



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

PARECER N.º 070/2018

Dispõe sobre o Projeto de Lei n.º 3.253/2018.

I - RELATÓRIO:

Trata-se de proposição encaminhado a esta Procuradoria para emissão de parecer, constituindo-se do Projeto de Lei n.º 3.253/2018, que "**Regulamenta a utilização de máquinas, ônibus e veículos pesados do patrimônio público e dá outras providências.**"

Portanto, trata-se de proposição que autoriza o Executivo Municipal a fornecer máquinas e veículos pesados, pertencentes ao patrimônio público, com motoristas e/ou operadores, a terceiros (particulares), carentes e não carentes, com compartilhamento de custos de manutenção, tendo como finalidade o desenvolvimento urbano, econômico e social.

É o sucinto relatório. Passo à análise.

II - ANÁLISE JURÍDICA:

2.1. Da Competência, Iniciativa e Espécie Normativa:

Importa consignar inicialmente que no procedimento prévio de controle de constitucionalidade estruturado no âmbito da produção legislativa municipal, de um modo geral, aprecia-se a legalidade e constitucionalidade do projeto de lei sobre três perspectivas elementares: i) a matéria legislativa proposta deve se encontrar entre aquelas autorizadas pela CF/88 aos Municípios; ii) se foi respeitada a rígida observância das preferências quanto à iniciativa para proposição prevista pela ordem jurídico-constitucional; e iii) a possibilidade de violação por parte da matéria legislativa proposta à direitos fundamentais ou instituições tuteladas por regras ou princípios constitucionais.

Conforme destacado, a proposição em análise objetiva disciplinar o uso de servidores e bens municipais, integrantes do patrimônio público (maquinários e veículos pesados), por terceiros (particulares), com compartilhamento de custos de manutenção, tendo como finalidade o desenvolvimento urbano, econômico e social.

O objeto de que trata o Projeto de Lei n.º 3.253/2018 enquadra-se perfeitamente na autorização para legislar franqueada aos Municípios nos exatos termos do que dispõe o inciso I, do art. 30, da Constituição Federal, que assim dispõe:



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

"Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;" (g.n)

A disciplina quanto ao uso de bens públicos se insere no âmbito da organização local e do peculiar interesse do Município e, portanto, acobertada na competência genérica para legislar sobre a matéria reservada aos Municípios, conforme o disposto no art. 30, I, da CF/88, retro transcrito.

Portanto, não resta dúvida acerca da competência reconhecida pela Constituição Federal para que o Município possa legislar sobre a matéria tratada pelo Projeto de Lei em questão.

Aliás, a Lei Orgânica Municipal, em seu art. 87, § 2º e 3º, também assim dispõe, *in verbis*:

"Art. 87. O uso de bens municipais, por terceiros, só poderá ser feito mediante concessão, ou permissão a título precário e por tempo determinado.

(...)

§ 2º. A concessão administrativa de bens públicos de uso comum somente poderá ser outorgada para finalidades escolares, de assistência ou turística, mediante autorização legislativa.

§ 3º. A permissão de uso, que poderá incidir sobre qualquer bem público, será feita a título precário, por ato unilateral do Prefeito, através de decreto."

Outrossim, no que toca à competência, assim prevê a Lei Orgânica Municipal, *in verbis*:

"Art. 8º. Ao Município compete prover a tudo quanto diga respeito ao seu interesse local e ao bem-estar de sua população, cabendo-lhe, privativamente, dentre outras, as seguintes atribuições:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;"

(...)

X - dispor sobre administração, utilização e alienação dos bens públicos;" (g.n)

De igual modo, constata-se que o Chefe do Executivo Municipal possui prerrogativa para iniciar o processo legislativo quando se trata de matéria dessa natureza, em face do previsto pelo art. 60, VII, da Lei Orgânica Municipal. Confira-se:

"Art. 60. Compete ao Prefeito, dentre outras atribuições:

(...)

2



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

VII – permitir ou autorizar o uso de bens municipais, por terceiros, atendendo aos fins sociais ou em caso de extrema necessidade.

(g.n)

Nesse sentido, constata-se que o Executivo Municipal se serviu da prerrogativa a ele reconhecida pela Lei Orgânica Municipal para iniciar, privativamente, o processo legislativo, em matéria tal como a verificada no projeto de lei em análise, de modo que, nada há quanto a este requisito, que possa macular a constitucionalidade do respectivo Projeto de Lei.

A espécie normativa foi adequadamente aplicada através de Lei Ordinária, pois se encontra em consonância com o disposto no art. 33, II, da LOM, que assim prevê:

"Art. 33. O processo legislativo municipal compreende a elaboração de:

I – emendas à Lei Orgânica Municipal;

II – leis ordinárias;

III - resoluções;

IV – decretos legislativos;"

Portanto, quanto à competência, iniciativa e espécie normativa, nada há que impeça a regular tramitação da proposição.

2.2. Aspectos relacionados à inconstitucionalidade material da proposição:

Conforme já destacado, trata-se de Projeto de Lei, de autoria do chefe do Poder Executivo, que autoriza a fornecer máquinas e veículos pesados, pertencentes ao patrimônio público, com motoristas e/ou operadores, a terceiros (particulares), carentes e não carentes, com compartilhamento de custos de manutenção, tendo como finalidade o desenvolvimento urbano, econômico e social.

A propósito do tema, oportuna é a transcrição de lição do ilustre jurista Tito Costa, quando em análise do delito tipificado no art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei 201/67, qual seja, *"utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens rendas ou serviços públicos"*, assim esclarecendo:

"Algumas leis municipais têm fixado, acertadamente, critérios genéricos para permitir a particulares o uso transitório de serviços e bens (sobretudo máquinas) do Município, mediante condições, entre as quais o pagamento do preço respectivo, o prévio pedido formal à administração, a assinatura de termo de responsabilidade pela conservação e devolução dos bens recebidos, etc. Nesse caso, é evidente que a utilização do bem ou do serviço público não será



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

indevida, posto que obedecidos os requisitos legais. Municípios há, em diversos Estados do Brasil, que legislam nesse sentido, com a finalidade precípua e louvável de ajudar o particular na conservação e abertura de estradas na zona rural, ou mesmo para limpeza e conservação de terrenos na zona urbana, assim como para qualquer outro tipo de serviço, com máquinas e homens, com o qual a administração possa auxiliar o particular, desde que devidamente retribuída a ajuda, nas condições e nos termos fixados em lei. Essa lei, a nosso ver, só pode ser municipal, pois a matéria de que nela se cuida é de peculiar interesse do Município, cabendo a este, portanto, sua disciplinação por meio de lei.

Essa lei há de ser a Lei Orgânica local. Se esta não dispuser a respeito, outro diploma legal municipal poderá ser utilizado, pois a matéria é de competência local e de peculiar interesse do Município (Constituição, art. 30). Nas nossas cidades interioranas é comum necessitar o munícipe de máquinas da Prefeitura para serviços em terrenos particulares urbanos, ou estradas particulares na zona rural. Nenhum inconveniente haverá em que tais máquinas e mesmo seus operadores ou outros servidores da área possam ser colocados à disposição do particular, desde que não haja prejuízo para os trabalhos do Município e que o interessado recolha, previamente, parte ou o total da remuneração arbitrada, assinando termo de responsabilidade pela conservação e devolução dos bens que lhes sejam confiados. Esse tipo de serviço e de uso de bens públicos postos ao dispor do munícipe, nas condições previstas em lei, não tipificarão a figura penal do inc. II do art. 1º do Dec.-lei 201/67, em comentário.”¹

Ainda que, conforme destacado, seja possível o uso de bem público por particulares, considerando que o maquinário é bem de uso especial do ente público e, como tal, está afetado à prestação de serviços públicos, não há como conceber uma exceção a esse uso, isto é, para atender interesse exclusivamente privado – situação que a proposição impugnada autoriza em sua aberta conformação –, eis que nela [proposição] não existe uma previsão de que esse uso excepcional deve estar devidamente justificado pelo interesse público.

Aliás, mesmo que fosse para atender necessidades de cunho pessoal e individual e mesmo que o ordenamento jurídico autorizasse essa prática, o emprego do bem público para atingir essa finalidade somente é possível se for para atender, em última instância, uma demanda social e coletiva, caso contrário, estar-se-ia conferindo ao administrador a possibilidade de utilizar bem público como se particular fosse, livre de qualquer vínculo com o interesse público, situação que

¹ COSTA, Tito. *Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores*, 44ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 51-52.





Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

desvirtua por completo o regime jurídico público que impera na administração dos entes federados.

Desse modo, já de início é imprescindível destacar que eventual norma que permita esse tipo de exceção exige que o administrador apresente uma justificativa para que possam ser conhecidos os motivos pelos quais ela [norma] está sendo levada a efeito, posto que se não assim não for, não haverá a possibilidade de distinção entre uma exceção legal (para se atingir ao fim e ao cabo o interesse público), da singela concessão de regalias e privilégios a determinados particulares.

2.2.1. PROPOSIÇÃO COM VAGO CONTEÚDO, QUE AUTORIZA O USO PRIVATIVO DE MÁQUINAS E A CESSÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS PARA ATIVIDADES PARTICULARES. NATUREZA JURÍDICA DA CESSÃO DE BENS E SERVIDORES. INCONSTITUCIONALIDADE:

Para uma análise mais consistente acerca da inconstitucionalidade do diploma normativo, alguns conceitos devem ser estabelecidos com a finalidade de propiciar um exame da natureza jurídica do instituto disciplinado na proposição ora em estudo.

A regra prevista nos arts. 1º e 2º da proposição em análise, traz a possibilidade de o Poder Público "fornecer" a particulares, para serviços transitórios, máquinas e servidores da Prefeitura.

Pois bem.

A redação da referida lei impõe questionamentos preliminares: esta ação *discricionária* (arts. 1º e 2º) representa, no que se refere ao maquinário, uma autorização, permissão ou concessão de uso de bem público? E a cessão do servidor público para o particular? É viável juridicamente?

Ao se referir à **concessão** de equipamentos do Município para particulares, a doutrina informa a previsão do **uso privativo ou especial de bens públicos**.

Sobre os **bens públicos** a doutrina explica o seguinte, *in verbis*:

"Os bens municipais ou se destinam ao uso comum do povo ou a uso especial. [...] Uso especial é todo aquele que, por um título individual, a Administração atribui a determinada pessoa para fruir de um bem público com exclusividade, nas condições convencionadas. É também uso especial aquele a que a Administração impõe restrições ou para o qual exige pagamento [...] Todos os bens públicos, qualquer que seja sua natureza, são passíveis de uso especial por particulares desde que a utilização consentida pela Administração não os leve à inutilização ou



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

destruição [...] Ninguém tem direito natural a uso especial de bem Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade público, mas qualquer indivíduo ou empresa pode obtê-lo mediante contrato ou ato unilateral da Administração, na forma autorizada por lei ou regulamento ou simplesmente consentida pela autoridade competente [...] o uso especial do bem público será sempre uma utilização individual – *uti singuli* – a ser exercida privativamente pelo adquirente desse direito." ²

Pertence ao conhecimento geral que o uso de bens públicos especiais deve ser regulado sob a forma de **autorização**, de **permissão** ou de **concessão de uso**.

A **autorização de uso** "é unilateral, porque a exteriorização da vontade é apenas da Administração Pública, embora o particular seja o interessado no uso. É também discricionário, porque depende da valoração do Poder Público sobre a conveniência e oportunidade em conceder o consentimento. [...] Exemplos desse tipo de ato administrativo são as autorizações de uso de terrenos baldios, de área para estacionamento, de retirada de água de fontes não abertas ao público, de fechamento de ruas para festas comunitárias ou para a segurança de moradores e outros semelhantes." ³

A **permissão de uso** é também ato unilateral e precário e faculta ao particular o uso individual de determinado bem público. A doutrina salienta que qualquer bem municipal admite permissão de uso especial a particulares, desde que a utilização seja, também, de interesse da coletividade, que usufruirá vantagens concretas desse uso. ⁴

Neste ponto, José dos Santos Carvalho Filho registra a seguinte posição:

"Exemplos comuns desses atos de consentimento: permissão de uso para feiras de artesanato em praças públicas; para vestiários públicos; para banheiros públicos; para restaurantes turísticos etc.

É comum encontrar-se, entre os publicistas, a referencia à permissão de uso de bem público para a instalação de bancas de jornal, feiras livres e colocação de mesas e cadeiras em frente a estabelecimentos comerciais, como bares e restaurantes. Em nosso entender, todavia, o interesse privado sobrepuja qualquer interesse público no consentimento estatal, razão por que, por lógica, melhor se configurariam como autorizações de uso de bem público. No caso de banheiros, vestiários e restaurantes explorados por particular em prédios pertencentes ao Poder Público, haverá por certo interesse público pertinente ao turismo, à higiene etc., razão por que se enquadram bem como permissão de uso.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 306-308.

³ FILHO, José dos Santos Carvalho, *Manual de Direito Administrativo*, 24ª edição. Ed. Lumen Juris, 2010, pp. 1076-1077.

⁴ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 311.





Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

A grande verdade – esta a que nos convence atualmente – reside na conveniência de considerar-se prejudicada, por inócua e imprecisa, a clássica distinção entre permissão e autorização de uso, e isso a começar pelo significado dos termos, já que quem autoriza é porque permite, sendo verdadeira a recíproca. Ambos são atos administrativos, em regra discricionários e precários, como vimos, revestem-se da mesma fisionomia jurídica e se sujeitam aos mesmos efeitos jurídicos quanto à outorga, eficácia e revogação. A questão do interesse predominante – se público ou privado – nem sempre é suficientemente clara e, ao que temos visto, tem dado ensejo a distorções quanto à configuração do ato.

Em suma, parece-nos hoje que o melhor e mais lógico seria uniformizar os atos sob um único rótulo – seja autorização seja permissão de uso-, visto que a distinção atual causa aos estudiosos mais hesitações do que precisão quanto à qualificação jurídica." ⁵

No caso em apreço, os bens públicos especiais serão "fornecidos" (na verdade **cedidos**) aos particulares, conforme a expressa dicção dos arts. 1º e 2º da proposição em análise.

São ainda estabelecidas **obrigações**, referentes ao pagamento de valor arbitrado pelo Poder Público, à conservação e à devolução dos bens cedidos. É fixada, ainda, a **temporiedade** do negócio, atrelada ao **período dos serviços transitórios**, ou seja, dos fatos não permanentes, como, por exemplo, a destinação de máquinas públicas para a limpeza de terreno e retirada e transporte de entulhos.

A respeito, expõe a doutrina:

"Concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público confere a pessoa determinada o uso privativo de bem público, independentemente do maior ou menor interesse público da pessoa concedente.

Não é difícil observar que o núcleo conceitual da concessão de uso é idêntico ao das permissões e autorizações de uso: em todos, o particular tem direito ao uso privativo do bem público mediante consentimento formal emanado do Poder Público. Contudo, a concessão apresenta alguns elementos diferenciais.

O primeiro deles é a forma jurídica [...] o caráter de bilateralidade.

[...] A discricionariedade é marca das concessões de uso [...] Admitem-se duas espécies de concessão de uso: a) a concessão remunerada de uso de bem público; b) a concessão gratuita de uso de bem público.

[...]

⁵ FILHO, Jose dos Santos Carvalho, Manual de Direito Administrativo, 24ª edição. Ed. Lumen Juris, 2010, p. 1079.



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

Em nosso entendimento, a concessão remunerada de uso e a concessão gratuita de uso não se confundem com locação e com o comodato, respectivamente. A despeito de guardarem semelhanças em sua fisionomia jurídica, estas últimas figuras são reguladas pelo direito privado, ao passo que as concessões são contratos administrativos, instrumentos típicos de direito público."⁶

A se interpretar o instituto previsto na proposição como sendo uma **cessão**, portanto, maiores dúvidas não existem acerca da burla aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

E isso porque, segundo Hely Lopes Meirelles, ela se caracteriza, basicamente, por ser um **ato de colaboração entre repartições públicas**. Confira-se:

"Cessão de uso é a transferência gratuita da posse de um bem público de uma entidade ou órgão para outro, a fim de que o cessionário o utilize nas condições estabelecidas no respectivo termo, por tempo certo ou indeterminado. É ato de colaboração entre repartições públicas, em que aquela que tem bens desnecessários aos seus serviços cede o uso a outra que deles está precisando. (...)

*A cessão de uso entre órgãos da mesma entidade não exige autorização legislativa e se faz por simples termo e anotação cadastral, pois é ato ordinário de administração através do qual o Executivo distribui seus bens entre suas repartições para melhor atendimento do serviço. (...) Em qualquer hipótese, a cessão de uso é ato de administração interna que não opera a transferência de propriedade e, por isso, dispensa registros externos."*⁷

José dos Santos Carvalho Filho, entende da mesma forma, porém amplia o escopo da cessão de uso, entendendo que a mesma pode ocorrer para entes privados, desde que a colaboração tenha por objetivo atender o interesse da coletividade. Confira-se:

"Cessão de uso é aquela em que o Poder Público consente o uso gratuito de bem público por órgãos da mesma pessoa ou de pessoa diversa, incumbida de desenvolver atividade que, de algum modo, traduza interesse para a coletividade. A grande diferença entre a cessão de uso e as formas até agora vistas consiste em que o consentimento para a utilização do bem se fundamenta no benefício coletivo decorrente da atividade desempenhada pelo cessionário. O usual na Administração é a cessão de uso entre órgãos da mesma pessoa. Por exemplo: o Tribunal de Justiça cede o uso de determinada sala do prédio do foro para uso de órgão de inspetoria do Tribunal de Contas do mesmo Estado. Ou o Secretário de Justiça cede o uso de um de suas dependências para órgão da Secretaria de Saúde. (...) A formalização da cessão de uso se efetiva por instrumento firmado entre os representantes das pessoas cedente e cessionária, normalmente

⁶ FILHO, José dos Santos Carvalho, *Manual de Direito Administrativo*, 24ª edição. Ed. Lumen Juris, 2010, pp. 1080-1081.
⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ª. Ed. Malheiros Editores: São Paulo, 1996, p. 442.



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

denominado de "termo de cessão" ou "termo de cessão de uso". O prazo pode ser determinado, e o cedente pode a qualquer momento reaver a posse do bem cedido. Por outro lado, entendemos que esse tipo de uso só excepcionalmente depende de lei autorizadora, porque o consentimento se situa normalmente dentro do poder de gestão dos órgãos administrativos. Logicamente, é vedado qualquer desvio de finalidade, bem como a extensão de dependências cedidas com prejuízo para o regular funcionamento da pessoa cedente. O fundamento básico da cessão é a colaboração entre entidades públicas e privadas com o objetivo de atender, global ou parcialmente, a interesses coletivos. É assim que deve ser vista como instrumento de uso de bem público."⁸

E ainda que se considere a natureza jurídica de mera **autorização ou permissão de uso de bem público**, a *inconstitucionalidade material* também estaria presente, pela ausência de disposição normativa assecuratória da impessoalidade administrativa, da publicidade e transparência.

Ou seja, não há critério algum positivado na proposição examinada, em lesão à impessoalidade, transparência administrativa, acerca do iter administrativo destinado à efetivação desse direito subjetivo individual.

O assunto em questão resvala em matéria sensível ao amadurecimento democrático de nosso país.

É muito perigosa, nesse contexto, a cessão de bens públicos a particulares, quando a norma não trazer **pormenorizada disciplina** da questão, haja vista que a experiência empírica evidencia ser muito comum a existência de ações *clientelistas* e *assistencialistas*, em herança de paradigmas patrimonialistas, que embotam o exercício da Administração Pública Democrática.

Com isto se quer dizer que a cessão (de bens), em si, pode ser lícita e constitucional, desde que as normas que a amparem sejam completas, isto é, tragam uma regulamentação que atente, sobretudo, para os critérios de publicidade e impessoalidade administrativa e contemplem os instrumentos adequados para a sua operacionalização.

Afinal, como os cidadãos de Ibiracú terão acesso à informação de que, v.g., máquinas públicas se encontram disponíveis para a utilização, sem uma adequada regulamentação, em lei, da publicidade a ser conferida (editais)? A resposta não está na proposição, que, omissa, não traz os critérios do indispensável

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed., ver., amp. e atual. – Rio de Janeiro: Lúmen Júris 2012, p. 1169-1171.





Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

procedimento administrativo municipal para o deferimento, juridicamente motivado, do pedido de cessão.

Assim, sem uma normatização adequada, transforma-se uma útil modalidade de satisfação dos interesses locais – interesse público - (cessão de bens) em arriscado mecanismo de desvirtuamento deste propósito e de auxílio a pessoas ligadas à Administração ou de favores particulares.

Não bastasse, assim, o desrespeito à impessoalidade (e ao próprio dever de licitar, a depender da interpretação conferida), a **opacidade administrativa** é palpável na hipótese.

Relativamente aos vetores da transparência e motivação, tem-se o esclarecimento de Wallace Paiva Martins Junior, a saber:

"A ampla e efetiva publicidade da atuação administrativa, motivação de seus atos e a participação do administrativo na condução dos negócios públicos são subprincípios (e instrumentos) do princípio da transparência". [...] "É a partir da transparência administrativa que se propicia o desenvolvimento de linhas de atuação administrativa contando com a participação do administrado – não apenas espectador passivo ou destinatário e fiscal da conduta, senão agente colaborador na tomada de decisões administrativas – para realce do caráter público da gestão administrativa de diálogo aberto, de feição contraditória, de consenso [...] Num modelo de Estado em que a intervenção estatal é crescente, a opacidade administrativa compromete a eficiência e a moralidade de suas decisões." (grifo nosso) ⁹

Deve ser pontuado, também, que a importância do iter administrativo, previsto em lei, para as cessões, reside no fato de que as **decisões administrativas** precisam trazer, em abstrato, os caminhos formais necessários à motivação, por exigência do art. 32, caput e § 2º do art. 45 da Constituição Estadual do Espírito Santo - sendo viciada, assim, a ausência de previsão do procedimento administrativo específico (*assecuratório da impessoalidade ou referente ao processo licitatório*) e a mera produção de 'termos de cessão de uso'.

Lado outro, desnecessárias maiores delongas em relação à **cessão de servidor público** para trabalhos particulares, fato não autorizado na ordem constitucional brasileira.

Não pode o servidor público, remunerado pelos cofres públicos, exercer atividade para a consecução de interesses privados.

⁹ JUNIOR, Wallace Paiva Martins, *Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular*, Saraiva. 2004, pp. 20, 21 e 33



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

Dúvidas, pois, não restam sobre os vícios de inconstitucionalidade de que padece a proposição em testilha, por ofensa aos arts. 32, caput e 45, § 2º, da Constituição Estadual do Espírito Santo e ao art. 37, caput, da Constituição da República.

2.2.2. MALFERIMENTO AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE, TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA, IMPESSOALIDADE, MORALIDADE E LEGALIDADE:

Constata-se, nessa linha, que o texto da proposição malferir o art. 37, caput, da Constituição da República e, igualmente, os arts. 32, caput 13 e § 2º, do art. 45l, ambos da Constituição do Estado do Espírito Santo.

Confira-se os referidos dispositivos constitucionais, *in verbis*:

CF/88:

"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.

Constituição do Estado:

Art. 32. As administrações públicas direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios obedecerão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, finalidade e interesse público, e também aos seguintes:

(...)

Art. 45. O controle dos atos administrativos será exercido pelo Poderes Públicos e pela sociedade civil, na forma que dispuser a lei.

[...]

§ 2º. São requisitos essenciais à validade do ato administrativo, além dos princípios estabelecidos no art. 32, caput, a motivação suficiente e a razoabilidade."

É possível que, *prima facie*, cause perplexidade um princípio referente à Administração Pública poder vincular o Legislador, mormente o municipal.

No entanto, tal vinculação se dá na medida em que os princípios em comento inserem-se entre aqueles cuja denominação ofertada pela doutrina é a de *princípios constitucionais estabelecidos*, segundo a qual:

"[...] consistem em determinadas normas que se encontram espalhadas pelo texto da Constituição, e, além de organizarem a própria federação, estabelecem preceitos centrais de observância obrigatória aos Estados-



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

membros em sua auto-organização. Subdividem-se em normas de competência e normas de preordenação." ¹⁰

Ou, como expõe magistralmente Raul Machado Horta, *in verbis*:

"A diversidade organizatória recebeu o contraste do princípio da homogeneidade, que, na expressão de Carl Schmitt, dissolve as antinomias dentro da Federação. Para preservar a diversidade dentro da homogeneidade, a autonomia do Estado-Membro passa a receber normas centrais crescentes no texto da Constituição Federal. As normas dos direitos e garantias fundamentais, as normas de repartição de competências, as normas dos Direitos Políticos, as normas de preordenação dos poderes do Estado-Membro, as normas dos princípios constitucionais enumerados, - forma republicana, sistema representativo, regime democrático, autonomia municipal, direitos da pessoa humana - as normas da administração pública, as normas de garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público, as normas — princípios gerais do Sistema Tributário, as normas de limitação e de instituição do poder tributário, as normas — princípios gerais da atividade econômica, as normas da Ordem Social, constituem os centros de irradiação das normas centrais da Constituição que, no federalismo brasileiro de 1988, se projetaram na modelagem e conformação da autonomia do Estado-Membro, com incidência na atividade constituinte, na atividade legislativa, na atividade administrativa e na atividade jurisdicional do Estado Federado." ¹¹ (grifos nosso e do autor)

No mesmo sentido decidiu nossa Suprema Corte:

Os Estados-Membros encontram-se sujeitos, em face de explícita previsão constitucional (art. 37, caput), aos princípios que regem a Administração Pública, dentre os quais ressalta a vedação de qualquer vinculação e equiparação em matéria de vencimentos.

As exceções derogatórias dos princípios gerais concernentes à aposentadoria dos agentes públicos só se legitimam nas estritas hipóteses previstas no texto da Constituição.

O Estado-Membro não dispõe de competência para estender aos membros integrantes da Advocacia-Geral do Estado o regime jurídico especial que, em matéria de aposentadoria, a Constituição Federal conferiu aos Magistrados." ¹² (grifo nosso)

Destarte, não há razão para a não aplicação dos princípios da moralidade, transparência, motivação e impessoalidade administrativa à atividade legiferante da entidade federada periférica.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 994p. p. 257.

¹¹ HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 756p. p.286-7.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 514-MC. Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 18.03.94.





Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

Estabelecida tal premissa, impõe-se reconhecer que a proposição, nesse aspecto, também padece de flagrante inconstitucionalidade.

Inicialmente, cumpre-nos cuidar do princípio da moralidade. Isso porque o Legislador Constituinte Originário elegeu a *moralidade administrativa* como um dos princípios, dentre outros, norteadores da atuação administrativa e legislativa.

É que, no dizer de José Afonso da Silva:

"A moralidade é definida como um dos princípios da Administração Pública (art. 37). A idéia subjacente ao princípio é a de que moralidade administrativa não é moralidade comum, mas moralidade jurídica. Essa consideração não significa necessariamente que o ato legal seja honesto. Significa, como disse Hauriou, que a moralidade administrativa consiste no 'conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina da Administração'.

Pode-se pensar na dificuldade que será desfazer um ato, produzido conforme a lei, sob o fundamento de vício de imoralidade. Mas isso é possível porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração. A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, p. ex., com intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa." ¹³ (grifos do autor)

E, acrescentamos: quando a Constituição é cumprida pelo legislador ordinário na sua tarefa de concretização constitucional, tal medida (moralidade administrativa) deve ser observada de forma imperativa, pois encerra uma imposição constitucional.

Nesse sentido, as lições de Renato Franco de Almeida, quando assevera, citando Canotilho, que:

"Não obstante, não quer a teoria sob estudo com isso afirmar que o legislador é livre em sua obra de conformação constitucional, mesmo porque, se essa assertiva fosse correta, perderia a teoria sua razão de ser.

É no sentido de conformação, entretanto, que o legislador dispõe de um amplo domínio político para ponderar, valorar e comparar os fins dos preceitos constitucionais, proceder a escolhas e tomar decisões.

¹³ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. 768p. p. 571.



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

Apesar de constitucionalmente vinculado, o legislador promove atitudes criadoras. Seria, portanto, uma livre conformação dos fins político-sociais enunciados na constituição, anotando-se, porém, que se trata de uma "política constitucional" (CANOTILHO, 2001, p. 218), e não, acrescentamos, legislativa." ¹⁴

E conclui:

"Não obstante, frise-se, tal liberdade de conformação restringe-se aos meios e às formas que serão utilizados para alcançar a concretização dos desideratos constitucionais, não podendo importar em desvirtuamento político-econômico dos princípios constitucionais dirigentes, isto é, não sendo lícito colocar o entendimento de maiorias políticas ocasionais (regra da maioria) ou as necessidades economicistas (princípio da eficiência econômica) acima dos princípios, imposições, tarefas e fins previstos na Constituição.

Portanto, o compromisso constitucional deverá ser realizado na sua integralidade, sem que haja subterfúgios de natureza política ou econômica a obstá-lo." ¹⁵

De efeito, ao permitir a concessão de bens e servidores públicos municipais, sem qualquer critério, a proposição desvia-se, claramente, do princípio ora em exame, confundindo o público com o privado, atraindo a pecha da inconstitucionalidade.

Por outro lado, a falta de moralidade administrativa pode ensejar violação de outro princípio caro ao regime jurídico administrativo, a saber: a impessoalidade. Tal postulado visa, por um viés, o tratamento paritário entre os administrados e, por outro, representa a necessidade de a Administração voltar-se inteiramente para o interesse público.

De fato, a Administração deve tratar igualmente os administrados que se encontrarem em situação jurídica similar, a fim de se evitar privilégios ou discriminações odiosas. Ao tratar da igualdade como princípio componente do regime jurídico administrativo, expõe *Marçal Justen Filho*:

"A supremacia da dignidade humana acarreta a equiparação de todos os seres humanos. Cada um e todos merecem idêntico respeito. Não se admite que alguns tenham "dignidade" maior do que outros. [...]"

Para efeito do regime de direito administrativo, a isonomia não está sendo considerada como direito individual nem como garantia política. Afirma-se sua inclusão entre os direitos fundamentais. Isso deriva da

¹⁴ ALMEIDA, Renato Franco de. *Constituição e políticas econômicas na jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Decálogo, 2007. 190p. p. 66.

¹⁵ ob. cit. p. 68.



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

afirmação de um compromisso da atividade administrativa com a promoção da dignidade humana, por via inclusive do tratamento isonômico." ¹⁶ (grifo nosso)

Vê-se, pois, que esse princípio nada mais é do que uma faceta do princípio da isonomia, consagrado no *caput* do art. 5º e no seu inciso primeiro, da Constituição Federal, ao qual também está sujeito o Legislador, afinal, a lei deve em si mesma consagrar a isonomia. Destarte, o princípio da igualdade vincula tanto o legislador quanto o aplicador da lei – igualdade na lei e igualdade perante a lei.

Ao tratar do tema, *Vicente Paulo* e *Marcelo Alexandrino* citam os ensinamentos de *Alexandre de Moraes*, o qual aponta uma "tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade – limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular". ¹⁷

Com efeito, para que não haja violação do princípio da isonomia e, por conseguinte, da impessoalidade, mister que o Legislador, ao editar um diploma legal, não fomente favoritismos ou discriminações odiosas. Não se quer com isso dizer que esse princípio constitucional obste o tratamento desigual a grupos diferenciados. Ao contrário, haverá respeito à isonomia se o tratamento discriminatório estiver pautado na razoabilidade. O que está proibido é o trato discriminatório fundado em parâmetro diferenciador arbitrário.

Assim é que, sob pena de vulneração desse princípio, a permissão de concessão de máquinas ou servidores do Município àquele particular e não àquele outro, numa ou noutra circunstância e momento, ao alvedrio exclusivo do administrador do bem público, deve ser apartada, vez que desfalcada de qualquer critério razoável para o *discrimen* e, portanto, fundada em mecanismo puramente arbitrário.

Ressalte-se, ademais, que a discriminação, seja ela positiva ou negativa, é também mecanismo de malferimento do princípio da legalidade, haja vista que, em último instante, a impessoalidade é exigência para a configuração da legalidade da conduta do administrador.

Como é cediço, é plenamente possível o uso de bens públicos por particulares, situação em que o interesse público se une ao particular, ainda que em proporções diferenciadas, de modo que o bem sirva ao interesse do administrado, porém sem caracterizar qualquer renúncia da coisa pela Administração Pública.

¹⁶ FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. pág. 69. São Paulo: Saraiva, 2005.

¹⁷ ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. Pg. 110. Niterói: Impetus, 2008.





Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

Ora, é assente que o primado do interesse público é objetivo inarredável para a Administração Pública, ainda que venha a ser satisfeito de forma indireta, pois sua ausência resulta em verdadeiro desvio de finalidade.

De se observar, outrossim, que a previsão constante da proposição, na forma inexata em que está redigida, dá azo ao desvio de finalidade, porquanto viabiliza que o aparato público seja utilizado apenas para a satisfação de um interesse privado, em detrimento do princípio da impessoalidade.

Afinal, como um cidadão pode ter o conhecimento de que determinado bem público está disponível para a cessão de uso, sem, v.g., a publicação de um edital, em procedimento próprio que viabilize a informação desse fato administrativo?

Ademais, ao se guiar por esse rumo não transparente, existe o efetivo risco de que apenas os cidadãos íntimos do cotidiano administrativo municipal ou ligados ao Executivo, por vínculos de conhecimento diferenciados, tenham acesso ao uso desses bens.

Hely Lopes Meirelles, ilustre administrativista pátrio, une os dois conceitos – finalidade e impessoalidade, nos termos assim vazados:

"O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

*(...) E a finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público. Todo ato que se apartar desse objetivo sujeitar-se-á a invalidação por desvio de finalidade, que a nossa lei da ação popular conceituou como o 'fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência' do agente."*¹⁸

É como diria *Celso Antônio Bandeira de Mello*, "quem desatende ao fim legal desatende à própria lei"¹⁹. Outrossim, não se pode olvidar que quem exerce a função administrativa está jungido a um *munus* público, de modo que os interesses e os bens públicos são indisponíveis (princípio da indisponibilidade).

¹⁸ MEIRELLES, *Hely Lopes*. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª ed., pg. 85/86, Malheiros.

¹⁹ MELLO, *Celso Antônio Bandeira de*. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed., pg. 106, Malheiros.



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

Por fim, importa transcrever ementas de diversas decisões de Tribunais de Justiça, em sede de ações diretas de inconstitucionalidades, de leis municipais absolutamente idênticas à presente proposição, com a mesma disciplina da matéria, assentando a inconstitucionalidade material das mesmas, a saber:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MUNICÍPIO DE BARRA DO GARÇAS – ART. 120 DA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL – 1. NORMA QUE AUTORIZA, DE MODO GENÉRICO, CESSÃO DE MAQUINÁRIO E SERVIDORES MUNICIPAIS A PARTICULARES – INFRINGÊNCIA AOS ARTS. 3º, II e IV, 127 E 129, CAPUT DA CONSTITUIÇÃO DE MATO GROSSO CONFIGURADA – NOTÓRIA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE – AUSÊNCIA DE MECANISMOS DE CONTROLE DE LEGALIDADE E DE TRANSPARÊNCIA NA PRÁTICA DE ATOS ADMINISTRATIVOS – 2. CESSÃO DE SERVIDORES A PARTICULARES – INVIABILIDADE – 3. CONFERIDO EFEITO EX NUNC À DECISÃO – MODULAÇÃO NECESSÁRIA POR RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE PRESERVAR A VALIDADE JURÍDICA DOS ATOS JÁ PRATICADOS PELOS ADMINISTRADORES MUNICIPAIS – 4. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. A forma genérica com que a norma impugnada permitiu o emprego de maquinário municipal para particulares, sem consignar a necessidade de se atender, em última instância, o interesse público e sem indicar os instrumentos legais que concretizam o consentimento da Administração Pública, revela a falta de mecanismos de controle de legalidade e de transparência nas ações do administrador, bem como denotam a inobservância aos primados da moralidade, da probidade administrativa e da impessoalidade, porquanto viabilizam a prática de atos de paternalismo e privilégios injustificados. 2. Afronta o princípio da moralidade, a possibilidade de que servidores públicos sejam cedidos a particulares para a satisfação de interesses meramente privados, pois, ao desempenharem atividades em nome da Administração Pública; possuem com ela vínculo de trabalho; e por ela serem remunerados, é evidente que tais agentes públicos somente podem exercer funções públicas, sendo completamente inviável admitir que trabalhem para atender particulares em necessidades exclusivas destes, isto é, sem qualquer vínculo com o interesse público, sob pena de evidente desvio de função. 3. Por razões de segurança jurídica e com fulcro no art. 27 da Lei n. 9.868/99, deve ser aplicado efeito ex nunc à decisão, que estaria então dotada de eficácia plena a partir do trânsito em julgado desta proclamação decisória, a fim de preservar a validade jurídica de todos os atos de cessão de maquinários e servidores praticados pelos administradores do Município de Barra do Garças com fulcro na norma impugnada nesta actio. 4. Procedência do pedido formulado na ação declaratória de inconstitucionalidade." [TJMT, ADI 175563/2014, DES. LUIZ FERREIRA DA SILVA, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 10/09/2015, Publicado no DJE, de 1217/09/2015]

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI AUTORIZANDO O MUNICÍPIO A DISPONIBILIZAR MAQUINÁRIOS E SERVIDORES A EMPRESA PARTICULAR - SERVIÇOS DE LIMPEZA E CASCALHAMENTO - EXECUÇÃO

17



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

E FISCALIZAÇÃO PELA SECRETARIA MUNICIPAL DE VIAÇÃO E OBRAS - OFENSA AOS ARTS. 129 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO E 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - IMPESSOALIDADE E MORALIDADE - VIOLAÇÃO - AÇÃO PROCEDENTE. É inconstitucional a lei municipal, por violação aos princípios da impessoalidade e da moralidade, que autoriza o município a disponibilizar bens e servidores a particulares." [TJMT, ADI 174610/2014, DES. RUBENS DE OLIVEIRA SANTOS FILHO, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 10/09/2015, Publicado no DJE 17/09/2015].

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONCESSÃO DE MÁQUINAS E SERVIDORES PÚBLICOS A PARTICULARES MEDIANTE PAGAMENTO DE REMUNERAÇÃO - ART.28 DA LEI ORGÂNICA - MUNICÍPIO DE UNAÍ - SEPARAÇÃO DE PODERES - NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - MORALIDADE - IMPESSOALIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DECLARADA. 1 - Declara-se a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei Orgânica do Município de Unaí, que autoriza a 'concessão' de máquinas e servidores públicos municipais a particulares, mediante pagamento de remuneração, por violação aos princípios constitucionais que vinculam a Administração Pública, designadamente os da moralidade e da impessoalidade. 2 - Rejeitada a preliminar, julga-se procedente a ação." (TJMG - Ação Direta Inconst 1.0000.12.113615-4/000, Relator(a): Des.(a) Kildare Carvalho, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 10/07/2013, publicação da súmula em 23/08/2013)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL QUE AUTORIZA UTILIZAÇÃO DE MÁQUINAS, VEÍCULOS E EQUIPAMENTOS POR PARTICULAR. AUSÊNCIA DE LIMITES RELEVANTES, COMO PRAZO, PROCEDIMENTO, DEVERES DO USUÁRIO ETC. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL CARACTERIZADA. De amplo alcance conceitual, a moralidade ganhou contornos constitucionais, vingando como princípio concretizado em diversos pontos da Constituição da República Federativa do Brasil, especialmente a ser observado em todas as atividades praticadas pela Administração Pública. Como já foi dito antes na CORTE SUPERIOR do TJMG, o princípio da moralidade impõe ao administrador público uma conduta pautada pela honestidade e pela boa-fé no trato da coisa pública. Impõe, assim, ao legislador que, ao editar diploma legal, não fomente favoritismos ou discriminações odiosas. Tal como prevista, a norma questionada viola os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e razoabilidade (art. 13 da CEMG). Sua simples previsão vulnera objetivo prioritário do Município, que é o de preservar a moralidade administrativa (art. 166, VI, da CEMG), tido como 'pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos estatais' (ADI 4.125/TO, Tribunal Pleno do STF, Rel. Cármen Lúcia. j. 10.06.2010, unânime, DJe 15.02.2011), eis que permite que, pela via discricionária, o Chefe do Poder Executivo autorize a utilização gratuita ou onerosa de bens públicos (máquinas, veículos e equipamentos) a terceiro interessado, em serviços particulares em sua propriedade, sem qualquer finalidade de ordem pública. Pressupõe, em princípio, situação precária, transitória e irrelevante



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

para o Poder Público, mas sem definir qualquer procedimento formal prévio, de modo a criar espaços para que, por simples ato administrativo, supostamente marcado por conveniência e oportunidade, haja favoritismos ou perseguições". (TJMG - Ação Direta Inconst 1.0000.11.015597-5/000, Relator(a): Des.(a) Armando Freire, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 24/07/2013, publicação da súmula em 09/08/2013)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - AUTORIZAÇÃO AO PARTICULAR PARA USO DE MÁQUINAS E SERVIDORES MUNICIPAIS - INOBSERVÂNCIA DO CONTIDO NO ARTIGO 37, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. O artigo de Lei Orgânica Municipal apresenta vício de inconstitucionalidade quando concede a particulares, para prestação de serviços transitórios, o uso de máquinas e servidores do Município, por violação a princípios contidos no artigo 13, da Constituição do Estado, que é uma reprodução do contido no artigo 37, da Constituição Federal." (TJMG - Ação Direta Inconst 1.0000.11.057185-8/000, Relator(a): Des.(a) Antônio Carlos Cruvinel, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 14/08/2013, publicação da súmula em 13/09/2013)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL QUE AUTORIZA UTILIZAÇÃO DE MÁQUINAS, VEÍCULOS E EQUIPAMENTOS POR PARTICULAR. AUSÊNCIA DE LIMITES VÁLIDOS E LEGÍTIMOS. DISCRICIONARIEDADE. SUBJETIVISMO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL CARACTERIZADA. De amplo alcance conceitual, a moralidade ganhou contornos constitucionais, vingando como princípio concretizado em diversos pontos da Constituição da República Federativa do Brasil, especialmente a ser observado em todas as atividades praticadas pela Administração Pública. Como já foi acentuado antes pelo Órgão Especial do TJMG, o princípio da moralidade impõe ao administrador público uma conduta pautada pela honestidade e pela boa-fé no trato da coisa pública. Impõe, assim, ao legislador que, ao editar diploma legal, não fomente favoritismos ou discriminações odiosas. Tal como prevista, a norma questionada viola os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e razoabilidade (art. 13 da CEMG). Sua simples previsão vulnera objetivo prioritário do Município, que é o de preservar a moralidade administrativa (art. 166, VI, 165, § 1º, da CEMG), tido como "pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos estatais" (ADI 4.125/TO, Tribunal Pleno do STF, Rel. Cármen Lúcia, j. 10.06.2010, unânime, DJe 15.02.2011), eis que permite que, pela via discricionária, o Chefe do Poder Executivo autorize a utilização gratuita ou onerosa de bens públicos (máquinas, veículos e equipamentos) a terceiro interessado, em serviços particulares em sua propriedade, sem qualquer finalidade de ordem pública. Pressupõe, em princípio, situação precária, transitória e irrelevante para o Poder Público, mas sem definir válido e legítimo procedimento formal prévio, de modo a criar espaços para que, por simples ato administrativo, supostamente marcado por conveniência e oportunidade, haja favoritismos ou perseguições." (TJMG - Ação Direta



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

Inconst 1.0000.16.045400-5/000, Relator(a): Des.(a) Armando Freire , ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 23/08/2017, publicação da súmula em 01/09/2017)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MUNICÍPIO DE TIROS - LEI MUNICIPAL N. 1.335/2014 E ART. 126 DA LEI ORGÂNICA - CESSÃO DE MAQUINÁRIO E OPERADORES DA PREFEITURA - OFENSA AOS ARTIGOS 13 E 166, INCISO VI, DA CEMG - AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE - EIVA RECONHECIDA - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1 - Os textos legais objurgados, pela clara omissão de elementos centrais no trato do procedimento administrativo alusivo ao uso particular de maquinário público municipal e de servidores públicos, não se mostram aptos a salvaguardar o interesse público, pelo que afrontam, materialmente, os artigos 13 e 166, inciso VI, da CEMG, mormente os princípios expressos da moralidade e da impessoalidade. 2 - Ao permitir em caráter discricionário que o Chefe do Poder Executivo autorize a utilização gratuita ou onerosa de bens públicos (máquinas, veículos e equipamentos) a terceiro interessado, em serviços particulares em sua propriedade, sem qualquer finalidade de ordem pública, tais dispositivos vulneram o objetivo prioritário do Município, que é o de preservar a moralidade administrativa (art. 166, VI, da CEMG), tido como pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos estatais." (TJMG - Ação Direta Inconst 1.0000.16.045405-4/000, Relator(a): Des.(a) Mariangela Meyer , ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 30/03/2017, publicação da súmula em 07/04/2017)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CESSÃO DE USO A PARTICULARES DE MÁQUINAS, VEÍCULOS E SERVIDORES PÚBLICOS- LEI 354/03 E LEI ORGÂNICA, AMBAS DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DA VARGINHA -INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL - INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 13 E 166, VI DA CEMG. É Inconstitucional a norma que permite a cessão de máquinas, veículos e servidores públicos transitoriamente a particulares mediante simples pagamento de remuneração, sem qualquer procedimento prévio, por ferir princípios da impessoalidade e moralidade previstos no art. 13 e 166, VI da CEMG." (TJMG - Ação Direta Inconst 1.0000.15.042897-7/000, Relator(a): Des.(a) Agostinho Gomes de Azevedo , ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 25/05/2016, publicação da súmula em 10/06/2016)

Portanto, entende-se que existe inconstitucionalidade material na proposição, conforme amplamente destacado e, por isso mesmo, a proposição, na forma como se encontra conformada, carece de viabilidade técnica.

A propósito do tema, é oportuna a transcrição de parte do voto proferido pelo Des. *Luiz Ferreira Da Silva*, do TJMT, nos autos da ADI n.º 175563/2014, envolvendo absolutamente norma idêntica à proposição em testilha, que bem denota os aspectos da inconstitucionalidade destacada, a saber:



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

"(...) Com efeito, quanto à parte da norma combatida que viabiliza o uso de maquinário municipal por particulares, impõe-se reconhecer que tais bens não são de uso comum do povo como as ruas, calçadas e praças, tampouco integram a classificação de bem dominical (art. 99, I e III, do Código Civil), isto é, sem destinação imediata para a população, usuários de serviços ou beneficiários diretos de atividades, tratando-se, pois, de bens de uso especial (art. 99, II, do referido Codex), porque são afetados à prestação de serviços públicos.

Ainda nessa linha intelectual, pode-se afirmar que é possível o uso de bem público por particulares; e, se o bem é de uso especial, como dito acima, há, inclusive, instrumentos legais que viabilizam sua utilização, quais sejam: a autorização de uso, a permissão de uso e a concessão de uso, entretanto, tendo em vista que se trata da categoria de bem público, é certo que o regime jurídico desse uso é diferenciado daquele existente para o direito privado, impondo-se, assim, a observância de alguns pressupostos.

Aliás, acerca do tema, esta é a doutrina de Odete Medauar:

(...) As seguintes notas sobressaem no regime jurídico da utilização por particulares:

a) Compatibilidade com o interesse público – o uso privativo pelo particular não pode contrariar o interesse público, pois, se assim fosse, não poderia ocorrer. Daí caber razão a Chapus (op. cit., p. 387) quando discorda do qualificativo 'anormal', atribuído por muitos a tais usos: anormal é o uso incompatível com o interesse público ou que obstaculiza o uso afetado;

b) Consentimento da administração – o uso privativo do bem por particular depende de consentimento da Administração, que é o título legal para esse uso. Há figuras jurídicas que veiculam esse consentimento e a legislação a respeito há de ser cumprida pela Administração e particulares. A ausência de consentimento possibilita medidas da Administração e particulares. A ausência de consentimento possibilita medidas da Administração visando a reaver o bem (ou medidas intentadas pelo Tribunal de Contas ou por particulares, contra a omissão da Administração);

c) Observância de condições fixadas pela Administração – a Administração pode fixar preceitos relativos ao uso pelo particular e este deverá observar tais regras, sob pena de cessação do uso;

d) Pagamento de preço – o uso privativo de bem público admite a cobrança de preço por parte da Administração a que se vincula o bem, havendo também usos gratuitos;

e) Precariedade – É a regra para o uso privativo. Por motivo de atendimento ao interesse público, a Administração pode cessar unilateralmente o uso privativo, mesmo dotado de prazo determinado, mesmo formalizado mediante contrato; havendo prazo, a cessação do uso privativo, somente por motivo de interesse público, enseja indenização a favor do particular. (...). (in Direito administrativo moderno, 18 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, fls. 287/288). Destaquei.



Câmara Municipal de Ibiráçu

Estado do Espírito Santo

Destarte, analisando exclusivamente a parte do dispositivo legal impugnado que autoriza o uso de máquinas do ente municipal para os particulares, impende-se registrar que não restou atendido o primeiro pressuposto elencado pela doutrina, porquanto a norma atacada não preconiza abstratamente que o uso do aludido maquinário por terceiros seja compatível com o interesse público, situação que pode não se configurar independentemente de inexistir "prejuízos para os trabalhos do Município", como está consignado no objurgado art. 120 da Lei Orgânica do Município de Barra do Garças.

É mister esclarecer, ainda nesse diapasão, que, mesmo na hipótese da autorização de uso de bem público a particular que, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro – é ato administrativo unilateral, discricionário, precário, gratuito ou oneroso e que não é conferido com o objetivo de atender de modo direto uma utilidade pública, mas, sim, um interesse privado do utente – (in *Direito Administrativo*, 22. Ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 690/691), ainda assim, essa autorização não pode contrariar o interesse público, como ocorreria, por exemplo, se um terceiro pleiteasse o uso de maquinário para a derrubada de mata ciliar de sua propriedade, porque, é cediço, não cabe à norma abstrata exaurir as situações concretas que configurem a contrariedade ao interesse público.

Se isso não bastasse, considerando que o maquinário é bem de uso especial do ente público e, como tal, está afetado à prestação de serviços públicos, não há como conceber uma exceção a esse uso, isto é, para atender interesse exclusivamente privado – situação que a norma impugnada autoriza em sua aberta conformação –, eis que nela [norma] não existe uma previsão de que esse uso excepcional deve estar devidamente justificado pelo interesse público.

Isso porque, mesmo que fosse para atender necessidades de cunho pessoal e individual e mesmo que o ordenamento jurídico autorize essa prática, o emprego do bem público para atingir essa finalidade somente é possível se for para atender, em última instância, uma demanda social e coletiva, caso contrário, estar-se-ia conferindo ao administrador a possibilidade de utilizar bem público como se particular fosse, livre de qualquer vínculo com o interesse público, situação que desvirtua por completo o regime jurídico público que impera na administração dos entes federados.

Desse modo, é imprescindível que a norma que permita esse tipo de exceção exija que o administrador apresente uma justificativa para que possam ser conhecidos os motivos pelos quais ela [norma] está sendo levada a efeito, posto que se não assim não for, não haverá a possibilidade de distinção entre uma exceção legal (para se atingir ao fim e ao cabo o interesse público), da singela concessão de regalias e privilégios a determinados particulares.

Assim, ainda que o resguardo ao interesse público seja um pressuposto óbvio no trato da coisa pública, a falta de uma previsão expressa e abstrata garantindo o cumprimento dessa premissa que exija, principalmente, a justificativa para o uso do bem público pelo particular, evidentemente daria margem ao uso indevido dos bens públicos e à violação da regra da primazia do interesse público sobre o particular.

Ademais disso, não há previsão, na norma impugnada, do segundo pressuposto citado pela jurista Odete Medauar acima citada, que justifique o uso de bem público por particular, isto é, o consentimento formal da administração do Município de Barra do Garças que, cujo consentimento, é dado pelos instrumentos estatais de outorga de uso privativo de bens públicos de uso especial (autorização



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

de uso, a permissão de uso e a concessão de uso), isso significando dizer que o uso do maquinário pelo particular, nos termos do preceptivo legal indigitado de inconstitucional, não é precedido da instrumentalização desses atos administrativo se das normas legais que os regem.

Sobre os instrumentos estatais de outorga de uso privativo, eis a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

(...) Com relação aos instrumentos jurídicos de outorga do uso privativo ao particular, mais uma vez se torna relevante a distinção entre, de um lado, os bens de uso comum do povo e uso especial e, de outro, os bens dominicais, já que apenas estes últimos são coisas que estão no comércio jurídico de direito privado, sujeitos, portanto, a regime jurídico um pouco diverso quanto às formas de sua utilização. Os bens das duas primeiras modalidades estão fora do comércio jurídico de direito privado, de modo que só podem ser objeto de relações jurídicas regidas pelo direito público; assim, para fins de uso privativo, os instrumentos possíveis são apenas a autorização, a permissão e a concessão de uso.

Trata-se de instrumentos sujeitos ao **regime jurídico de direito público**, com características próprias que decorrem da posição de supremacia da Administração sobre o particular. A sujeição a esse regime revela-se pela **constituição** do uso (por meio de ato administrativo ou contrato administrativo), pelo seu exercício (sujeito à fiscalização do poder público) e pela sua **extinção** (que se dá pelo término do prazo, pela caducidade, em caso de não utilização do bem; pela rescisão unilateral do contrato de concessão ou pela revogação unilateral da autorização e permissão). (...). (op cit., p. 690) (grifos nossos e negritos no original)

Dessarte, embora o dispositivo legal hostilizado estabeleça que o uso das máquinas tem caráter precário e transitório e conquanto nele conste a observância de algumas condições, tais como, o pagamento de contraprestação pecuniária, assinatura de termo de responsabilidade e autorização legislativa, a forma genérica com que foi permitido o emprego do maquinário municipal por particulares, sem consignar a necessidade de se atender, em última instância, o interesse público e sem indicar os instrumentos legais que concretizam o consentimento da Administração Pública são situações que revelam a falta de mecanismos de controle de legalidade e de transparência nas ações do administrador, bem como denotam a inobservância aos primados da moralidade e da probidade administrativa, violando, por conseguinte, as disposições contidas no inciso IV do art. 3º da Constituição de Mato Grosso.

E as assertórias postas no parágrafo antecedente têm pertinência, porque a falta de mecanismos de controle acarreta, como dito alhures, um indiscriminado mau uso dos bens públicos para fins unicamente privados e quiçá, em dissonância com as finalidades precípua da Administração Pública, que é a promoção do bem-estar geral e a satisfação das necessidades coletivas, estando, portanto, a norma impugnada, em dissonância com retrocitado art. 127 da Carta Política Mato-Grossense, pois não é hábil para garantir o cumprimento desses objetivos da Administração Pública.



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

Nessas circunstâncias, é evidente, também, que o artigo da lei hostilizado vai de encontro com o princípio da impessoalidade, conceituado por José dos Santos Carvalho Filho nos seguintes termos:

(...) **O princípio objetiva a igualdade de tratamento** que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. **Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros.** Aqui reflete a aplicação do conhecido princípio da finalidade, sempre estampado na obra dos tratadistas da matéria, segundo o qual o alvo a ser alcançado pela Administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discriminatória. (...). (in Manual de direito administrativo, 27 ed. rev. ampl. E atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 20 e 21). Destaquei.

Logo, se a regra da impessoalidade consubstancia o postulado da isonomia, a fim de conferir tratamento igualitário por parte da Administração Pública com relação aos administrados em situação jurídica idêntica, além de denotar a necessidade de observância estrita ao interesse público, coibindo, assim, o favorecimento direto ou indireto de apenas alguns em detrimento de outros, é forçoso reconhecer que o art. 120 da Lei Orgânica do Município de Barra do Garças, justamente por não prever mecanismos de controle da legalidade, não tem o condão de rechaçar a ocorrência de paternalismos e privilégios que contrariam a regra principiológica em questão que, inclusive, estão expressamente vedados pelo inciso II do art. 3º da Constituição de Mato Grosso supratranscrito.

Ainda sobre esse tópico, é importante ressaltar que, ao contrário do que foi alegado pelo Município de Barra do Garças em sua manifestação (fl. 41-v), somente o fato de a norma invecivada beneficiar, em tese, toda e qualquer pessoa interessada, não afasta a afronta aos dispositivos da Constituição de Mato Grosso acima transcritos, não afastando, tampouco, a violação ao princípio da impessoalidade, porque, tal como exposto linhas volvidas, não há meios de se garantir que, de fato, qualquer interessado possa usufruir do maquinário público.

Por outra ótica, não se pode olvidar, que o fato de todo e qualquer particular poder ter acesso ao bem público para atender suas necessidades privadas, sem qualquer justificativa ou condição, não se coaduna com o cumprimento estrito do interesse público, nem com a impessoalidade enquanto regra principiológica de Direito Público, precisamente porque não é a esse tipo de uso, corriqueiro e indiscriminado dos bens públicos afetados, que o administrado faz jus perante a Administração Pública.

No mesmo norte, não se deve deixar de ter em mente, que o princípio da moralidade obriga o administrador público a agir e decidir em sintonia com preceitos éticos, tais como a honestidade, lealdade e boa-fé, de modo que a relação a ser estabelecida entre a Administração Pública e o administrado na prática de qualquer conduta deve ser pautada na sinceridade e em uma lisura na sua motivação, a fim de evitar comportamentos astuciosos, que acabam por



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos, como leciona Celso Antonio Bandeira de Mello:

(...) De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de **atuar na conformidade de princípios éticos**. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição.

Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzáles Perez em monografia preciosa.

Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, **a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, evitado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos**. (...). Destaquei.

Dessa forma, não há falar-se em honestidade, lealdade e boa-fé do administrador ao conceder o uso de maquinário público a terceiros, se a norma que autoriza essa prática não exige o atendimento de uma finalidade pública que legitime o emprego excepcional desse bem de uso especial para atendimento de interesse privado, propósito diverso daquele para o qual foi afetado.

Por outra vertente, é importante deixar assentado que a genérica redação do art. 120 da Lei Orgânica do Município de Barra do Garças abarca não só a possibilidade de cessão de maquinário a particular para atender interesse privado, mas, também, para satisfazer qualquer tipo de interesse, até mesmo o comum de que trata o art. 187 da Constituição de Mato Grosso, cujo texto determina de forma clara e insofismável:

Art. 187 Os Municípios **poderão** realizar obras, **serviços** e atividades de interesse comum, **mediante convênio com entidades públicas ou particulares**, bem como através de consórcios intermunicipais, com os Estados ou a União, utilizando-se dos meios e instrumentos adequados à sua execução. (Negritei).

Todavia, mesmo que se configure, com base na norma impugnada, essa situação de cessão de maquinário a particular para realizar um serviço transitório objetivando a satisfação de interesse comum, ainda assim não se extrai dessa conjuntura que o art. 187 da Constituição de Mato Grosso tenha sido malferido pelo art. 120 da Lei Orgânica do ente municipal retrocitado, pois a norma constitucional não obriga o município a realizar um convênio com esse particular, mas, apenas proporciona ao administrador o uso dessa ferramenta com o objetivo de formalizar o mútuo auxílio entre particular e Poder Público no atendimento de interesses que lhes são comuns. Entretanto, como apontado pelo representante da Câmara Municipal de Barra do Garças, esse interesse comum ou público pode ser atingido com o emprego de outros instrumentos legais à disposição do administrador público que não seja, necessariamente, o convênio, razão pela qual, repita-se, não se vislumbra a inconstitucionalidade do dispositivo legal hostilizado em face do art. 187 da Carta Política Mato-grossense.



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

No que concerne à possibilidade de o ente municipal ceder servidores públicos a particulares, cuja cessão, o dispositivo legal atacado também autoriza ao mencionar a cessão de "operadores da Prefeitura a particulares", é imperioso concluir, que a inconstitucionalidade da norma é gritante por transgredir o princípio da moralidade.

Deveras, é trivial sabença que os servidores públicos exercem atividades em nome da Administração Pública, com a qual possuem vínculo de trabalho e pela qual são remunerados, devendo, por conta disso, somente àquela prestar seus serviços, sendo completamente absurdo admitir que uma norma possibilite a cessão de servidores públicos a particulares para favorecer estes em seus exclusivos interesses, desempenhando funções que não são públicas, com o que haverá evidente desvio de função.

A respeito dos vínculos de trabalho dos servidores públicos, a referida doutrinadora Odete Medauar esclarece que:

*Para que as pessoas atuem, de modo contínuo, em nome da Administração, torna-se necessário um título legal. De regra, esse título é representado por um ato de nomeação, por um contrato, por um ato de designação. **Tais títulos permitem que uma pessoa física exerça atividades em nome da Administração**, com a qual mantém, assim, vínculo de trabalho; **portanto, atribuem à pessoa o exercício de função pública**. Nas relações de trabalho com o poder estatal, **a função pública significa o exercício de atividades da competência da Administração, em nome desta e de acordo com as finalidades desta, ou seja, para atender ao interesse público**.*

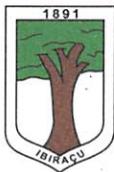
Então todo o vínculo de trabalho com a Administração expressa o exercício de função pública, no sentido acima indicado. Variam os tipos de vínculo de trabalho. (op. cit., p. 305). Destaquei.

Além disso, o preceito normativo impugnado prevê o pagamento pelo particular em razão dos serviços prestados pelos servidores, de modo que, se estes já são remunerados por prestar seu labor para o ente público: ou haverá transferência da responsabilidade pelo adimplemento de parte da remuneração devida ao servidor para o particular, ou haverá duplo pagamento pela mesma atividade laboral, sendo ambas as opções inaceitáveis no ordenamento jurídico pátrio.

Não é demais deixar consignado que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, já declarou a inconstitucionalidade de um dispositivo de lei municipal com redação idêntica à da norma reprochada, pela violação de dispositivos da Constituição de Minas Gerais que impõem o respeito aos princípios da moralidade e impessoalidade, estes também categoricamente protegidos pela Carta Política de Mato Grosso, na medida em que tratam-se de princípios expressos constantes na Constituição Federal e de observância obrigatória para os estados-membros (arts. 25 e 37, caput da CF).

Portanto, ao contrário do que foi averbado pelo representante do Poder Legislativo de Barra do Garças (fl. 47), o precedente jurisprudencial tem pertinência no caso em comento, razão pela qual insta a transcrição de sua ementa que, inclusive, foi reproduzida na exordial desta ação desta forma:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONCESSÃO DE MÁQUINAS E SERVIDORES PÚBLICOS A PARTICULARES MEDIANTE



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

PAGAMENTO DE REMUNERAÇÃO - ART.28 DA LEI ORGÂNICA - MUNICÍPIO DE UNAÍ - SEPARAÇÃO DE PODERES - NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - MORALIDADE - IMPESSOALIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DECLARADA. Declara-se a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei Orgânica do Município de Unaí, que autoriza a 'concessão' de máquinas e servidores públicos municipais a particulares, mediante pagamento de remuneração, por violação aos princípios constitucionais que vinculam a Administração Pública, designadamente os da moralidade e da impessoalidade. Rejeitada a preliminar, julga-se procedente a ação. (TJMG, Ação Direta Inconst 1.0000.12.113615-4/000, Relator(a): Des.(a) Kildare Carvalho, Órgão Especial, julgamento em 10/07/2013, publicação da súmula em 23/08/2013). Negritei.

(...)

Posto isso, em consonância com o parecer, julgo procedente o pedido deduzido nesta ação, para declarar a inconstitucionalidade do art. 120 da Lei Orgânica do Município de Barra do Garças, com efeitos ex nunc a partir do trânsito em julgado da decisão, por violação aos arts. 3º, II e IV, 127 e 129, caput, todos da Constituição de Mato Grosso."

III – CONCLUSÃO:

Diante de todo exposto, ainda que quanto à competência, iniciativa e espécie normativa, nada há que impeça a regular tramitação da proposição, conforme destacado, a proposição, na conformação em que se apresenta, padece de vício de inconstitucionalidade material, por ofensa aos arts. 32, caput e 45, § 2º, da Constituição do Estado do Espírito Santo e ao art. 37, caput, da Constituição da República.

É como concluo.

Plenário Jorge Pignaton, em 12 de dezembro de 2018.


CLAUDIO CALIMAN
Procurador Legislativo