imposto aos entes federativos de proceder com lealdade em relação aos demais componentes da federação e buscar entendimento mútuo, e cujo desdobramento abrange inclusive o dever de levar em consideração o interesse dos outros entes federativos no momento de exercer os seus próprios direitos e deveres.”

Esta lealdade federativa tem repercussões nas condutas positivas e negativas dos entes federados.

A consequência comissiva da lealdade federativa implica na obrigação dos entes federados de adotarem determinados procedimentos para concretizar a conduta federal amistosa, tais como “(i) deveres de ajuda e apoio; (ii) deveres de informação e consulta; (iii) deveres de coordenação e de colaboração; (iv) deveres de procedimento, e; (v) outros deveres de conduta” (ZAGO, 2016, p. 454).

Já sob o ponto de vista negativo, a lealdade federal pode implicar em limitações ao exercício de competências, “nesse sentido, aliás, é que se costuma falar que este princípio pode atuar como barreira ao exercício de competências (*kompetenzausübungsschranke*)” (ZAGO, 2016, p. 457).¹⁰⁸

Mais adiante, salienta ZAGO (p. 459) que:

“Em alguns casos, ainda que se admita a competência legislativa de um ente federativo para disciplinar uma determinada situação da vida, os efeitos desta regulamentação sobre os interesses e direitos dos demais entes federativos são relevantes demais para serem ignorados [...] por isso, doutrina e jurisprudências alemãs afirmam a possibilidade de se impor barreiras ao exercício de competências, de um modo geral, e de competências legislativas, em particular.”

Consoante a autora, a lealdade federal incide quando tal ou qual ente federal é competente para regular determinada matéria, mas o exercício dessa competência causa ingerência indevida nos interesses de outro ente, conforme exemplifica com o tema do amianto, já apresentado no início deste subitem (p. 459):

“No nosso sentir, São Paulo deve ser considerado competente para legislar sobre a proibição do uso de amianto crisotila no âmbito do seu território [...] regulamentação que objetiva a proteção da saúde de sua população [...] Porém, caso este Estado deseje, sob o mesmo argumento, estender a proteção a outras situações, de forma que outros Estados sejam sensivelmente prejudicados nos seus interesses, deve-se então reconhecer a inconstitucionalidade.”

Conforme defende a autora em seu doutoramento, no qual coteja o federalismo Brasileiro e Alemão, “não há por que se contrapor à afirmação de que este princípio também pode informar as relações desenvolvidas no âmbito do Estado Federal brasileiro” (2016, p. 462). Para ela, seria desnecessário recorrer-se à noção demasiadamente

¹⁰⁸ Nesse sentido, a doutrina tende a qualificar competencialmente uma lei com base na ordenação finalística. Aplica-se, nas hipóteses de regulamentações que se desdobram em uma ou mais de uma matéria, o critério da ênfase da ordenação finalística para definir, em contraste, a qual regra de competência tal ou qual regulamentação será subsumida.

ampla e naturalmente indefinida de cooperação federativa, uma vez que o fundamento da lealdade federal, conquanto baseado na boa fé objetiva, já é suficiente.

Temos assim que União e Estados, ao regularem matéria que possa interferir com o cotidiano de uma determinada localidade, também deverá cuidar para não prejudicarem de maneira assimétrica Municípios cujos específicos interesses estejam sendo suplantados pelo afã de uma homogeneização de tratamento.

De sua parte, o Município, quando intervir no domínio econômico, exercitando sua atribuição de legislar sobre matéria de interesse local, deve agir em lealdade com os demais entes federados, e, principalmente, deve preservar um ambiente de segurança jurídica, zelando pela previsibilidade do direito em prol da observância do preceito da confiança legítima, inclusive em relação aos munícipes. Nesse sentido, ensina Monica Herman S. CAGGIANO (2007, p. 54):

“Encontra suas raízes na *common law* britânica, em especial, na ideia dominante de ‘*legitimate expectation*’, ou seja, a exigência de que a atuação dos detentores do poder político – tanto do legislador quanto do intérprete – esteja alinhada às expectativas da comunidade e à ordem jurídica estabelecida. Ignorar a máxima implica na inviabilidade de se alcançar um bom governo a nível municipal, desconstruindo o desenho federativo que conferiu autonomia aos municípios.”

No capítulo posterior, buscaremos diagnosticar situações em que o *interesse local*, traduzido na competência de agir do poder público municipal, fica evidenciado pelo impacto local das atividades econômicas.

Adiantamos que, verificado este impacto, torna-se difícil justificar a ideia de que o Município atuará apenas de forma subsidiária ou, até mesmo, dependente da autorização ou da legislação geral (nacional), pois a dimensão do impacto, comezinha, só pode ser compreendida, em detalhe, nas específicas cidades.

Mas aí surge a dúvida que motiva, em primeiro plano, o presente trabalho: é possível inserir no rol de interesses locais compatíveis com a competência municipal o fomento, a regulação, planejamento da atividade econômica? E a atuação direta do Estado municipal na economia?

Finalmente, passaremos a tratar a seguir do impacto local de algumas atividades econômicas e do diálogo existente entre os incisos do artigo 30 e os artigos 173 e 174 da Constituição Federal de 1988.

CAPÍTULO III - A INTERVENÇÃO DO MUNICÍPIO NA ATIVIDADE ECONÔMICA

3.1 Considerações Iniciais

As relações entre Estado, Direito e mercado, embora estampem com frequência os debates midiáticos, raramente são examinadas com a merecida profundidade. No alvorecer de uma nova revolução industrial¹⁰⁹, marcada pela significativa transformação do processo produtivo, do valor do trabalho humano e da acumulação de riqueza, a busca por análises simplistas e excludentes, bem como por verdades absolutas, pouco (ou nada) contribui para o entendimento do genuíno potencial destas estruturas, fundamentais a qualquer progresso econômico.

Neste sentido, parece-nos ingênuo e demasiadamente ideológico crer que o sucesso de determinada economia baseie-se apenas em um destes vetores, em total desarmonia com os demais. Afinal, cada um deles – *Estado, Direito e mercado* – desempenha funções próprias e pode contribuir, a seu modo, para a consecução dos objetivos de uma sociedade.

Ao Estado incumbem, na atualidade, as complexas atribuições de estimular e garantir o desenvolvimento, em todos seus aspectos, além de arbitrar¹¹⁰ diferentes demandas, a partir da melhor concepção de interesse público¹¹¹.

¹⁰⁹ Conhecida como Quarta Revolução ou Revolução 4.0, a atual revolução industrial apresenta traços distintivos em relação às anteriores, particularmente quanto à velocidade, amplitude e profundidade das mudanças introduzidas. Destaca-se, assim, pela complexidade e sofisticação tecnológica. A título ilustrativo, enumeramos algumas características da Revolução 4.0 como (i) o aprimoramento de tecnologias de inteligência artificial; (ii) a internet das coisas; (iii) a computação quântica; (v) a nanotecnologia; (vi) a disseminação de impressoras 3D, (vii) o big data, entre outros. Para aprofundamento sobre o tema, cf. SCHWAB, Klaus. **The Fourth Industrial Revolution**. World Economic Forum. Geneva: 2016.

¹¹⁰ Segundo aponta Floriano de Azevedo Marques Neto: “Devemos concordar que ela (Administração Pública) exerça uma ‘adequada intercomunicação’ com os atores sociais para bem exercer as finalidades públicas que justificam a sua existência. Entre nós, Odete Medauar bem divisou este processo, dando contornos bastante claros àquilo que ora afirmamos. Diz a doutrinadora: ‘A atividade de consenso/negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração.’” *Op. cit.*, p. 158.

¹¹¹ Como demonstrado no capítulo anterior, muito se discute atualmente sobre a real apartação entre o interesse público e o privado, além da capacidade do Estado de traduzir as demandas públicas Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica – Princípios e Fundamentos Jurídicos**; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**; SCHIRATO, Renata Nadalin. **Interação Público-Privada no Ambiente Urbano**.

Diante destas tarefas, ao Direito, por sua vez, é exigida a capacidade de adaptação ao dinamismo econômico e social¹¹².

Tércio Sampaio FERRAZ JR. (2007) nos ensina, por exemplo, que o Direito, antes predominantemente prescritivo de sanções negativas e repressivas¹¹³, evoluiu para dar maior ênfase à organização e condicionamento de comportamentos desejados, por meio de normas secundárias e de sanções positivas¹¹⁴.

Norberto BOBBIO (2007, p. 13), a seu turno, informa que, no Estado contemporâneo, é cada vez mais necessário e frequente o uso de técnicas de encorajamento, manejando-se o direito como instrumento promocional, através das sanções premiais.

O Direito¹¹⁵, assim, oferece ferramental normativo para que o Estado possa dar cabimento apropriado a uma miríade de atribuições que lhe foram sendo outorgadas pelas realidades social e econômica, no sentido de ordenar, regular, policiar e fomentar.

¹¹² Na lição exata de Odete Medauar, “*é, indubitavelmente nesse diálogo de princípios, nesse contraponto de princípios, e na sua adaptação aos fatos que o direito encontra sua ordem e sua vida.*” (MEDAUAR, Odete. **Poder de Polícia – Origem, evolução, crítica à noção, caracterização** in **Poder de Polícia na Atualidade**. MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Victor, 2014. p. 24)

¹¹³ A ciência dogmática do direito, nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Junior, tende a assumir um “papel conservador” das regras por si “sistematizadas e interpretadas”, naquela que N. Bobbio denomina “teoria estrutural do direito”. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução à Ciência do Direito**, p. 82.

¹¹⁴ Explica Tércio Sampaio Ferraz Jr: “*Com efeito, a importância conferida ao aspecto repressivo – o direito como expressão do proibido e do obrigatório – reproduz a distinção – hegeliana – entre sociedade civil e Estado, bem como a cisão entre as esferas dos interesses econômicos e dos interesses políticos.[...] É verdade que, modernamente, as transformações e o aumento de complexidade da sociedade industrial alteraram em parte essa situação. Afinal, hoje, o Estado cresceu para além de sua função garantidora e repressiva, aparecendo muito mais como produtor de mercadorias. Com isso, foi sendo montado um complexo instrumento jurídico que lhe permitiu, de um lado, organizar sua própria máquina assistencial, de serviços e de produção e, de outro, criar um imenso sistema de estímulos e subsídios. Ou seja, o Estado, hoje, se substitui, ainda que parcialmente, ao mercado na coordenação de economia, tornando-se o centro de distribuição da renda, ao determinar preços, ao taxar, ao criar impostos, ao fixar índices salariais etc. De outro lado, a própria sociedade alterou-se, em sua complexidade, com o aparecimento de fenômenos novos, como organismos internacionais, empresas multinacionais, fantásticos sistemas de comunicação, etc. Ora, nesse contexto, o direito, como fenômeno marcadamente repressivo, modifica-se, tornando-se também e sobretudo um mecanismo de controle preventivo: em vez de disciplinar e determinar sanções em caso de indisciplina, dá maior ênfase a normas de organização, de condicionamentos que antecipem os comportamentos desejados [...] Nessa circunstância, o jurista além de sistematizador e intérprete, passa a ser também um teórico do aconselhamento, das opções e das oportunidades.*”(grifo nosso) *Op. cit.*, p. 84.

¹¹⁵ O ordenamento jurídico é um todo concatenado que forma uma unidade sistemática organizada pela hierarquia entre suas normas e não por princípios jusnaturalistas intuitivos. O sistema é uma organização de normas cujas lacunas são colmatadas por meio da auto integração, pelo caminho da analogia e dos princípios gerais do direito. Ora, essa ideia de que o ordenamento jurídico seja completo e forneça sempre uma solução é um verdadeiro dogma do positivismo jurídico, que, tendo sofrido críticas no início do século passado (escola do direito livre), foi obrigado a aperfeiçoar-se, de uma visão dogmática para uma visão crítica. Superada a noção de espaço jurídico vazio já que sempre se estará no campo do comandado, do proibido ou do permitido o positivismo evoluiu para o conceito de norma geral exclusiva. No preciso resumo de Norberto BOBBIO: “*uma norma que regula um comportamento não só limita a regulamentação e, desse modo, as consequências jurídicas que decorrer dessa regulamentação àquele comportamento, mas ao mesmo tempo exclui dessa*

Por sua vez, o mercado, entendido aqui como a iniciativa privada, em sua busca legítima pelo lucro¹¹⁶, possui o condão de exteriorizar preferências e vontades econômicas dos agentes particulares. Em última análise, sua existência é verdadeiro corolário da liberdade econômica, por isso ele deve ser protegido contra eventuais condutas anticompetitivas, que de algum modo impeçam a manifestação da liberdade dos indivíduos com menor poder econômico ou inibam a inovação¹¹⁷.

Ademais, a expressão *mercado* pode ainda designar um “*locus artificialis*”, ambiente criado pelo ser humano para desenvolver suas atividades de troca¹¹⁸, ou uma “instituição jurídica”, com elevado impacto social (GRAU, 2019, p. 29).

Seja qual for a acepção de mercado adotada, resta claro que a sua interação com o Poder Público e, conseqüentemente, com o Direito, não é absolutamente antagônica, mas antes de interdependência. Assim como o modo de produção econômico influi no conteúdo das normas jurídicas e nos desafios estatais, o Estado, sobretudo por meio do ordenamento jurídico, fornece ao mercado os elementos de previsibilidade e segurança tão caros ao desenrolar das atividades econômicas¹¹⁹.

regulamentação todos os outros comportamentos[...] Todos os comportamentos não compreendidos na norma particular são regulados por uma norma geral exclusiva, quer dizer, pela regra que exclui (por isso é exclusiva) todos os comportamentos (por isso, é geral) que não fazem parte daquele previsto pela norma particular.” **Teoria do Ordenamento Jurídico**, pp. 127-128.

¹¹⁶ O sistema de produção capitalista, adotado pela Constituição Federal de 1988, é caracterizado não apenas pela propriedade privada dos meios de produção, como também pelo exercício do direito da livre iniciativa pelos cidadãos, tomados em sua dimensão privada. Entretanto, em nosso ordenamento, mesmo a busca pelo excedente econômico deverá estar alinhada aos contornos da ordem constitucional econômica do artigo 170 e aos objetivos do Estado brasileiro, apresentados pelo artigo 3º. Será esta harmonia (com os fins coletivos) a responsável por legitimá-la. No precioso resumo de José Afonso da SILVA, “*a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que ‘liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo’*. É legítima, quando exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de lucro puro e realização pessoal do empresário.” **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 807.

¹¹⁷ Na síntese da Professora Paula FORGIONI: “*A grande questão (da disciplina antitruste) é criar e preservar, nos ditames constitucionais, ambiente no qual as empresas tenham efetivos incentivos para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores; proteger o processo competitivo e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico.*” **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 188.

¹¹⁸ Neste mesmo sentido, ao tratar sobre a evolução do padrão de mercado, assevera Karl POLANYI que as origens do mercado indicam-no como “*um local de encontro para a finalidade da permuta ou da compra e venda*”, gradualmente transformado em instituição vital para a existência da sociedade capitalista dos séculos XIX e XX (isto é, a sociedade de mercado). **A Grande Transformação: As Origens de Nossa Época**, pp. 76-77.

¹¹⁹ Neste sentido, é fundamental lembrar a simbiose entre Estado e burguesia na formação e consolidação do Capitalismo, a partir da Idade Moderna. Como aponta Vicente BAGNOLI: “*O Rei teve papel fundamental no processo de centralização política, pois é o Rei que representa o Estado, a Nação; delimita seu território, organizando as fronteiras e estabelecendo os limites geográficos de seu reino: organiza um sistema de pesos e medidas; impõem um sistema monetário; e unifica as leis. Tudo isso contribui para facilitar o comércio*

Sugere Eros Roberto GRAU (2019, p. 31) que o Direito figura como “*mediação específica e necessária das relações de produção*” capitalistas e, em sua falta, “*essas relações não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se*”. Outrossim, para além da supracitada intermediação de interesses, vale lembrar que o sistema jurídico elabora categorias e institutos, em torno dos quais se desenvolvem as múltiplas práticas capitalistas¹²⁰.

Nas comunidades locais, sobretudo as do meio urbano, a forma como interagem o Estado e a iniciativa privada é ainda mais decisiva, dada a proximidade (inclusive física) entre os agentes, o compartilhamento de recursos escassos e das infraestruturas, além do impacto direto das atividades no bem-estar da população.

Sob este ponto de vista, o Município torna-se capaz, simultaneamente, de catalisar interações econômicas e de condensar interesses locais - públicos e privados. No atual estágio brasileiro, portanto, a atuação do ente municipal em âmbito econômico nas suas diversas modalidades ganha cada vez mais relevo.

Ao longo de nosso histórico constitucional, o Município destacou-se por sua importância administrativa, bem como pelo relevo de suas decisões¹²¹.

Enquanto unidade política local, foram-lhe sendo conferidas, gradativamente, atribuições legislativas e administrativas, combinadas com considerável grau de autonomia. Desde as Forais do período colonial, atravessando a centralizadora Constituição Imperial de 1824 e todas as posteriores constituições republicanas (inclusive a atual), pôde-se observar que a autonomia municipal esteve presente, tendo variado apenas sua intensidade, submetida que estava às jusantes e montantes dos sucessivos regimes que se interpolaram no país.

marítimo e colonial; recebe os impostos que a burguesia paga e com esse dinheiro pode se lançar no processo das grandes navegações e organizar um exército; com o exército organizado o Rei oferece paz, segurança e ordem para a burguesia realizar com tranqüilidade suas transações comerciais; conseqüentemente vai desenvolver o Regime Absolutista e o Sistema Mercantilista.” BAGNOLI, Vicente. Poder Econômico e Imperialismo: A relação entre Público e Privado in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 101, jan./dez. 2006, p. 588.

¹²⁰ Os contratos e a propriedade são excelentes exemplos de institutos jurídicos ainda hoje substanciais ao sistema capitalista, não obstante tenham sofrido mutações no decorrer dos séculos. Sobre as alterações dos institutos jurídicos, cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: Lições Introdutórias**. São Paulo: Atlas, 2011.

¹²¹ NOGUEIRA, Ataliba. **Teoria do Município** in Revista de Direito Público, v. 6, p. 10, out- dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

Finalmente, as atribuições políticas deferidas à entidade municipal na Constituição Federal de 1988 erigiram o Município brasileiro ao patamar de entidade estatal de terceiro grau, integrando nosso sistema federativo, conforme exposto no capítulo inaugural deste trabalho.

Tal autonomia encontrou sua preamar no diploma constitucional vigente, que trouxe regime jurídico particularmente adesivo ao movimento que ficou conhecido como Municipalismo.

Concebeu-se o Município, na nova ordem constitucional, segundo parte da doutrina, como verdadeiro ente federado¹²², elemento integrante da Federação, imputando-se-lhe papel essencial no modelo político-administrativo brasileiro.

Ora, o Município, como entidade político-administrativa de terceiro grau, integrante do sistema federativo brasileiro, tem atribuições na consecução de políticas públicas e na prestação de serviços públicos que já há muito estão consagradas e sedimentadas.

Acrescente-se a este fato que novas e mais variadas demandas são confiadas ao ente municipal, o qual, ao fim e ao cabo, está mais próximo dos problemas e dos destinatários finais de toda e qualquer política pública, o cidadão.

Nesse passo, percebemos, então, que, em primeiro lugar (*i*) ao Estado contemporâneo cabem as funções de fomentar e regular a economia, bem como fiscalizar e planejar o desenvolvimento, podendo, inclusive, atuar como agente de mercado; e em segundo lugar (*ii*) o Município brasileiro, efluência local deste Estado, tem relevante grau de participação no sistema federativo nacional, estando, por definição conceitual, encarregado de ocupar-se das questões sensíveis ao cotidiano local, as quais também tem evoluído *pari passu* com o complexo desenvolvimento da sociedade.

Caberia ainda lembrar que este ente federado de vocação local foi concebido em nosso ordenamento de maneira uniforme, *i. e.*, sem distinção textual entre pequenos municípios rurais e grandes conglomerados urbanos.

¹²²Neste sentido, cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013. Direito Municipal. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2010.

Em outras palavras, não obstante o enfrentamento de problemas de maior complexidade¹²³, os grandes municípios possuem, sob a perspectiva do texto constitucional, as mesmas competências que as menores cidades e igual esteio constitucional para exercerem suas atribuições, nos contornos e limites estabelecidos pela Constituição Federal.

Surge, então, naturalmente a questão sobre a possibilidade jurídica da intervenção municipal no domínio econômico, sob o prisma das competências constitucionais, bem como dúvidas a respeito do alcance da expressão *interesse (público) local* ao se tratar da atuação do Município no ambiente econômico.

Dito isto, desde logo, perguntar-se-ia: quais os estritos termos da competência municipal¹²⁴ para intervenção no domínio econômico? Estariam aquelas funções ditas de intervenção no domínio econômico albergadas pelas atribuições municipais? De que forma o Município pode atender às novas demandas sociais?

O presente capítulo concentrará esforços na análise das competências municipais, previstas pela Constituição Federal, a fim de estabelecer a extensão do Poder Público municipal enquanto ator, regulador, fomentador, fiscalizador e planejador da atividade econômica, dentro dos limites territoriais e constitucionais para tais funções.

Nesse diapasão, este estudo sobre os limites da competência municipal para intervenção na atividade econômica considerou todas as modalidades de atuação estatal no meio econômico e levou em consideração o desenho federativo e as peculiaridades da interpretação do que vem a ser o *interesse (público) local*.

Após a assimilação do exato dimensionamento das funções que sintetizam as formas de intervenção estatal na economia, bem como do estudo aprofundado das competências imputadas ao Município, pretendeu-se, ao fim e ao cabo, compreender as precisas bases de sustentação da intervenção municipal no domínio econômico¹²⁵.

¹²³ Nas grandes cidades, esta complexidade está relacionada às dimensões territoriais dos Municípios, ao grande número de agentes que disputam o espaço e o mercado urbanos, à conurbação entre cidades vizinhas, bem como à alta velocidade do fluxo de informações e das inovações. Consequentemente, atividades econômicas geram impactos muito maiores de natureza ambiental e urbanística, por exemplo.

¹²⁴ COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **As Competências do Município na Constituição de 1988**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000. Ver também SILVA, José Afonso, *op. cit.*, pp. 652 - 653.

¹²⁵ A Lei Orgânica do Município de São Paulo é ilustrativa, em seus artigos 143 e 160, sobre a responsabilidade municipal de planejar e disciplinar o desenvolvimento de suas atividades econômicas. Neste aspecto, José Fernando BREGA atenta para a remissão às Constituição Federal e do Estado de São Paulo na Lei Orgânica

Ante todas as questões apontadas acima, propusemo-nos, nesta dissertação, a verificar qual a posição ocupada pelo Município no pacto federativo, enquanto agente interventor nas atividades econômicas.

Bem assim, buscamos entender quais os limites de sua atuação, visto que o ordenamento jurídico deve responder aos desafios cotidianos e às novas demandas sociais.

Para tanto, em um primeiro momento, caberá apresentar brevemente os conceitos de domínio econômico e ordem econômica e, em seguida, aprofundar sobre as formas de atuação estatal na economia. Superadas estas etapas, partiremos para a análise pontual das modalidades de ação do ente municipal no domínio econômico, observando sempre as competências do Município atribuídas pela Constituição Federal.

3.2 O mercado como instituição jurídica

Em virtude da evolução do próprio Capitalismo, o termo *mercado* teve seu significado inicial bastante alargado: de mero espaço de trocas comerciais passou a pilar sustentador da sociedade atual, conhecida também como sociedade de mercado.

Na exposição crítica de Karl POLANYI (2012, p. 52):

“[...] Num período extremamente curto, a ficção mercantil aplicada ao trabalho e à terra transformou a sociedade humana. A identificação da economia com o mercado foi *colocada em prática*. A dependência essencial do ser humano em relação à natureza e a seus semelhantes, para obter meios de subsistência, foi posta sob o controle dessa moderna criação institucional de poder superlativo, o mercado, que se desenvolveu da noite para o dia a partir de um começo modesto. Essa engenhoca institucional, que se tornou a força dominante da economia – agora justificadamente descrita como *economia de mercado* -, originou um fenômeno ainda mais extremo: uma sociedade inteira inserida no mecanismo de sua própria economia – *a sociedade de mercado*.”

O professor Eros GRAU (2019, pp. 29-40), com sabedoria, há muito definiu o mercado como instituição jurídica, formatada e assegurada pelo Direito posto pelo Estado, *i. e.*, pelo direito positivo.

Afinal, o ordenamento jurídico confere ao sistema econômico a segurança e a previsibilidade jurídicas, sem as quais as suas atividades não podem prosperar.

Embora um estudo aprofundado sobre os aspectos jurídicos do Capitalismo mereça dissertação própria, parece fundamental à nossa análise, ao menos, informar sucintamente as noções de domínio econômico e ordem econômica.

3.2.1 O domínio econômico

A conceituação de “domínio econômico” adquire particular relevância em um estudo cujo título antecipa o escrutínio da intervenção municipal no domínio econômico, com base nas regras constitucionais de competência e na interpretação do interesse local.

A consagrada expressão “intervenção estatal no domínio econômico”, subentendida em nosso título, traduz antiga ideia liberal segundo a qual o domínio econômico é o campo de atuação privada, em regra, alheio ao Estado. Por isso, a atividade estatal neste setor seria tratada como uma intervenção, ou seja, uma ação na esfera de outrem.

A respeito do tema, sintetiza o Professor Washington Peluso Albino de SOUZA (2006, p. 319): *“Quando tomada para o Estado Liberal, significa que a atividade econômica seja naturalmente do ‘domínio privado’. Tanto que a presença do Estado, por não ser desejada, constitui ‘intervenção’.*

Por isso, alguns autores defendem a utilização preferencial dos vocábulos “ação” ou “atuação” ao invés de “intervenção”, ao mencionar a atividade do Estado na economia, tratada especialmente pelos artigos 173 e 174 da Constituição Federal de 1988.

Gilberto BERCOVICI (2015), ademais, consagra também a expressão “iniciativa econômica pública” para se referir à atuação direta do Estado em âmbito econômico.

Feita esta importante ressalva, observamos que o uso do termo “intervenção” adotado no presente trabalho, antes de significar uma visão ideológica da Constituição Federal ou uma defesa incondicional do princípio da subsidiariedade horizontal¹²⁶, deve-se apenas à tradição e à sedimentação do termo entre os juristas. Desta maneira, o leitor encontrará, em determinados momentos, o emprego da clássica expressão “intervenção” e, em outros, dos termos “ação” ou “atuação”, sendo todos utilizados em igual sentido.

Com apoio no pensamento de Eros Roberto GRAU (2019, p. 88), destacamos mais uma de suas lições:

“Assim, inicialmente, quanto à referência a *intervenção* e não, meramente, a *atuação* estatal, desejo insistir em que o vocábulo e expressão aparentam ser, à primeira vista, absolutamente intercambiáveis. Toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção; de outra banda, relembra-se que o debate a propósito da inconveniência ou incorreção do uso dos vocábulos *intervenção* e *intervencionismo* é inútil, inócuo. Logo, se o significado a expressar é o mesmo, pouco importa se faça uso seja da expressão – *atuação (ou ação) estatal* – seja do vocábulo – *intervenção*.”

Em síntese, para fins desta dissertação, o domínio econômico será entendido como o campo de atuação – pública e privada – em que se desenvolvem as atividades econômicas. Será ele, portanto, o ambiente para a profusão de variados interesses e, principalmente, para o florescimento do interesse público local.

3.2.2 A ordem econômica

Normalmente estudada junto com o domínio econômico, a ordem econômica merece algumas linhas próprias.

De acordo com André Ramos TAVARES (2011, pp. 80-83), “*a ordem econômica é a expressão de um certo arranjo, dentro de um específico sistema econômico,*

¹²⁶ Neste caso, reafirmamos tratar-se do princípio da subsidiariedade em sua dimensão horizontal, pautado na dicotomia entre agentes privados e Estado.

preordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que conforma um sistema econômico”.

Colocado de outro modo, trata-se de um conjunto de princípios, em funcionamento harmônico, que traduzem a concepção teórica do modelo econômico idealizado, bem como a realidade da vida econômica experienciada (SOUZA, 2006, p. 179).

Em nosso caso, a Ordem Econômica, fundada juridicamente pela Constituição Econômica¹²⁷, é atrelada umbilicalmente ao Estado, cuja origem teórica também encontra exurgência no texto constitucional. Isto significa que, quando se está diante da Constituição Federal, visualizam-se, a um só tempo (i) a fundação dos preceitos jurídicos da Ordem Econômica e (ii) os papéis, ou competências, conferidas ao Estado nesta interface com a economia.

Podemos também falar de uma Ordem Econômica Municipal, no qual incidem não apenas os princípios tratados no artigo 170 da Carta Magna de 1988, mas também aos princípios que dizem respeito à política urbana (artigos 182 e 183 da Constituição Federal) os quais visam, em última análise, regular o impacto das atividades econômicas locais no cotidiano do cidadão.

3.3 A atuação do Estado no domínio econômico

Durante muito tempo, a atuação do Estado privilegiou um papel interventivo mais Direito, marcado pela produção de infraestrutura, bens e serviços por empresas estatais, monopolistas ou exploradoras exclusivas, em vistas à persecução do interesse nacional por um modelo de afirmação da soberania estatal mediante a estatização de atividades econômicas (MARQUES NETO, 2014, p. 406).

¹²⁷ André Ramos TAVARES, ao retomar as lições do ilustre Prof. Vital MOREIRA, atenta ao fato de que, embora correlatas, a ordem econômica constitucional e a Constituição Econômica não são expressões sinônimas, devido à abrangência de seus significados. Em outras palavras, a ordem econômica comporta sentido bem mais amplo, ao incluir em seu núcleo semântico todas as normas e instituições cujo objeto sejam as relações econômicas e não apenas aquelas presentes na Constituição Econômica. **Direito Constitucional Econômico**, p. 16.

Com o passar dos anos, já na década 90, tal formulação obsolesceu, fortalecendo-se os instrumentos de intervenção indireta, por indução ou coerção. Como ensina Floriano de Azevedo MARQUES NETO, essa passagem de forma alguma significou um *minus* quantitativo do Estado na vida econômica, mas uma verdadeira mudança qualitativa (2014, p. 407):

“É importante frisar que a passagem da intervenção estatal mais direta na economia para uma intervenção que se utiliza predominantemente de instrumentos de intervenção indireta não significa que haja “menos” intervenção ou que o Estado esteja presente em menor intensidade. Há uma *mudança qualitativa*, na forma de intervenção estatal, que não necessariamente enseja uma alteração no *quantum* dessa intervenção. Tanto é assim que, atualmente, continuam existindo setores econômicos submetidos à intensa regulação estatal.”

Eros GRAU (1981) difere intervenção/ação por *absorção* ou *participação*, em que o Estado participa da unidade produtiva econômica; intervenção/ação por *direção*, em que o Estado pressiona a economia por meio de normas e mecanismos compulsórios; e intervenção/ação por *indução*, que ocorre nos casos em que o Estado vale-se das leis de mercado para induzir ou manipular os agentes econômicos.

Com o intuito de enriquecer a análise ora proposta, qual seja, o exame da atuação do Município em âmbito econômico, faz-se necessária uma última observação. Segundo explica o próprio GRAU (2014, pp. 143-146), as atuações estatais podem ser *no* e *sobre* o domínio econômico, não devendo ser confundidas.

Na primeira circunstância, quando o Estado atua *no* campo econômico, ele assume a postura de agente de mercado. Assim, torna-se um sujeito econômico, atuando em regime de monopólio (absorção) ou em concorrência com os demais (participação).

De outra sorte, quando atua *sobre* o mercado, ele o faz na posição de regulador de condutas dos demais agentes. Para tanto, o Estado utiliza-se de normas de intervenção por direção, instituidoras de comportamentos compulsórios, *e. g.* tabelamento

de preços, ou normas de intervenção por indução, como os estímulos a uma atividade econômica¹²⁸.

Guardadas as devidas dimensões e respeitada a atribuição constitucional de competências, tal divisão valerá também ao Município.

Singelamente, é possível divisar cinco formas de intervenção do Estado no domínio da economia¹²⁹. O Estado pode ser o próprio agente econômico, circunstância em que atua *diretamente* no mercado, através de empresas estatais, e assume o papel de agente produtivo; bem como operar *indiretamente* na economia, por meio das distintas funções de fomento, planejamento, fiscalização ou regulação da atividade econômica.

Ainda que estes modos de intervenção estatal no âmbito econômico não sejam excludentes, é possível vislumbrar, conforme o período histórico e o contexto político, a preferência por um(s) dele(s).

Na década 90, como vimos, à medida que se diminuiu a atuação direta do Estado na economia, houve concomitante intensificação dos meios indiretos de intervenção estatal¹³⁰.

A estas funções estatais, caracterizadas pela atuação pública na economia, convencionou-se chamar de intervenção do Estado no domínio econômico, a ser tratada em detalhes nas páginas a seguir.

3.4 A atuação do Município no domínio econômico e seus pressupostos¹³¹

¹²⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. pp. 143-146. Antes de E. R. GRAU, Geraldo Camargo VIDIGAL propusera divisão entre: I) as formas de participação do Estado na atividade econômica (serviços públicos, monopólios e explorações competitivas) e II) formas de ação do Estado sobre a atividade econômica (ações visando à direção e ações visando a intervenção). **Teoria Geral do Direito Econômico**, 1977. pp. 99-100.

¹²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 818.

¹³⁰ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Fomento** in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. **Tratado de Direito Administrativo**, v. 4, 2014. pp. 407-411.

¹³¹ Aqui faremos um rol exemplificativo de políticas públicas municipais que sejam, ao mesmo tempo, respaldadas pelo rol de competências atribuídas constitucionalmente aos entes locais e signifiquem formas de intervenção municipal na atividade econômica.

Conforme estudado até aqui, o Município no Brasil possui características distintas das demais experiências de governo local ao redor do globo.

Tais características ligam-se, historicamente, à forma de colonização do imenso território brasileiro. Ainda que, durante o Império, a Lei de 1º de outubro de 1828 e o Ato Adicional tenham suprimido algumas atribuições antes conferidas ao governo local, na prática, os Municípios sempre cumpriram inestimável papel em nosso cotidiano.

Pudemos compreender também, que a Constituição Federal de 1988 reservou lugar de destaque ao ente municipal, na tradição inaugurada de maneira tímida pela Constituição Federal de 1934, mas retomada de forma muito veemente pela Constituição de 1946. Sua autonomia, atrelada à competência para cuidar de assuntos locais, instrumentalizou os prefeitos e vereadores para a condução dos assuntos da comunidade.

Inobstante as atribuições de que goza o Município hoje, ainda há quem, escorado no argumento do engessamento institucional, critique o modelo federativo adotado por nosso constituinte originário, conforme verificamos no item 1.2 do trabalho.

Diogo R. COUTINHO, em estudo sobre os gargalos jurídico-institucionais à inovação no Brasil, aponta que o método empírico, de erros e acertos, é essencial para aperfeiçoar os modelos regulatórios e de políticas públicas em geral (2015, p. 110):

“Tem-se argumentado que o sucesso de políticas de inovação depende não apenas da capacidade governamental de coordenar atores, mas também de um esforço contínuo de revisão e aperfeiçoamento, isto é, requer-se uma estrutura que possibilite e estimule o chamado *policy learning*. Esse processo demanda, de um lado, certo grau de experimentalismo na política e, de outro, a capacidade de avaliar suas ações e aprender com a própria experiência ao longo do tempo.”

Muitos administrativistas têm alertado para o fato de que os gestores públicos carecem de alguma margem para que possam implementar mudanças na forma de regular e administrar. Desta maneira, a partir do processo de experiências de sucesso e fracasso, aperfeiçoar a relação entre Estado e mercado¹³².

¹³² O Município, para fazer frente a todos os desafios enunciados, carece de alguma margem de autonomia, para que se possa exercitar o bom experimentalismo, essencial para o aperfeiçoamento das políticas públicas, que já encontram, em geral, grande resistência por parte dos muitos e sobrepostos órgãos de controle existentes no Brasil. Sobre esse tema, vide CAGGIANO, Álvaro T.; VERDEROSI, Lucas Reis. **Eficiência Administrativa: ‘Bússola’ Apontada Para Racionalização Do Controle Da Administração Pública** in

Daí alguns economistas festejados mundo afora defenderem um novo localismo¹³³, capaz de viabilizar ambientes pulverizados de experimentalismo na política, no sentido de criar laboratório de crescimento e progresso.

Paul ROMER, economista estadunidense vencedor do Prêmio Nobel de Economia em 2018, defende que o modelo de *Charter Cities* pode transformar e impulsionar o desenvolvimento econômico.

Como analisado anteriormente, nos EUA, a *Charter City* é um Município (cidade ou organização local que o valha), no qual o sistema de governança é autônomo, independente das leis estaduais, nos limites do que for definido pela *Charter* (carta própria)¹³⁴.

O prestigiado economista americano, baseado nas Zonas Econômicas Especiais chinesas (e.g., Shenzhen), defende a viabilização de focos de desenvolvimento

Estudos de Direito Constitucional – Homenagem à Professora Monica Herman Salem Caggiano.: “Com efeito, o panorama legal, retratado isoladamente, revela verdadeiro cipoal normativo, circunstância perfeita para a indesejada sobreposição de competências, da qual resultam conflitos entre entes controladores. No âmbito do controle estatal, é possível afirmar, como premissa, que serão tão mais eficientes as medidas de combate à corrupção, quanto maior poder profilático elas tiverem. Tal circunstância, entretanto, resulta do funcionamento harmônico, racional e, sobretudo, eficiente dos órgãos de controle [...] Todavia, não obstante o reconhecimento da importância do debate sobre o controle de eficiência dos órgãos estatais, este artigo propõe investigar a aplicação do princípio da eficiência sob um novo enfoque: ao invés do tradicional **controle de eficiência**, quer-se verificar a **eficiência do controle**. Ou seja, indaga-se em que medida o comportamento dos órgãos de controle no Brasil é eficiente, caminhando para a racionalização e composição de procedimentos em cooperação harmoniosa e, portanto, em consonância com o princípio constitucional da eficiência administrativa. Como atividades administrativas, as ações de controle não podem estar infensas ao atendimento dos princípios norteadores da Administração Pública. Por essa razão, devem guiar-se pelo primado da eficiência sob dois ângulos, ao mesmo tempo. Tomado individualmente, o órgão de controle deve atuar de maneira a evitar desperdício de recursos e atingir seus objetivos com a maior racionalidade e economicidade possíveis. De outra sorte, e este passa a ser o núcleo da discussão aqui proposta, os diferentes órgãos de controle devem, em seu conjunto, racionalizar a atuação para buscar da forma mais concertada e harmônica possível, a consecução do objetivo comum: verificar se a Administração Pública cumpre seus fins e persegue o interesse público, respeitando os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no caput do art. 37 da Constituição Federal.” (grifo nosso) (pp. 35-36). No mesmo sentido, cf. PEREZ, Marcos; SOUZA, Rodrigo Pagani de (coord.). **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

¹³³ Como definição de localismo, valemo-nos da lições de Mayr GODOY: “*Todo o estudo, no campo do direito dedicado ao relacionamento entre o Estado e ao agente público local, entre este e os cidadãos e os cidadão entre si, quando restrito ao peculiar interesse comunitário, constitui objeto do localismo. O localismo, dessa forma, tem cabimento em todos regimes e sistemas porque a ideia de governo pressupõe a de povo, que será sempre o somatório de comunidades e, em toda comunidade, haverá sempre interesses peculiares a serem satisfeitos pelo agente público. Com estas considerações, depreende-se que o normativismo localista principia pelo estabelecimento de uma forma de administração local e sua competência. Esta amplitude conceitual abarca modelos estruturados desde um só agente, de função atribuída por um nível de governo, até entidades de poder público, autônomas, com ordem de competência e rendas próprias.*” **A Lei Municipal**. São Paulo: J. Bushatsky, 1974. p. 3.

¹³⁴ Nos países onde o Município tem um certo protagonismo na esfera econômicas - duas maiores potências atuais, EUA e China - a dimensão local não foi preterida, mas se fortalece do experimentalismo local. Na Califórnia, onde há quase 500 *Charter Cities*, podemos citar como exemplos: San Francisco, San Luis Obispo, Irvine, Los Angeles, San Jose, Merced e a capital, Sacramento.

econômico regidos por estruturas locais, onde haja conjunção entre Estado e capital privado para a promoção do desenvolvimento econômico organizado¹³⁵.

Trata-se, no limite, de uma ode à autonomia municipal e ao experimentalismo local, já que, para ele, o principal fator limitador de desenvolvimento não será a escassez de recursos ou a falta de conhecimento tecnológico, mas a incapacidade de descobrir e implementar novas regras, novas ideias de como estruturar interações entre pessoas, direitos patrimoniais e normas de cunho social.

Segundo ele (2012, pp.4-5):

“A charter city extends the concept of a special economic zone by increasing its size and expanding the scope of its reforms.[...] Its reforms must extend to all the rules needed to structure interactions in a well-run city and to support exchange in a modern market economy. [...] Competition between different jurisdictions – with each trying to attract new members by implementing better rules – can be a powerful source of human progress.”

O modelo federativo brasileiro já atende a essa perspectiva internacional de favorecimento da liberdade municipal na formulação de suas próprias estruturas jurídicas. Como referimos em momento anterior, há um certo fetichismo legislativo na respeitável avaliação de grandes juristas brasileiro que prefeririam um modelo federativo que permitisse uma maior flexibilidade na auto-organização das cidades.

O problema, a nosso ver, consiste em estudar o sistema constitucional em vigor e não conseguir extrair dele algo que nele já está. A autonomia e o interesse local (como regra de competência formulada em um enunciado genérico) possibilitam que o intérprete consiga aplicar a lei de maneira a se adequar às demandas de cada localidade.

A Professora Monica Herman S. CAGGIANO (2004), supracitada, reconhece no federalismo uma verdadeira cultura. Assim é que, na dinâmica econômica e social em que está inserida a federação brasileira, depende do intérprete uma certa cultura de olhar nossa estrutura constitucional, onde a competência do Município está lastreada

¹³⁵ Para maior aprofundamento sobre o assunto, cf. ROMER, Paul. **Technologies, Rules, and Progress: The case for Charter Cities.**

propositadamente numa regra de conceito aberto, e percebê-la como a solução para o tão desejado experimentalismo competitivo sugerido acima.

Evidentemente, o interesse nacional deve ser manejado pela União, mas é nas localidades que afloram as condições de viver e produzir, ainda mais em um mercado constituído de cadeias globais de produção como o que vemos contemporaneamente.

Nesse sentido, no decorrer de nossos estudos, ao aprofundar o tema das competências municipais, percebemos que o conceito aberto de interesse público contém a semente para solucionar o problema de engessamento do governo local. Ele está alinhado, inclusive, à tendência jurisprudencial de fortalecimento da federação, com aplicação crescente do princípio da subsidiariedade em seu sentido vertical, prelúdio de uma visão que contemple cada vez mais o Município como agente de transformação econômica¹³⁶.

Conforme estudamos no capítulo II, Nobert REICH (2011, p. 765), ao refletir sobre a Intervenção do Estado na Economia, contrapõe os “interesses difusos” aos “interesses especiais”, que para ele “são evidenciados por atores sociais que estão bem organizados devido ao fato de que podem ganhar (ou perder) muito com a mudança social”. Já os interesses difusos, segundo o autor alemão, “são aqueles que têm o caráter de um bem público [...] dizem respeito à qualidade de vida global”.

Renata Nadalin Meireles SCHIRATO, em seu mestrado, defendido na Faculdade de Direito do Largo São Francisco em 2014 (pp. 60-72), cataloga aqueles que

¹³⁶ Tal é o panorama por de trás da necessidade de adaptação do Direito ao dinamismo econômico e social. A formatação de naturezas jurídicas a institutos rígidos é posta à prova. E o jurista é chamado a propor as soluções para os desafios de turno. O quadro acima descrito justifica atenção das ciências humanas para compreender a questão urbana no contexto de globalização dos mercados e do capitalismo 4.0. Esclarecemos que este trabalho acadêmico não tem a pretensão de analisar os fenômenos que nos rodeiam sob uma ótica antropológica, sociológica ou filosófica, mas eminentemente jurídica. Qual exatamente o papel do Direito nesse contexto? Bem, é possível apontar muitas funções ou papéis a serem exercidos pelas normas jurídicas. Por essa razão, dedicamo-nos, logo de início, na delimitação criteriosa do recorte metodológico, em método epistemológico que passamos a descrever. Em um primeiro plano de dissecação, levamos em conta o papel do Estado diante dos desafios delineados acima. Em um segundo grau de especificação temática, avaliamos o tema sob a perspectiva do Município, como ente subnacional, na sua atribuição de lidar com os problemas colocados. Por fim, em verticalização ainda maior, a justificar e possibilitar uma dissertação ao mesmo tempo relevante e profunda, fixamos como objeto da presente dissertação a competência do Município para intervir no domínio econômico. Adotando-se a útil classificação de Eros Grau, em **Elementos de Direito Econômico** (1981), verificamos que o modo como o Estado atua no domínio econômico é normatizado (i) em uma dimensão *microjurídica*, pelos Direitos Administrativo, Financeiro e Civil (*e.g.* propriedade, vizinhança, etc); e (ii) pela perspectiva *macrojurídica*, pelos Direitos Econômico e Urbanístico. O Direito Constitucional, de onde se podem extrair aspectos macro e microjurídicos, tratará, por sua vez, de tema imprescindível como ponto de partida teórico e prático, qual seja: a competência Municipal na intervenção do Estado na Economia em nosso sistema federativo.

considera os principais interesses articulados no âmbito da cidade, sob o ponto de vista urbanístico. Seriam eles:

Interesses estatais: os quais, malgrado não poderem ser definidos de forma exaustiva, segundo a administrativista são verificáveis a partir de uma “leitura sistemática dos textos normativos”: “crescimento e urbanização racionalizados e equilibrados; reversão do quadro de degradação ambiental; proteção do patrimônio público em todas as suas vertentes; regularização fundiária; redução da desigualdade e marginalização sociais; adequada ordenação do uso, ocupação do solo; dentre outros” (p. 64)

Interesses coletivos: para defini-los, a estudiosa lança mão do conceito de *direito à cidade*, introduzido por Henry Lefebvre em 1968, que, em síntese, estipula uma forma superior dos direitos, à liberdade, à individualidade na socialização, à moradia digna, à participação e à apropriação, esta última em sentido distinto de propriedade (2014, p. 64).

A autora também se vale do enfoque proposto por Jean-Bernard AUBY, segundo quem o direito à cidade liga-se a duas principais questões: “acesso a um leque mínimo de serviços oferecidos pela cidade; e [...] limitação da segregação social dos cidadãos” (2014, p. 65).

Poderíamos encontrar os preceitos dos interesses ditos coletivos também na Carta de Atenas, manifesto urbanístico originado do IV Congresso Internacional de Arquitetura Moderna, realizado na capital grega em 1933, em que se preceituam como desideratos principais da cidade: a habitação, circulação, trabalho e lazer.

Interesses dos promotores imobiliários, ou “*city builders*”: ou seja, os interesses imobiliários propriamente ditos. Diz a autora que eles são ligados primordialmente à maximização dos seus lucros, com o maior retorno possível do capital investido, o que, por si só, não conflita com os demais interesses presentes nas cidades, mas pode demandar atuação mais incisiva do Estado com vistas ao afastamento de externalidades negativas” (2014, p. 72).

A autora explica que, para esses agentes, o espaço urbano é apreciado em termos de troca (*exchange values*) e não de valores de uso (*use values*), razão pela qual as *falhas de mercado* ou *falhas de governo* são verificáveis justamente quando os agentes imobiliários não são impulsionados a promover os bens coletivos, cuja fruição é aberta aos

conjunto dos cidadãos, os quais não necessariamente participam de seu financiamento (2014, p. 70).

Interesses dos proprietários: Segundo MEIRELES SCHIRATO, tais interesses desdobram-se em três, (i) aproveitamento individual da propriedade, traduzido na tríplice função de usar, gozar e dispor; (ii) valorização imobiliária; e (iii) melhoria do entorno, conectado aos interesses coletivos e o *direito à cidade* (2014, p. 72).

Por fim, a autora atribui ao Direito Urbanístico¹³⁷ a harmonização dos diversos interesses em jogo no Município, como árbitro e regulador da cidade (2014, pp. 78-80)¹³⁸.

De todo o exposto por ela, fica evidente que a multiplicidade de interesses em diálogo no ambiente urbano - sejam estatais, coletivos, dos agentes econômicos (*e.g.* promotores imobiliários) e dos proprietários - revelam-se como verdadeiros *interesses locais* e, por isso mesmo, justificam a atração da competência municipal para sua influência como regulador, em sentido amplo.

Até por motivos de ordem geográfica, o Município é um condensador de vida humana, em que a relação área/população transparece uma maior densidade nas trocas econômicas do que em áreas não urbanizadas.

Assim, do ponto de vista econômico, o município condensa, dinamiza e catalisa interações mercantis. Nessa esteira, também condensa interesses, donde a interação urbanística revela muitos aspectos às vezes conflitantes entre qualidade de vida e relações econômicas.

O Estado-município terá funções de organizar a economia municipal, de um lado preservando um bom nível de competitividade, de outro minorando externalidades negativas.

Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR, em simpósio proferido no mítico seminário da Feiteiceira, em 2006, defendeu a ideia de que o exercício do poder econômico

¹³⁷ Para o estudo organizado dos instrumentos e institutos de direito urbanístico, a imprescindível leitura do curso do professor José Afonso da SILVA. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

¹³⁸ É preciso fixar a percepção de que a urbe não é um playground do investidor imobiliário, no sentido de que, na cidade, há outros valores tão ou mais relevantes do que o desenvolvimento econômico puro (entendido meramente como geração de excedente). Sob esse viés, o gestor da cidade deve preocupar-se, ao mesmo tempo que se ocupa do desenvolvimento econômico da comunidade, como destacado acima, com regular os efeitos colaterais das atividades econômicas desenvolvidas na localidade.

em nossa constituição é antes um tolerado do que, efetivamente, um direito (2009, pp. 17-18):

“Quando a Constituição fala em poder econômico e logo o relaciona a um abuso, talvez o mais correto seja dizer que o constituinte abordou o poder econômico com uma certa suspeita e enxergou uma situação a ser tolerada pelo direito. Não há propriamente direito, mas, como assinalado por von Wright, em seu livro *Norma y Acción*, Tecnos, 1970, uma situação subjetiva de tolerância. Trata-se de um fenômeno que o constituinte e, portanto, o direito tolera. Nem protege nem condena. Não protege porque não lhe atribui o *status* de direito subjetivo. Não condena, porque só o condena se abusivo. O poder econômico é, assim, algo que se tolera. Essa tolerância pode ser a forma mais adequada de entendermos como o direito e a Constituição Brasileira olham para o poder econômico.”

Conquanto não nos filieemos à ideia de que o poder econômico é apenas tolerado, no nosso entender, tampouco essa parece ser uma premissa exagerada quando se toma em conta o ambiente urbano, onde as questões da habitabilidade, qualidade de vida e felicidade são muito mais importantes do que propriamente o aumento da renda *per capita* pura e simples.

O Município é a concretização de uma riqueza coletiva, mas cujas apropriações são extremamente assimétricas e desorientadas. Por essa razão, surge a imprescindível capacidade regulatória de um ente que, municiado pela Constituição e pelos diplomas urbanísticos nacionais, deve orientar o desenvolvimento econômico local, de maneira a evitar o crescimento das disparidades internas.

Ambiente urbano é espaço de sociabilidade, convívio e vida humana. Como visto acima, segundo a doutrina pátria mais recente, ao discutir o princípio da supremacia do interesse público, busca-se colocar a pessoa no vértice do nosso ordenamento. Afinal, o nosso sistema constitucional tem os direitos fundamentais como foco.

Ora, os agentes econômicos, detentores de interesses especiais (na classificação de REICH, 2011) também podem representar, na prática, uma supremacia ocasionada pela captura dos agentes a quem caberia zelar pelo interesses difusos (também na classificação de REICH, 2011).

O Município deve preservar o interesse difuso ao coibir o abuso do poder econômico em sentido amplo (interesses especiais).

De outro lado, também deve fomentar organizadamente os interesses econômicos, comungados com os interesses coletivos. Assim, da mesma forma, deve haver fomento pelo gestor municipal, mediador dos interesses no sentido de que organiza, arbitra, prospecta e efetiva os interesses comuns da sociedade.¹³⁹

O Município condensa muitos fatores econômicos e sociais e a resposta local é mais individualizada e específica, já que parece ser impossível para um gestor na Capital Federal compreender qual a demanda social de um município como Campina Grande ou Florianópolis.

Além da função regulatória, o Estado, emanado no meio urbano pelo Município, como já antecipamos, possui as demais funções imputadas ao Estado de forma geral. São elas as funções: fiscalizatórias, fomentadoras e planejadoras, além, é claro, da atuação direta do ente público na economia, compreendida nos limites do artigo 173 da Constituição Federal.

Procurar-se-á compreender até que ponto pode o Município atuar na interface Estado x Economia, tendo como parâmetros constitucionais as balizas que definem as competências municipais e as formas de atuação econômica do Estado.

3.4.1 A atuação direta do Município no domínio econômico

Cumpra, em primeiro lugar, perquirir, diante das prescrições constitucionais, sobre as competências municipais para atuar *diretamente* na atividade empresarial, como *agente* de mercado.

Para essa modalidade, o principal objeto de nossas investigações, nas balizas do conceito de interesse coletivo, é, por conseguinte, a abrangência e profundidade

¹³⁹ Apenas os operadores econômicos que não respeitarem a cidade enquanto *locus* de vida humana não devem ser tolerados. A etimologia da palavra Economia ajuda nessa percepção. OIKONOMIA, em grego, significava a “administração de uma casa, lar”. A palavra era composta por OIKOS, “casa” e NOMEIN, “gerenciar”. Está última, por sua vez, originada de NOMOS, que significa “lei”.

constitucionalmente possíveis da atuação municipal *direta* na atividade empresarial, o que faz da competência constitucional, em suma, o foco de atenção da pesquisa desenvolvida.

A Constituição de República prescreve dois requisitos alternativos para que o Estado empreenda diretamente na seara econômica, sempre em observância à prescrição legal:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

Reservada à União a defesa da *segurança nacional*, caberá aos Municípios apenas o exercício direto das atividades econômicas de *relevante interesse coletivo*. Em outras palavras, o Município, especificamente ele, para atuar diretamente na economia somente pode valer-se do relevante interesse coletivo, já que segurança nacional é valor tutelável pela União.

Segundo OCTAVIANI e NOHARA (2019, p. 66), “‘relevante interesse coletivo’ é categoria que busca sua fonte no programa de desenvolvimento contida na Constituição e nas diversas políticas públicas econômicas ali estruturadas.”

Mas não basta haver relevante interesse coletivo. Esse específico interesse, a autorizar que o Município se enverede diretamente nas atividades econômicas, deve ser *local*, conforme preceituado no artigo 30, I, da Constituição Federal de 1988, esmiuçado no Capítulo II deste trabalho.

Assim, o *relevante interesse coletivo local* pode ser empregado para justificar, por exemplo, a criação de uma empresa estatal para explorar turisticamente o meio ambiente e os bens de valor histórico e cultural de propriedade municipal.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Também um departamento público, órgão municipal, pode, mediante pagamento de preço, explorar um bem público com valor histórico-cultural. Se tal é ou não uma exploração de atividade econômica, ao menos sob o aspecto da externalidade, pode fomentar, no entorno do sítio explorado, serviços de apoio ao turismo, o que autoriza conceber um modelo de intervenção indireta na economia através da exploração/proteção dos bens de valor ambiental, histórico, cultural e, de maneira ampla, turístico de um dado município. Sobre um estudo a respeito da intervenção do município no domínio econômico tendo como objeto a cidade histórica mineira de Sabará, vide CLARK, Giovanni. **Intervenção do Município no Domínio Econômico** in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2001, pp. 191-207.

Nem sempre haverá capital privado organizado para explorar certos bens, principalmente no interior do país. A exploração, por vezes, viabiliza a proteção de valores históricos e ambientais, deveres do Estado, que compartilha entre os entes da federação a competência comum para proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; preservar as florestas, a fauna e a flora; além de proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação (artigo 23). Neste caso, então, por exemplo, estaria comprovado o relevante interesse coletivo local.

Devemos ressaltar que as empresas estatais municipais também podem executar serviços públicos, sendo técnica que se verifica com constatada eficácia em muitos países, conforme exemplificam OCTAVIANI e NOHARA (2019, p. 35):

“As empresas estatais da Alemanha atuam em setores como saneamento, saúde, transportes, energia e outros. Em 2014, a Alemanha detinha um total de 15.707 (quinze mil, setecentos e sete) estatais, nos diversos níveis da federação, assim divididas: 88% das estatais de propriedade dos governos municipais, 10% dos governos estaduais e 2% do governo federal.”

Não pretenderíamos adentrar no debate, que supera muito as possibilidades desta dissertação, sobre o conceito e a crise¹⁴¹ da noção de serviço público. Bastará, para fins metodológicos, dizer que quando estamos aqui a tratar da possibilidade de atuação do Município na atividade econômica, não estamos a cuidar da prestação, direta ou indireta, de serviços públicos municipais.

¹⁴¹A Teoria do Serviço Público tem grande relevo no estudo da ação estatal no domínio econômico, pois trata de manifestação evidente do *Estado* em atividade, potencialmente econômica, que, por uma razão ou outra, é posta sob atribuição estatal. O conceito de serviços de interesse econômico geral tem transformado, paulatinamente, a teoria tradicional do serviço público, o que vem ponderando ou mitigando o papel do Estado na economia. Apenas a título de nota, vale conferir, sobre o assunto, VALDIVIA, Diego Zegara. **Del servicio público a los servicios de interés general: La evolución del service public en el sistema jurídico**. 2012. e MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos**, 2013. Nas palavras do Prof. Floriano: “*Entendemos por serviço de interesse público geral toda atividade essencial cuja prestação exclusivamente pelo regime de direito privado pode não ser suficiente para atender às necessidades coletivas, razão pela qual são acometidos deveres de natureza pública, notadamente a universalização e a continuidade.*” Op. cit., p. 536.

Passando o assunto em rápida revista, apenas para fazer a devida apartação de uma coisa e outra, é possível perceber que no artigo 175, a Constituição Federal de 1988 explicita que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

É certo, como alertava Eros GRAU ainda antes da atual Constituição federativa, que há um “autêntico beco sem saída” na definição com nitidez entre iniciativa econômica - atividade econômica em sentido estrito -, e serviço público – considerado, para o autor, espécie do gênero atividade econômica em sentido amplo¹⁴²-, sendo possível, quando muito, definir o que não é serviço público “pois é certo que apenas o que não seja serviço público há de ser entendido como *iniciativa econômica*” (GRAU, 2011, p. 389).

Em texto posterior, intitulado *Constituição e Serviço Público*, o doutrinador propõe que quanto há *interesse social* impõe-se a prestação de serviço público, enquanto que quando há relevante interesse coletivo (ou imperativo da segurança nacional) pode haver o empreendimento de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado (2003, p. 263).

Assim, pontifica Eros GRAU (2003, pp. 266-267):

“*Serviço público* é a atividade indispensável à consecução da coesão social; o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como *serviço público* é a sua vinculação ao *interesse social* [...] é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima).”

¹⁴² Conforme salienta Eros GRAU, “*Com a ampliação porém das funções do Estado – fenômeno do nosso século, que compromete o pleno discernimento da ideia de interesse geral – não apenas organismos administrativos passam a desenvolver atividades do tipo serviço público, especialmente em regime de concessão, mas uma parte delas é exercida sob a égide de formas e princípios de Direito Privado. A noção entre em crise e nem mesmo a substituição do seu antigo fundamento – a “puissance publique” – pelo da atividade pública é suficiente para prover a completa compreensão do seu conteúdo.*” **Intervenção do Estado na Economia** in Doutrinas Essenciais – Direito Constitucional, v. 6, p. 386.

Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO (2014, pp. 690-693), em perspectiva mais dogmática, ensina que a noção de serviço público deve compor-se de dois elementos, a saber, o substrato material e o traço formal.

Relativamente ao primeiro elemento – isto é, o *substrato material*-, deve-se averiguar se referida atividade estatal corresponde a um (BANDEIRA DE MELLO, 2014, pp. 691-692):

“[...] oferecimento, aos administrados em geral, de utilidades ou comodidades materiais (como água luz, gás, telefone, transporte coletivo, etc) singularmente fruíveis pelos administrados que o Estado assume *como próprias*, por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da Sociedade, em dado tempo histórico [...] *sob regime de direito público* [...] ditas atividades, portanto, salvo algumas exceções ao diante referidas (educação, saúde, previdência social e assistência social), estão excluídas da esfera do comércio privado.”

Já o segundo elemento, o *traço formal*, é que garante à prestação do serviço público o regime jurídico-administrativo consagrado pelas incidências dos princípios e regras aplicáveis aos serviços públicos (*e.g.* continuidade, generalidade, igualdade, eficiência, modicidade, cortesia, etc.), para além das imposições do sistema de defesa do consumidor, quando aplicáveis.

Para nós, podemos resumir assim: compete ao Município, pela letra do artigo 30 da Constituição Federal de 1988, organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local. Neste rol, o texto constitucional ressalta o transporte coletivo, atribuindo-lhe caráter essencial, mas há, como enumera Hely Lopes MEIRELLES, de modo exemplificativo, incontáveis serviços públicos municipais, como, por exemplo, o abastecimento de água (em certas localidades atribuído ao Estado que o presta diretamente ou mediante concessão), a iluminação pública, a coleta de lixo, os serviços de engenharia de tráfego, o serviço funerário, a segurança urbana, a saúde, a educação, entre outros (MEIRELLES, 2013).

A par dos serviços públicos, o Município pode, nos termos do já mencionado artigo 173 da Constituição Federal, explorar diretamente atividade econômica quanto diante de relevante interesse coletivo, desde que local, conforme for definido por lei municipal.

3.4.2 A atuação indireta do Estado no domínio econômico

A divisão entre as modalidades de atuação indireta do Estado sobre a economia é útil para podermos estudar o tema de forma mais organizada. Entretanto, é bom que se tenha claro que elas podem vir conjugadas, como é o caso da *fiscalização*, corolário das funções *reguladoras* do Estado. Assim também, quando o Estado *planeja* ou *regula*, pode estar *fomentando* atividades econômicas (MEIRELLES, 2013, pp. 451-486).

A *regulação* tem caráter normativo, enquanto que o *planejamento*, conforme indica a constituição, é determinante para a Administração Pública e indicativo para os agentes econômicos:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Quando o Município ordena seu território, ele está também *regulando* seu território. Já o *planejamento* é uma plataforma que veicula objetivos que são buscados a partir do engajamento do público e do privado, os quais exercem papéis complementares neste contexto.

Em virtude disso, por exemplo, os mecanismos de *fomento*, como a isenção, configuram instrumentos à disposição do agente privado para participar de um projeto *planejado* pelo Estado.

Somente o Estado ocupa esse lugar de, simultaneamente, regulador, planejador, fiscalizador e fomentador.

O orçamento, de seu lado, configura a principal fonte do *planejamento* do Estado. Possui caráter normativo para o Estado e indicativo para os agentes privados, que passam a dispor de uma valiosa informação sobre onde, em tese, serão alocados os recursos do Estado.

O plano diretor, a seu turno, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Tem natureza mista, já que, além de veicular *planejamento*, também pode apresentar normas de uso, ocupação e ordenamento do solo urbano, que condicionam o direito de propriedade, trazendo também, ao mesmo tempo, normatização de um plano mais abrangente, contido no próprio diploma urbanístico e em leis menos amplas, como leis de zoneamento e códigos de obras e edificações.

Enfim, vale dizer, em síntese, que nos valem da classificação suso apresentada apenas para fins metodológicos, já que o objetivo será apenas de pontuar como o Município exerce a função de interventor no domínio econômico, colacionando alguns exemplos, nos quais a competência municipal é demonstrada.

Além dessa ressalva, é forçoso reiterar, como ficou evidenciado no decorrer deste trabalho, que qualquer abordagem do direito público econômico deve apresentar alguma interdisciplinaridade entre vários ramos do direito, de maneira suficiente para traçar fidedignamente seu real contexto, como ensina Monica Herman Salem CAGGIANO (2004, p. 9):

“Sob este aspecto, a partir de um enfoque mais singelo, poder-se-ia registrar que o direito público econômico teria por objeto, basicamente, o complexo normativo a incidir sobre formas e mecanismos de intervenção estatal na economia. Não é só isto, contudo: **direito público econômico** envolve o quadro principiológico que baliza, a partir de uma plataforma constitucional, a atividade econômica, investigação que impõe, de imediato, a análise da constituição econômica – *Direito Constitucional Econômico* – e de todo o conjunto de princípios e regras a modelar a inter-relação entre o poder público e o particular no campo da economia, o que vem a constituir o objeto do **Direito Administrativo Econômico**. Em verdade, o direito público econômico mantém íntimo relacionamento com uma vasta gama de diferentes disciplinas, apresentando-se associado a regras de diferentes texturas do sistema jurídico. Como já explicitado anteriormente, conta com uma nítida interface com: o direito constitucional, o direito administrativo, a ciência econômica, o direito financeiro e a ciência política. Ademais, percebe-se, claramente, a

interligação com o direito internacional e, no mundo europeu, com o direito comunitário.”

3.4.2. a) *Regulação*

O estudo conjugado das competências constitucionais do Município e da atuação regulatória estatal suscita, ao menos, dois grandes questionamentos acadêmicos.

Em primeiro lugar, pergunta-se: a regulação municipal - a qual deveria ter lugar quando se evidencia o interesse da cidade e de seus cidadãos sob o ponto de vista dos interesses mais comezinhos do dia-a-dia de uma comunidade urbana - depende sempre de prévia legislação estadual ou federal autorizativa?

Ou ainda: haveria, mesmo que implicitamente, competência suplementar supletiva conferida pela Constituição Federal para, na hipótese de omissão legislativa, ensejar validade e eficácia de lei municipal em matéria constitucionalmente atribuída a ente federado mais abrangente, porém omissa na sua atribuição política de regular tal ou qual atividade econômica de impacto local?

Para tentar trazer respostas a tais indagações, seria preciso investigar detalhadamente, caso a caso, se, e quando, o exercício da intervenção municipal na atividade econômica resulta em invasão de competências afetas aos Estados ou à União.

Conforme analisado no capítulo I, a Constituição Federal de 1988 outorgou competência privativa à União para legislar em áreas cruciais à regulação da atividade econômica, (*e.g.* artigo 22, I, IV, IX e XI), bem assim, competência legislativa concorrente em matérias de igual importância (*e.g.* artigo 24, I, V, VI, VII, VIII e IX).

O Município, por sua vez, foi consagrado por nossa lei maior, dentre outras, com as seguintes competências: legislar sobre assuntos de interesse local; suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; e promover adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (artigo 30, I, II e VIII).

A competência suplementar, prevista no inciso II do artigo 30, é condicionada à observância da legislação federal e estadual existente e à presença do interesse local. Em

outras palavras, permite-se à legislação municipal especificar a legislação federal ou estadual, desde que não invada competência da União e do Estado-Membro e esteja comprovado o interesse local.

No caso da regulação da atividade econômica¹⁴³ pelo Município, nota-se uma natural perplexidade, fruto da maior identificação com a função da defesa concorrencial, competência atribuída preponderantemente à União¹⁴⁴.

Nada obstante, não se deve preterir o Município neste debate, já que, na prática, há abundante normatização para exercício local dos atores de mercado.

É fato que a regulação econômica parece ser função precipuamente nacional, antes ainda que regional ou local. Outrossim, a função regulatória municipal das atividades econômicas e as demais formas de intervenção do município no domínio econômico são realidade e, embora existentes em nosso ordenamento jurídico, restam ainda pouco examinadas sob esse ponto de vista.

Assim, vemos que, em boa parte das questões atualmente postas sob escrutínio do Direito Econômico, impactam, às vezes de forma preponderante, matérias de interesse local, afetas à realidade de cada cidade. Nesse sentido, torna-se difícil conceber a suficiência de uma regulação de visão ampliada, míope às demandas e complexidades eminentemente locais. As novas formas de interação econômica, sobretudo as criadas pelo desenvolvimento tecnológico, ilustram perfeitamente tal situação¹⁴⁵.

Já destacamos neste trabalho o desafio enfrentado pelos Municípios na regulação da atividade econômica de impacto local, questão sensível principalmente nos

¹⁴³ Quanto à regulação econômica, conforme lição de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, em qualquer dos entes federados, lembramos ser ela “feita por lei e executada por atos administrativos, denominados atos de polícia administrativa”. **Curso de Direito Administrativo**, p. 810.

¹⁴⁴ No modelo jurídico-administrativo nacional, há possibilidade de criação de agências reguladoras no âmbito federal, estadual e municipal, sob a forma de autarquias especiais. Todavia, devido a seu tamanho e a alto grau de especialização, costuma-se citar apenas as agências reguladoras da União. Ainda sobre este tema, vale apontar que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), constituído sob a forma de autarquia, não é uma agência reguladora das atividades econômicas em geral, mas um tribunal administrativo de infrações contra a ordem econômica. Como salienta Fernando Herren AGUILAR: “*Outra autarquia que com frequência é citada indevidamente como agência reguladora é o CADE. [...] Ele julga administrativamente as questões relacionadas ao princípio da liberdade de concorrência, mas não tem o poder de editar normas gerais regulando o setor.*” **Direito Econômico**, p. 230.

¹⁴⁵ Dentre as novas formas de interação econômica, podemos citar os recorrentes exemplos do transporte via *Uber* e da hospedagem pelo *Airbnb*. O *Uber* consiste em um aplicativo para solicitar carros particulares para transporte de passageiros ou entrega de encomendas. Já o *Airbnb* é um site que reúne turista e proprietários de imóveis com intuito de promover o aluguel de curtas temporadas. Segundo definição da própria empresa, trata-se de um *mercado comunitário confiável para pessoas anunciarem, descobrirem e reservarem acomodações únicas ao redor do mundo, seja de um computador, de um celular ou de uma tablet.*

grandes centros urbanos, onde se observam primacialmente os efeitos das ditas inovações disruptivas¹⁴⁶ e da entrada de novos agentes econômicos.

Do ponto de vista jurídico, parece-nos incompleto supor que as consequências da participação destes novos agentes relacionem-se apenas ao Direito Concorrencial. Afinal, para além da transformação dos espaços e condições de troca, os efeitos oriundos da denominada *economia do compartilhamento*¹⁴⁷ refletem-se diretamente sobre matérias de âmbito municipal, *e.g.*, as políticas de transportes e de habitação¹⁴⁸.

Diante do cenário descrito, surgem variadas questões, de Direito Econômico e Direito Administrativo, a respeito do exato conteúdo e das formas de regulação municipal. Apesar de não serem o objeto principal deste estudo, cabe enfrentá-las de maneira telegráfica para que se prestem como pontos de partida da tentativa de compreensão do alcance das competências, imputadas pelo legislador constituinte aos entes locais.

Quando tratamos do transporte individual de passageiros, por exemplo, tema atrelado às tecnologias de “compartilhamento”¹⁴⁹, surgem posições na doutrina e na jurisprudência¹⁵⁰ que, no mais das vezes, tendem a inviabilizar a regulação municipal.

¹⁴⁶Tais inovações disruptivas, como as iniciadas pelo Uber e pelo Airbnb, exemplos supracitados, alteraram as dinâmicas de troca e a relação dos cidadãos com seus bens (os veículos automóveis e as propriedades imobiliárias, respectivamente), criando possibilidades de mercado onde antes não havia; gerando novas demandas dos cidadãos; e aumentando o conflito de interesses entre aqueles que já exploravam determinada atividade econômica e os novos atores de mercado.

¹⁴⁷ O termo “economia do compartilhamento”, utilizado nas Ciências Econômicas, faz menção à espécie colaborativa de consumo. Em outras palavras, os proprietários de um bem compartilham-no com os demais interessados, podendo auferir vantagens econômicas em virtude disso.

¹⁴⁸Não por outro motivo, autoridades municipais ao redor do planeta encaram a difícil tarefa de regular estas atividades. Conforme observado, na Europa, na proibição de aluguel de imóveis de curta duração em Berlim e, entre nós, no decreto que trouxe interessante regulação dos aplicativos de transporte particular em São Paulo Decreto Municipal nº 56.981, de 10 de Maio de 2016.

¹⁴⁹ É discutível se, de fato, essas plataformas são mesmo um modelo de compartilhamento de bens e serviços. De acordo com Vinicius Marques de CARVALHO e Marcela MATTIUZZO (pp. 41-42): “*Em primeiro lugar, é preciso destacar que esse termo é extremamente vago e que sua definição é bastante disputada. Alguns dizem que a expressão, uma tradução do sharing economy americano, diz respeito à substituição do modelo padrão do capitalismo industrial por um modelo alternativo de produção, baseado no compartilhamento de bens e serviços entre usuários. Outros, no entanto, argumentam que ele foi apropriado por um grupo de empresas que de forma nenhuma compartilham essa visão, ao contrário, são empresas que fazem parte de uma adaptação da economia industrial às mudanças tecnológicas.*”. **Confiança, Reputação e Redes: Uma Nova Lógica Econômica?** in ZANETTA, R.; PAULA, Pedro; KIRA, Beatriz. (Org.) **Economias do Compartilhamento e o Direito**. Curitiba: Juruá, 2017.

¹⁵⁰ Quanto ao tratamento jurisprudencial da matéria, citamos os julgados analisados por Ana PELLEGRINI e Gabriela Rodrigues de ANDRADE, no artigo **Mobilidade Urbana e Compartilhamento de Veículos**. *Idem*, pp. 179-197. Dentre a seleção realizada pelas autoras, destacamos a ementa da ADI Estadual 2216901-06.2015.8.26.0000, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “*Ação direta de inconstitucionalidade lei municipal que dispõe sobre proibição do uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas no Município de São Paulo. [...] Política nacional de mobilidade urbana que conforma o transporte privado individual de passageiros, inserindo-o nos*

A este respeito, sinalizam Ana PELLEGRINI e Gabriela Rodrigues de ANDRADE (2017, pp. 194-195):

“Isso porque o art. 22, I, IV, IX e XI, da Constituição Federal dispõe que é competência privativa da União editar normas em matéria de direito civil, informática, diretrizes da política nacional de transportes, trânsito e transporte. Ainda, o art. 170, parágrafo único, da CRFB determina que é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização

*modais de mobilidade urbana (art. 3º, §2º, inc. III, alínea 'b' da lei 12.587/2012) natureza jurídica de atividade privada evidenciada serviço de transporte público individual de passageiros (táxis) que guarda características próprias e distintivas atividade privada que é resguardada pela livre iniciativa Estímulo à livre concorrência, incrementando benefícios socialmente desejáveis, incluindo ampliação do leque de escolha do consumidor norma puramente proibitiva que contraria princípios elementares da ordem econômica, como livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor (arts. 1º, inc. IV, e 170 'caput' e inc. IV, V e parágrafo único da CR) excepcional intervenção estatal no âmbito da iniciativa privada que somente se legitima quando fundada em razões jurídicoconstitucionais relevantes, num exame de proporcionalidade, o que não ocorre [...] Como já destacado, a ingerência do Poder Público na regulamentação da atividade privada deve pautar-se por valores constitucionais relevantes, fundados no interesse coletivo envolvido, materializando atuação do poder de polícia administrativa. Regulamentar, todavia, pode traduzir mitigação legítima na liberdade econômica em maior ou menor grau, sopesando-se os valores envolvidos, o que não se alinha juridicamente ao comando puramente proibitivo enunciado na lei atacada, que revela tendência misoneísta e protetora de interesses classistas.” (TJSP – Órgão Especial. ADIN 2216901-06.2015.8.26.0000 – Rel. Des. Francisco Casconi – j. em 05.10.2016). Ainda sobre o tema, merece igualmente nossa atenção a decisão liminar, proferida em sede de mandado de segurança, pelo magistrado da 2ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo: “*Calha lembrar que não se está a afirmar que a municipalidade seja incapaz de regulamentar o serviço de transporte privado-individual de passageiros, pois tal possibilidade é prevista no art. 174 da CF, consoante apontado alhures, mas sim alertar que não é possível criar óbice ao seu legítimo desempenho na atual conjuntura legislativa, pois a União ao exercer sua competência para dispor sobre trânsito e transporte editou a Lei Federal 12.587/2012 e não limitou o serviço de transporte privado-individual. [...] Consoante inculcado acima de forma exaustiva, o serviço prestado pelos impetrantes deve ser enquadrado como atividade privada em sentido estrito, de modo a não caber à municipalidade impedir o exercício de atividade econômica. Mesmo que seja alegada a possibilidade de o município “organizar e prestar diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos e interesse local, incluindo o de transporte coletivo, que tem caráter essencial” (art. 30, V, da CF), infere-se que o transporte individual de passageiros não se adequa a hipótese em evidência. Portanto, afigura-se ilegítimo o obstáculo criado aos motoristas vinculados à UBER e a quaisquer outras plataformas semelhantes. [...] Consoante se vê, por qualquer ângulo, a conclusão é no sentido de não caber ao poder público municipal impedir a atividade desempenhada pelos motoristas-impetrantes vinculadas à UBER e que prestam o serviço de transporte privado-individual. Portanto, há fundado temor que os impetrantes venham a sofrer com a aplicação de penalidades pelas autoridades impetradas.” (2ª VFP/REC – Exmo. Juiz de Direito Évio Marques da Silva. MS 0036960-59.2016.8.17.2001 – Decisão liminar proferida em 14.09.2016). E, por fim, a decisão liminar expedida pela 7ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo: “*Segundo o art. 30, inc. I, da CF: ‘Art. 30. Compete aos Municípios: I legislar sobre assuntos de interesse local;’ O alcance desta regra não pode atingir a essencialidade da atividade privada visto que a sua anulação significaria a retirada da regra constitucional da liberdade de exercício da atividade econômica. Os limites do legislador municipal são marginais. [...] Pode o poder público legislar sobre normas locais de tráfego de veículos (p. ex., uso exclusivo de faixa azul pelo serviço de transporte público, com exclusão de veículos particulares, não beneficiando o Impetrante), bem como regular, planejar e avaliar a política de mobilidade urbana, tratar da proteção da população no que diz respeito à higiene e saúde, mas não pode exigir que o particular obtenha prévia autorização para adquirir, fazer uso de veículo particular ou autorizar se o cidadão pode ou não exercer atividade econômica. Pode o poder público municipal regulamentar a respeito modo de exercício, não podendo haver submissão do cidadão ao poder público sobre a iniciativa de realizá-lo, como se o poder público fosse tutor de toda a atividade econômica em sua essência.” (7ª VFP/REC – Exmo. Juiz de Direito Haroldo Carneiro Leão – MS 0037103-48.2016.8.17.2001. Decisão liminar proferida em 12.09.2016).***

de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Assim, no caso do transporte individual privado de passageiros, qualquer restrição nesse sentido teria que advir de Lei Federal, em razão da competência privativa da União. Não obstante o art. 30, I, CRFB confira ao Município um espaço para legislar sobre questões de interesse local, isto apenas pode ocorrer se de forma harmoniosa com o previamente estatuído pelo legislador federal, sendo vedado ao ente municipal proibir a atividade. Assim, ao editar normas que impedem o exercício de atividades econômicas previstas em Lei Federal ou que afetem a essencialidade dessas atividades, os Municípios extrapolam a competência que lhes foi estipulada pela Constituição Federal.”

Há, na realidade, uma visão um pouco estreita do que sejam essas novas plataformas de tecnologia e o modo como elas se apropriam da infraestrutura pública, como o viário urbano - bem de uso comum do povo -, em uma lógica em que o vencedor leva tudo e nada sobra para a economia local.

A lógica do uso de dados para viabilizar um modelo de negócios que canibalize as formas tradicionais de serviços¹⁵¹, nem sempre atende aos interesses locais.

Variadas finalidades sociais, enumeradas como princípios da Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587 de 2012), por exemplo, *o adequado uso do viário e a acessibilidade universal; o desenvolvimento sustentável das cidades (nas dimensões socioeconômicas e ambientais); a eficiência, eficácia e efetividade na prestação dos serviços de transporte urbano; a gestão democrática e controle social do planejamento e avaliação da Política Nacional de Mobilidade Urbana; a segurança nos deslocamentos*

¹⁵¹ Eventualmente valendo-se de *dumping* econômico e social. A despeito de o CADE, por decisão da superintendência-geral, ter arquivado, em outubro de 2018, denúncia por práticas anticompetitivas movida pela AMAA (Associação de Motoristas Autônomos de Aplicativos) contra a *Uber*, recomendou-se que a empresa adote medidas para aumentar a concorrência, como mudanças em seu sistema de precificação das corridas. No mais, em relatório publicado em abril de 2018, o CADE, por meio de manifestação de seu Economista-Chefe, concluiu que “*Por fim, é importante observar que, além de gerar benefícios aos consumidores e incentivar a entrada de novos ofertantes no mercado de transporte remunerado individual, tais inovações solucionaram algumas falhas de mercado presentes no referido setor, tornando defasada a regulação atual dos serviços de táxi. Nesse sentido, a Lei Federal nº 13.640/2018, recentemente promulgada, que regulamenta os serviços de transporte remunerado privado individual de passageiros, foi parcimoniosa ao incluir normas de segurança e não impor grandes barreiras regulatórias à entrada e nem restrições à liberdade tarifária. No mesmo sentido, os entes municipais devem evitar medidas que dificultem a operação de tais serviços via aplicativos. De forma complementar, é necessário o amadurecimento do debate na direção da desregulamentação gradual dos serviços de táxi, em especial, nos aspectos relacionados a barreiras à entrada e a liberdade tarifária. Tal desregulamentação pode ser pensada, por exemplo, apenas para o segmento de radiotáxi por meio de aplicativos de internet. Desse modo, seria possível incentivar modelos de negócio com mais concorrência entre os aplicativos, levando a benefícios para o consumidor em termos de serviços mais inovadores, com melhor qualidade e segurança, menores preços e mais opções de escolha.*” RESENDE, Guilherme Mendes. **Efeitos Concorrenciais da Economia de Compartilhamento no Brasil: A entrada do Uber afetou o mercado de aplicativos de taxi entre 2014 e 2016?**. Documento de Trabalho nº 001/2018. Brasília: CADE, 2018. Disponível em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/documento-de-trabalho-001-2018-uber.pdf>. Acessado em 08 de outubro de 2019.

das pessoas; a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do uso dos diferentes modos e serviços; a equidade no uso do espaço público de circulação, vias e logradouros; a eficiência, eficácia e efetividade na circulação urbana, não constituem necessariamente o objetivo da atuação dos agentes econômicos privados.

Não obstante a busca pelo maior retorno financeiro seja legítima aos atores de mercado, não se pode olvidar que o exercício de seus negócios inevitavelmente gera impactos na comunidade. Por tal razão, estes serviços precisam ser regulados, de preferência, com atenção aos aspectos mais pontuais, em uma perspectiva local.

Na prática, todavia, observa-se que a regulação municipal costuma antecipar a regulação nacional e, posteriormente, fica condicionada a esta última.

O recente Decreto Paulistano n. 58.907 de 2019, *verbi gratia*, dispõe de maneira inédita sobre a regulamentação de serviços de “compartilhamento” de patinetes, propélidos, ciclos e similares, elétricos ou não, os quais recentemente alteraram a paisagem urbana da maior cidade do país¹⁵². Inexiste, até o momento, norma editada pela União a disciplinar especificamente os patinetes compartilhados.

¹⁵² Sobre a adequação da regulamentação paulistana aos imperativos da gestão democrática da cidade, colaciona-se o histórico narrado pelo Município na ADI 2128238-42.2019.8.26.0000, movida pela Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico contra regulamentação provisória anterior, Decreto nº 58.750/2019: “*De início, em janeiro de 2019, foi criado Grupo de Trabalho no âmbito da Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes para iniciar os estudos e o processo de regulamentação relativo aos serviços de compartilhamento e uso de equipamentos de mobilidade individual autopropeledidos que utilizassem o viário urbano municipal (Portaria SMT nº 01 de 02 de janeiro de 2019). Ato contínuo, em fevereiro de 2019, foi confeccionado e apresentado ao Secretário de Transportes plano de trabalho contendo nove etapas principais: Criação de Chamamento Público destinado às empresas que manifestem interesse e que tenham capacitação para fornecer e prestar o suporte necessário ao Sistema de Compartilhamento de Patinetes Elétricos; 1. Listagem e definição das empresas que apresentam interesse e se enquadram nas competências e exigências definidas; 2. Reunião conjunta com as empresas em questão; 3. Discussão com a Sociedade Civil Organizada por meio da CMTT – reunião extraordinária com o Conselho de Bicicletas e Mobilidade a pé; 4. Reunião com as Operadoras de Tecnologias de Transportes Credenciadas (OTTC); 5. Consulta às Secretarias, Subprefeituras e às áreas da Prefeitura que sofrerão impacto com a regulamentação. 6. Preparação do documento de regulamentação; 7. Processo de validação juntos aos envolvidos; 8. Encaminhamento final aos órgãos competentes para aprovação da regulamentação. 9. Inicialmente, onze empresas responderam ao chamamento público para participar do processo: Trunfo; Tembici; Serttel; Yellow; Grin; Bird; FlipOn; Lime; Scoo; Uber; e Mobileasy. As operadoras que manifestaram interesse através do Chamamento, assinaram um Termo de Responsabilidade, Boa Conduta e Boas Práticas que incluíam diretrizes sobre estacionamento, circulação e qualidade dos equipamentos, bem como sua manutenção e possíveis sanções em caso de descumprimento do estabelecido no termo. Em março de 2019 houve a primeira reunião do Grupo de Trabalho com as empresas interessadas. Em abril foi realizada uma reunião com a sociedade civil, que solicitou uma devolutiva para apresentação do que foi discutido no encontro com as empresas. Enquanto a regulamentação do uso dos patinetes estava em curso, DUAS EMPRESAS EXPANDIRAM ADISPONIBILIZAÇÃO DOS EQUIPAMENTOS DE FORMA INDISCRIMINADA, DESCUMPRINDO O QUE FOI ACORDADO COM A PREFEITURA e demais empresas que ainda não estão (ou não estavam à época) operando, ferindo questões*

A tradicional profissão de taxista é regulada em âmbito federal pela Lei n° 12.468/2011¹⁵³. Nada obstante, aos Municípios é permitida, por esta Lei, margem de regulação por meio de leis e decretos locais¹⁵⁴.

Da mesma forma, a Lei n° 13.640/2018 que, por exemplo, alterou a Lei n° 12.587, a qual institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, para incluir o seguinte artigo:

“Art. 11-A. Compete exclusivamente aos Municípios e ao Distrito Federal regulamentar e fiscalizar o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4° desta Lei no âmbito dos seus territórios.”

Deste modo, após muitos embates judiciais, foi preciso que uma lei nacional reconhecesse, infraconstitucionalmente, haver “competência exclusiva” dos Municípios para regulamentar e fiscalizar serviços de transporte remunerado privado individual.¹⁵⁵

concorrenciais e o próprio processo de construção da regulamentação Com efeito, as referidas empresas iniciaram suas atividades utilizando indevidamente os espaços públicos tais como calçadas, ciclovias, ciclofaixas, praças e parques para disponibilizar os equipamentos para locação sem qualquer autorização do Poder Público, causando transtornos e acidentes aos pedestres que utilizam os passeios públicos e calçadas dos logradouros, em violação expressa aos direitos instituídos pelo artigo 3° do Estatuto do Pedestre, Lei Municipal n° 16.673/2017. Neste contexto, foi editado o Decreto Municipal n° 58.750/2019 que buscou regulamentar provisoriamente o serviço de compartilhamento e de uso de patinetes e de outros equipamentos elétricos de mobilidade individual autopropelidos, acionados por plataformas digitais, objetivando ao mesmo tempo permitir o uso do modal no Município, desde que observadas regras mínimas de segurança, para posterior apreciação pelos técnicos da Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes dos eventos registrados no prazo de 90 dias fixados na norma, promovendo os devidos ajustes na regulamentação.”

¹⁵³ Rafael A. F. ZANATTA, Pedro C. B. de PAULA e Beatriz KIRA (pp. 135-138) trazem um esboço historiográfico interessante da regulação do Transporte Individual ao tratarem de suas mudanças ao longo da história: “A transformação das normas de regulação do transporte individual em um período de quase 200 anos no Brasil, desde o Código de Posturas de 1830, mostra alguns objetivos regulatórios que podem ser claramente identificados: (i) redução da insegurança com relação ao condutor a partir do controle prévio dos motoristas matriculados; (ii) definição de um preço previamente conhecido pelo usuário; (iii) limitação do número de prestadores de serviço a partir da exigência e emissão controlada de alvarás; (iv) inspeção dos veículos por agente público para evitar acidentes; (v) prevenção de fraudes do mecanismo de controle de preço (taxímetro)”. **Inovações Regulatórias No Transporte Individual: O Que Há De Novo Nas Megacidades Após O Uber?** in ZANETTA, R.; PAULA, Pedro; KIRA, Beatriz. (Org.) **Economias do Compartilhamento e o Direito**. Curitiba: Juruá, 2017.

¹⁵⁴ Em São Paulo vigora a Lei 7.329/1969, com 70 (setenta) artigos, e o Decreto n. 8.439 de 1969, com 90 (noventa) artigos.

¹⁵⁵ Vigora hoje, no Município de São Paulo, o Decreto n. 58.595 de 4 de janeiro de 2019. Entretanto, está em andamento do na Câmara Municipal Paulistana o PROJETO DE LEI 01-00419/2018, que pretende regular o transporte de passageiros não aberto ao público, com as seguintes diretrizes para uso da malha viária expostas em seu art. 2°: “Art. 2° A Malha Viária Urbana integra o Sistema Municipal de Mobilidade e sua utilização e exploração deve observar as seguintes diretrizes: I - evitar a ociosidade ou sobrecarga da infraestrutura disponível; II - racionalizar a ocupação e a utilização da infraestrutura instalada; III - proporcionar melhoria

Qual seria então a natureza dessa norma, que parece concessiva de uma competência municipal?

Impende verificar que não se trata de norma que veicula interpretação autêntica sobre as competências definidas na Carta Maior. Primeiro porque não é de se admitir que haja possibilidade de interpretação autêntica para competências constitucionais, segundo porque não se trata, a Lei n° 13.640/2018, de norma constitucional.

Tampouco é possível falar em delegação de competência para que o Município legisle sobre matéria de atribuição privativa da União (trânsito e transporte), já que o parágrafo único do art. 22 da CF é claro ao prever a possibilidade de delegação apenas para Estados e mediante lei complementar¹⁵⁶.

Nem sequer parece possível imaginar que sobredita lei esteja apta a fixar normas para cooperação entre entes federados no exercício da competência comum de proteger o meio ambiente urbano (art. 23, VI, CF), já que o parágrafo único do art. 23 também exige lei complementar para tanto.

nas condições de acessibilidade e mobilidade; IV - promover o desenvolvimento sustentável da cidade de São Paulo, nas dimensões socioeconômicas e ambientais; V - garantir a segurança nos deslocamentos das pessoas; VI - incentivar o desenvolvimento de novas tecnologias que aperfeiçoem o uso dos recursos do sistema; VII - harmonizar-se com o estímulo ao uso do transporte público e meios alternativos de transporte individual.” Disponível em <http://documentacao.camara.sp.gov.br/iah/fulltext/projeto/PL0419-2018.pdf>. Acessado em 13 de dezembro de 2019.

¹⁵⁶ No sentido de previsão de competência municipal por lei nacional, no entanto, parece caminhar a interpretação veiculada pelo Superior Tribunal de Justiça ao interpretar o Código Nacional de Trânsito: ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECRETO MUNICIPALN. 29.231/2008. RESTRIÇÃO DE HORÁRIO PARA CIRCULAÇÃO DE VEÍCULOS DE CARGA E SUAS OPERAÇÕES NO ÂMBITO DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARALEGISLAR SOBRE A CIRCULAÇÃO DE VEÍCULOS NA SUA CIRCUNSCRIÇÃO. PRINCÍPIOS DARAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE ATENDIDOS. PRECEDENTES DO STF.1. À luz do art. 22, XI, combinado com o art. 30, I e II, ambos da Carta Magna de 1988, o município ostenta competência constitucional para legislar acerca das questões de interesse local. 2. Em âmbito infraconstitucional, **o Código Nacional de Trânsito ruma para o mesmo norte e atribui competência ao município para legislar a respeito do trânsito de veículos no seu âmbito territorial, consoante se infere do seu art. 24, I e XVI.** 3. Logo, não se vislumbra que o Decreto n. 29.231, de 24 de abril de 2008, padeça de qualquer ilegalidade, porquanto tão somente restringiu o horário de circulação de veículos de carga e suas operações nos períodos compreendidos entre 06 horas às 10 horas e das 17 horas às 20 horas, no interior da área delimitada pela orla marítima da cidade do Rio de Janeiro. 4. Também não revela atentatório ao princípio da razoabilidade decreto municipal que restringe o horário de circulação de veículos de carga e suas operações em determinada área da cidade, na qual o trânsito é sabidamente caótico. 5. As informações prestadas pela autoridade coatora dão conta que DE a restrição do tráfego de veículos de carga reduziu em mais de 50% (cinquenta por cento) o número de horas de congestionamento em "nível F" (nível crítico de classificação de fluidez em via pública), bem como diminuiu de 18% (dezoito por cento) para 11% (onze por cento) o número de veículos que enfrentam congestionamento. 6. Os 10 (dez) dias concedidos pelo Decreto n. 29.231/2008 para adaptação às alterações não se mostra exíguo, máxime porque as alterações foram apenas de cunho logístico e o aludido prazo mostra-se razoável para esse mister. 7. Recurso ordinário não provido. (RMS 29.990/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe21/09/2009).

Seria, da mesma forma, discutível considerar que tal previsão decorra da competência da União para legislar a respeito de normas gerais sobre direito econômico, urbanístico ou consumo (concorrentemente com Estados e DF, art. 24, CF), uma vez que não é papel da União autorizar, por norma geral, o exercício de competência que naturalmente já consta do rol de atribuições constitucionais do Município autônomo.

Assim, ao que parece, ao estabelecer que compete exclusivamente aos Municípios e ao Distrito Federal regulamentar e fiscalizar o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros, a Lei nº 13.640/2018, norma de competência privativa da União, que regula trânsito e transporte em âmbito nacional, apenas está declarando a competência exclusiva que os municípios ostentam pela própria constituição: “legislar sobre assuntos de interesse local” (artigo 30, I)¹⁵⁷.

Rafael A. F. ZANATTA, Pedro C. B. de PAULA e Beatriz KIRA, ao estudarem as inovações regulatórias sobre transporte individual de passageiros, deparam-se com uma primeira dificuldade na análise sob o método comparado: justamente as diferentes competências regulatórias encontradas em cada parte do mundo (2017, p. 147):

“Uma primeira questão a se observar no estudo comparado de regulações para o transporte individual no mundo é a diferença entre competência regulatória em diferentes jurisdições. Isso, pois, tal competência pode ser local (município ou autoridades da esfera municipal), regional (regiões com autonomia política) ou nacional (autoridade do governo) O grau de complexidade adicionado a essa pesquisa é o caráter de interação entre normas locais, regionais e nacionais, que pode variar de país para país. Nesse sentido, um primeiro cuidado que deve se ter com a pesquisa comparada é a compreensão, se possível, (i) do poder normativo da autoridade que editou a norma e (ii) o

¹⁵⁷ Nesse sentido, precedentes antigos da lavra dos então Ministros Carlos Velloso e Victor Nunes Leal: CONSTITUCIONAL. MUNICÍPIO: COMPETÊNCIA: IMPOSIÇÃO DE MULTAS: VEÍCULOSESTACIONADOS SOBRE CALÇADAS, MEIOS- FIOS, PASSEIOS, CANTEIROS E ÁREAS AJARDINADAS. Lei nº 10.328/87, do Município de São Paulo, SP. I - **Competência do Município para proibir o estacionamento de veículos sobre calçadas, meios-fios, passeios, canteiros e áreas ajardinadas, impondo multas aos infratores.** Lei nº 10.328/87, do Município de São Paulo, SP. Exercício de competência própria "CF/67, art. 15, II, CF/88, art. 30, I " que reflete exercício do poder de polícia do Município. II. - Agravo não provido.” (RE-AgR 191.363, Ministro Carlos Velloso, DJ11.12.1998)**CABE AO MUNICÍPIO REGULAR A UTILIZAÇÃO DAS VIAS PÚBLICAS DENTRO DE SUA ÁREATERITORIAL DE VEÍCULOS, INCLUSIVE DE LINHAS INTERESTADUAIS E INTERNACIONAIS,DESDE QUE, EM RELAÇÃO A ESTAS, NÃO PROCEDA COM ABUSO DE PODER, DE MODO AIMPOSSIBILITAR OU EMBARACAR ATIVIDADES REGULADAS PELOS PODERES ESTADUAIS EFEDERAIS.”** (RMS 9.190, Ministro Victor Nunes, DJ 22.1.1962)

compartilhamento de funções regulatórias de um nível de governo (e.g. local) com outro (nacional)”.

De interessante do escrutínio realizado por estes três estudiosos, está o fato de que, em primeiro lugar, a maior parte das megacidades analisadas já haviam regulado o setor¹⁵⁸, de maneira única e específica, o que denota a importância de uma visão particularizada para cada ambiente municipal (2017, p.167-169)¹⁵⁹:

“Inicialmente, nossa hipótese de pesquisa se pautava na ideia de que a primeira regulamentação do setor promovida pelo Estado da Califórnia nos EUA pautaria o debate regulatório influenciando transplantes irrefletidos (a simples transferência de uma experiência regulatória de um local para outro). No entanto, muito embora o conceito de Transport Network Company tenha se difundido consideravelmente e a preocupação em regulamentar a atuação da plataforma para além dos motoristas individualizados esteja presente em inúmeros textos normativos, é possível perceber importante diversificação regulatória. As preocupações regulatórias comuns são claramente identificadas, contudo, a forma de se dar conta delas diverge significativamente, como, por exemplo, na limitação do número de atores no mercado, na maneira de se tutelar a privacidade dos dados dos usuários, entre outros. Há também preocupações inteiramente distintas, regulações que se voltam fortemente à promoção de igualdade e regulações focadas na criação de ambientes de mercado.”

¹⁵⁸ “Nosso estudo analisou o modo como 34 (trinta e quatro) megacidades reagiram, em termos regulatórios, à emergência de empresas de tecnologia no setor de transporte individual (ride hailing) e compartilhado (ridesharing). 13 megacidades (Tóquio, Jacarta, Carachi, Cairo, Osaka, Moscou, Dhaka, Buenos Aires, Istanbul, Lagos, Nagóia, Lima e Kinshasa) não tiveram inovação regulatória significativa, totalizando 38% do nosso universo. 21 megacidades tiveram propostas normativas para o setor, resultando em 62% do universo investigado, as quais foram estudadas em detalhes. A simples análise numérica sugere uma tendência relevante nas megacidades em tratar deste problema como uma questão estratégia de política urbana.” ZANATTA; PAULA; KIRA, op. cit., p. 167.

¹⁵⁹ Antes do advento das plataformas digitais, a regulação municipal de atividades econômicas de transporte já houvera sido considerada válida por Tribunais brasileiros, como é exemplo julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo considerando possível a exigência de contratação de seguro para o serviço de moto-táxi no Município de Franca: APELAÇÃO - Mandado de segurança - Impetração destinada a afastar legislação municipal que, regulamentando a atividade de "moto-táxi", tornou obrigatória a contratação de seguro de responsabilidade civil - Não reconhecida a alegada infringência ao disposto no artigo 22, VII da Constituição Federal diante da medida, que assegura a saúde e o bem-estar da população, e do inegável interesse social, mormente devido aos riscos inerentes da atividade em tela - Recurso desprovido. (TJ/SP; Apelação Com Revisão 0212490-95.2008.8.26.0000; Relator (a): Sergio Gomes; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 23/09/2009; Data de Registro: 14/10/2009).

A mesma lógica de peculiaridades locais e regulamentações municipais deu-se na regulação dos aplicativos de locação imobiliária de curta temporada (*e.g. Airbnb*).

Conforme verificou Bianca TAVOLARI, em artigo intitulado “*Airbnb e os Impasses Regulatórios para o Compartilhamento de Moradia: Notas para uma Agenda de Pesquisa em Direito*” (2017, p. 267):

“As informações sobre o impacto do uso do Airbnb em políticas habitacionais e nos orçamentos municipais têm servido de base para diferentes propostas de regulação [...] Berlim editou uma lei específica para proibir a alteração do uso de imóveis residenciais [...] São Francisco optou por restringir o aluguel via Airbnb a 75 noites por ano [...] Barcelona está multando o próprio Airbnb por permitir que imóveis sem licença sejam cadastrados para aluguel em seu site [...] Quebec [...] propôs uma lei que equipara todos os anfitriões que anunciam unidades no Airbnb à indústria hoteleira, pousadas, hostels e bed and breakfasts tradicionais [...] Já Amsterdam foi a primeira cidade a fazer uma parceria formal com o Airbnb. A empresa se comprometeu a fiscalizar e a impedir que hotéis ilegais usem sua plataforma, ficou responsável por atualizar a prefeitura com os dados sobre aluguel e compartilhamento de moradia na cidade e por coletar impostos por turista e repassá-los à administração municipal.”

Na linha da última experiência, conduzida pela capital dos Países Baixos, a importância dos dados coletados por essas plataformas digitais para as políticas públicas de natureza urbana é evidente, o que justifica uma atuação concertada entre Município e empresas de tecnologia para compartilhamento/disponibilização de dados com o poder público¹⁶⁰, viabilizando uma espécie de subsídio para políticas locais (ZANATTA; PAULA; KIRA, p. 153):

“A análise dos dados, com enfoque nas inovações surgidas nos últimos anos, evidencia três fenômenos importantes relacionados ao surgimento de ‘organizações [...] que oferecem serviços pré-arranjados de

¹⁶⁰ O decreto paulistano n. 58.595 de 4 de janeiro de 2019 disciplina nesse sentido “Art. 6º O artigo 35, “caput”, do Decreto nº 56.981, de 2016, passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 35. As OTTCs credenciadas ficam obrigadas a abrir e compartilhar com a Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes – SMT, na forma e periodicidade definidas pelo Poder Público, os dados necessários ao controle e à regulação de políticas públicas de mobilidade urbana, garantida a privacidade e confidencialidade dos dados pessoais do condutor.’ Disponível em <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-58595-de-4-de-janeiro-de-2019>. Acesso em 14 de novembro de 2019.

transporte por compensação financeira usando uma aplicação on-line (app) ou plataformas que conectam passageiros com motoristas usando seus veículos pessoais'. O primeiro, e mais óbvio, é a criação de regras específicas às empresas de tecnologia, como a obrigatoriedade de compartilhamento de dados para fins de planejamento urbano e a preocupação com a existência de servidores alocados no território jurisdicional do regulador (exemplo da China) para fins de investigação por autoridades policiais e estímulo a empresas locais. Tal conjunto de regulações era inexistente na indústria de táxis e transporte individual antes do advento da Internet e da expansão das empresas de tecnologia.”

Regular hoje é bastante diferente de regular no início do século XX, quando isto significava dar mais liberdade ou aperfeiçoar o funcionamento dos mercados, minorando suas imperfeições. Assim, a concepção de regular mercado como regulação da troca - caso em que, se a troca está eficiente, prescinde-se de regulação do Estado - não coaduna com os novos tempos, quando os recursos ou bens naturais são mais escassos¹⁶¹, mas os potenciais consumidores estão em maior número. Assim, do foco na *troca*, passamos ao foco no *acesso e compartilhamento*.

Neste sentido, como assevera Calixto SALOMÃO FILHO (2007, p. 93), o Estado não cumpre a contento suas funções ao atuar como mero gestor:

“Implica atribuir outra função, talvez até mais onerosa. Em vez apenas de gestão abstrata e macroeconômica da sociedade, cumpre-lhe também fazer algo que o particular e o mercado jamais farão: incumbe-lhe *redistribuir*. É na redistribuição que deve ser identificada a grande função do novo Estado. Trata-se, portanto, de um Estado que deve basear sua gestão (inclusive no campo econômico) em valores, e não em objetivos econômicos.”

¹⁶¹ “Perhaps the simplest summary of this analysis of man's population problems is this: the commons, if justifiable at all, is justifiable only under conditions of low-population density. As the human population has increased, the commons has had to be abandoned in one aspect after another. First we abandoned the commons in food gathering, enclosing farm land and restricting pastures and hunting and fishing areas. These restrictions are still not complete throughout the world. Somewhat later we saw that the commons as a place for waste disposal would also have to be abandoned. Restrictions on the disposal of domestic sewage are widely accepted in the Western world; we are still struggling to close the commons to pollution by automobiles, factories, insecticide sprayers, fertilizing operations, and atomic energy installations.” HARDIN, Garrett. **The Tragedy of the Commons**. *Science*, vol. 162, No. 3859, p. 1248. Cf. também TAVARES, André Ramos. **As Duas Cartas: da terra ao bosque** in *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 33.

No contexto da cidade, a escassez é evidente, como também é óbvio que o compartilhamento da infraestrutura urbana sempre foi uma necessidade. Portanto, ao regulador cabe garantir acesso digno a bens/serviços que sejam identificados como imprescindíveis ou essenciais aos munícipes. Essa rede neural que caracteriza a tessitura do meio urbano, como dissemos, obriga uma mudança de paradigma da regulação: da *troca* ao *acesso/compartilhamento*. O Município, portanto, regula a *escassez de recursos urbanos* (que são, basicamente, viário, água, ar puro, imóveis, espaços de lazer, equipamentos culturais, etc.) em busca de uma isonomia material dos coabitantes. Propriedade, portanto, não é mais apenas uma questão de *uso, gozo e fruição*, mas também de administração.

Quando o Município regula a propriedade imobiliária, em geral, está a regular matéria de direito urbanístico. Porém, quando essa mesma propriedade torna-se bem de capital, o Município estará também disciplinando a economia, de modo que não há razões para ingressar no estéril debate sobre qual disciplina que melhor se adequa a tal ou qual tipo de intervenção estatal.

Sobre esse tema, Rodrigo Oliveira SALGADO, em sua tese de doutoramento na Faculdade de Direito do Largo São Francisco (2017, p. 11) defende que:

“Há na dogmática jurídica uma falsa discussão acerca do direito urbanístico. Falsa não pelo seu mérito, mas pela premissa: discute-se se o urbanístico seria afiliado ao direito administrativo ou ao econômico. Entendemos que, se os procedimentos derivados das normas urbanísticas são de cunho administrativo, a regulação jurídica do espaço urbano é antes de tudo social, macrojurídica.”

Para nós, *permissa venia*, regular o espaço urbano significa, outrossim, regular a economia municipal, nos aspectos que dizem respeito ao interesse da coletividade local. Sendo assim, é possível dizer que onde há direito urbanístico, há direito econômico. Não à toa que, na Constituição Federal de 1988, o capítulo da política urbana está inserido na seção sobre a Ordem Econômica. Quando se regula o espaço urbano, está-se interferindo na produção de riqueza social dentro daquela localidade¹⁶². O meio urbano tem uma

¹⁶²O direito constitucional pressupõe a existência de um Estado e de uma sociedade, com liberdades garantidas por um pacto constitucional. Nessa interface, entre Estado e sociedade, que surgem as regras que tecem o contrato social. O direito medeia as forças sociais e o Estado, mas não só. O direito também estabelece os pontos as premissas comuns, pontos de partida a partir dos quais se operarão as relações econômicas e sociais. Nesse ponto, importante trazer a crítica feita pelo Professor Massoneto, que refuta a ideia, esposada por José Afonso da Silva e pela maioria da doutrina urbanística, de que a disciplina urbanística teria como principal

dimensão econômica, que, todavia, não o supera. O econômico, destarte, está contido no urbano.

O Professor MASSONETTO (2015, p.143) resumiu bem esta interface:

"Existe um profundo entrelaçamento entre a regulação da atividade urbanística, a regulação da atividade econômica pelo Estado e a regulação da atividade financeira do Estado. A atividade urbanística é uma atividade econômica e está sujeita a todas as prescrições jurídicas atinentes à atuação estatal no domínio econômico. Incidem sobre as atividades urbanísticas todos os princípios gerais da atividade econômica previstos na Constituição, tais como a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, dentre outros."

E acrescenta, apontado como as intervenções do Estado na economia são plenamente identificáveis em vários ramos do direito que, contudo, não viabilizam uma perspectiva macrojurídica do assunto, verificável na perspectiva do direito econômico, segundo o autor, ferramenta que rearticula o fenômeno jurídico fragmentário (2015, pp. 146-147):

“A produção do espaço urbano e sua pretensa coerência estruturada em relação à produção e ao consumo exigem uma regulação que extrapole as limitações do poder de polícia ao exercício do direito de propriedade ou a disciplina das relações de vizinhança, das posturas locais e das licenças edilícias. O conteúdo inovador da disciplina está justamente na tensão derivada da busca de tal coerência sob os agentes que disputam o acesso ao território urbanizado e nas fricções decorrentes do acesso desigual à riqueza social das cidades.”

Sendo assim, verificamos igualmente, que quando o Município exerce suas atribuições na condução da Política Urbana - ao estabelecer planos e diretrizes voltados ao integral desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantia do bem-estar de seus habitantes (artigo 182) – pode estar, sob o ponto de vista das franquias constitucionais, interferindo com o domínio econômico.

diretriz a intervenção *post facto* no território, excluindo-se de seu campo regulatório a atividade urbana empreendida na própria produção e formação do território, a partir da transformação do espaço natural em espaço urbano, qualificado pelo constante trabalho social. MASSONETTO, Luís Fernando. **Pontos cegos da Regulação Urbanística: notas sobre uma articulação programática entre Direito Econômico e Direito Urbanístico**, 2015.

Confirmada a possibilidade de intervenção municipal da atividade econômica¹⁶³, é fundamental entender quando tal atuação resulta em infração à ordem econômica, nos seus princípios norteadores da liberdade de iniciativa e de concorrência.

Uma vez compreendidas as competências outorgadas pela Constituição, faz-se necessário, em um segundo momento, contrastar a regulação estatal e os princípios norteadores da ordem econômica, como a livre iniciativa e a livre concorrência.¹⁶⁴

Para isso, impõe-se examinar a posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quando confrontado sobre os limites constitucionais da atuação municipal no domínio econômico.

O tema é caro à Suprema Corte. Basta verificar que, dentre 56 (cinquenta e seis) súmulas vinculantes atualmente em vigor, 2 (duas) tratam da matéria:

A Súmula Vinculante n. 38 determina que é competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial. Tal enunciado foi aprovado em homenagem à consolidação da jurisprudência do Tribunal¹⁶⁵ a respeito da matéria, por se tratar de assunto de interesse local, à luz do disposto no art. 30, I, da Carta Magna.

Já a Súmula Vinculante n. 49 fixa a tese de que ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.

A despeito de o principal acórdão paradigma (Recurso Extraordinário 193.749/SP, Plenário, cujo relator para acórdão foi o Ministro Maurício Corrêa) ter fundamentado sua conclusão nos princípios constitucionais da livre concorrência e da livre

¹⁶³De acordo com a redação do artigo 174 da Constituição Federal: “Art.174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. § 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. § 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros. § 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.”

¹⁶⁴Conforme disposto no artigo 170 da Constituição Federal de 1988.

¹⁶⁵ Acórdãos sobre o tema: ADI 3.731-MC/PI, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 237.965/SP, Rel. Min. Moreira Alves; AI 629.125-AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli; AI 565.882-AgR/RS e AI 413.446-AgR/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 321.796-AgR/SP, Rel. Min. Sydney Sanches; RE 441.817-AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; e AI 481.886-AgR/SP, Rel. Min. Carlos Velloso.

iniciativa econômica¹⁶⁶, nos debates para aprovação do sobredito enunciado com efeitos vinculativos, fez-se uma consideração, em *obiter dictum*, que caminha na direção de sopesamento com outros princípios (saúde e meio ambiente), que poderiam justificar a imposição, pela Administração Pública, de restrições quanto à localização de determinados tipos de estabelecimentos.

“Por fim, analiso o que manifestado pelo Ministro Dias Toffoli, referente à existência de precedentes desta Corte que, por imperativos de segurança e de proteção à saúde e ao meio ambiente, entenderam legítima a imposição, pela Administração Pública, de restrições quanto à localização de determinados tipos de estabelecimentos, tais como postos de combustíveis [...] Veja-se, ademais, que, num dos casos lembrados pelo Ministro Dias Toffoli em sua manifestação como integrante da Comissão de Jurisprudência, o RE 204.187/MG, julgado pela Segunda Turma, a própria Relatora, Ministra Ellen Gracie, asseverou em seu voto que não se tratava ‘de limitação geográfica à instalação de postos de gasolina, de sorte a cercear o exercício da livre concorrência, mas de prudente distanciamento, na mesma área geográfica, de atividades de alto risco à população.’”¹⁶⁷

Deste modo, o que fica claro, é que a despeito de, sob uma primeira vista, parecer que os princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa econômica são postos como valores superiores às razões de interesse público municipal para regulação do espaço urbano, na realidade, houve, para elaboração da Súmula Vinculante n. 49, um juízo de desproporcionalidade, em que se constatou que a regulação restritiva, nos casos de instalação de farmácias, não seriam constitucionalmente justificadas, em cotejo com os valores e princípios nela inscritos.

¹⁶⁶ “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEI Nº 10.991/91, DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. FIXAÇÃO DE DISTÂNCIA PARA A INSTALAÇÃO DE NOVAS FARMÁCIAS OU DROGARIAS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A Constituição Federal assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização do Poder Público, salvo nos casos previstos em lei. 2. Observância de distância mínima da farmácia ou drogaria existente para a instalação de novo estabelecimento no perímetro. Lei Municipal nº 10.991/91. Limitação geográfica que induz à concentração capitalista, em detrimento do consumidor, e implica cerceamento do exercício do princípio constitucional da livre concorrência, que é uma manifestação da liberdade de iniciativa econômica privada. Recurso extraordinário conhecido e provido”. Disponível em : http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_49__PSV_90.pdf. Acesso em 19 de novembro de 2019.

¹⁶⁷ Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_49__PSV_90.pdf. Acesso em 19 de novembro de 2019.

Quando se está diante da constituição federal, é possível perceber que o interesse público é orientado por muito parâmetros inscritos na própria Carta. Basta fazer uma leitura sistemática que se constatará que, quando o Estado interfere com a ordem econômica, os princípios que orientam a ideia de interesse público estão, em sua maior parte, organizados ao longo do Título sobre a Ordem Econômica e Financeira, mais precisamente no Capítulo sobre os princípios gerais da atividade econômica:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

O parágrafo único do artigo 170, da Constituição Federal, garante a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Assim, qualquer indivíduo é livre para acessar, exercer e permanecer em exercício de qualquer atividade econômica, desde que não haja restrição legal.

Em todas as atribuições do Município no campo ambiental, por exemplo, vislumbra-se uma miríade de distintas possibilidades de interseção entre proteção do meio ambiente e regulação da atividade econômica. Não poderia ser diferente, já que a proteção ao meio ambiente é um dos princípios da ordem econômica inscritos no texto do artigo 170.

A livre concorrência, como vimos, é colocada no artigo 170, IV, da Constituição Federal de 1988, expressamente como princípio constitucional, a orientar a ordem econômica, a qual é fundada na livre iniciativa, que também constitui fundamento da República Federativa do Brasil.

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

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da *livre iniciativa*; [...]” (grifo nosso)

Nada obstante, nem a livre concorrência ou a livre iniciativa configuram *objetivos* da Ordem Econômica. Não foram, portanto, concebidas como desígnios ou propósitos da ordem econômica constitucional.¹⁶⁸

A República Federativa do Brasil, na realidade, possui como objetivos fundamentais: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; assim como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

De fato, parece claro que a Constituição Federal de 1988 garante ao cidadão ampliado grau de independência no exercício da atividade econômica, respeitados os princípios e fundamentos da República e da Ordem Econômica.

¹⁶⁸ A este respeito, BERCOVICI, Gilberto. **Direito Econômico Aplicado: Estudos e Pareceres**, p. 399; GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, pp. 208-214.

Restringe-se a atividade econômica apenas quando há lei que assim o faça. Trata-se, pois, da consagração constitucional do capitalismo, temperado por fundamentos, princípios e objetivos¹⁶⁹.

Nada autoriza, no entanto, que a livre iniciativa tenha força normativa mais vinculante quando se está escrutinando, sob o ponto de vista da constitucionalidade, norma, ou, de forma mais ampla, política pública municipal.

É possível imaginar que, em certos casos, quando se julga interferências do Município com a ordem econômica de forma específica, o fundamento da livre iniciativa possa, por vezes, ganhar cores mais vivazes, como que se houvesse uma vedação geral sobre atos ou normas municipais que interfiram direta ou indiretamente com os agentes econômicos que atuam nas circunscrições do Município¹⁷⁰.

¹⁶⁹ A Lei nº 13.874, de 2019, por sua vez, traz uma série de limitações à atuação estatal; desenha novos “direitos” e “garantias de livre iniciativa”; e impõe análise de impacto regulatório antes de propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas.

¹⁷⁰ É o que se nota no julgamento do RE 1054110/SP: “Ementa: Direito constitucional. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Transporte individual remunerado de passageiros por aplicativo. livre iniciativa e livre concorrência. 1. Recurso Extraordinário com repercussão geral interposto contra acórdão que declarou a inconstitucionalidade de lei municipal que proibiu o transporte individual remunerado de passageiros por motoristas cadastrados em aplicativos como Uber, Cabify e 99. 2. A questão constitucional suscitada no recurso diz respeito à licitude da atuação de motoristas privados cadastrados em plataformas de transporte compartilhado em mercado até então explorado por taxistas. 3. As normas que proibam ou restrinjam de forma desproporcional o transporte privado individual de passageiros são inconstitucionais porque: (i) não há regra nem princípio constitucional que prescreva a exclusividade do modelo de táxi no mercado de transporte individual de passageiros; (ii) é contrário ao regime de livre iniciativa e de livre concorrência a criação de reservas de mercado em favor de atores econômicos já estabelecidos, com o propósito de afastar o impacto gerado pela inovação no setor; (iii) a possibilidade de intervenção do Estado na ordem econômica para preservar o mercado concorrencial e proteger o consumidor não pode contrariar ou esvaziar a livre iniciativa, a ponto de afetar seus elementos essenciais. Em um regime constitucional fundado na livre iniciativa, o legislador ordinário não tem ampla discricionariedade para suprimir espaços relevantes da iniciativa privada. 4. A admissão de uma modalidade de transporte individual submetida a uma menor intensidade de regulação, mas complementar ao serviço de táxi afirma-se como uma estratégia constitucionalmente adequada para acomodação da atividade inovadora no setor. Trata-se, afinal, de uma opção que: (i) privilegia a livre iniciativa e a livre concorrência; (ii) incentiva a inovação; (iii) tem impacto positivo sobre a mobilidade urbana e o meio ambiente; (iv) protege o consumidor; e (v) é apta a corrigir as ineficiências de um setor submetido historicamente a um monopólio ‘de fato’. 5. A União Federal, no exercício de competência legislativa privativa para dispor sobre trânsito e transporte (CF/1988, art. 22, XI), estabeleceu diretrizes regulatórias para o transporte privado individual por aplicativo, cujas normas não incluem o controle de entrada e de preço. Em razão disso, a regulamentação e a fiscalização atribuídas aos municípios e ao Distrito Federal não podem contrariar o padrão regulatório estabelecido pelo legislador federal. 6. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação das seguintes teses de julgamento: 1. A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; e 2. No exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (CF/1988, art. 22, XI)”.

Noutros casos, entretanto, o princípio da livre iniciativa, quando conflitado com a regra de competência do interesse local, em um intrincado sopesamento entre princípios que não parecem contrapor-se, vence a regra de competência.¹⁷¹

Isto provavelmente ocorre em função da dificuldade na definição do que venha a ser interesse público local. Nesse diapasão, é mais cômodo e aparentemente mais objetivo para o operador do direito apoiar-se nas regras de competência da União, para as quais há um núcleo normativo razoavelmente bem delineado, associado a um confortável grau de abertura.

É certo, porém, que quaisquer que sejam os valores a contrapor-se à regulamentação municipal, sob um exame de ponderação, eventualmente sob o critério da proporcionalidade, não deve haver, simplesmente por tratar-se de uma regulação de abrangência local, uma carga maior ou menor de efetividade das garantias individuais, uma vez que, como pudemos arguir anteriormente, o interesse público, quando verificado sob a ótica da vontade da comunidade cidadina, tem, pela proximidade do agente público com o indivíduo, um grau de depuração bastante mais acurado.

Afinal, como é de sabença geral, mas aqui nas palavras de André Ramos TAVARES (2012, pp. 470- 471):

“Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada aos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais [...] pode ocorrer que um princípio seja limitado por outro, ocorrendo o afastamento de um deles quando da solução de um caso concreto.”

¹⁷¹**AI 769177 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG. NO AGRADO DE INSTRUMENTO.**
 “EMENTA: Agravo regimental no agravo de instrumento. Prequestionamento. Ausência. Direito Constitucional, Administrativo e Urbanístico. Ordenamento urbano. Competência municipal. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. Os dispositivos constitucionais tidos como violados não foram examinados pelo Tribunal de origem. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356 desta Corte. 2. O Supremo Tribunal Federal assentou que a Constituição da República confere aos municípios competência para legislar sobre o ordenamento de seu território e que essa prerrogativa constitucional não viola o direito de propriedade ou os princípios que regulam o mercado, como a livre concorrência e a livre iniciativa. 3. Submissão de concessionárias da União às posturas municipais: constitucionalidade. 4. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação infraconstitucional e o reexame dos fatos e das provas dos autos (Súmula nº 279/STF). 5. Agravo regimental não provido.”

Podemos afiançar, em resumo, que, muito embora ainda haja certa desconfiança quanto à regulação municipal da economia naquilo que diga respeito ao interesse local, tal possibilidade é desabridamente admitida por nosso sistema constitucional, não se lhe cabendo um papel menor ou particularmente escoimado pelos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa econômica, os quais têm igual incidência para ponderar a regulação operada por qualquer dos entes federados, ficando constado aqui, entretanto, o especial limite previsto pela Constituição aos entes federados, que jamais poderão criar distinções injustificadas ou preferências entre brasileiros:

“Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”.

3.4.2.b) *Fiscalização*

Ainda, conseqüência das funções postas acima, bem como das competências atribuídas ao Município na Federação, a atividade fiscalizatória merece igualmente alguma atenção sob o prisma da competência e dos limites para a atuação do municipal.

A atividade de fiscalização em âmbito municipal está bastante associada à ideia de regulação e ao poder de polícia municipal. O poder de polícia é inerente ao Estado. É, porém, função especificamente destacada no município e reflete certo entrelaçamento entre as disciplinas do Direito Administrativo e o Direito Econômico.¹⁷²

Não nos interessa participar do embate epistemológico entre as disciplinas jurídicas que possam pretender-se autônomas umas diante das outras. Como vimos acima, o

¹⁷²Vale aqui mencionar estudo feito por Horácio Augusto Mendes de SOUZA, no qual, ao propor quais seriam para ele os fundamentos de um “direito econômico municipal”, qualifica-o como ramo especial da ciência jurídica, destacando que: “boa parte das normas jurídicas tem conteúdo econômico. Não significa dizer, todavia, que sejam normas disciplinadoras da atuação do Município e da iniciativa privada no desenvolvimento das atividades econômicas locais.” **Direito Municipal Contemporâneo: Novas tendências.** Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 45.

direito econômico é um recorte, uma lente, pela qual se analisa o fenômeno jurídico. Para nós outros, vale o recorte metodológico desta dissertação, dedicada exclusivamente, sob a ótica do direito Constitucional, a verificar se e onde ocorrem as competências municipais para interferir no domínio econômico.

No entanto, é de se enaltecer uma compreensão multitudinária do poder de polícia, sem menoscabar sua abrangência. Na obra *Poder de Polícia na Atualidade*, Victor SCHIRATO (2014, p. 35) projeta como esse conceito ganha nos dias atuais contornos mais complexos, em um cenário de busca pelo equilíbrio entre as liberdades e garantias individuais e a coexistência harmônica entre indivíduos no espaço comum:

“Ao mesmo tempo que os indivíduos sofrem uma intervenção cada vez mais intensa por parte do Estado, na medida em que cada vez mais ações particulares sofrem algum tipo de condicionamento estatal, os direitos individuais se afirmam contra o Estado, limitando sua intensidade e até mesmo sua existência. São duas faces da mesma moeda: ao mesmo tempo que se tem o indivíduo colocado no centro da ordem jurídica, tem-se o aumento da atuação limitadora do Estado destinada a garantir a harmonia e a liberdade dos indivíduos. Pode parecer paradoxal, mas não é.”

Assim, para fins de conceituação de poder de polícia, calha trazer a única definição legal que se tem do conceito no direito pátrio, artigo 78 do Código Tributário Nacional, onde se vai ver também, em seu parágrafo único, algumas condições para que seja considerado regular:

“Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei

aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.”

Poder de polícia é instituto largamente mais amplo que a ideia de intervenção do Estado na atividade econômica. O primeiro diz com a essência do conceito do interesse público, hoje posto à prova. O segundo, diz com a relação entre Estado e atividade econômica.

Poder de polícia, assim, é exercido toda vez que uma posição individual deve ser adequada ao interesse coletivo. Em certas circunstâncias, pode-se verificar um círculo de atividade econômica contido em um círculo maior relativo às muitas relações e manifestações da esfera jurídica privada. Assim, se houver competência municipal para exercer poder de polícia, é possível que se identifique aí o poder de fiscalizar sob a ótica da intervenção municipal no domínio econômico.

Nesse contexto, surge novamente a ideia de função social da propriedade, no sentido de conformar concertadamente interesses públicos e privados, em um direito urbanístico regulador e fiscalizador de forte viés econômico (SCHIRATO, 2014, p. 256):

“A função social da propriedade urbana, nos parece, é o elo entre público e privado na realização de tais interesses. A fim de que a propriedade cumpra com sua função social e de que o interesse individual do proprietário seja também preservado na medida do necessário, uma série de novos institutos forma concebidos: operações urbanas consorciadas, o instituto do polo gerador de tráfego, o solo criado, dentre outros.”

De maneira geral, o Poder de Polícia, tirante a modalidade fomento, está em todo o artigo 174¹⁷³ da Constituição Federal, e, em regra, aplicam-se os mesmos limites ao

¹⁷³ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

exercício do poder de política, bastante contraditórios nos direitos e liberdades individuais (e.g. liberdade de expressão, livre iniciativa, propriedade, etc).

Quando pensamos, assim, em poderes de polícia municipais, talvez estejamos encarando, ao mesmo tempo, modalidades de regulação e fiscalização da economia local.

Em contrapartida, não se deve tomar o poder de polícia como critério apto a verificar competências federativas, já que se trata de prerrogativa transversal do Estado, detida por todos os entes federados, conforme alerta Fernando Dias Menezes de ALMEIDA (2014, p. 322):

“Ora, na verdade, a noção de poder de polícia não é empregada pela Constituição Federal como critério para definir competências dos entes federados [...] Por outras palavras, não há previsão de competência de um ou outro ente para exercer o poder de polícia em geral.”

Por fim, cabe mencionar uma forma de intervenção municipal no domínio econômico de viés eminentemente fiscalizatório, já que o regramento de regência é, em termos gerais, nacional¹⁷⁴.

Trata-se da possibilidade de instituição de PROCONs Municipais, integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC¹⁷⁵, aptos a fiscalizar e aplicar sanções administrativas tais como multa, apreensão de produto, suspensão temporária da atividade, cassação de licença do estabelecimento ou de atividade, interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade, intervenção administrativa ou imposição de contrapropaganda.

3.4.2.c) *Planejamento*

¹⁷⁴ Em São Paulo, foi promulgada em junho de 2019 a lei 17.109/19, que institui o Código Municipal de Defesa do Consumidor.

¹⁷⁵ Organizado em âmbito federal pelo Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997.

Competiu ao presente trabalho, destarte, também uma análise sobre a função de planejamento¹⁷⁶ econômico exercida pelo Município, que, para esse tema, possui particular interesse no ordenamento territorial, mediante os mecanismos consagrados constitucionalmente: planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.¹⁷⁷

Conquanto as regras de uso e ocupação do solo urbano representem também uma *regulação* estatal, preferimos, por razões didáticas, tratar deste tema na esfera do *planejamento*, já que é o Plano Diretor o diploma responsável por condicionar, no meio urbano, o cumprimento da função social da propriedade.

Quando se passa em revista o tema do planejamento na Constituição Federal de 1988, constata-se um *todo* concatenado, na direção da articulação de planos nacionais, regionais e locais.

Conforme o artigo 21, IX, compete à União elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social, enquanto que os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de

¹⁷⁶O legislador constituinte trouxe, em seu artigo 174, para a função de planejamento, parâmetros que escoltam os princípios da livre iniciativa e livre concorrência, de forma a apontar os limites do planejamento estatal, tal que o planejamento estatal é de observância obrigatória para o Poder Público e orientadora para os agentes particulares.

¹⁷⁷O professor José Manuel Pérez FERNÁNDEZ, em sua obra “Urbanismo Comercial y Libertad de Empresa”, chega a defender dois tipos de planos no ambiente da cidade, o urbano e o comercial: “*La ordenación de la actividad comercial implica o exige, en nuestra opinión, la concurrencia de dos tipos de instrumentos, dotados de finalidades distintas aunque complementarias, como son los planes urbanísticos y los eventuales programas o planes comerciales, manifestación de una potestade planificadora por razones estrictamente comerciales. Como es bien sabido, en relación com el comercio, la reforma de sus estructuras, a través de la modernización y redimensionamiento del sector, la mejora y aumento de la funcionalidade, de la productividad de los servicios, etc., la potencian y procuran los sistintos poderes públicos, además de mediante el respeto a las prescripciones legales, a través de las típicas medidas de fomento. En este sentido, la adopción de la técnica planificadora com una finalidad estrictamente comercial (superadora, pues, de los límites que afectan a los planes urbanísticos) significa um paso más em búsqueda de una mejor adecuación e la red de distribución comercial a las necesidades de los consumidores y del propio sector. La figura del “Plan” o “Programa” se alza como um instrumento de intervención pública encaminhado a lograr la reconversión del sector comercial, corregir el minifundismo del equipamiento comercial, limitar la discrecionalidad de las Administraciones públicas y coordinar la implantación comercial com la planificación territorial para paliar, de este modo, los eventuales desequilibrios espaciales. Se trata, en definitivo, de dotar a las diferentes Administraciones públicas de um instrumento de intervención que cree las premisas para el ejercicio de la libertad de empresa, em su manifestación de libertad de establecimiento, en el marco de la defensa y salvaguardia de los intereses de los consumidores.*” **Urbanismo Comercial y Libertad de Empresa**. Madrid: Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998. p. 322-323.

municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum. (artigo 25, § 3º da Constituição Federal).

Quanto ao papel dos Municípios, a Constituição de 1988 foi bastante mais minuciosa, ao prever que compete-lhes promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (artigo 30, VIII). Além disso, dispõe nosso diploma maior o modo como o planejamento urbano local deve desenvolver-se:

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

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

§ 2º *A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.*” (grifo nosso)¹⁷⁸

Adilson de Abreu DALLARI (2012, p. 785), ao cuidar do artigo 182 acima transcrito, lembra que:

“Além de estabelecer a necessidade de um planejamento urbano local articulado com os planos nacionais e regionais, a Constituição Federal, no § 2º, acima transcrito, ressalta os significativos efeitos jurídicos do planejamento no tocante à configuração do direito de propriedade.”

¹⁷⁸ A desapropriação sanção, um dos principais instrumentos urbanísticos atribuídos ao poder local (ainda que pouco utilizado), está previsto nos parágrafos seguintes do artigo 182: “[...] § 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.”

A Constituição Federal de 1988 foi incisiva na adoção da propriedade com função social¹⁷⁹, repetindo sua escolha tanto na seção dos direitos e garantias individuais (*art. 5º*) quanto ao tratar dos princípios conformadores da ordem econômica (*art. 170*)¹⁸⁰. Como lembra Gilberto BERCOVICI, a “Constituição garante o direito de propriedade, mas só o garante se a propriedade cumprir com sua função social (arts. 5º, XXII e XXIII, e 170, II e III, da CF/1988, princípio que é autoaplicável)”¹⁸¹.

A Constituição da República assegura a propriedade como direito em vários dispositivos, desenhando seus contornos ao longo do próprio texto constitucional, de modo que é possível, em primeiro lugar que, conforme alertava Celso Antonio (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 938) ainda na vigência do diploma constitucional anterior, “ao declarar que é garantido o direito de propriedade, o Texto Constitucional certamente assegurou algo mais que uma palavra oca, que um som vazio, que um sem-sentido [...] forçoso reconhecer que existe um conteúdo mínimo significativo ao qual se reportou a Carta do País”. Por outro lado, alerta o eminente administrativista:

“A ‘função social da propriedade’ consiste em que esta deve cumprir um destino economicamente útil, produtivo, de maneira a satisfazer as necessidades sociais preenchíveis pela espécie tipológica do bem (ou pelo menos não poderá ser utilizada de modo a contraditar estes interesses), cumprindo, dessarte, às completas, sua vocação natural, de molde a canalizar as potencialidades residentes no bem em proveito da coletividade (ou, pelo menos, não poderá ser utilizada de modo a adversá-las). Em tal concepção do que seria a função social da propriedade, exalça-se a exigência de que o bem seja posto em aptidão a produzir sua utilidade

¹⁷⁹A *propriedade* é um dos institutos jurídicos com acentuado reflexo econômico, pois dela depende todo o modelo caracterizado pela propriedade privada dos meios de produção. Sem ela, não é possível existir o próprio Capitalismo. No entanto, a categoria propriedade não possui um significado definitivo; ao contrário, a experiência nos revela mudanças significativas em sua percepção, conforme o momento histórico e as correntes de pensamento em voga.

¹⁸⁰ A relação entre Estado e domínio econômico é traduzida e inaugurada pela Ordem Econômica, onde se regulam e definem os fundamentos e princípios constitucionais aplicáveis à economia do país. Para efeito de nossa análise, do ponto de vista urbano, cumpre compreender quais os fundamentos para a intervenção do Município da propriedade produtiva urbana. Diante desse desiderato, deveremos esmiuçar a concepção vigente de propriedade urbana e seu desenho jurídico.

¹⁸¹ Cf. BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição de 1988 e a Função Social da Propriedade**, p. 1023. *Data venia*, não parece assim tão fora de dúvida a auto-aplicabilidade do princípio, diante do próprio conteúdo do artigo 182, § 2º, da CF, polêmica, entretanto, na qual não pretendemos adentrar.

específica, ou, quando menos, que seu uso não se faça em desacordo com a utilidade social.”

Nesse mesmo sentido, Angel Sustaeta ELUSTIZA (1978, p. 293) sustenta que “*la función social no absorve el contenido del derecho de propiedad, sino que lo condiciona, estimula y dirige outra cosa sería tanto como la negación de todo derecho.*”

Assim que, para justificar os limites ao direito de propriedade, preceitua o autor que (1978, p. 273-274):

“a) el derecho privado y la propiedad em especial no debe constituir un instrumneto de ofensa nu un vehículo de daño b) el derecho privado no debe ser impedimento para la realización de intereses públicos, o aun solamente individuales y c) el derecho privado, y em especial la propiedad debe funcionar, además, como instrumento eficaz del bien común.”

Muitas laudas foram já escritas para tratar da função social da propriedade. Léon DUGUIT (1927) compreendia que a expressão “direito de propriedade”, consagrada pela declaração dos direitos do homem de 1789 e pelo código civil napoleônico¹⁸² seria vazia de conteúdo, já que, segundo ele, *propriedade* não constitui *direito*, mas uma *coisa* e, especificamente sobre a relação de subordinação e de utilidade de um bem a um determinado fim é que incide o direito - não subjetivo, mas, sim, objetivo - para afastar empecilhos que outras pessoas possam ilicitamente contrapor ao emprego da propriedade¹⁸³ à finalidade assinalada pela norma de regência.¹⁸⁴

¹⁸² O artigo 544 do Code dispunha que: “*La propriété est le droit de jouir et de disposer des biens matériels de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements.*”

¹⁸³ Por um “*detentor da riqueza, de certo modo na condição de gestor de um bem socialmente útil*”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Novos aspectos da função social da propriedade no direito público**, p. 934.

¹⁸⁴ Para aprofundamento do tema, cf. DUGUIT, León. **Traité de Droit Constitutionnel**, 3ed., 1927, tome I, pp. 445-450. DUGUIT tentou desassociar direito e propriedade, já que, na visão dele, há bens e há direitos de proteção objetiva da relação de um indivíduo com determinado bem. Segundo o mestre francês, não haveria um direito subjetivo de propriedade. Assim, em outras palavras, propriedade não é direito, mas uma coisa. Sobre a relação de subordinação da utilidade total de um bem a determinado fim é que incide o direito objetivo de proteção contra imposturas positivas ou negativas contra aquele que detém uma determinada coisa a título de propriedade. Cumprir a função social, para DUGUIT, é empregar a coisa de acordo com a finalidade assinalada pela norma do direito objetivo. No direito brasileiro, conforme a Constituição Federal de 1988, a propriedade urbana atende sua função quando atende aos diretivos do plano diretor.

Originada de uma visão inicialmente socializante¹⁸⁵ da propriedade de bens de capital, desde seu nascedouro a concepção de função social da propriedade já previa a distinção havida entre bens de produção (destinado à reprodução) e bens de consumo.¹⁸⁶

José Reinaldo de Lima LOPES (2011, pp. 312-313) explica que:

“Tratar grandes empresas como se trata um paletó pareceu para alguns um verdadeiro equívoco. Karl Renner foi um dos mais claros críticos dos equívocos da dogmática simplista de propriedade. [...] a propriedade privada combinava-se com formas cada vez mais públicas: o proprietário de um estabelecimento comercial abria suas portas para o público. Diferentemente da propriedade da casa ou das coisas de uso e gozo pessoal, a propriedade privada das unidades de produção capitalistas não era o campo da intimidade e da privacidade.”

Fábio Konder COMPARATO (1986, p. 72), realizou estudo específico sobre a *Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*, no qual afirma que, com a eclosão da primeira revolução industrial, nos albores de um novo capitalismo¹⁸⁷, “quando toda a vida social passava a ser orientada para a atividade de produção e distribuição de bens ou de prestação de serviços em massa, conjugado ao consumo padronizado, tornou-se evidente que a mais importante distinção jurídica entre os bens passara a ser a bens de produção e de consumo.”

Na discussão do que vem a significar a propriedade no contexto da nossa Ordem Econômica, esclarece José Afonso da SILVA, em seu fundamental *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ao fazer um sintético e aguçado estudo das “Propriedades na Ordem Econômica”, que ela pode desdobrar-se em diferentes tipos de propriedade. Diz o professor

¹⁸⁵ Interessante anotar as considerações feitas por Miguel REALE (2011), em estudo sobre legislação urbanística, em que comenta os conceitos de função social e interesse social “*É mais um aspecto da Política do Direito do Estado Intervencionista, realidade inamovível de nosso tempo, abstração feita de vinculação a esta ou àquela outra diretriz socialista. O fenômeno é, a bem dizer, mais genérico, brotando tanto da força das idéias como do impacto dos fatores tecnológicos que promoveram a transferência em massa das populações dos campos para as cidades, e, dentro destas, a necessidade de se assegurar qualidade de vida condizente com nosso estágio de civilização.*” **Competências Constitucionais – Legislação sobre Urbanismo**, p. 358.

¹⁸⁶ A noção de função social da propriedade foi positiva na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição Alemã de Weimar de 1919.

¹⁸⁷ Segundo o autor, neste novo capitalismo, os mecanismos de financiamento haviam se sofisticado de forma única.

(2016, p. 826): “A propriedade de bens de consumo e de uso pessoal é, essencialmente, vocacionada à apropriação privada, porquanto são imprescindíveis à própria existência digna das pessoas, e não constituem nunca instrumentos de opressão” (SILVA, 2016, p. 826).

Para esses bens, acrescenta o consagrado professor, a função social seria cumprida com sua aplicação direta e imediata nas necessidades humanas primárias, enquanto que os “bens de produção, chamados também de capital instrumental, são os que se aplicam na produção de outros bens ou rendas, como as ferramentas, máquinas, fábricas, estradas de ferro, docas, navios, matérias primas, a terra, imóveis não destinados a moradia do proprietário, mas à produção de rendas.” (SILVA, 2016, p. 826).

Deste modo, constatamos que há rigorosa diferença no tratamento jurídico dado a bens de consumo e bens de produção, conquanto ambos tenham de cumprir com sua função social. Nesse ângulo, ensina Eros GRAU (2019, p. 236):

“Não se resume, no entanto, a *função social* de que cogitamos, a incidir pronunciadamente sobre os bens de produção, afetando também a propriedade que excede o quanto caracterizável como propriedade tangida por *função individual* (...) fundamentos distintos justificam a *propriedade dotada de função individual* e *propriedade dotada de função social*. Encontra justificação, a primeira, na garantia, que se reclama, de que possa o indivíduo prover a sua subsistência e de sua família; daí por que concorre para essa justificação a sua origem, acatada quando a ordem jurídica assegura o direito de herança. Já a propriedade dotada de *função social* é justificada pelos seus *fins*, seus *serviços*, sua *função*.”

É claro que um bem de produção é distinto de um bem de consumo. Por isso justifica-se que cada tipo de propriedade tenha um tratamento jurídico distinto. Eros Grau (2019, p. 233), por exemplo, em sua classificação, defende que à propriedade, à qual ele atribui “função individual”, não seria “imputável *função social*; apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado *poder de polícia* estatal.”

Nesse diapasão, compreende Eros GRAU (2019, p. 244) que:

“À *propriedade dotada de função individual* respeita o art. 5º, XXII, do texto constitucional; de outra parte, a ‘propriedade que atenderá a sua função social’, a que faz alusão o inciso seguinte XXIII – só pode ser aquela que exceda o padrão qualificador da propriedade como dotada de *função individual*. À *propriedade-função social*, que diretamente importa

à ordem econômica - propriedade dos bens de produção – respeita o princípio inscrito no art. 170, III¹⁸⁸

Propomos, a partir desse ponto, a seguinte reflexão: o que ocorre se, no ambiente urbano, verifica-se a transmutação da natureza de um bem, que de bem de consumo passa a ser socialmente empregado como bem de produção? Explica-se.

Tratamos no item acima a respeito da regulamentação municipal sobre as plataformas de compartilhamento de bens, tais como automóveis e imóveis. Vimos que, de um uso meramente particular, de consumo, tais bens ganham outra dimensão, de verdadeiros bens de produção, que visam à reprodução do capital havido.

Um veículo automotor particular, tal como uma moto, não necessariamente pode ser utilizado como mototáxi, assim como uma propriedade imobiliária, destinada originalmente à função residencial, não necessariamente cumpre sua função social (ou função individual) quando é utilizada para funcionar como uma espécie de quarto de hotel (e.g. Airbnb).¹⁸⁹

Nesse passo, torna-se premente a necessidade do planejamento municipal, já que a utilização do solo urbano, considerados seu viário e suas glebas, é constitucionalmente submetido às leis urbanísticas e ao plano diretor do Município, como principais instrumentos de organização urbana, conforme José Fernando Ferreira BREGA e Ranata Nadalin Meireles SCHIRATO (2017, p. 87):

“Assim, é precipuamente o plano diretor, enquanto instrumento capital de ordenação e regulação da *urbe*, que servirá como parâmetro para fins de aferição do cumprimento da função social por parte de uma dada propriedade urbana. É no plano diretor e nos documentos dele derivados – sobretudo as leis de parcelamento, uso e ocupação do solo – que serão

¹⁸⁸Por esse ângulo, a par da noção por ele introduzida de “função individual”, Eros GRAU aponta que, enquanto para este as limitações são impostas por meio do “*poder de polícia estatal*”, “*o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ao a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem (...) a afetação de propriedade – não de todas elas, que algumas, como vimos, são dotadas de função individual – por função social importa não apenas o rompimento da concepção, tradicional, de que a sua garantia reside em um direito natural, mas também a conclusão de que, mais do que meros direitos residuais (...) o que atualmente divisamos, nas propriedades impregnadas pelo princípio, são verdadeiras propriedades-função social e não apenas, simplesmente, propriedades*”. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 2019, p. 243.

¹⁸⁹A propriedade é múltipla. Não há apenas um tipo de propriedade ou um direito a propriedade a ser protegido. Conforme nos ensina José Afonso da SILVA, há propriedade de bens de consumo ou bens de produção, e cada qual é protegida nos limites da sua natureza. Assim, em nosso sentir, quando vemos, na nova economia, o uso de carros particulares em atividade de transporte individual de pessoas (*Uber*) ou uso de residenciais para locação por dia (*Airbnb*), temos a transmutação de bens de consumo em bens de produção, o que acarreta uma disfunção apta a ser regulada pelo Município. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2016.

fixados, por exemplo, parâmetros de ocupação e índices urbanísticos [...] conforme o objetivo que se pretenda para uma determinada área da cidade.”¹⁹⁰

No caso dos bens imobiliários, é o plano diretor que deverá definir se há ou não cumprimento da função social. O plano diretor, como vimos, é o principal instrumento de política urbana¹⁹¹ e, na sua elaboração, deve levar em conta que quando o Município regula a propriedade imobiliária, em geral, está a regular matéria de direito urbanístico; porém, quando essa mesma propriedade torna-se bem de capital, o Município estará também disciplinando matéria de Direito Econômico¹⁹².

Nesse sentido, é possível que o planejamento, ou, nesse caso, a regulação que normatiza o planejamento, fomente, por indução¹⁹³, o cumprimento da função social da propriedade, ao mesmo tempo em que reprime condutas que estejam em desacordo com a utilidade socialmente adequada de um determinado bem.

¹⁹⁰ Para uma análise completa sobre o tema, cf. SCHIRATO, R.; BREGA, J.F. **Função Social da Propriedade Urbana e Condicionamento da Propriedade** in Direitos Urbanísticos: Estudos Fundamentais, p. 87.

¹⁹¹ Conforme explica Victor Carvalho PINTO, há uma distinção ontológica entre política urbana e urbanismo: “A política urbana é o setor da atuação do Estado que trata da ordenação do território das cidades, mediante alocação do recurso ‘espaço’ entre os diversos usos que o disputam. O urbanismo é uma técnica destinada a ordenar a ocupação do território das cidades, a fim de que elas possam abrigar todas as atividades necessárias à sociedade, mas sem que umas interfiram negativamente sobre outras. A política urbana constitui um conjunto de ações que pode ser descrito e compreendido, enquanto o urbanismo apresenta-se como um conjunto de técnicas, que podem ou não ser empregadas na prática. Não há, portanto, uma coincidência entre os conceitos. A política urbana justifica-se enquanto instrumento do urbanismo, mas pode contrariar na prática, seus mais elementares princípios. A expressão ‘política urbana’ supõe, portanto, um conceito descritivo, enquanto o termo ‘urbanismo’ define um conceito normativo”, **Direito Urbanístico, Plano direito e Direito de Propriedade**, p. 46.

¹⁹² A propriedade produtiva, assim, é encarada como domínio de transações comerciais e a propriedade não produtiva, não. Domínio econômico urbano está informado, por conseguinte, pelo impacto local da atividade econômica, ao mesmo tempo que está informado pela natureza urbana do bem de produção.

¹⁹³ Aqui, como exemplo, os mecanismos de indução de cumprimento da função social previstos no plano diretor da cidade de São Paulo, lei n. 16.050/2014: “Art. 91. Para aplicação dos instrumentos indutores da função social da propriedade, são consideradas passíveis de aplicação dos instrumentos indutores do uso social da propriedade os imóveis não edificados, subutilizados, ou não utilizados localizados nas seguintes partes do território: I - Zonas Especiais de Interesse Social 2, 3 e 5; II - no perímetro da Operação Urbana Centro; III - áreas de influência dos Eixos de Estruturação da Transformação Urbana; IV - nos perímetros e perímetros expandidos das Operações Urbanas Consorciadas; V - nos perímetros das Subprefeituras da Sé e da Mooca; VI - nas Macroáreas de Urbanização Consolidada e de Qualificação da Urbanização; VII - na Macroárea de Redução da Vulnerabilidade Urbana, exclusivamente para glebas ou lotes com área superior a 20.000m² (vinte mil metros quadrados); VIII - em todas as áreas do perímetro urbano, definidas como tal no Mapa 2A, nas quais não incide o IPTU, ressalvadas as áreas efetivamente utilizadas para a exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal ou agroindustrial e as exceções previstas nos arts. 92 e 94 e Art. 137. A Prefeitura poderá realizar Operações Urbanas consorciadas, de acordo com a Lei Federal nº 10.257, de 2001, com o objetivo de promover, em um determinado perímetro, transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental, previstas no Projeto de Intervenção Urbanística elaborado para a área. Parágrafo único. Novas operações urbanas consorciadas poderão ser criadas, por lei específica, apenas na Macroárea de Estruturação Metropolitana, com prioridade para a realização de estudos nos seguintes subsectores.”

Em um meio urbano, marcado pelas novas formas de usar, gozar e dispor dos bens, que, por intercambiáveis, podem transfigurar-se, de bens de consumo - dotados de função meramente individual, regulada por imposições de poder de polícia - a bens de produção (de cuja função social trata especificamente o artigo 170, III, da Constituição Federal de 1988) surge novamente o Município, como ator, interventor e participante na Ordem Econômica, para planejar, regular e fiscalizar o domínio das atividades econômicas em seu território.

3.4.2.d) *Fomento*

Avançando, a despeito da menor capacidade orçamentária dos Municípios, haja vista as suas muitas atribuições e as reduzidas receitas garantidas para honrar as diversas responsabilidades municipais, avaliaremos de que forma é constitucionalmente autorizado a eles o exercício da função de fomento.

Não é incomum, aliás, que Municípios maiores e mais bem organizados constituam órgãos ou empresas de desenvolvimento, cujas finalidades visem exatamente o fomento das atividades econômicas, com captação financeira própria; externa (por meio de empréstimos); ou por ferramentas tributárias de estímulo, com efeitos extrafiscais (*e.g.* isenções).

Coube, neste ponto, a esta dissertação, dentro da proposta descrita, investigar a posição do ente municipal na função de fomento, com foco no desenho federativo constitucional.

Igualmente prevista no artigo 174 do texto constitucional de 1988, a atividade de fomento traduz a função de incentivo¹⁹⁴ à atividade econômica conferida ao Estado Brasileiro.

Nos dizeres de Floriano Azevedo MARQUES NETO (2015, pp. 407-408):

¹⁹⁴ De acordo com André Ramos TAVARES, a difusão do termo “incentivo” em oposição à terminologia fomento diz respeito ao uso consagrado pela Constituição Federal. Entre os juristas argentinos, por exemplo, a expressão mais utilizada é “fomento”. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2011. p. 301.

“[...] Ao fomentar determinada atividade econômica, o Estado intervém no domínio econômico, direcionando-o para o cumprimento de fins de relevância social, sem, contudo, assumir para si a execução da atividade econômica.

O fomento é, assim, um mecanismo de *intervenção estatal indireta*, que vem sendo amplamente utilizado pelo Poder Público para conduzir e estimular agentes privados a executar atividades econômicas que ensejam a produção de benefícios sociais. Mais do que isso, o fomento constitui a forma mais branda de intervenção estatal, na medida em que, além de indireta, cuida de uma intervenção por incentivo ou indução, sem envolver o manejo de autoridade.”

De acordo com o autor, os objetivos, limites e fundamentos do fomento estão no próprio artigo 170 da Constituição Federal de 1988 (MARQUES NETO, 2015, p. 408).

Uma vez mais, ressaltamos não haver qualquer distinção, por parte do constituinte originário, sobre qual unidade federativa estatal deverá realizar o fomento. A experiência pátria, inclusive, é rica em exemplos de concessão de incentivos à iniciativa privada, em todos os níveis da Federação¹⁹⁵.

O exemplo mais clássico de incentivo estatal, no entanto, diz respeito à concessão de incentivos fiscais.

Os incentivos fiscais, porquanto normas tributárias indutoras¹⁹⁶ são essencialmente intervenções estatais indiretas sobre o domínio econômico, à medida que visam provocar efeitos específicos nos comportamentos dos agentes de mercado. Resumidamente, temos na desoneração – parcial ou total – de um tributo o favorecimento à realização de dadas atividades e, conseqüentemente, o desestímulo à prática de outras.

Em face desta classificação, os incentivos fiscais caracterizam-se como normas de intervenção por indução (GRAU, 2019, p. 145), uma vez que convidam os agentes

¹⁹⁵ São exemplos de fomento municipal, entre outros, as compras públicas de medicamentos e as *hackathons* (isto é, maratonas de programadores) promovidas pelos Municípios.

¹⁹⁶ Vale lembrar que, embora os incentivos fiscais ressaltem o caráter positivo, tais normas indutoras tributárias podem apresentar-se como negativas, por meio da excessiva tributação de um fato gerador, buscando o seu desestímulo. SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica**. Editora Forense, 2005, p. 54. Porém, em ambos os casos, seu impacto pode ser compreendido como uma intervenção estatal indireta no domínio econômico por indução. Também neste sentido, GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2019.

a agir de determinada maneira, considerada relevante pelo agente público para a satisfação do interesse social.

A partir desta definição, infere-se ainda que os incentivos se adequam ao conceito de sanção premial, nos termos estabelecidos por Norberto BOBBIO (2007), como técnica de encorajamento¹⁹⁷.

Quanto à função dos tributos, a existência dos benefícios fiscais exemplifica de maneira nítida a extrafiscalidade, entendida por Hugo de Brito MACHADO (2013, p. 68) como a função da intervenção estatal na economia, por meio da utilização do tributo com o objetivo de “interferir na economia privada, estimulando atividades, setores econômicos ou regiões”.

Em concordância com a classificação exposta acima, Luís Eduardo SCHOUERI (2005, p. 57) acrescenta a possibilidade de inclusão dos incentivos fiscais como forma de subvenção¹⁹⁸:

“Do ponto de vista financeiro, as normas tributárias indutoras podem ter efeito seja de um pagamento a fundo perdido, seja de uma concessão de crédito sem juros. Enquanto a primeira hipótese se concretiza no exemplo da isenção, a última aparece em casos de deferimento (inclusive na antecipação de despesas, como se dá na depreciação acelerada). Neste sentido, parece acertado entender que os incentivos fiscais são uma forma de subvenção, sujeitando-se, então, ao regime imposto à última.

Juridicamente, entretanto, deve-se ressaltar que o conceito de subvenção pressupõe uma prestação pecuniária pelo Estado, o que inoocorre no caso de incentivos fiscais, quando adotam a forma de renúncia. Neste sentido, apenas os créditos tributários recairiam

¹⁹⁷ Nas palavras do autor: “A importância dada ao vertiginoso aumento das normas de organização, o qual caracteriza o Estado Contemporâneo, não coloca em crise, necessariamente, a imagem tradicional do Direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao contrário, isso se dá pelo que observei inicialmente: no Estado Contemporâneo, torna-se cada vez mais frequente o uso de técnicas de encorajamento. Tão logo começemos a nos dar conta do uso dessas técnicas, seremos obrigados a abandonar a imagem tradicional do Direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao lado desta, uma nova imagem toma forma: a do ordenamento jurídico com função promocional.” BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Barueri: Manole. 2007. p. 13.

¹⁹⁸ Em sua conceituação de subvenções, SCHOUERI adota a definição elaborada por BABROWSKI, segundo o qual as subvenções são “prestações pecuniárias especiais, por parte de um detentor de meios públicos, a produtores ou a consumidores, que ultrapassam as garantias do Estado a seus cidadãos e nas quais surge, no lugar de uma contraprestação econômica, a obrigação ou disposição do destinatário da adoção de um comportamento determinado, no interesse público”. Op. cit., p. 56.

naquela categoria. Entretanto, como argumenta Bayer, não pode a visão formal deixar de reconhecer que essencialmente ocorre uma subvenção, seja com uma prestação pecuniária, *seja com uma renúncia por parte do Estado.*” (grifo nosso)

A aceitação dos incentivos fiscais como modalidade de subvenção acarreta impacto direto no tratamento do tema pelo Direito Financeiro. Afinal, uma vez considerados como tal, estes incentivos deverão ter seus impactos orçamentários explicitados nas próprias leis orçamentárias a fim de se evitar a instituição de “privilégios odiosos”¹⁹⁹. A este respeito, as leituras atentas do texto constitucional²⁰⁰ e da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101 de 2000) permitem-nos aferir a exigência da previsão dos efeitos da renúncia de receitas nas peças orçamentárias.

De maneira sintética, podemos definir os incentivos fiscais como normas indutoras tributárias, com função extrafiscal, de sanção positiva e de intervenção indireta no domínio econômico, obrigatoriamente instituídos por lei²⁰¹ e cujos efeitos deverão constar nas leis orçamentárias então vigentes.

Um dos mecanismos de fomento mais utilizados pelas Administrações Públicas municipais é o manejo de isenções fiscais, implementadas para desonerar empresas que são atraídas pelos descontos no IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano e no ISSQN – Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, para garantir atratividade em relação a Municípios vizinhos.

Se o uso das extrafiscalidades, por um lado, é exteriorização material da autonomia do Município, por outro resulta em efeito colateral federativo, que alude ao problema da “*guerra fiscal*” entre Municípios. No Brasil, essa corrida tem contornos jurídicos bastante específicos e merecem, para melhor esclarecimento, antes de adentrarmos no desenrolar jurídico, uma dedicada explicação sobre os contextos histórico e legal.

Como decorrência da própria estrutura do sistema federativo, que contempla, no caso brasileiro, a existência de dezenas de Estados e milhares de Municípios, além do Distrito Federal, o constituinte atentou para a possibilidade da existência de conflitos fiscais dentro da Federação.

¹⁹⁹ SCHOUERI, op. cit., pp. 58- 59.

²⁰⁰ Constituição Federal de 1988, artigo 165, §6º:

²⁰¹ Constituição Federal de 1988, artigo 150, §6º e artigo 176 do Código Tributário Nacional.

Não por outra razão, a Constituição Federal comporta a existência de mecanismos que visam a coibir a prática de medidas fiscais desproporcionais por parte de seus entes, na tentativa de atrair e manter investimentos privados no âmbito de seu território, caracterizando o que se convencionou denominar por “*guerra fiscal*”.

A chamada “*guerra fiscal*” entre Municípios é a disputa havida entre cidades para que empresas instalem-se em seus territórios, de modo a fomentar desenvolvimento local, gerando empregos e divisas.

Compreendida a motivação dos Municípios, pode-se entender melhor os expedientes usados por eles para atrair as empresas por meio da extrafiscalidade gerada pelos “*descontos*” nos impostos previstos nas respectivas legislações municipais.

Em outras palavras, quando se analisa sob a ótica econômica, o aspecto fiscal explica, quase sempre, a escolha das empresas. Há, nesses casos, o componente “*legislação local*” a revelar o motivo para fixar-se em um ou outro Município.

Destarte, quanto menor a carga tributária, maiores as chances de uma empresa decidir estabelecer, ao menos formalmente, sua sede, ou estabelecimento, na cidade.

Cientes de que o parâmetro mínimo para alíquota do Imposto Sobre Serviços – ISS está previsto no Ato das Disposições Transitórias²⁰² e o parâmetro máximo consta de Lei Complementar n° 116 de 2003²⁰³, as municipalidades lançam mão, nas legislações locais, *de abatimentos na composição do valor da base de cálculo do imposto*.

Com isso, ao conferir descontos na formação da base de cálculos, na qual incidirá a alíquota de 2% a 5%, manipula-se a legislação “*antiguerra fiscal*”, de modo a criar as condições para atrair empresas com a redução do *quantum* final recolhido a título de ISS.

Com efeito, a base de cálculo do ISSQN já vinha definida no art. 9° do Decreto-Lei n° 406 de 1968 como o preço do serviço²⁰⁴. Da mesma forma, o art. 7° da Lei Complementar n° 116 de 2003, atualmente em vigor, estabelece que a base de cálculo do imposto deve ser o efetivo *preço do serviço*²⁰⁵.

²⁰² “Art. 88. Enquanto lei complementar não disciplinar o disposto nos incisos I e III do § 3° do art. 156 da Constituição Federal, o imposto a que se refere o inciso III do caput do mesmo artigo: I - terá alíquota mínima de dois por cento, exceto para os serviços a que se referem os itens 32, 33 e 34 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei n° 406, de 31 de dezembro de 1968; II - não será objeto de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, que resulte, direta ou indiretamente, na redução da alíquota mínima estabelecida no inciso I. [...]”

²⁰³ “Art. 8o As alíquotas máximas do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza são as seguintes: [...] II – demais serviços, 5% (cinco por cento).”

²⁰⁴ “Art 9° A base de cálculo do impôsto é o preço do serviço.”

²⁰⁵ “Art. 7° A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.”

No entanto, em muitos Municípios, notadamente nalguns contíguos a São Paulo, vigoram, ou vigoraram, dispositivos legais que recortam a base de cálculo, que deveria ser o valor do serviço, mediante exclusão de custos que compõe o preço final do serviço prestado (*e.g.* tributos federais).

Podemos exemplificar esta técnica com os artigos 190, §2º, inciso II; 191, §6º, inciso II, ambos da Lei Municipal nº 2.614 de 1997, do Município de Poá, com a redação que lhes foi dada pela Lei Municipal nº 3.269 de 2007, também de Poá:

“Artigo 190. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço, assim considerada a receita bruta.

[...]

§ 2º Não serão incluídos no preço do serviço:

[...]

II – os seguintes tributos federais, relativos à prestação de serviços tributáveis, ocorridos no mesmo mês de competência:

- a) Imposto de Renda Pessoa Jurídica
- b) Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido;
- c) PIS/PASEP
- d) COFINS

Artigo 191. A base de cálculo do Imposto Sobre serviços é o preço do serviço, assim considerada a receita bruta, a qual se aplica mensalmente a alíquota constante na Tabela XVI do artigo 184.

[...]

§ 6º - Não serão incluídos no preço do serviço:

[...]

II – os seguintes tributos federais, relativos à prestação de serviços tributáveis, ocorridos no mesmo mês de competência:

- a) Imposto de Renda Pessoa Jurídica
- b) Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido;
- c) PIS/PASEP
- d) COFINS

§ 7º Na prestação do serviço a que se refere o subitem 15.09, da Lista de Serviços não será incluído no preço do serviço o valor do bem, na proporção do valor arrendado.

§ 8º Na prestação do serviço a que se refere o subitem 1.05 da Lista de Serviços (TABELA XVI), não será incluído no preço do serviço o valor efetivamente pago a título de direitos autorais ao autor do software, relativo ao licenciamento ou cessão de uso.”

Vê-se, assim, que, sob uma perspectiva macroscópica, a atratividade reside nas “*vantagens*” fiscais promanadas das legislações dos Municípios lindeiros. Reside aí o

vórtice da “*guerra fiscal*” entre municípios e a explicação para a “*disparidade*” encontrada entre uns e outros Municípios.

Em São Paulo, o Município ingressou com 3 (três) Ações Diretas de Inconstitucionalidade em face dos Municípios de Santana de Parnaíba, Poá e Barueri no Tribunal de Justiça de São Paulo, TJ/SP. O objeto destas ações foi justamente a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais que concediam abatimento na base de cálculo (preço) do ISS, cerne da “*Guerra Fiscal*” entre Municípios explicitada até aqui.

A ADI nº 0268693-38.2012.8.26.0000, cujo objeto era uma lei de *Barueri*, teve, inicialmente, decisão desfavorável. Contudo, em sede do RE 804.260/SP, o Supremo Tribunal Federal, STF, assentou que: “*As municipalidades não dispõem de competência para legislar sobre base de cálculo do ISS, tarefa reservada à lei complementar federal.*”²⁰⁶

Em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em face de Poá e Barueri (ADPF 189 e 190), houve declaração de inconstitucionalidade da legislação municipal. Fixou-se, pela Suprema Corte, com modulação prospectiva de efeitos temporais desde 15.12.2015, a seguinte tese:

“É inconstitucional lei municipal que veicule exclusão de valores da base de cálculo do ISSQN fora das hipóteses previstas em lei complementar nacional. Também é incompatível com o Texto Constitucional medida fiscal que resulte indiretamente na redução da alíquota mínima estabelecida pelo art. 88 do ADCT, a partir da redução da carga tributária incidente sobre a prestação de serviço na territorialidade do ente tributante”.

Como consequência, recente previsão incluída pela Lei Complementar nº 157 de 2016 na Lei nº 8.429 de 1992, que dispõe sobre as hipóteses de Improbidade Administrativa, *in verbis*:

Dos Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário

Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei

²⁰⁶ A ADI nº 0268686-46.2012.8.26.0000, cujo objeto era lei de Santana do Parnaíba foi julgada procedente no TJ/SP. A legislação municipal foi julgada inconstitucional, decisão que foi mantida pelo Supremo Tribunal Federal, STF, RE 831.458/SP. A ADI nº 0268693-38.2012.8.26.0000, manejada contra a legislação de Poá, o Superior Tribunal de Justiça, STJ, deu provimento ao recurso da PGM/SP, RESP 1.467.470/SP, e anulou os acórdãos contrários aos interesses do Município de São Paulo.

Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016) (Produção de efeito)

Trata-se de uma iniciativa do legislador para tentar coibir a concessão de benefícios financeiros ou tributários que estejam em contradição com a Lei Complementar n. 116 de 2003.

Nada obstante, há parâmetros e balizas dentro dos quais o Município pode, sim, valer-se dos mecanismos tributários para fomentar atividades econômicas dentro de seu território, desde que, como vimos, esteja de acordo com as regras constitucionais e nacionais de regência.²⁰⁷

Há, ainda, a despeito do subfinanciamento dos entes municipais no Brasil²⁰⁸, um sem número de possibilidades de fomento municipal²⁰⁹, que se descortinam através, por exemplo, das contratações públicas, as quais são percebidas de forma cada vez mais

²⁰⁷ Importante anotar que alguns estudiosos fazem ressalvas sobre a real capacidade de condicionar o espaço urbano a partir, por exemplo, de linhas de crédito conferidas pelo poder central, em razão da forma como os grupos sociais da cidade são atingidos por uma disponibilidade de recursos precária: *“Neste diapasão, a organização de políticas e ações do poder central sobre o espaço que condicionem os poderes locais é limitada e precária. Limitada em face da disponibilidade de recursos e precária em relação à formas que atingem os diversos grupos sociais nas cidades. E como exemplo está a política de financiamento habitacional e sua consequência sobre o espaço urbano brasileiro. No caso de São Paulo, o que se verificou foi a transferência de recursos da base da pirâmide financeira para o seu topo: o FGTS capturado do excedente econômico produzido pelo trabalhador auxiliou a produção de imóveis para as classes mais altas. A contrapartida do sistema – a criação dos planos via SERFHAU – foi forjada sob o manto da submissão estatal ao capital privado: até os planos de desenvolvimento urbano deveriam ser criados por escritórios particulares.”* SALGADO, Rodrigo Oliveira. **Regulação Econômica do Espaço Urbano e Apropriação do Excedente**, p. 231.

²⁰⁸ Ressalve-se o alerta feito por Victor Nunes LEAL, (p. 58): *“O aumento da receita dos municípios pode contribuir eficazmente para a autonomia da sua administração, mas é bem provável que ao fortalecimento econômico dos municípios não corresponda idêntico reforço de sua autonomia política. Sem solidez financeira não pode o município ter independência política, mas a primeira não envolve necessariamente a segunda, porque pode vir acompanhada de um sistema de controle.”* LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

²⁰⁹ Alguma concretização da autonomia municipal, na sua dimensão de interferir no domínio econômico, tem sido escoimada pela própria legislação federal, como exemplifica a revogação do artigo 6º, da Lei 10.101 de 2000, que permitia o trabalho em comércios em geral aos domingos e feriados, desde que respeitada algum revezamento e respeitada a legislação municipal. Trata-se de uma das novidades trazidas pela MP 905/2019 (carteira verde e amarela). *“Art. 68. Fica autorizado o trabalho aos domingos e aos feriados.*

§ 1º O repouso semanal remunerado deverá coincidir com o domingo, no mínimo, uma vez no período máximo de quatro semanas para os setores de comércio e serviços e, no mínimo, uma vez no período máximo de sete semanas para o setor industrial. § 2º Para os estabelecimentos de comércio, será observada a legislação local.” (NR) Outras formas de fomento municipal, entretanto, tem sido viabilizadas por reformas constitucionais recentes, como por exemplo: *§ 2º As atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica poderão receber apoio financeiro do Poder Público.* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015). Além disso, para um estudo sobre o CEPAC (Certificado de Potencial Adicional de Construção) como forma de intervir na economia urbana, vide SANDRONI, Paulo. **O CEPAC como Instrumento de Captação de Mais Valias Urbanas e Financiamento de Grandes Projetos Urbanos**. São Paulo: FGV.

cooperativa e colaborativa. Conforme MEIRELES SCHIRATO (2014, p. 122), há evidente espaço para concertação público-privada em concessões urbanísticas, concessões de uso de bem público, concessões de direito real de uso (“CDRU”), operações urbanas consorciadas e parcerias público-privadas (“PPPs”).

Retomando um pouco as ideias expostas no Capítulo II, é no conjugar de interesses que brotam as boas políticas públicas e, para isso, é preciso que o direito construa as bases jurídicas adequadas para permitir e induzir o comportamento cooperativo, nem sempre uma escolha individual como alerta Calixto SALOMÃO FILHO (2007, p. 97):

“A questão da decisão individual vs decisão social é algo que há séculos atormenta a reflexão humana. Como e em que circunstâncias é possível fazer um indivíduo, naturalmente e *sponte própria*, cooperar com seu semelhante? [...] a resposta a essa pergunta não depende da adoção de pressupostos otimistas ou pessimistas em relação à natureza humana. Demonstra-se, com efeito, que o aparecimento, ou não, da cooperação é função direta da existência de condições (e instituições) que permitam seu desenvolvimento. Não por acaso a resposta tem sido mais recentemente fornecida – e que é particularmente interessante para o presente trabalho – é que o aparecimento da cooperação depende, basicamente, de um problema de informação.”

Para isso, vai este autor recorrer a uma reflexão mais abrangente sobre os contratos administrativos, que apresenta como verdadeiro elemento auxiliar da regulação estatal, desde que nele adequadamente incorporados conceitos mais amplos como princípio cooperativo e interesse da coletividade em geral, isto é, interesses públicos (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 220):

“Evidentemente, para garantir que os esforços se dirijam ao objetivo contratual comum não basta impor deveres objetivos. Por mais rigorosos que sejam esses deveres, é preciso, em paralelo, garantir que as partes não atuem visando interesses particulares externos ao contrato. É legítimo que as partes, dentro dos parâmetros (cooperativos) estabelecidos pelo contrato, busquem proteger seus próprios interesses. O que não se pode admitir é a desconsideração dos objetivos contratuais nessa persecução de interesses.”

Em resumo, a atividade de fomento do Estado, e aqui mais especificamente pelo Município, deve ater-se àquela zona de intersecção onde se encontram o interesse

público e o interesse privado, sempre levando em consideração os valores do direito à cidade e da universalização do acesso a bens e serviços no território do Município.

CONCLUSÃO

Diante dos temas apresentados neste trabalho, concluímos que:

1. Desde a primeira revolução industrial, o progresso econômico caminha *pari passu* com o processo de urbanização. Isso ficou explícito na Londres do século XVIII-XIX e verifica-se, atualmente, em muitas cidades asiáticas, com intensidade avassaladora. Essa urbanização, caso planejada, poderá impactar na forma como a produção de riquezas propaga-se no tempo e influenciar a maneira como a Sociedade urbanizada produzirá riquezas e apropriar-se-á do excedente gerado.
2. Além disso, está hoje em andamento a quarta revolução industrial, caracterizada pela supressão de intermediários, extinção de antigos mercados e criação de novos. A dinamização dos fluxos e o assim chamado “compartilhamento de bens” impactam sobremaneira as cidades, onde a infraestrutura urbana é especialmente demandada e o bens particulares passam a ter função econômico-produtiva, transmutando-se em verdadeiros bens de produção.
3. Nessa linha de ideias, mostra-se coerente deduzir a necessidade por um ator capaz, ao mesmo tempo, de (i) intervir microscopicamente; e (ii) atentar para os impactos gravemente locais da nova economia. No Brasil, o ente federativo vocacionado para atender a estas demandas eminentemente locais é o Município.
4. O Município brasileiro tem características próprias do modelo de Federação que se desenvolveu por aqui. Como decorrência, cultivou-se uma doutrina endêmica em nossas estruturas: o Municipalismo. Tal doutrina identifica-se tanto na forma como foi concebido o ente municipal, como em um certo proselitismo pela descentralização político-administrativa-orçamentária.
5. Sopram, aparentemente, nesta e noutras partes do planeta, renovados ventos localistas. Em um momento em que o Estado Nacional e os grandes conglomerados econômicos ganham, na prática, poderes quase divinos (a partir da tecnologia da

informação, processamento de dados e inteligência artificial), defende-se, aqui e acolá, o empoderamento das comunidades, com descentralização de recursos financeiros e do poder decisório.

6. Ao radiografar o federalismo, desde suas origens, é possível retirar alguma lógica econômica em seu desenvolvimento. Essa afirmativa sustenta-se no fato de que a divisão dual de competências, marcada pelo início da Federação americana, esteve em linha com o *laissez faire* do liberalismo econômico do século XIX, deixando, no entanto, de ser efetiva contra as crises e turbulências que pulularam no início do século XX.
7. Como consectário das necessidades de maior participação do Estado na economia (*e.g. New Deal*), o federalismo dual foi sendo superado por uma lógica de cooperação entre os níveis federativos, com conseqüente predomínio dos poderes centrais. A isso seguiu-se uma tendência de creditar ao poder nacional uma maior capacidade técnica e estrutural para intervir na Sociedade.
8. No Brasil, o Município esteve à deriva das jusantes e montantes dos regimes que se interpolaram por aqui. A Constituição Imperial de 1824, centralizadora, embora adotasse o Estado Unitário, conferia destaque para as vilas e cidades na resolução dos assuntos locais; enquanto a Constituição Republicana de 1891 era federalista por desagregação (centrífuga) e formalmente garantidora de uma espécie de autonomia municipal que só não foi exercida de fato em razão de nossa tradição centralizadora e coronelista. A Constituição de 1934, por sua vez, estabeleceu “rendas próprias” aos Municípios, mas preferiu favorecer a União na repartição de competências. Já no texto constitucional de 1937, vislumbra-se a diminuição momentânea da importância e autonomia municipal em razão do Estado Novo, ao passo que a Constituição democrática de 1946 previu o municipalismo corporificado na tríplice autonomia: política, administrativa e financeira. Adiante, todavia, os atos institucionais de 1967 e 1968 fragilizaram em grande medida as garantias outrora franqueadas, somente retomadas, de maneira significativa, com a Constituição Federal de 1988, quando a autonomia municipal encontrou sua preamar.

9. Conquanto a Constituição em vigor preceitue a autonomia municipal em sua tríplice matriz (política, administrativa e financeira), houve um considerável movimento de centralização no que toca à distribuição de competências. Sem embargo de haverem sido incluídas mais matérias no rol de competências concorrentes (modelo cuja influência remonta à Constituição Alemã de 1949), os diplomas nacionais tenderam sempre a eclipsar o campo de atuação próprio dos entes subnacionais, mediante leis e atos normativos que flertam com a exaustividade. Além disso, relativamente às competências privativas da União, houve um considerável acréscimo em relação àquelas prevista na Constituição de 1967.
10. Desse modo, ficam claras duas coisas (i) a distribuição concorrente de competências, associada a um extenso rol de competências privativas da União, deflagra, paulatinamente, um processo de centralização contínua; e (ii) o federalismo de cooperação, no Brasil, é algo que depende dos fluxos e influxos da centralização ou descentralização vivenciadas na prática, a partir das plataformas políticas e da interpretação jurisprudencial.
11. Além disso, sequer a posição ocupada pelos Municípios no Brasil é objeto de consenso. Viceja, de balde, em nossa doutrina, longo debate sobre se o Município é ou não um ente federado. Enquanto alguns acenam negativamente, pela ausência de representação municipal no Senado Federal ou Poder Judiciário municipal, outros reputam cristalina a redação do *caput* do art. 1º da Constituição de 1988, o qual dispõe que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel de Estados, Municípios e Distrito Federal.
12. A par dessa questão, há quem aponte, outrossim, que o ente municipal, tal como concebido em nosso sistema federativo, é significativamente engessado do ponto de vista institucional, uma vez que não pode, livremente, escolher seu modelo de organização, a exemplo dos Estados Unidos da América, onde vigora o modelo de *Charter Cities*. Essa crítica parece estar em consonância com o apelo para um maior experimentalismo institucional, de que poderiam ser laboratórios os muitos Municípios brasileiros, os quais, a bem dizer, gozam de autonomia constitucionalmente assegurada e competência para legislar sobre assuntos de interesse local.

13. Recentes julgados do Supremo Tribunal Federal vêm nesse sentido (*e.g.* ADI n° 4.060), ao perceber que a federação não é estática e, justamente em sua dinâmica, pode a Corte prestigiar iniciativas locais para “promover o pluralismo nas formas de organização política” e “tentar experimentos econômicos e sociais sem risco para o resto do país”.
14. Essa dinâmica do federalismo representa uma verdadeira “cultura” e implica, de outro lado, na definição precisa de competências de cada ente federado. Nesse diapasão, estabelecer as atribuições de cada qual é tarefa exigida pelo princípio da segurança jurídica para (i) garantir a limitação do Poder, por meio de regras formais e materialmente válidas (além de compreensíveis e previsíveis), capazes de evitar conflitos federativos; e (ii) impor responsabilidades e funções a cada ente federativo, em estruturas de organização do Estado articuladas por tarefas prescritas em *regras de ação*.
15. Ao contrário do que ocorre no federalismo *dual*, a repartição no federalismo *cooperativo* segue regras de competência distribuídas entre *administrativas* (exclusivas/privativas ou comuns) ou *legislativas* (privativas, concorrentes, suplementares ou supletivas), além, claro, das competências *implícitas*.
16. Em nosso estudo organizado sobre a distribuição de competências na Constituição de 1988 pudemos perceber, sobre as atribuições de União e Estados, o seguinte: (i) as *competências administrativas exclusivas* da União apontam para um objetivo de tratamento jurídico único, homogêneo em todo o território nacional para determinadas matérias (*e.g.* exercer monopólios constitucionais, emitir moeda, administrar as reservas cambiais do país, fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada); (ii) as *competências administrativas comuns* tem a *ratio* de viabilizar a cooperação entre os entes federados, visando o equilíbrio na somatória dos esforços alocados nos respectivos domínios, tal que a própria constituição dá os meios para coordenar as iniciativas e funções de cada ente federado, ao dispor que a cooperação entre eles poderá ser regulamentada por Leis Complementares; (iii) dentre as *competências legislativas privativas da União*,

destacamos aquelas que versam sobre direito civil, comercial e do trabalho; águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; além de trânsito, transporte e diretrizes da política nacional de transportes, que representam os maiores pontos de intersecção com as competências municipais para intervenção no domínio econômico; (iv) na *competência concorrente*, cabe à União estipular normas gerais, enquanto que aos Estados incumbe complementá-las e regulamentá-las, no exercício da *competência suplementar* - salvo quando inexistir lei federal, hipótese em que Estados podem exercer a competência legislativa plena, para também instituir normas gerais, em sua *competência suplementar supletiva*; e (v) além das competências expressamente enumeradas e remanescentes (residuais), promanam, das três esferas, *competências implícitas*, que decorrem logicamente dos poderes reservados ou expressos.

17. Quanto às competências municipais, verificamos que, muito antes de haver-se atribuído aos Municípios brasileiros *status* constitucional inaudito em outra parte do mundo, as tarefas atinentes ao específico interesse local foram sempre e sempre de sua alçada, como célula política do organismo federativo. Assim, podemos divisá-las em competências (i) *administrativas explícitas próprias* (i.e. serviços públicos de interesse local; educação infantil e ensino fundamental; atendimento à saúde da população; ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; proteção do patrimônio histórico-cultural local; e, atipicamente, a competências administrativa própria na área de segurança pública); (ii) *administrativas explícitas comuns* (e.g. proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; dispensar às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las; promover e incentivar o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico; e promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação); (iii) *administrativas implícitas*; (iv) *legislativas enumeradas* (i.e. legislar sobre assuntos de interesse local; instituir taxas, contribuições de melhoria e impostos de sua

competência; criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; e organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial); (v) *legislativas suplementares*, apenas, “no que couber”, para suplementar legislação federal ou estadual nas matérias concorrentemente atribuídas pela Constituição (tais como direito econômico; produção e consumo; ou proteção do meio ambiente e controle da poluição); e, finalmente, (vi) *legislativas supletivas*, de modo que o Município supre eventual omissão da União para instituir normas gerais, suspendendo-se os efeitos no caso de superveniente cessação da inércia federal.

18. Eis então um panorama da distribuição constitucional, já de onde se podem localizar as muitas e variadas formas pelas quais o Município, observadas as garantias individuais, intervém na ordem econômica. Surdem, nesse passo, dois arrimos sobre os quais deverá lastrear-se a imissão de um ente municipal no âmbito da economia local: *interesse público* e *interesse local*. Desde aí é possível concluir-se que o requisito para tanto é atendido quando há *interesse (público) local* apto a sustentar referida atuação.
19. Relativamente ao primeiro requisito, interesse público, pudemos constatar, a partir das origens da ideia de interesse geral, no esboroar do Antigo Regime, que ele surgiu como sucedâneo à ancestral deontologia meramente religiosa e dogmática, insuficiente em um contexto de crescente laicização do Estado. Mais do que isso, o interesse geral prestava-se à ideia de *contraequivalência*, segundo a qual, em uma perspectiva realista e contratualista sobre a natureza do homem, haveria de conceber-se um *contravalor* apto a refrear as paixões humanas (*e.g.* desejo por poder - *libido dominandi* – e ânsia por dinheiro – *auri sacra fames*). Desta feita, entre um mero apelo à coerção repressiva e a efetiva mobilização harmonizadora das paixões humanas, esta última saída - menos dependente da indulgência excessiva ou crueldade desmesurada do Príncipe - despontou como dogma do liberalismo econômico do século XIX, podendo ser verificada, ainda antes, nas concepções sobre separação de poderes no Constitucionalismo do século XVIII.
20. O interesse geral, como razão de Estado, ganha dimensões jurídico-normativas. Momento a partir do qual começa a tormentosa tarefa de definir os contornos desse

conceito multifacético, que é absorvido por nosso ordenamento como interesse público. Interesse público é, para o Direito Administrativo, a um só tempo, fundamento e objetivo da gestão pública. Por essa razão, não foram poucos aqueles que tentaram defini-lo.

21. Diante das dificuldades em precisar o conceito, sobejam, ainda agora, críticas à ideia de que a atuação do Estado na Sociedade e, mais especialmente, na economia, possa sustentar-se na existência de uma *supremacia do interesse público* sobre o privado. Ao revés, entendem estes autores que a ordem constitucional atualmente em vigor afirma a primazia da pessoa humana sobre o Estado, tendo erigido os *direitos fundamentais* como pedra angular de nosso sistema. Ao lado desta doutrina, ressoa uma outra que conserva a supremacia do interesse público, discernindo entre interesse meramente particular e interesse da pessoa enquanto membro da Sociedade. Nessa perspectiva, em cada indivíduo repousaria um interesse pessoal de que se preservem os valores mantenedores da coesão social e do bem-estar da coletividade. Os direitos fundamentais, segundo essa última visão, colocar-se-iam como limites à atuação estatal.
22. Novos aprimoramentos vão surgindo. Uns para matizar o princípio, denominando-o “*preponderância do interesse público*” e submetendo-o à ideia de “*minimização dos sacrifícios*” (mediante a ponderação a partir do critério da *proporcionalidade*). Enquanto outros para situar os direitos fundamentais e a dignidade humana como “*ponto de partida geral*”, condição apenas necessária para concretizar o interesse público, lido não mais como conceito difuso, mas positivado em uma constituição democrática e soberana, que, por sua vez, não se satisfaz apenas com direitos de natureza negativa; ao contrário, obriga que o Estado, antes meramente repressor, também preste serviços e regule a economia.
23. Essa discussão doutrinária dá-se, toda ela, tendo como pano de fundo uma mudança de paradigma na relação entre Estado e Sociedade, num contexto em que se sofisticava essa interação. Na intervenção do Estado na economia contrapõem-se interesses difusos (*i.e.* que “dizem respeito à qualidade de vida global”) e interesses especiais (*i.e.* titularizados por grupos sociais bem organizados). Assim, espera-se que o Poder

Público articule os diferentes interesses dentro da Sociedade (*i.e.* públicos, especiais e difusos) como “*mediador ativo*”, evoluindo o princípio da *supremacia do interesse público* para significar uma “*preponderância do interesse público*”, que interdiça interesses particulares prejudiciais ao coletivo e que jamais descure dos interesses públicos difusos, os quais não são orquestrados por grupos de pressão. Essa concertação harmônica entre interesses públicos e privados tem precedentes que remontam à doutrina americana do *National Interest*, surgida nos anos 30 do século passado, quando se concebeu um interesse unitário e transcendental, estruturante e conciliador dos impulsos econômicos privados em vista de um interesse coletivo, nacional. O mesmo amálgama público-privado é verificável no contexto atual de muitos países asiáticos que apresentam elevado grau de progresso econômico.

24. Vimos, enfim, que, com o tempo, vão surgindo novas e diferentes concepções sobre a forma de traduzir a ideia de interesse público. Atravessou incólume, todavia, a percepção de que a todos sempre interessará o bom convívio comunitário, do indivíduo entre os seus: pleno em suas individualidades, mas, simultaneamente, em comunhão com a coletividade. Nessa senda, se é difícil, por um lado, compreender o interesse público em sentido ampliado, em uma dimensão local, por outro, será mais fidedigna a interpretação sobre o que sejam os anseios que o caracterizam. Em outras palavras, quanto mais próximo da comunidade, mais autêntica e genuína será a compreensão que o gestor público fará do interesse geral, já que o administrador ou legislador local é capaz de verdadeiramente auscultar os desejos sociais de seus conterrâneos, em um ambiente naturalmente mais democrático e participativo.
25. Procuramos, por conseguinte, avaliar adequadamente a noção de interesse público e buscar seus limites. Pontuamos, inicialmente, que interesse público não corresponde à somatória dos apetites individuais. Além disso, o uso do termo “interesse” pelo Constituinte, seja interesse público, coletivo, social ou local, é uma técnica normativa de que lança mão para condensar distintos valores derramados no texto constitucional, motivo pelo qual o intérprete deve buscar, no conjunto e contexto da Carta, os valores protegidos por cada “interesse”. Por fim, a título de delimitação descritiva, apresentamos a clássica distinção entre interesses públicos primários e secundários.

26. Em um segundo momento, valemo-nos das lições sobre *conceitos indeterminados* em geral, tais como probidade, moralidade, eficiência, boa-fé e, por que não, interesse público. A melhor doutrina a respeito aponta para o fato de que qualquer que seja o conceito indeterminado, sempre será possível identificar nele um *halo*, ou núcleo, conceitual. Assim, apenas surgiriam dúvidas hermenêuticas para fora da “zona de certezas”. No caso de interesse público, portanto, temos três zonas: de certeza positiva, de certeza negativa e de penumbra, ou incerteza. A zona de incerteza é onde ocorre a efetiva construção do conceito desde o caso concreto, a partir da interpretação do texto face à realidade cambiante e multifacetada.
27. Por fim, demonstramos que o conceito pode ser compreendido por uma visão bipartida, que o divide entre *interesse público em sentido amplo* (mínimo ou fraco) ou *interesse público em sentido estrito* (forte). O primeiro ocorre sempre que o Direito, de modo geral, atribui ao Estado o dever de resguardar certo valor, legitimando, como consequência, qualquer atuação do Poder Público. Assim considerado, serve o conceito, quando menos, para delimitar um *pressuposto negativo de validade* do ato estatal, donde é vedada qualquer ação administrativa que atenda a finalidade diversa.
28. A segunda compreensão, sentido estrito (ou forte), ocorre quando a regra jurídica qualifica o interesse público, exigindo-o, devidamente motivado, para uma determinada atuação concreta do Poder público. *Explicitamente* (quando utiliza uma expressão análoga a interesse público, *e.g.* o “relevante interesse coletivo” a autorizar exploração direta de atividade econômica pelo Estado) ou *implicitamente* (por meio de uma atribuição discricionária, *e.g.* art. 174 da CF). Nesses casos estamos diante de pressupostos positivos de validade da atividade do Estado, especialmente recomendáveis para instituir proibições, limitações ou requisitos às atividades privadas (em suma, para efeitos de nosso recorte, para *intervir na economia*).
29. Superado o estudo sobre um dos pilares sobre os quais se apoia a intervenção municipal no domínio econômico, passamos para o outro, qual seja, a interpretação do que venha a ser “*interesse local*”. Iniciamos esclarecendo que há dois tipos distintos de limites pelos quais o poder superior restringe e regula o poder inferior: relativos ao *conteúdo* ou à *forma*. O primeiro representa os *limites materiais* e o

segundo os *limites formais*. Quando um município desborda de sua atribuição federativa e invade competência de outro ente estamos diante de uma inconstitucionalidade de natureza formal. Nada obstante, para o específico estudo da intervenção municipal no domínio da economia, referida locução nos conduz a pelo menos duas dimensões de interpretação, *material* e *formal*, já que deverão ser contempladas duas exigências impostas pelo legislador constitucional simultaneamente: (i) haverá de incidir um interesse tutelável pelo Estado e, nesse sentido, um interesse que não seja puramente particular (*limite material*); e (ii) ele deverá ser predominantemente local (*limite formal*). Daí ler-se *interesse (público) local*.

30. Com efeito, “interesse”, nesse caso, pode ser público, privado, difuso, coletivo, desde que tenha uma dimensão comunitária, apta a justificar a atuação do Município. Ou, em outras palavras, o “interesse”, nesse caso, abrange quaisquer legítimos interesses, públicos ou privados, especiais ou difusos (ambas classes de direitos transindividuais), que surjam, operem-se e realizem-se em âmbito local, *desde que justifiquem regulação do Estado*.
31. O termo “*local*”, a seu turno, cumpre a função de definir o âmbito de incidência da competência do Município. Sobre essa específica delimitação grassam incontáveis dúvidas e debates. Exceção feita a precedentes jurisprudenciais arqueológicas, desde as constituições pretéritas, quando vigorava o termo “*peculiar interesse*”, sempre prevaleceu na doutrina a interpretação de que a competência para tratar de temas de interesse local referia-se a situações em que “*predominam*” interesses locais, dado que “*não há interesse municipal que não o seja reflexamente da União e do Estado-membro*”.
32. Verificamos, ainda, que o constituinte fez uma escolha muito clara ao empregar, também aqui, um conceito aberto para definir algo que, tirante as *zonas de certeza positiva ou negativa*, somente poderá ser acuradamente apreciado na perspectiva *casuística*. Vale dizer, somente ao contrastar fatos, capacidade técnica e texto constitucional poder-se-á extrair, do art. 30, I, da Constituição Federal, a norma justa para o caso concreto. Malgrado haja quem defenda (i) que a competência municipal descrita no referido inciso é residual em face das competências dos demais entes

federados; ou (ii) que estariam albergadas na locução “*interesse local*”, indistintamente, toda a gama de interesses que gravitam sobre a órbita das localidades (pertinente, assim, uniformemente, a toda e qualquer municipalidade), parece-nos que o constituinte originário visava o oposto. A teleologia da cláusula aberta mirava, em nosso ver, o desiderato inverso, ou seja, teria buscado o legislador constitucional uma forma de encilhar um feixe de competências que variam conforme as “*peculiaridades*” de cada Município. Assim, face à disparidade que há entre os municípios brasileiros, *interesse local*, enquanto conceito aberto, somente seria aferível a partir das *especificidades e circunstâncias inerentes a cada localidade*.

33. Nessa toada - nada obstante, ao se depararem com conflitos federativos, os Tribunais, regra geral, prestigiem as competências da União - alguns refrescados precedentes do Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, apontam no sentido de acolher interpretação que não tolha a competência dos entes menores. Desse modo, nossa Suprema Corte parece caminhar na direção de (i) presumir capacidade e competência dos entes subnacionais (*presumption against preemption*); e (ii) exigir que as normas gerais indiquem, de maneira clara, precisa e cogente (*segundo critérios de proporcionalidade - necessidade, adequação e razoabilidade*), quando não puderem, Estados ou Municípios, legislar sobre determinada matéria de impacto regional ou local (*clear statement rule*). Caso contrário, não se exclui, aprioristicamente, a competência de outros entes para regulação específica ou peculiar.
34. Muito embora esteja o Supremo Tribunal Federal apoiando esses precedentes em doutrina e jurisprudência americanas, a compreensão esposada pelo pretório excelso nada mais é do que corolário do *princípio da subsidiariedade* em sua *dimensão vertical*. O *princípio da subsidiariedade*, cujas origens jurídicas remontam à Europa do início do século XX, pode ser compreendido tanto em sua *perspectiva horizontal*, na relação Estado e Sociedade, quanto na *perspectiva vertical*, em referência às autonomias constitucionalmente qualificadas, descentralização e repartição de competências no federalismo.
35. Existe, em certa medida, uma confluência entre essas duas dimensões do conceito, já que o princípio da subsidiariedade pretende um *modus in rebus* na relação entre

Estado e Sociedade. Quando demasiadamente íntimos, acabariam por marginalizar o indivíduo; enquanto que um rompimento artificial entre eles seria hostil à construção de estruturas que promovam o consenso e o pluralismo. Em Sociedades com sólida base comunal, esse dilema sobre a relação entre Poder Estatal e Indivíduo é equacionado a partir de uma interação entre poder central e poderes periféricos, mediante ideias regionalistas e municipalistas.

36. Apresentamos no trabalho a polêmica que circunda o tema da subsidiariedade horizontal, a qual poderia, no limite, justificar um Estado aquém do imprescindível para a construção de uma *Sociedade livre, justa e solidária*. A controvérsia, em nosso entender, tem um quê de ideológica, pois sempre haverá um *aspecto comissivo da subsidiariedade*, de tal modo a, na incapacidade dos atores privados, *obrigar uma ação do Estado*. Além disso, em certa medida, prescindimos desta discussão para podermos afiançar que a subsidiariedade vertical é autônoma em relação à subsidiariedade horizontal. Pode soar inusitado descolá-las, já que, inicialmente, uma provém da outra. Pareceu-nos, todavia, que a subsidiariedade aplicada no estudo do federalismo pode recrudescer a valia do interesse público na ordem jurídica, uma vez que, em âmbito municipal, a proximidade entre Estado e Sociedade é mais tangível. Ademais, a obrigatoriedade da gestão democrática das cidades sinaliza para uma melhor percepção, na prática, dos múltiplos interesses em jogo no ambiente da comunidade urbana.
37. Consequentemente, a incidência implícita do princípio da subsidiariedade em nosso federalismo foi tema especialmente relevante para este trabalho, (i) a uma, porque já tem constado de recentes julgados do Supremo Tribunal Federal para reconhecer, no âmbito da repartição constitucional de competências federativas, que o Município detém primazia sobre os temas de interesse local, nos termos do disposto no art. 30, I, da Constituição; (ii) a duas, porque revela vetor interpretativo na compreensão do *interesse local*. A repartição vertical de competências no federalismo segue uma racionalidade de respeito e preservação das diversidades históricas e individualidades locais, proteção das minorias, proteção da liberdade, reforço da democracia e eficiência do modelo de gestão política e administrativa, viabilizando decisões mais técnicas, transparentes, equilibradas e sindicáveis. Deste modo, o federalismo pode

ser entendido como a concretização do princípio da subsidiariedade na organização do Estado.

38. Por fim, apresentamos, como sugestão, a doutrina alemã da *lealdade federativa*. A qual implica, na conduta dos entes federados, *repercussões positivas e negativas*. Comina, por um lado, *consequências comissivas* (tais como deveres de ajuda, apoio, informação, consulta, coordenação e cooperação entre eles). Por outro lado, pressupõe *limitações ou barreiras ao exercício de suas competências* que, ainda que textualmente asseguradas, no caso concreto, não atendam (pelo aspecto forma ou pelo aspecto conteúdo) ao fundamento constitucional da *boa-fé objetiva entre entes federados*.
39. Ficou claro até aqui que nas comunidades locais, sobretudo nas urbanizadas, a forma como interagem Estado e iniciativa privada é decisiva para a conformação do mercado, enquanto “*locus artificialis*” onde se desenvolvem atividades de troca e produção. No território do Município são catalisadas interações econômicas e condensados interesses (tanto públicos, quanto privados), imputando-se-lhe papel essencial nesse processo. A interação dos interesses privados com o Estado e, conseqüentemente, com o Direito não é de antagonismo, mas, antes, de *interdependência*, já que a produção econômica influi na elaboração das normas e o Estado, através do ordenamento jurídico, fornece ao mercado os elementos de *previsibilidade e segurança*, tão caros ao desenrolar das atividades econômicas.
40. Deste modo, ao Estado incumbem, na atualidade, as complexas atribuições de estimular e garantir o desenvolvimento, em todos seus aspectos, além de arbitrar diferentes demandas, a partir da melhor concepção de interesse público. Para esse mister, o Direito, antes predominantemente prescritivo de sanções negativas e repressivas, evolui para dar maior ênfase à organização e condicionamento de comportamentos desejados, manejado como instrumento promocional, através de *sanções positivas ou premiaias*. Oferece, destarte, ferramental normativo para que o Estado dê cabimento apropriado a uma miríade de atribuições que lhe foram sendo outorgadas pelas realidades social e econômica, no sentido de ordenar, regular, policiar e fomentar, além de atuar como agente de mercado.

41. Nesse cenário em que ao Estado incumbem tantas e difíceis atribuições, o Município brasileiro, efluência local desse Estado, com relevante grau de participação no sistema federativo, está, por definição conceitual, encarregado de ocupar-se de questões de jaez econômico, desde que sensíveis aos cotidiano local, as quais também têm evoluído concomitantemente ao complexo desenvolvimento da Sociedade.
42. Para demonstrar essa interação e justificá-la diante das prescrições constitucionais, recorreremos, primeiramente, à definição concreta do que se pode entender por *domínio econômico e ordem econômica*. O primeiro percebido como campo de atuação – pública e privada – em que se desenvolvem as atividades econômicas (daí falarmos indistintamente de intervenção ou atuação/participação do Estado na economia). O segundo conceito compreendido como o arranjo jurídico-institucional conformador do sistema econômico, que traduz o modelo econômico havido numa determinada sociedade.
43. Em nosso caso, portanto, a Ordem Econômica, fundada juridicamente pela Constituição Econômica, é atrelada umbilicalmente ao Estado, cuja origem teórica também encontra exurgência no texto constitucional. Isto significa que, quando se está diante da Constituição Federal, visualizam-se, a um só tempo (i) a fundação dos preceitos jurídicos da Ordem Econômica e (ii) os papéis, ou competências, conferidas ao Estado nesta interface com a economia. Podemos também falar de uma Ordem Econômica Municipal, no qual incidem não apenas os princípios tratados no art. 170, CF, mas também outros, como, por exemplo, aqueles que dizem respeito à política urbana (arts. 182 e 183, CF), os quais visam, sob esse prisma, regular o impacto das atividades econômicas locais no cotidiano do cidadão.
44. Como mencionamos, inobstante as atribuições de que goza o Município hoje, ainda há quem, escorado no argumento do engessamento institucional, critique o modelo federativo adotado pelo constituinte brasileiro. De fato, um modelo que não confira flexibilidade e ductibilidade na forma como os agentes políticos poderão adequar-se às cambiantes demandas econômicas e sociais, de algum modo, inviabilizará o fator que, ao longo de todo o histórico capitalista, fez com que esse modelo econômico prosperasse sobre os demais: o aperfeiçoamento a partir da experimentação ou, para

o setor público, *policy learning*. Nesse mesmo sentido, surgem teorias econômicas que defendem a viabilização de focos de desenvolvimento regidos por estruturas locais, onde haja conjunção entre Estado e capital para desenvolvimento econômico organizado, aptos a descobrir e implementar novas regras, novas ideias de como estruturar interações econômicas, em uma lógica de competição entre entes federados.

45. A nosso ver, o modelo federativo brasileiro já atende a essa perspectiva. Parece haver um certo fetichismo institucional ou legislativo, pois é possível extrair do nosso sistema constitucional a *autonomia e o interesse local* (como regra de competência formulada em um enunciado genérico), as quais possibilitam que *o intérprete consiga aplicar a lei de maneira a se adequar às demandas de cada localidade*. Assim é que, na dinâmica econômica e social em que está inserida a federação brasileira, depende do intérprete uma certa “*cultura*” de perceber, em nossa estrutura constitucional, a competência do Município, lastreada propositadamente numa regra de conceito aberto, como possível solução para o tão desejado experimentalismo competitivo sugerido acima.
46. Nesse sentido, no decorrer de nossos estudos, ao aprofundar o tema das competências municipais, notamos que também a conceito aberto de *interesse público* contém a semente para solucionar o problema de engessamento do governo local, aliado à tendência, inclusive jurisprudencial, de fortalecimento da federação, aplicando-se cada vez mais recorrentemente o princípio da *subsidiariedade* em seu sentido vertical, prelúdio de uma visão que contemple o Município como agente de transformação econômica.
47. A multiplicidade de interesses em diálogo no ambiente urbano - sejam *estatais*, *coletivos*, dos *agentes econômicos* (e.g. promotores imobiliários e aplicativos de mobilidade) ou dos *proprietários* - revelam-se como verdadeiros *interesses locais* e, por isso mesmo, justificam a atração da competência municipal para sua influência como regulador, em sentido amplo. O Estado-município terá funções de organizar a economia municipal, de um lado preservando um bom nível de competitividade, de outro minorando externalidades negativas, dado que a interação urbanística

transparece muitos aspectos às vezes conflitantes entre *qualidade de vida e relações econômicas*.

48. O município é a concretização de uma riqueza coletiva, mas cujas apropriações são extremamente assimétricas e desorientadas. Por essa razão, surge a imprescindível capacidade regulatória de um ente que, municiado pela Constituição e pelos diplomas urbanísticos nacionais, deve orientar o desenvolvimento econômico local, de maneira a evitar o crescimento das disparidades internas. Deve, outrossim, preservar os interesses difusos, ao coibir o abuso do poder econômico em todas suas formas. De outro lado, também deve fomentar organizadamente os interesses econômicos, comungados com os interesses coletivos. Portanto, da mesma forma, há de haver fomento pelo gestor municipal, mediador dos interesses, no sentido de que organiza, arbitra, prospecta e efetiva os interesses comuns da sociedade.
49. Para demonstrar como se dá essa interação entre o rol de competências atribuídas constitucionalmente aos entes locais e as formas de intervenção estatal na atividade econômica, fizemos um estudo exemplificativo de algumas materializações desta atividade municipal, valendo-nos, quando necessário, de alguns preciosos conceitos de Direito Econômico, Administrativo, Urbanístico, Ambiental, Financeiro, Tributário e do Consumidor.
50. Em um primeiro momento, perquirimos sobre as competências municipais para atuar *diretamente* na atividade empresarial, como *agente* de mercado. Diante da redação do art. 173, verificamos que a Constituição de República prescreve dois requisitos alternativos para que o Estado empreenda diretamente na seara econômica, sempre em observância à prescrição legal. Reservada à União a defesa da *segurança nacional*, caberá aos Municípios apenas o exercício direto das atividades econômicas de *relevante interesse coletivo*. Ademais, esse específico interesse, a autorizar que o Município se enverede diretamente nas atividades econômicas, deve ser *local*, conforme regra insculpida no art. 30, I, da CF.
51. Ao passar ao estudo da *regulação* municipal, lembramos que Constituição Federal de 1988 outorgou competência privativa à União para legislar em áreas cruciais à regulação da atividade econômica, (e.g. art. 22, I, IV, IX e XI), bem assim,

competência legislativa concorrente em matérias de igual espécie (e.g. art. 24, I, V, VI, VII, VIII e IX). Daí haver alguma preponderância da União, que tendeu, até recentemente, a obliterar o papel dos entes federados subnacionais, com certa conivência de nossos Tribunais. Vemos que boa parte das questões atualmente postas sob escrutínio do direito econômico, impactam, às vezes de forma preponderante, matérias de interesse local, afetas à realidade de cada cidade, sendo difícil conceber a suficiência de uma regulação de visão ampliada, míope às demandas e complexidades eminentemente locais. As novas formas de interação econômica, dentre as quais está a denominada *economia compartilhada*, exemplificam esse panorama de *inovações disruptivas*. Afinal, para além da transformação dos espaços e condições de troca, os efeitos oriundos de empresas como *Uber* ou *Airbnb* refletem-se diretamente sobre matérias de âmbito municipal (e.g. políticas de transporte e habitação). A maior parte das “megacidades” pelo mundo, que sofrem com estes impactos, tem regulado os setores de maneira individual e específica, o que denota a importância de uma visão particularizada para cada ambiente municipal. Além disso, a importância dos *dados* coletados por essas plataformas digitais para as políticas públicas de natureza urbana é evidente, o que justifica uma atuação concertada entre Município e empresas de tecnologia para compartilhamento/disponibilização de *dados* com o poder público.

52. Regular hoje é bastante diferente de regular no início do século XX, quando isto significava dar mais liberdade ou aperfeiçoar o funcionamento dos mercados, minorando suas imperfeições. Assim, a mera regulação da *troca* (quando a troca está eficiente, prescinde-se do Estado) não coaduna com momentos *escassez* de infraestrutura e recursos naturais, bem como aumento das demandas por bens e serviços. Assim, do foco na *troca*, passamos ao foco no *acesso* e *compartilhamento*. No contexto da cidade, a *escassez* é evidente, como também é óbvio que o *compartilhamento da infraestrutura urbana* sempre foi uma necessidade. Assim, temos que, ao regulador, cabe garantir acesso digno a bens/serviços que sejam identificados como imprescindíveis ou essenciais aos munícipes. Regular o espaço urbano significa, outrossim, regular a economia municipal, nos aspectos que dizem respeito ao interesse da coletividade local. Destarte, é possível dizer que onde há direito urbanístico, há direito econômico. Não à toa que, na Constituição Federal de 1988, o capítulo da política urbana está inserido na seção sobre a Ordem Econômica.

53. O Supremo Tribunal Federal, quando confrontado sobre os limites constitucionais da atuação municipal no domínio econômico, acabou dedicando duas de suas cinquenta e seis súmulas vinculantes. A Súmula Vinculante n° 38 determina que é competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial (ressalvados horários bancário) por se tratar de assunto de interesse local, à luz do disposto no art. 30, I, da Carta Magna. Do mesmo modo, entende o STF que aos Municípios é dado dispor sobre o tempo de atendimento nas agências localizadas em seu território.
54. A Súmula Vinculante n° 49, por outro lado, fixa a tese de que ofende o *princípio da livre concorrência* lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área. A despeito de, sob uma primeira vista, parecer que os princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa econômica são postos como valores superiores às razões de interesse público municipal para regulação do espaço urbano, na realidade, houve, para elaboração da Súmula Vinculante n° 49, *um juízo de desproporcionalidade*, em que se constatou que a regulação restritiva, nos casos analisados, não seria constitucionalmente justificada, em cotejo com os valores e princípios nela inscritos. Sendo, entretanto, possível a restrição em caso de haver interesse público apto a justificá-la, como por exemplo, “*previsão de distância mínima entre dois postos de gasolina*”. Fica claro que, quaisquer que sejam os valores a contrapor-se à regulamentação municipal, não se justifica que, sob um exame de ponderação, simplesmente por tratar-se de uma regulação de abrangência local, imponha-se uma carga maior ou menor de efetividade das *garantias individuais*.
55. A atividade de *fiscalização* em âmbito municipal está bastante associada à ideia de regulação e ao poder de polícia municipal. Assim, sempre que houver um, é possível que se verifique o outro. Em contrapartida, não se deve tomar o poder de polícia como critério apto a verificar competências federativas, já que se trata de prerrogativa transversal do Estado, detida por todos os entes federados. De maneira geral, o Poder de Polícia está contido no art. 174, da CF, e parece indubitável que os *mesmos limites ao exercício do poder de política*, bastante contraditórios nos direitos e liberdades

individuais (*e.g.* liberdade de expressão, livre iniciativa, propriedade, etc.), são verificados nas atividades de regular ou fiscalizar a economia.

56. Quando se passa em revista o tema do *planejamento* na Constituição Federal de 1988, constata-se um *todo* concatenado, na direção da articulação de planos nacionais, regionais e locais. Conforme o art. 21, IX, compete à União elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico-social, enquanto que os Estados poderão, mediante Lei Complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum. (art. 25, § 3º, CF). Quanto ao papel dos Municípios, a Constituição foi bastante mais minuciosa, ao prever que compete aos Municípios promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII, CF). Além disso, dispõe nosso Diploma Maior sobre o modo como o planejamento urbano local deve desenvolver-se, conforme arts. 182 e 183.

57. A Constituição Federal de 1988 foi incisiva na adoção da propriedade com *função social*, repetindo sua escolha tanto na seção dos direitos e garantias individuais (art. 5º) quanto ao tratar dos princípios conformadores da ordem econômica (*art. 170*). O § 2º do art. 182 dispõe que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no *plano diretor*. Há rigorosa diferença no tratamento jurídico dado a *bens de consumo* e *bens de produção*, conquanto ambos tenham de cumprir com sua função social. É claro que um bem de produção é distinto de um bem de consumo. Por isso justifica-se que cada tipo de propriedade tenha um tratamento jurídico distinto. A partir de plataformas de compartilhamento de bens, automóveis pessoais e residências, de um uso meramente particular, ganham outra dimensão, tornando-se verdadeiros bens de produção, que visam à reprodução do capital. Nesse passo, torna-se premente a necessidade do planejamento municipal, já que a utilização do solo urbano, considerados seu viário e suas glebas, é constitucionalmente submetido às leis urbanísticas e ao plano diretor do Município, como principais instrumentos de organização urbana.

58. Por fim, igualmente prevista no artigo 174 do texto constitucional de 1988, a atividade de *fomento* traduz a função de incentivo à atividade econômica conferida ao Estado brasileiro. Uma vez mais, ressaltamos não haver qualquer distinção, por parte do constituinte originário, sobre qual unidade federativa estatal deverá realizar o fomento. Inclusive, a experiência pátria é rica em exemplos de concessão de incentivos à iniciativa privada, em todos os níveis da Federação. O exemplo mais clássico de incentivo estatal diz respeito à *concessão de incentivos fiscais*. A aceitação dos incentivos fiscais como modalidade de subvenção acarreta reflexo direto no tratamento do tema pelo Direito Financeiro. Afinal, uma vez considerados como tal, estes incentivos deverão ter seus impactos orçamentários explicitados nas leis orçamentárias, a fim de se evitar escamoteamento de receitas ou “privilégios odiosos”.
59. Além disso, a chamada “*guerra fiscal*” entre municípios é balizada por regras de observância nacional, que importam, por exemplo, em patamares mínimo e máximo das alíquotas do ISS, bem como proibição de exclusão de valores de sua base de cálculo, fora das hipóteses previstas em lei complementar nacional. Nada obstante, há parâmetros e balizas dentro dos quais o Município pode, sim, valer-se dos mecanismos tributários para fomentar atividades econômicas dentro de seu território, desde que, como vimos, esteja de acordo com as regras constitucionais e nacionais de regência.
60. Há ainda, muitas outras formas de fomento como *subsídio indireto* ou *contratações públicas* (as quais são percebidas de forma cada vez mais cooperativa e colaborativa). Em resumo, a atividade de *fomento* do Estado, e aqui mais especificamente pelo Município, deve ater àquela *zona de intersecção* onde se encontram o *interesse público* e *interesse privado*, sempre levando em consideração os valores do *direito à cidade* e da *universalização do acesso a bens e serviços no território do município*.

BIBLIOGRAFIA

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Vírgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Crítica ao tratamento constitucional do Município como ente da Federação brasileira*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 17, n. 68., jul.-set., 2009. p. 76-85.

_____. *Poder de Polícia – Alguns Aspectos Extraídos de Decisões Recentes do Supremo Tribunal Federal* in MEDAUR, Odete; SCHIRATO, Vitor. *Poder de Polícia na Atualidade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

ALVES, Alaôr Caffé. *A competência municipal e o planejamento metropolitano: Notas sobre a possibilidade jurídica do entrosamento compulsório entre o Estado e os Municípios da Grande São Paulo para o planejamento metropolitano*. In BARROSO, L. R.; CLÈVE, C. M. (org). *Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional*, v. 3. São Paulo: RT, 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *O Município e a proteção do consumidor*. Boletim do Centro de Estudos da PGE/SP, São Paulo, v. 14, n.4, 1990.

ARRETCHE, Marta. *A Centralização no Estado Federativo Brasileiro*. Tese de Livre de Docência. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo. 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2014.

AVILA, Marta Marques. *A Competência do Município no Direito Constitucional Brasileiro*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013.

BAGNOLI, Vicente. *Poder Econômico e Imperialismo: A relação entre Público e Privado* in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 101, jan./dez. 2006, pp. 587 -624.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público*. Revista de Direito Público, v. 84, n. 39, out/dez. 1987.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Sociedade e Estado*. Revista de Direito Público, n.15, v. 43, jan/mar. de 1971.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Belo Horizonte: Fumarc/UFMG, 1982.

_____. *Novos Rumos do Federalismo*. Revista de Direito Público, São Paulo: RT, n. 65, v.5, jan./mar de 1986.

_____. *O princípio da subsidiariedade*. Revista de Direito Administrativo, n. 200, p. 21-54, abr./jun. 1995.

_____. *O Princípio da Subsidiariedade: Conceito e Evolução*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

BARRETO FILHO, Oscar. *Limites Constitucionais da Intervenção do Estado na Economia Privada* in BARROSO, L. R.; CLÈVE, C. M. (org). *Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional*, v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 777-784, 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº 14, jun./ago. de 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Saraiva, São Paulo, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *O controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos municipais*. São Paulo: Revista de Direito Público, v. 37-38, jan.-jun., 1976.

_____. *A constitucionalidade de projetos de lei municipais que visam regulamentar as empresas de estacionamento*. In: BARROSO, L. R.; CLÈVE, C. M. (org). *Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional*, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Hermenêutica e Interpretação*. São Paulo: Celso Ribeiro Bastos Editor, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

_____. *Direito Econômico Aplicado: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Contracorrente, 2016.

_____. *A Constituição de 1988 e a Função Social da Propriedade* in BARROSO, L. R.; CLÈVE, C. M. (org). *Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional*, v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. *Limites da regulação: esboço para uma crítica metodológica do “novo direito público da economia*. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56978>. Acesso em 18 de junho de 2018.

BREGA, José Fernando Ferreira. *Lei Orgânica do Município de São Paulo Anotada: atualizada até a Emenda nº 28/2006*. São Paulo: Páginas e Letras: Associação dos Procuradores do Município de São Paulo, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função*. Barueri: Manole, 2007.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Edipro, 2014.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Ciências Políticas*. Brasília: Editora UNB, 2010.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 12ª ed, São Paulo, Malheiros, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Federalismo Incompleto: Descentralização e Indefinição de Competências*. In Revista Direito Mackenzie, n. 2, ano 1, 2000. p. 31 -44.

_____. *Direito Econômico Constitucional* (coord.). Barueri: Minha Editora, 2007.

_____. *O Município no marco da federação: uma radiografia da questão atinente à confiança legítima*. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; PASIN, João Bosco Coelho (org.). *Direito administrativo municipal – temas fundamentais e atuais*. São Paulo: Editora Magister, 2007.

CAGGIANO, Monica Herman Salem (coord.); RANIERI, Nina (coord.). *As novas fronteiras do federalismo*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008.

_____, *Federalismo Incompleto: Descentralização e Indefinição de Competências*. In Revista Direito Mackenzie, n. 2, ano 1, 2000. p. 31 -44.

_____. *Direito Econômico Constitucional* (coord.). Barueri: Minha Editora, 2007.

_____. *O Município no marco da federação: uma radiografia da questão atinente à confiança legítima*. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; PASIN, João Bosco Coelho (org.). *Direito administrativo municipal – temas fundamentais e atuais*. São Paulo: Editora Magister, 2007.

CAGGIANO, Álvaro T.; VERDEROSI, Lucas Reis. *Eficiência Administrativa: 'Bússola' Apontada Para Racionalização Do Controle Da Administração Pública in Estudos de Direito Constitucional – Homenagem à Professora Monica Herman Salem Caggiano*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, pp. 28-39.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Lisboa: Almedina, 2002.

CARVALHO, José Murilo de (org.). *Visconde do Uruguai*. Coleção Formadores do Brasil. São Paulo: Ed. 34, 2002.

CARVALHO, Vínicius Marques de; MATTIUZZO, Marcela. *Confiança, Reputação e Redes: Uma nova lógica econômica?* in ZANETTA, R.; PAULA, R.; KIRA, B. (org.) *Economias do Compartilhamento e o Direito*. Curitiba: Juruá, 2017.

CASTRO, José Nilo. *Direito Municipal Positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CLARK, Giovani. *A Intervenção do Município no Domínio Econômico*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 2001, pp. 191-207.

COMPARATO, Fábio Konder. *O indispensável Direito Econômico*, Revista dos Tribunais, nº353, São Paulo, RT, março de 1965, pp. 14-26.

_____. *Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*. São Paulo, Revista de Direito Mercantil, n. 63, 1986.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *As Competências do Município na Constituição de 1988*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

COUTINHO, Diogo R (org). *Direito Econômico Atual*. São Paulo: Método, 2015.

CRETELLA JR., José. *Direito Municipal*. São Paulo: Leud, 1975.

DALLARI, Adilson de Abreu. *Organização Municipal*. Revista de Direito Público, nº 16, São Paulo, 1971. p. 298-301.

_____. *Autonomia municipal na Constituição Federal de 1988*. Cadernos de Direito Municipal. São Paulo, v. 97, jan./mar. 1991.p. 231-238.

_____. *Planejamento Municipal* in MARTINS, Ives; GODOY, Mayr. *Tratado de Direito Municipal*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Normas gerais sobre saúde no Estado federal brasileiro: cabimento e limitações*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, nº I, jan./jun., Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.p. 121-135.

_____. *Auto-organização do Município*. Revista de Direito Público, nº 37-38, São Paulo, 1976. p. 297-305.

_____. *O Estado Federal*. São Paulo: Saraiva, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Forense, 2015.

DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*, 3ª ed., tome I, 1927.

ELUSTIZA, Angel Sustaeta. *Propriedad y Urbanismo: Lo Urbanístico como limite del derecho de propiedad*. Madrid: Editorial Montecorvo S.A. 1978.

FERNÁNDEZ, José Manuel Pérez. *Urbanismo Comercial y Libertad de Empresa*. Madrid: Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998.

FERRARI, Regina de Macedo Nery. *A inconstitucionalidade da lei municipal*. Curitiba: Juruá, 1991.

_____. *Elementos de Direito Municipal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Estado Federal Brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1982. p. 131-140.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *O Poder Constituinte*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRAZ, Luciano. *Município e Federalismo* in NASCIMENTO, C.; DI PIETRO, M. S. Z.; MENDES, G. *Tratado de Direito Municipal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio; NUSDEO, Fabio & SALOMÃO FILHO, Calixto (org.) *Poder Econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. Barueri: Manole, 2009.

FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *A intervenção do Estado na Ordem Econômica* in Revista de Direito Público, v. 11, São Paulo, 1970.

GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício C. M. *O Conceito de Interesse Público no Direito Administrativo Brasileiro*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 115, pp. 267-318, jul./dez. 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A Autonomia do Município Brasileiro*. Revista Jurídica, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, 2006.

GODOY, Mayr. *A Lei Municipal*. São Paulo: José Buschatsky Editor, 1974.

GONZALES, Douglas Camarinha. *Competência legislativa dos entes federados; conflitos e interpretação constitucional*. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2011.

GRAU, Eros Roberto. *Intervenção estadual em município*. Revista de Direito Público, v. 21, n. 86, p. 189-198, abr./jun. 1988.

_____. *Direito Posto e Pressuposto*. 8ª ed. São Paulo, Malheiros, 2014.

_____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 21ª ed. São Paulo, Malheiros, 2019.

_____. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Malheiros, 1981.

_____. *Intervenção do Estado na Economia* in BARROSO, L. R.; CLÉVE, C. Doutrinas Essenciais – Direito Constitucional, v. 6, 2011, pp. 369-401.

HACHEM, Daniel W. *A Dupla Noção Jurídica de Interesse Público no Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, Fórum, ano 11, n. 44, pp. 59-110, 2011.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist*. Indianopolis: Liberty Fund, 2001.

HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. Science, vol. 162, No. 3859.

HIRSCHMAN, Albert. *Os interesses e as paixões: Argumentos Políticos a favor do Capitalismo antes do seu triunfo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOFFMAN, Lisa. *Urban Modeling and Contemporary Technologies of City-Building in China: The Production of Regimes of Green Urbanisms*. in *Worlding Cities: Asian Experiments and the Art of Being Global*, 2011.

HORBACH, Carlos Batisde. *Forma de Estado: Federalismo e Repartição de Competências* in *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 3, n.2. Jul-Dez, 2012. p. 2 – 14.

HORTA, Raul Machado. *Posição dos Municípios no Direito Constitucional Federal Brasileiro*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 19, n.75, jul./set. 1982, pp. 107-122.

_____. *Tendências do federalismo brasileiro*. In: BARROSO, L. R.; CLÈVE, C. M. (org). *Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional*, v. 3. São Paulo: RT, 2011. pp. 211-220.

_____. *Tendências atuais do federalismo brasileiro*. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro, v. 10, n. 9, jan./jul. de 1996, pp. 209-225.

HUAT, Chua Beng. *Singapore as a Model in Worlding Cities: Asian Experiments and the Art of Being Global*, 2011.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *A Organização Político-Administrativa do Município* in MARTINS, Ives; GODOY, Mayr. *Tratado de Direito Municipal*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. *Direito Administrativo do Espetáculo* in ARAGÃO, A.; MARQUES NETO, F. A. (org.) *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

KARNAL, Leandro. *História dos Estados Unidos*. São Paulo: Editora Contexto, 2018.

KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua*. Trad. Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2008.

KATZ, Ellis; TARR, G. Alan. *Federalism and Rights*. Boston: Rowman & Littlefield Publishers, 1996.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto – O município e o regime representativo no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEMBO, Cláudio. *A Pessoa e Seus Direitos*. São Paulo: Manole, 2007.

_____. *Visões do Cotidiano* (org.) São Paulo: Manole, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2018.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

LOPES, José Reinaldo Lima. *O Direito na História: Lições Introdutórias*. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2013.

MALUF, Adriana C. R. F. Dabus. *Limitações urbanas ao direito de propriedade*. São Paulo: Atlas, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Fomento* in *Tratado de Direito Administrativo*. DI PIETRO, Maria Sylvia (org.). v. IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Os Serviços de Interesse Econômico Geral e as Recentes Transformações dos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum Administrativo, n. 154, p. 9-22, 2013.

MARTINS, Ives Gandra; PASIN, João Bosco C. *Direito Administrativo Municipal: Temas Fundamentais e Atuais*. Porto Alegre: Magister Editora, 2007.

MASSONETTO, Luís Fernando. *Pontos Cegos da Regulação Urbanística: Notas sobre uma articulação programática entre o Direito Econômico e o Direito Urbanístico*. Revista Fórum de Direito Econômico e Financeiro. Belo Horizonte, ano 4, n. 6, set./fev., 2015. pp. 141-154.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Fapesp/Singular, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Direito Administrativo em Evolução*. 3ª ed. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2017.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Victor. (coord.) *Poder de Polícia – Origem, evolução, crítica à noção, caracterização in Poder de Polícia na Atualidade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo; COELHO, Inocência. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Malheiros, 2001.

_____. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 40ª ed. 2013.

MIRANDA, Jorge. *Formas e Sistemas de Governo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

MOHN, Paulo. *A Repartição de Competências na Constituição de 1988*. Brasília: Revista a. 47, n. 187, jul/set. 2010.

MONTESQUIEU, Baron de. *Do Espírito das Leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Competência, trânsito e transporte intermunicipal perante a constituição federal*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 3, 2012. p. 805-811.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 4. ed. Lisboa: ed. Caminho, 1987.

_____. *Economia e Constituição: para o conceito de constituição económica*. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1974.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Organização dos Municípios* in MARTINS, Ives; GODOY, Mayr. *Tratado de Direito Municipal*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

NOGUEIRA, Ataliba. *Teoria do Município*. Revista de Direito Público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 6, out./dez., 1968. pp. 7-21.

OCTAVIANI; Alessandro; NOHARA, Irene P. *Estatais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

OLIVEIRA, Régis F. de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PELLEGRINI, Ana; ANDRADE, Gabriela R. de. *Mobilidade Urbana e Compartilhamento de Veículos* ZANETTA, R.; PAULA, R.; KIRA, B. (org.) *Economias do Compartilhamento e o Direito*. Curitiba: Juruá, 2017.

PEREZ, Marcos; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle na Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PINTO, Victor Carvalho. *Direito Urbanístico: Plano Diretor e Direito de Propriedade*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PIRES, Maria Coeli Simões. *A ressemantização da autonomia municipal em face dos desafios contemporâneos*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 38, nº 149, p. 229-242, jan./mar. 2001.

_____. *A autonomia municipal no Estado brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 142 abr./jun. 1999. P. 143-165.

POLANYI, Karl. *A Falácia Economicista in A Subsistência do Homem e Ensaio Correlatos*. São Paulo: Contraponto, 2012.

_____. *A Grande Transformação: As origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

POSNER, Richard. *The Constitution as an Economic Document*. Chicago: University of Chicago Law School, 1987.

RANGEON, François. *L'idéologie de L'intérêt Général*. Paris: Economica, 1986.

RANIERI, Nina B. Stocco. *Sobre o Federalismo e o Estado Federal*. Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n. 9, 1994. p. 87-98.

RAJAN, Raghuran. *The Third Pillar – How Markets and the State Leave Communities Behind*. New York: Penguin Press, 2019.

REALE, Miguel. *Competências Constitucionais – Legislação sobre Urbanismo* in BARROSO, L. R.; CLÈVE, C. M. (org). *Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional*, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Teoria do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1970.

REICH, Norbert. *Intervenção do Estado na Economia* in BARROSO, L. R.; CLÈVE, C. M. (org). *Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional*, v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RESENDE, Guilherme Mendes. *Efeitos Concorrenciais da Economia de Compartilhamento no Brasil: A entrada do Uber afetou o mercado de aplicativos de taxi entre 2014 e 2016?*. Documento de Trabalho nº 001/2018. Brasília: CADE, 2018. Disponível em <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/documento-de-trabalho-001-2018-uber.pdf>. Acesso em 08 de outubro de 2019.

ROMER, Paul. *Success and the City: How Charter Cities Could Transform the Development World*. Macdonald-Laurier Institute Publication. April, 2012.

_____. *Technologies, Rules and Progress: The Case for Charter Cities*. Center for Global Development, March, 2010.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Penguin Companhia, 2011.

SALGADO, Rodrigo Oliveira. 2017. *Regulação Econômica do Espaço Urbano e Apropriação do Excedente*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANDRONI, Paulo. *O Cepac (Certificado de Potencial Adicional de Construção) como Instrumento de Captação de Mais Valias Urbanas e Financiamento de Grandes Projetos*. São Paulo, 2014.

SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHIRATO, Renata Nadalin Meireles. *Interação Público-Privada no Ambiente Urbano: Uma análise dos Instrumentos Jurídicos*. Dissertação de Mestrado – Universidade de São Paulo. 2014.

SCHIRATO, Renata; BREGA, José. *Função Social da Propriedade Urbana e Condicionamento da Propriedade* in *Direito Urbanístico: Estudos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. São Paulo: Editora Forense, 2005.

SCHWAB, Klaus. *The Fourth Industrial Revolution*. World Economic Forum. Geneva: 2016.

SCHWARCZ, Lilia M; STARLING, Heloisa M. *Brasil: Uma Biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SHATKIN, Gavin. *Planing Privatopolis: Representation and Contestation in the Development of Urban Integrated Mega-Projects in Model in Worliding Cities: Asian Experiments and the Art of Being Global*. 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Malheiros, 2016.

_____. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo, Malheiros, 2010.

SILVA, Vírgilio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOARES, Antonio Carlos Otoni. *A Instituição Municipal no Brasil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 5ª ed. 2003.

_____, *O Estatuto da Cidade e o Planejamento*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília v.17, n.9, pp. 34-47, set/2005.

SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. *Direito Municipal Contemporâneo: Novas tendências*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SPINOZA, B. *Ética*. Trad. Tomaz Tadeu. São Paulo: Autêntica, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TAVOLARI, Bianca. *Airbnb e os Impasses Regulatórios para o Compartilhamento de Moradia: Notas para uma Agenda de Pesquisa em Direito* in ZANETTA, R.; PAULA, Pedro; KIRA, Beatriz. (Org.) *Economias do Compartilhamento e o Direito*. Curitiba: Juruá, 2017.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1989.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *A Competência Municipal na Regulação dos Serviços Públicos Concedidos*. São Paulo: Departamento Jurídico da Prefeitura do Município de São Paulo, 1948.

TAVARES, André Ramos Tavares. *Curso de Direito Constitucional*. 10ªed. São Paulo: Saraiva. 2017.

_____. *Direito Constitucional Econômico*. 3ª ed., vol. 1. São Paulo, Método, 2011.

_____. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*. In: José Eduardo Martins CARDOZO; João Eduardo Lopez QUEIROZ; Márcia Walquiria Batista dos SANTOS. (Org.). *Direito Administrativo Econômico*. 1ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, v. 1, p. 225-256.

_____. *Princípios Constitucionais* in: MARTINS, Ives Gandra M. da; MENDES, Gilmar F.; NASCIMENTO, Carlos V. (Coord.) *Tratado de Direito Constitucional*, v. 1, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *As Duas Cartas: Da terra ao bosque* in *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, São Paulo, v. 33.

URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sobre Direito Administrativo*. Apres. Nelson Jobim. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

VALDIVIA, Diego Zegara. *Del Servicio Público a los Servicios de Interés General: La evolución del servicio público en el sistema jurídico*. Lima: Círculo de Derecho Administrativo, 2012.

VENÂNCIO FILHO, Alberto, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, 2ª ed, Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

VERDEROSI, Lucas Reis. *O Tarantinesco The Hangman e o Tal Comportamento Institucional*. Artigo publicado em 03 de setembro de 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-set-03/lucas-verderosi-the-hangman-tal-comportamento-institucional?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook.

VIDIGAL, Geraldo Camargo. *Teoria Geral do Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1977.

WEBER, Max. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. Trad. José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

ZAGO, Mariana Augusta. *Federalismo no Brasil e na Alemanha*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2016.

ZANETTA, R.; PAULA, Pedro; KIRA, Beatriz. *Inovações Regulatórias No Transporte Individual: O Que Há De Novo Nas Megacidades Após O Uber?* in ZANETTA, R.; PAULA, Pedro; KIRA, Beatriz. (Org.) *Economias do Compartilhamento e o Direito*. Curitiba: Juruá, 2017.