

Os Municípios em face das normas constitucionais de conteúdo econômico

JOSÉ NILO DE CASTRO

Procurador do Município de Ipatinga
— MG. Mestre em Direito Público pela
UFMG. Doutor em Direito Público
pela Université de Droit, d'Economie
et de Sciences Sociales de Paris (Paris
II). Consultor do Governador do Esta-
do de Minas Gerais. Professor de Polí-
tica — Faculdade de Direito MILTON
CAMPOS — Belo Horizonte — MG

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

I — EXISTÊNCIA DO INTERVENCIONISMO MUNI- CIPAL

1 — *A gestão dos serviços públicos municipais inter-
vencionistas*

2 — *O princípio da livre iniciativa*

3 — *A exceção ao princípio liberal*

II — AS MODALIDADES DE INTERVENÇÃO

1 — *O procedimento via autoridade*

2 — *Os processos modernos de intervenção*

CONCLUSÕES

INTRODUÇÃO

Toda exposição de caráter científico supõe a necessidade de definição de conceitos de base. Portanto, sendo o Município uma coletividade pública descentralizada, possuindo, por isso mesmo, frações do *jus imperii* estatal, as normas constitucionais, de conteúdo econômico, se bem que programáticas, encobrem também sua atuação no campo do peculiar interesse, traduzindo, pois, uma ideologia.

A Constituição federal, no Título III, “Da Ordem Econômica e Social”, é a fonte inspiradora da ideologia que se adotou em nosso sistema republicano. O art. 160 estabelece que a ordem econômica e social tem por fim realizar o *desenvolvimento* nacional e a *justiça social* (bem-estar coletivo), com base em princípios consagradores da nova filosofia social, portanto, de um direito novo (incisos I, II, III, IV, V e VI).

O conceito de ideologia, que o texto constitucional encarna, deve ser, no entanto, analisado, desvestido de qualquer compromisso com modelos políticos, conforme nos ensina o Professor WASHINGTON P. ALBINO DE SOUZA⁽¹⁾. É, pois, uma ideologia pura. Identifica o ilustre mestre mineiro a existência de princípios contraditórios em termos da ideologia pura, no texto constitucional. Por exemplo: a garantia da plena propriedade e, ao mesmo tempo, a imposição de que se lhe dê uma função social.

Ora, nesse quadro constitucional de normas de conteúdo econômico, impõe-se-nos uma afirmação: sabendo-se que o elemento econômico da relação jurídica reside no conflito de interesses (CARNELUTTI) e que o direito existe em função de regular esse conflito, e sendo, por outro lado, as funções municipais como que prolongamento natural das do Estado, firma-se o entendimento de que as normas constitucionais de conteúdo econômico acobertam, também, as iniciativas municipais nessa direção. É o que veremos a seguir.

I — A EXISTÊNCIA DO INTERVENCIONISMO MUNICIPAL

Simple proprietário, num passado bem distante, o Município tornou-se prestador de serviços públicos. Começou a agir: “a liberdade de inação dos Municípios não cessou de diminuir depois de 1884”⁽²⁾. Por outro lado, diante das conseqüências da guerra de 1914/1918 e das crises econômicas posteriores, o Estado quis procurar “o terceiro caminho” entre o liberalismo e o socialismo. Os Municípios, que viveram, em primeiro plano, essas dificuldades, de que nos dá notícias o *socialismo*

(1) ALBINO DE SOUZA W. P., *Direito Econômico*, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 34.

(2) MONTAGNIER G., *Vingt Années d'Évolution du Régime Communal*, Actualité Juridique, Droit Administratif, avril 1966, p. 212.

municipal, diante do “choque das exigências do futuro” (3), tornaram-se, também, intervencionistas, dotados de poderes de encorajamento bastante nítido a respeito da economia.

Porque essa nova função municipal é, senão um dos aspectos, ao menos a consequência do intervencionismo do Estado, afigura-se-nos útil examinar, sumariamente, a execução desses serviços, assim como suas modalidades.

1 — *A gestão dos serviços públicos municipais intervencionistas*

A razão de ser do Estado e do Município repousa na prestação de serviço público. “O serviço público é o fundamento e o limite do poder governamental” (4).

Segundo tal postulado, pode-se saber que a função administrativa é compreendida no âmbito finalista e que, por isso mesmo, limita a ação administrativa, indicando, “com efeito, quais fins persegue a administração, a que fim se realiza uma ação administrativa. E determinar os fins de uma ação é também marcar-lhe os limites” (5).

Além do mais, a ação administrativa, definida anteriormente pelo critério clássico de serviço público, exigiu nova concepção. “O conceito de serviço público tinha sido originalmente identificado para justificar as intervenções da administração e para explicar os elementos fundamentais do regime jurídico aplicável a essas intervenções” (6).

Revelando-se, porém, insuficiente e ineficaz esse critério tradicional (7), foi necessário, por isso, se fixasse o conteúdo da atividade administrativa numa pluralidade de noções, isto é, a *noção formal*, a *noção material* e a *noção funcional* (8).

Por outro lado, a evolução do corpo social, desde a segunda metade do século XIX, contribuiu, sensivelmente, para a existência desse quadro, que nosso direito público acolheu. Além do mais, a impulsão foi, sobretudo, dada no domínio econômico. É, portanto, por esse fato mes-

(3) BERNARD P., *Le Grand Tournant des Communes en France*, Paris, A. Collin, 1969, p. 17.

(4) DUGUIT L., *Traité de Droit Constitutionnel*, 3e édition Paris, E. de Boccard, Successeur, tome II, 1930, p. 62.

(5) TIMSIT G., *Le Rôle de la Notion Administrative en Droit Administratif Français*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1963, p. 191.

(6) CORAIL J. L., *La Notion d'Activité dans le Domaine de l'Administration Economique*, Toulouse, in *Mélanges Paul Couzinet*, 1974, p. 117.

(7) CORAIL J. L., *La Crise de la Notion Juridique de Service Public en Droit Administratif Français*, Thèse, Toulouse, 1952.

(8) LAUBADERE A., *Traité de Droit Administratif*, 8e. édition, Paris, LGDJ, tome I, pp. 230 e s.

mo que se afirma constantemente a necessidade de contar com esta nova atividade pública, porque a política econômica traduzida expressamente desde a Constituição do México de 1917, e de Weimar de 1919, cujo conceito, no entanto, é “convocado para desempenhar papel essencial” (9) e cujos contornos a delimitar foram e são objeto de trabalho dedicado da jurisprudência, modificou, realmente, a fisionomia do Estado e, por via de consequência, a do Município.

É certo, sem entretanto nos colocar em extremismos — escolhemos a “terceira via” —, que os Estados democráticos, diante do liberalismo que privatizou o direito público e do socialismo que procurou publicizar o direito privado (10), acabaram por admitir a necessidade de estar presentes na economia e no seu desenvolvimento.

Para consegui-lo, impõe-se-lhes a existência de meios clássicos e modernos.

De sua parte, o Município, vivendo tais problemas, projetou-se nessa nova situação social, respeitando, naturalmente, de um lado, a iniciativa privada e, de outro, servindo-se de abrandamentos que se lhe impuseram.

2 — O princípio da livre iniciativa

Nos regimes de economia liberal, a ação intervencionista do Estado e dos Municípios encontra limites nos princípios gerais do direito, como os da igualdade de todos diante da lei e da liberdade do comércio e da indústria (livre concorrência). São, pois, princípios nascidos no Estado liberal, impondo-se, todavia, às autoridades administrativas, no caso de suas intervenções na economia privada.

No que respeita aos Municípios, veremos os limites às suas atividades nesse domínio, postos por esses princípios.

A intervenção municipal choca-se com restrições constitucionais. O art. 153, § 1º, proclama e impõe a igualdade de todos diante da lei, o que vai fixar limites à intervenção municipal. Outras disposições constitucionais prevêem ainda a restrição: o art. 153, § 22, que assegura o direito de propriedade, e o § 23, que assegura livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Diferente não é a disposição do art. 160, I,

(9) CORAIL J. L., *La Notion d'Activité dans le Domaine de l'Administration Economique*, op. cit., p. 117.

(10) MEIRELLES H. L., *Direito Municipal Brasileiro*, 5ª edição, São Paulo, ERT, 1977, p. 578.

proclamando a liberdade de iniciativa. E, enfim, poderíamos ajuntar, ainda, a disposição do art. 163, atribuindo à União a faculdade de intervenção direta na economia? Questionei, porque essa disposição merece, aqui, desenvolvimento, já que deflui dela mesma o direito de intervir do Município.

Contrariamente à grande parte dos publicistas brasileiros, o Professor EROS ROBERTO GRAU afirma que os Municípios e os Estados, salvo o aspecto de monopólio, que exige lei federal, com base nas motivações do artigo (segurança nacional ou para organizar setores não desenvolvidos no regime de competição e de liberdade de iniciativa), podem criar empresas públicas para interferir no domínio econômico (11).

Fundamentando suas razões, diz o ilustre Professor paulista:

“Assim teremos, no campo das intervenções *por participação*, nos Estados-Membros e nos Municípios, a constituição de sociedades, cujos objetivos não configuram uma verdadeira prestação de serviço público, visto como, v.g., voltadas ao exercício de atividades financeiras (nos Estados-Membros) e da realização de obras públicas e de estudos técnicos (nos Estados-Membros e nos Municípios), em regime de franca concorrência com o setor privado. Exemplo marcante a referir, além desses, é o da desapropriação, pelo Estado de São Paulo, das ações do capital da Sanderson do Brasil S/A — Produtos Cítricos (Decreto estadual nº 6.085, de 2-5-1975), do que resultou a Frutesp S/A — Agro Industrial, sociedade que durante alguns anos ficou sob o seu controle acionário, sendo posteriormente privatizada... Nas áreas das intervenções *por indução*, mencionem-se as políticas de incentivo e estímulo, setorial e regional, estaduais e municipais, ao desenvolvimento de determinadas atividades econômicas, instrumentadas por via tributária, econômica e financeira. E, por derradeiro, no setor de intervenções *por direção* mencionem-se, como exemplos marcantes, as políticas, estaduais e municipais referidas à localização de atividades econômicas, que configuram, nitidamente, ação cogente sobre o comportamento dos agentes econômicos. De resto, cumpre também observar que são motivações distintas daquelas consignadas no art. 163 as que justificam a prática, pelos Estados-Membros e Municípios, de tais ações de intervenção” (12).

Não nos resta dúvida, pois, que os Municípios, salvo a hipótese de monopólio (da União) dependendo de lei federal, podem intervir no domínio econômico, contando apenas com a respectiva lei municipal dentro dos ângulos vistos acima.

(11) GRAU E. R., *Elementos de Direito Econômico*, São Paulo, ERT, 1981, pp. 73/74.

(12) GRAU E. R., *op. cit.*, pp. 73/74.

No direito comparado, podemos citar o direito francês. O fundamento mesmo da economia francesa repousa no princípio da liberdade do comércio e da indústria proclamado pela lei de 2 e 17 de março de 1791. Embora tenha sofrido enfraquecimento depois da instalação do Estado liberal, este princípio permanece ainda em vigor, sendo, hoje, combinado com o conteúdo do art. 34 da Constituição francesa de 1958, referente às “garantias fundamentais concedidas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas”.

Em suma, os Municípios, sob as normas constitucionais de conteúdo econômico, possuem restrições a respeito da intervenção nas atividades econômicas. Mas, por outro lado, tais restrições não são absolutas, porque há exceções.

3 — A exceção ao princípio liberal

É reconhecido, há muito tempo, o caráter supletivo da ação administrativa na economia privada (13). A administração pública possui, de qualquer forma, uma ação de vigilância a cumprir na atividade econômica privada, porque o fenômeno econômico é considerado como componente social(14). Ora, esse componente social propulsor da atividade econômica subsidiária da administração é significativo. Representa, sem dúvida, ponto de equilíbrio, como o texto constitucional, no âmbito que abordamos, é igualmente instrumento de estabilidade, de equilíbrio e de segurança.

É, pois, por isso que se tornou necessário senão adaptar ao menos diminuir a aplicação do princípio da liberdade do comércio e da indústria, autorizando-se e obrigando-se a administração pública a intervir na economia privada. Foi, então, a administração pública convocada para fazer correções nos desequilíbrios sociais, o que evidentemente corresponde à sua vocação geral de intervir.

Voltando-nos ao direito comparado, encontramos no *socialismo municipal* francês a tradução intervencionista construída pelo Conselho de Estado. Várias decisões de princípio (arrêts de principe) são referidas. A princípio houve rigorismo na matéria, condenando o Conselho de Estado, por exemplo, a criação de serviços médicos municipais pagos pelo Município (C.E., 29 de março de 1901, *Casanova*, S. 1901.3.73). Refere-se, ainda, uma outra, permitindo a intervenção econômica (C.E., 30 de maio de 1930, *Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers*, s.,

(13) CHEVALLIER J. e LOSCHAK D., *Science Administrative*, Paris, LGDJ, 1978, tome II, p. 489.

(14) CHEVALLIER J. e LOSCHAK D., *op. cit.*, tome II, p. 495.

1931.3.73). É permitida a intervenção desde que um interesse público a justifique, diz o Conselho de Estado.

Houve evolução da jurisprudência do Conselho de Estado, que hoje favorece a coabitação de duas teses opostas, isto é, a liberdade econômica e o intervencionismo do Poder Público municipal (cf. C.E., 23 de junho de 1972, *Société "La plage de la forêt"*, RDP, 1972, p. 1.259). O princípio liberal não pode ser obstáculo à intervenção pública nesse domínio, desde que essa execução tenha vinculação com as missões normais do Município. Por isso, o Conselho de Estado considera legal a criação de piscinas municipais (com remuneração dos usuários), dentro das atribuições ligadas à higiene.

II — AS MODALIDADES DE INTERVENÇÃO

Ao lado da função de polícia municipal, os Municípios desenvolvem outras em vista do bem-estar coletivo dos municípios. É o *Welfare state* aplicado aos Municípios.

Vê-se, portanto, o duplo campo de ação administrativa que evoca o professor da Universidade de Paris (Paris II) JEAN-LOUIS DE CORAIL, admitindo "duas grandes categorias de serviços públicos correspondentes a dois tipos de atividades exercidas pela administração: as *atividades de regulamentação* e as *atividades de prestação*"⁽¹⁵⁾.

De conformidade com a fórmula tradicional, pela qual "a atividade privada não é jamais inteiramente livre, mas se exerce, necessariamente, no quadro jurídico fixado pelos poderes públicos"⁽¹⁶⁾, indicamos, a seguir, a autonomia da regulamentação administrativa e os processos modernos de intervenção.

1 — O procedimento via autoridade

Os Municípios, detentores de frações do *jus imperii*, possuem também a faculdade de intervenção em matéria de regulamentação de atividades privadas. É o seu poder de polícia que nos escapa à análise no momento.

É possível que, quando os Municípios regulamentam atividades privadas em suas competências tradicionais, "em vista de finalidade de

(15) CORAIL J. L., "Le juge administratif et la qualification des interventions de l'État dans le domaine de l'économie", in *Mélanges C. EISENMANN*, Ed. CUJAS, 1974, p. 317.

(16) CHEVALLIER J. e LOSCHAK D., *op. cit.*, p. 522.

natureza econômica, isto é, em vista de impor às relações econômicas alguma direção ou alguma orientação" (17), assegurem e executem serviços econômicos, portanto intervêm.

Nosso direito reserva aos Municípios o poder de propulsão, que consiste na faculdade de que dispõem para impulsionar o desenvolvimento local por medidas administrativas próprias (18).

Esse poder de propulsão (pode-se dizer também por participação, por direção e por indução(19)), é considerado atribuição nova, cujo fundamento constitucional repousa no art. 15, II, da Constituição federal, a respeito da organização dos serviços públicos municipais, assim como no art. 163, conforme demonstramos há pouco.

Agindo assim, os Municípios não estão editando *direito* material, limitativo de atividades lícitas dos administrados, sendo sua ação apenas suplementar da iniciativa privada.

Além do mais, a Constituição federal, garantindo a propriedade privada (art. 153, § 22), impõe uma condição essencialmente intervencionista à sua utilização e gozo (art. 160, III) pela *função social*, que ela — a propriedade — doravante representa.

É verdade que foi necessário decurso de algum tempo para a aplicação desse novo princípio. Não é menos verdade, porém, o alcance nos dias de hoje de sua aplicação.

A função municipal é tão ativa quanto permanente. Sua esfera de ação *ratione loci* surge de sua vocação geral de intervir.

Ora, ao *socialismo municipal*, difundido na França, responde o direito municipal brasileiro com a *municipalização* de atividades privadas. Há um exemplo destacável. Trata-se da atividade de loteamento sofrendo metamorfose verdadeira. Municípios, pois, que anteriormente, pelo seu poder de polícia, apenas permitiam o exercício dessa atividade, tomam-lhe agora a direção. É o que está já consagrado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Foi aberta, oficialmente, a porta nesse domínio (Rec. Ext. SP 82.300, Pleno, de 12-4-1978(20)).

(17) CORAIL J. L., *op. cit.*, Ed. Cujas, p. 318.

(18) MEIRELLES H. L., *op. cit.*, p. 577.

(19) GRAU E. R., *op. cit.*, pp. 73/74.

(20) Eis a advertência que o Ministro A. NEIDER fez na ocasião (fl. 759, dos autos): "Se o negócio imobiliário for aprovado pelo STF, nossos Prefeitos interioranos ficarão armados de um terrível instrumento de perseguição político-partidária, meio abusivo tão perigoso quanto negar-se o direito de desapropriar para o interesse público e, ainda mais, os desapropriamentos para urbanizar mediante incorporação imobiliária irão proliferar em verdadeira orgia oficial."

Decorre daí, evidentemente, que os Municípios, na organização nacional, cumprem novas funções — e funções econômicas, e, por outro lado, percebe-se que eles são realmente convocados para desempenhar papel tão novo quanto importante, cujas conseqüências, porém, à parte algumas contestações, se revelam indiscutivelmente cada vez mais úteis ao corpo social, consagrando-se, em suma, ampliação de suas funções.

2 — Os processos modernos de intervenção

Já que “toda intervenção do Poder Público, que se situa no domínio da administração clássica ou no domínio industrial e comercial, é suscetível de ter conseqüências de natureza econômica” (21), vemo-nos, hoje, na contingência, cada vez mais forte, de “readaptação interna dos corpos administrativos” (22), isto é, a escolha e a prática da política descentralizadora funcional.

Essa abertura parece mesmo enfraquecer o velho princípio liberal e colocar em dificuldades os princípios de igualdade e da livre concorrência, que, aliás, “correm o risco de ser fortemente atingidos desde que intervenham no mercado organismos públicos ou privados dotados de privilégios, inclusive investidos de monopólio” (23).

É a situação que se nos apresenta.

Depois dos Decretos-Leis n.ºs 200, de 25 de dezembro de 1967, e 900, de 29 de setembro de 1969, muitos Municípios criaram — e criam —, pessoas jurídicas, adotando seja a fórmula de sociedades de economia mista, seja a de empresas públicas. É, portanto, a descentralização funcional ou por serviços no campo intervencionista.

Essa técnica que, no início, identifica apenas o cuidado supletivo da atividade privada, permite, senão controlar, ao menos orientar o mercado. Tornam-se assim mais complicadas ainda as fronteiras entre as atividades públicas e as atividades privadas, assim como, por conseguinte, as fronteiras entre as atividades da administração municipal em seu conjunto e as atividades dos particulares diante do princípio da liberdade de iniciativa.

A gestão dessas atividades deve basear-se no princípio da eficiência. Ora este repousa “na idéia de que as prestações fornecidas se alteram e, se os usuários apresentam novas exigências, os serviços públicos devem

(21) CORAIL J. L., *op. cit.*, Ed. Cujas, p. 299.

(22) BENOIT F. P., *Le Droit Administratif Français*, Paris, Dalloz, 1968, p. 202.

(23) LOSCHAK D. *Les Problèmes Juridiques Posés par la Concurrence des Services Publics et des Activités Privées*, AJDA, maio de 1971, p. 262.

também atendê-las. Os serviços públicos são submetidos à lei do progresso, isto é, suas prestações devem, sem cessar, aumentar em qualidade (pela utilização de processos técnicos novos) como em quantidade” (24).

Além desses processos diretos — *descentralização por serviços* —, destacam-se outros métodos de participação dos Municípios no domínio econômico e social.

Veja-se o direito francês, em sua mais recente reforma, contemplada pela Lei nº 213, de 2 de março de 1982, relativa aos direitos e às liberdades dos Municípios. A lei reafirma, naturalmente, a primazia do Estado que tem a “responsabilidade da condução da política econômica e social, assim como da defesa do emprego”. Depois prevê que os Municípios têm o direito de intervir em matéria econômica e social, “respeitando os princípios da liberdade do comércio e da indústria e da igualdade de todos diante da lei, assim como as regras do “aménagement du territoire” definidas na lei do plano. Sob reservas, podem os Municípios conceder: ajudas financeiras diretas e indiretas nas condições previstas pela lei do plano; ajudas financeiras diretas e indiretas às empresas em dificuldade; ajudas também para a manutenção dos serviços necessários à satisfação das necessidades da população rural quando a “iniciativa privada falta ou é insuficiente”.

Decorre, portanto, da prescrição legal, a participação dos Municípios na atividade econômica. O Estado é o primeiro ator, o Município o segundo, mas os dois são atores, agindo de conformidade com as normas programáticas constitucionais de conteúdo econômico.

CONCLUSÕES

1) Impõe-se a constatação de que os Municípios, entidades descentralizadas, inseridos na Organização Nacional (Título I, Capítulo III, da Constituição federal) possuem também, embora em menor grau, poderes de intervenção na economia.

2) Seria conveniente, mesmo neste momento de pregação nacional visando a *desestatização* da economia, conservar o “Welfare state” municipal, diante das normas constitucionais de conteúdo econômico, como reforço também das funções municipais.

3) As experiências municipais de outros países, por exemplo, as da França, onde a intervenção municipal no domínio econômico é legalmente prevista, estão a demonstrar, de fato e de direito, a existência da democracia econômica local.

(24) CHEVALLIER J. e LOSCHAK D., *op. cit.*, p. 541.