

CONSÓRCIOS PÚBLICOS E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: NOVOS INSTRUMENTOS PARA A SUSTENTABILIDADE FINANCEIRA DO PLANEJAMENTO DE CIDADES SUSTENTÁVEIS

PUBLIC CONSORTIUM AND PRIVATE- PUBLIC PARTERSHIP: NEW TOOLS FOR THE FINANCIAL SUSTENTABILITY OF SUSTAINABLE CITY PLANNING

Eder Marques de Azevedo¹

Marinella Machado Araújo²

RESUMO

A escassez recursos financeiros de boa parte da Administração Pública brasileira dificulta a execução de políticas públicas, como, por exemplo, a de resíduos sólidos regulada pela Lei nº 12.305/10, e torna simbólicos direitos como à cidade sustentável e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a que se referem os artigos 182 e 225 da Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, em que a baixa capacidade financeira compromete a concretização de direitos, sobretudo, sociais, identificar instrumentos jurídicos que possam otimizar os recursos públicos disponíveis no orçamento de nossas unidades federativas, especialmente os municípios, pode ser considerada uma possível contribuição do Direito Administrativo para a efetividade dos direitos sociais garantidos pelo Estado de Direito brasileiro. A partir dessa constatação, o texto discute a possibilidade de formação de consórcios públicos para a realização de parcerias público-privadas como um novo instrumento de planejamento público que se funda em duas premissas: integração intergovernamental e sustentabilidade. Para tanto, com base na teoria dos custos dos direitos de Holmes e Sunstein e das dimensões de sustentabilidade ambiental de Sachs, o texto sustenta que o patrocínio de políticas públicas concretizadoras do direito a cidades sustentáveis, especialmente a de resíduos sólidos, pode ser alcançado por meio de utilização articulada desses dois institutos do Direito Administrativo: o consorcio público e a parceria público-privada.

¹ Graduado em Direito pela UFOP, Pós-graduado em Direito Processual Constitucional pelo Unicentro Izabela Hendrix, Mestre em Direito Público pela PUC-Minas, Pós-graduado em Docência do Ensino Superior pelo Instituto Doctum, Doutorando em Direito Público pela PUC-Minas, professor de graduação e pós-graduação do curso de Direito das Faculdades Doctum e FIC, coordenador de Núcleo de TCC e Pesquisa da FIC. Professor convidado do programa de Pós-graduação da UNIPAC, unidade Teófilo Otoni. Advogado. Membro do NDE do curso de Direito/FIC. Membro do NUJUP/PUC-Minas.

² Graduada em Direito pela UFMG (1990). Especialista em Direito Administrativo pela UFMG (1993). Doutora em Direito Administrativo pela UFMG Gerais (2002), tendo apresentado tese sobre direito urbanístico. É sócia da Machado Raso Advogados Associados desde 2003, ex-vice-presidente da ONG Ação Urbana (2003-2010), membro do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico desde 2002, no qual atualmente é coordenadora de pesquisa. É professora adjunta III de Direito Público, Administrativo, Urbanístico e Ambiental da Graduação e Pós-graduação em Direito (Especialização, Mestrado e Doutorado) da PUC Minas. Coordenadora, desde 2003, do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas do Programa de Pós-graduação em Direito e Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas, grupo de pesquisa, credenciado pelo CNPq, de natureza interdisciplinar e transdisciplinar que integra o projeto pedagógico da Faculdade Mineira de Direito como estratégia de articulação das atividades de pesquisa, ensino e extensão de forma a integrar graduação, pós-graduação, sociedade civil e poder público. É ainda coordenadora de pesquisa e extensão, ex-coordenadora adjunta de monografia e ex-coordenadora do Núcleo de Direito Civil, todos da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas. É avaliadora do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) desde 2007. Ex-pesquisadora visitante do Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Instituto Max-Planck de Direito Público Comparado e Internacional Público), Heidelberg (2006 e 2007). É pesquisadora principal da rede brasileira de monitoramento de políticas urbanas Observatório das Metrôpoles do IPPUR/UFRJ e do Observatório do Milênio da PBH/UN-Habitat.

Palavras-chave: planejamento integrado sustentável, consórcio público, parceria público-privada

ABSTRACT

The lack of financial resources of a relevant amount of the Brazilian Public Administration hinders the execution of public policies, e.g. the policies of solid residues regulated by the 12.305 Act of 2010. Moreover, it turns merely symbolic certain rights such as the right to a sustainable city and the right to environmental equality, guaranteed by articles 182 and 225 of 1988 Federal Constitution. In this context, low financial capacity compromises the effectiveness of rights, especially social rights. Given the latter, administrative law may make a significant contribution to insure the guarantee of constitutional social rights through identifying legal instruments that can optimize the available public resources found in the budgets of our Federative units, especially our municipalities. Considering the aforementioned, the present text discusses the possibility of creating public consortiums in order to build public-private partnerships as a new instrument of public planning. Such an instrument is founded in two building blocks: intergovernmental integration and sustainability. Hence, following Holmes` and Susteins` “costs of rights theory” and Sachs sustainable environment dimensions, the article will argue that the sponsorship of public policies that materialize the right to sustainable cities, specifically regarding solid residues, can be achieved through the articulate implementation of two administrative law institutions: public consortia and private public partnership.

Keywords: sustainable integrated planning, public consortiums, private-public partnerships.

1 INTRODUÇÃO

O orçamento público é uma ferramenta estratégica para a organização e o funcionamento da Administração Pública, pois é a partir dele que se mensura as possibilidades reais de recursos financeiros para o custeio das políticas públicas do Estado. Mas orçar não se limita à escrituração matemática das finanças estatais, nem a contabilizar essa capacidade financeira dentro de um lapso temporal, um exercício financeiro, que no Brasil equivale ao ano-calendário. Orçar significa também uma importante ferramenta de ação do planejamento. Em se tratando de orçamento público, das ações do Estado que vão concretizar os direitos individuais e sociais que serão exercidos sobre o seu território e os quais determinarão a qualidade de vida das pessoas, indivíduos e cidadãos que nele se encontram. Por isso, não pode ser pensado somente sob a ótica do desenvolvimento socioeconômico, pois seus efeitos repercutem não somente sobre a dimensão socioeconômica do desenvolvimento, mas também sobre suas dimensões ambientais, culturais e territoriais, as quais em conjunto materializam o

direito à cidade sustentável.

Atento à importância do planejamento administrativo-financeiro das políticas públicas para a concretização de uma administração pública eficiente, o Governo federal e o Congresso Nacional tem estimulado a cooperação entre poder público e particulares e entre entes públicos como forma de otimização da capacidade financeiras das unidades federativas brasileiras, sobretudo de municípios. No intuito de minimização dos custos à efetivação das políticas públicas de sustentabilidade no âmbito das cidades, a Lei nº 12.305/10 prevê como alternativa de gestão a prestação regionalizada de serviços de saneamento básico, bem como de limpeza e de manejo do lixo urbano por meio da instituição de consórcios públicos ou outras formas de cooperação entre os entes políticos. Isso contempla a dimensão do planejamento público sustentável e integrado estabelecido pela associação firmada entre os próprios entes, visando melhorias da qualidade da prestação dos serviços públicos. Não obstante, esse tipo de fomento intergovernamental ainda não supera o problema do déficit orçamentário demarcado pela escassez econômica presente em tantas Administrações Públicas locais e de pequeno porte à razoável prestação de serviços, o que gera a importância de se reinventar o Direito Administrativo, ressignificando o modo de aplicação de seus próprios institutos.

Dentro dessa lógica, eis a proposta de consorcialização das Parcerias Público-Privadas (PPP's) como forma de captação de subsídios advindos da iniciativa privada. Com a junção de recursos públicos auferidos pelos consórcios de modo integrado e regionalizado é possível atingir a dimensão do piso mínimo de investimentos públicos disciplinados pela Lei nº 11.079/04, viabilizando a existência de concessões via regime de PPP. A conjugação desses dois institutos (consórcio públicos e PPP's) pode ser instrumento de maior empoderamento dos próprios Municípios, reinventando a forma de aplicação da aludida lei, tese sustentada pelo presente artigo.

2 O PLANEJAMENTO PÚBLICO E O PARADOXO ENTRE SUSTENTABILIDADE E ESCASSEZ DE RECURSOS

O orçamento público é uma ferramenta organizacional arquitetada pelo entrelaçamento de funções políticas e administrativas realizadas pelo Poder Público, não se exaurindo somente numa leitura matemática de mensuração das finanças do Estado. Por isso, não pode ser pensado apenas sob a ótica do desenvolvimento socioeconômico, como um único fim a ser almejado (ou seja, a simples racionalização de recursos escassos no propósito de se restabelecer a saúde

econômica da Administração Pública). Ao revés, o planejamento público nele inserido precisa repensar a ideia de *escassez de recursos* que comporta diferentes perspectivas.

Nessa esteira, Gustavo Amaral (2001) aponta a peculiar classificação de John Elster acerca da escassez, entendida como uma situação de insuficiência quantitativa à satisfação coletiva, desdobrada em: i) *escassez natural*, subdividida em – i.i) *severa* – situação que revela a impossibilidade de aumento da oferta ao suprimento da demanda, a exemplo de obras de arte raras; i.i) *suave* – aquela em que não há soluções ao aumento da oferta suficientemente à integralização da demanda, tal como se observa no caso do petróleo e da disponibilidade de órgãos humanos para transplante; ii) *escassez quase-natural* – quando a oferta pode ser aumentada virtualmente até se atingir a satisfação da demanda, valendo-se de ações voluntárias (não-coativas) dos cidadãos, como por exemplo a doação de sangue; iii) *escassez artificial* – manifestada quando o Poder Público pode, por ato discricionário e observados os limites legais, aumentar a oferta até que se atinja a demanda, tornando o bem acessível a todos os cidadãos administrados, como, por exemplo, o aumento do número de vagas ofertadas no jardim de infância. (AMARAL, 2001, p. 133-134).

Note-se existir, também, a classificação defendida por Luís Fernando Sgarbossa sobre escassez, compreendendo: i) *escassez real* ou *econômica* – ocorrida em decorrência da efetiva inexistência concreta de recursos, nos diversos graus mencionados; ii) *escassez ficta* ou *jurídica* – compreendida como aquela resultante de indisponibilidade jurídica, ou seja, em face de norma jurídica determinante de alocação específica dos recursos em detrimento de outros. Ou ainda que proíba a disposição do recurso de determinada maneira ou acima de certos limites. Nesse caso, trata-se de uma escassez artificial resultante da legislação orçamentária que, por alocar os recursos públicos de certo modo e em rubricas orçamentárias específicas, acaba impossibilitando que as despesas públicas sejam realizadas em desacordo com seus próprios preceitos legais. (SGARBOSSA, 2010, p. 218-219)

Nesse sentido, o planejamento orçamental, levando em conta essas concepções de escassez, demanda cautela e maiores reflexões sob ângulos distintos. Em *primeiro plano*, refletir sobre a análise econômica de disponibilidade de recursos diante da baixa capacidade administrativa e financeira presente em tantos entes federados – como ocorre na realidade de

centenas de Municípios brasileiros³ – que sobrevivem com orçamentos “apertados”, fatores determinantes à realização de escolhas trágicas.⁴

Isso torna vulnerável a força do Estado, diante de sua impossibilidade de ponderar entre valores ou compromissos, restando-lhe apenas optar por uma escolha, a qual “gera o sacrifício integral daquilo que não foi escolhido.” (GALDINO, 2005, p. 160). Ao mesmo tempo, essa limitação material vivenciada em tantas municipalidades se esbarra na ineficácia de cumprimento de diretrizes legais potencialmente desafiadoras e extremamente onerosas, como a implantação de sistemas de gestão dos resíduos sólidos (Lei nº 12.305/10), a inserção do plano diretor para a garantia de cidades sustentáveis (Lei nº 10.257/01) e a adesão de mecanismos de efetivação de uma complexa e salutar função social da cidade então esquecida ao longo do processo de urbanização, qual seja, a função locomoção, através de investimentos na mobilidade urbana (Lei nº 12.587/12).

Em *segundo plano* (e não menos importante), a concepção de *escassez de recursos* deve remeter o administrador público a reflexões sobre os limites da sustentabilidade confrontada pela ânsia de desenvolvimento urbano herdada de um modelo liberal ainda reluzente em pleno

³ Antevendo a hipossuficiência financeira enfrentada por tantos Municípios brasileiros o texto constitucional vinculou a transferência de recursos federais a estes entes federados ao instituir o Fundo de Participação dos Municípios. “Parte substancial dos impostos federais recolhidos aos cofres do Tesouro Nacional encontra-se previamente destinada aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, por força de dispositivos da Constituição Federal. Cabe à Secretaria do Tesouro Nacional efetuar as transferências desses recursos aos beneficiários, nos prazos legalmente estabelecidos, atividade que a coloca como intermediária da movimentação financeira que alimenta o funcionamento das administrações públicas federal, estaduais e municipais. As principais transferências constitucionais são o Fundo de Participação dos Estados - FPE, Fundo de Participação dos Municípios - FPM (art. 159 da Constituição Federal), Imposto Territorial Rural - ITR, Imposto Sobre Operações Financeiras/Ouro - IOF-Ouro, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF e o Fundo de Compensação pela Exportação de Produtos Industrializados - FPEX.” (Disponível em: http://www3.tesouro.gov.br/estados_municipios/municipios_novosite.asp . Acesso em: 18/09/13) No ano de 2012, somente no Estado de Minas Gerais, dentre os seus 853 Municípios, foram repassados, a título de transferência orçamentária, cerca de R\$ 7.172.229.346,28 de recursos advindos do Fundo de Participação dos Municípios (valores já descontados da parcela destinada ao FUNDEF). Conforme relatado no portal da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, “O Fundo de Participação dos Municípios é uma transferência constitucional (CF, Art. 159, I, b), da União para os Estados e o Distrito Federal, composto de 22,5% da arrecadação do Imposto de Renda (IR) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). A distribuição dos recursos aos Municípios é feita de acordo com o número de habitantes, onde são fixadas faixas populacionais, cabendo a cada uma delas um coeficiente individual. Os critérios atualmente utilizados para o cálculo dos coeficientes de participação dos Municípios estão baseados na Lei n.º. 5.172/66 (Código Tributário Nacional) e no Decreto-Lei N.º1.881/81.”(Disponível em: http://www.fazenda.mg.gov.br/governo/assuntos_municipais/repasse_receita/informacoes/fpm.htm. Acesso em: 18/09/13)

⁴ “Também o Estado possui recursos escassos, vivenciando a necessidade de realizar escolhas, sacrificando ainda que parcialmente outras opções que se apresentavam no conjunto de oportunidades disponíveis. Diante de um orçamento “apertado”, o Estado faz a opção entre investir em (i) moradia ou (ii) educação. Lamentavelmente, nem sempre há recursos para ambos. Para o Estado, muitas dessas opções são dramáticas – impondo dificuldades e responsabilidades aos agentes públicos. São as escolhas trágicas.” (GALDINO, 2005, p. 160).

*Estado de Direito Ambiental*⁵, calcado no princípio da proibição do retrocesso ecológico.⁶ A estratégia burguesa de extração de recursos da natureza de forma desordenada desestabilizou os fenômenos que integram sua lógica sistêmica. Os efeitos da escassez recaem imediatamente sobre os bens que contenham condão econômico, considerados aqueles que, a seu turno, são dotados de utilidade, com capacidade de atender a algum tipo de necessidade humana.⁷ Isso agrava a finitude dos recursos naturais e o fluxo dinâmico de ações que correspondam ao seu equilíbrio. Mao Tse-tung defende que “a natureza não é um conglomerado de fenômenos dispersos, mas um todo integrado. [...] esse todo não está imóvel, mas em constante movimento e mudança.” (2008, p. 21).

Por si só a *sustentabilidade intrínseca* já revela um grande desafio, pois é impulsionada pela luta dos contraditórios marcada pela presença de intemperes naturais. É ainda mais acentuada quando *extrinsecamente* o grande intemperie à sua realização trata-se da intervenção humana. Por isso, Canotilho (2011) faz menção ao princípio da solidariedade entre gerações, expressamente mencionado na Constituição portuguesa, o qual obriga as gerações presentes a incluir como medida de ação e de ponderação os interesses das gerações futuras – o que conhecemos como princípio da equidade intergeracional (LEITE; FERREIRA. In: FERREIRA; LEITE; BORATTI, 2010, p. 10). Os interesses destas gerações são evidenciáveis em três campos de extrema complexidade e que precisam ser controlados para o fortalecimento do Estado de Direito Democrático e Ambiental por ele defendido:

⁵ As aspirações advindas do então Estado de Direito Ambiental emergem do constitucionalismo democrático, que, particularmente, trata-se de um projeto ainda não finalizado. Segundo Luis Roberto Barroso: “O constitucionalismo democrático, ao final da primeira década do século XXI, ainda se debate com as complexidades da conciliação entre soberania popular e direitos fundamentais. Entre governo da maioria e vida digna e em liberdade para todos, em um ambiente de justiça, pluralismo e diversidade. Este continua a ser, ainda, um bom projeto para o milênio.” (BARROSO, 2009, p. 41) De fato, isso ainda repercute na falta de efetividade em torno do direito ao meio ambiente e de políticas públicas eficientes à promoção da sustentabilidade.

⁶ “O desenvolvimento desse novo modelo estatal encontra-se vinculado à articulação entre distintas modalidades de problemas ambientais, que devem necessariamente gozar de amparo jurídico-constitucional. [...] é razoável convocar o *princípio da proibição de retrocesso* no sentido de que as políticas ambientais são obrigadas a melhorar o nível de proteção já assegurado pelos vários complexos normativo-ambientais. Com isso, não se pretende estabelecer uma proibição geral do retrocesso, o que certamente enrijeceria o sistema jurídico-ambiental. Na verdade, procura-se evitar o recuo injustificado de normas e medidas que estabeleçam um nível de proteção jurídica adequado ao meio ambiente.” (LEITE; FERREIRA. In: FERREIRA; LEITE; BORATTI, 2010, p. 11)

⁷ Nesse particular Flávio Galdino estabelece uma interessante distinção entre as espécies de bens que podem estar sujeitos à escassez natural de recursos. “Por evidente, para prover bens econômicos são necessários recursos. Sob a ótica da escassez, isto é, sob o prisma econômico, os bens podem ser divididos em (i) livres e (ii) econômicos. Os bens livres são aqueles sobre os quais, por qualquer razão, em determinado momento, a escassez não projeta efeitos – como o ar atmosférico, por exemplo (ainda...). Bens econômicos são aqueles dotados de utilidade e que sofrem os efeitos da escassez – como a comida, por exemplo. Por evidente trata-se de qualificação dos bens marcada pela transitoriedade, pois a utilidade e a escassez dependem do contexto histórico e econômico sob análise.” (2005, p. 156).

(i) o campo das *alterações irreversíveis* dos ecossistemas terrestres em consequência dos efeitos cumulativos das actividades humanas (quer no plano espacial, quer no plano temporal); (ii) **o campo do esgotamento dos recursos, derivado de um aproveitamento não racional e da indiferença relativamente à capacidade de renovação e da estabilidade ecológica**; (iii) o campo dos *riscos duradouros*. (grifos nossos) (CANOTILHO; LEITE, 2011, p. 28)

Por força constitucional (art. 225, *caput*), a diretriz da sustentabilidade se manifesta de maneira explícita com a preocupação do constituinte ao dispor que o Poder Público e a coletividade têm o dever de defender e preservar o meio ambiente⁸ para o sustento de políticas intergeracionais. Tais políticas são direcionadas à promoção da sustentabilidade racionalizada pela satisfação das necessidades das gerações atuais e das gerações futuras. Entretanto, a crise sistêmica ocorrida pela ambivalência entre a sociedade política, o Estado e o Mercado, cada um ao seu modo, “constituídos como sistemas institucionais interdependentes, com suas próprias organizações, regras, padrões institucionalizados de comportamento e códigos próprios de informação” (ABRANCHES, 1989, p. 11), cria uma lógica de facções (ou fatores reais de poder⁹) que torna deficiente a concretização normativo-jurídica do texto constitucional – e de suas respectivas leis infraconstitucionais – acentuadas pela assincronia resultante do choque de interesses em torno do desenvolvimento sustentável, desafio, portanto, que requer maiores reflexões.

No entanto, reconhecer o sentido do desenvolvimento sustentável na conjuntura moderna de *Estado Ambiental e Democrático de Direito*, expande suas diretrizes em cinco dimensões distintas e simultâneas da sustentabilidade, apontadas por Ignacy Sachs (2009, p. 85-87), as quais devem repercutir no entorno do planejamento público:

- i) *Dimensão social* – o escopo é estabelecer níveis de equidade no que tange à distribuição de renda e de bens necessária à erradicação da pobreza e do abismo social presente nos padrões de vida entre ricos e pobres. Para isso é fundamental a oferta de políticas públicas incentivadoras da inclusão social, sejam elas fomentadas pela intervenção direta do Governo ou subsidiadas pela iniciativa privada, seja em obediência às máximas da responsabilidade social das empresas, seja em detrimento de ações filantrópicas patrocinadas pelo terceiro setor.

⁸ Ora entendido em suas quatro dimensões: natural, artificial, cultural e do trabalho.

⁹ São as forças políticas que atuam no seio de cada sociedade, compreendendo, numa releitura feita em nossos dias, a presença de instituições públicas (como os Três Poderes, o Ministério Público e os Tribunais de Contas) ou privadas (a exemplo da Mídia e das grandes corporações, através de seu poderio advindo do grande capital). Ou, ainda, poderes paralelos (como o poder do tráfico, das milícias, determinantes ao surgimento de um direito achado na rua) e o próprio povo, que informam uma força ativa que influenciam na interpretação e produção de eficácia de todas as leis, do texto constitucional e das instituições jurídicas vigentes. (LASSALLE, 2001, p. 10-11),

Demarca-se, desse modo, a interligação das dimensões social e cultural ao respeito ao campo do multiculturalismo¹⁰, definido como a reivindicação de que culturas minoritárias ou modos de vida não são suficientemente protegidos somente com a garantia dos direitos individuais que nas democracias liberais apenas souberam legitimar o grau de exclusão social de uma pluralidade esquecida em seu conjunto de direitos. “Necessariamente, medidas concretas devem ser realizadas, mediante políticas públicas capazes de facilitar o progresso almejado pelos membros dos grupos” (TAVARES. In: LOIS, 2005, p. 97);

- ii) *Dimensão econômica* – viabilizada pela alocação e gestão estratégica e eficiente de recursos, como também por meio do subsídio financeiro público e privado. A eficiência, no sentido econômico, não deve se exaurir através de um critério contábil de rendimentos empresariais de caráter microeconômico e eminentemente privado, mas, ao revés, se estender a uma avaliação em termos macrossociais. Para isso são necessárias políticas fiscais e tributárias de incentivo ao crescimento do setor privado, ao mesmo tempo controlado por meio do exercício do poder de polícia estatal cerceador do fluxo de ações decorrentes da livre iniciativa, para que não haja o uso exacerbado e irracional dos recursos. Neste ínterim, torna-se propícia a evocação de princípios jurídicos como da prevenção, da precaução e do limite com o propósito de se estabelecer o controle do modo de exploração do mercado, impondo-se, dentro outros, diretrizes à fixação de licenças ambientais e de elaboração do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA);
- iii) *Dimensão ecológica (ou ambiental)* – com suporte nos novos avanços científicos e tecnológicos essa dimensão reforça a indispensabilidade de adoção de táticas alternativas e racionais quanto ao uso potencial de recursos advindos dos ecossistemas em risco. Para isso, estimula a limitação do excesso de consumo de combustíveis fósseis (a Lei nº 12.490/97, regulamentada pelo Decreto nº 37.085/97, do Município de São Paulo, que determina restrições de circulação de veículos na cidade, mais conhecida como rodízio ou “Operação Horário de Pico”, é exemplo desse tipo de medida), bem como sua substituição por outros recursos ou produtos renováveis ou em estado de mais abundância, com menos reagentes contra o meio ambiente. Incentiva a redução do índice de resíduos e poluentes expedidos na natureza e no âmbito das cidades, através da conservação de energia e dos próprios recursos, instigando-se, também, a cultura da reciclagem. Promove a autolimitação do consumismo de materiais altamente utilizáveis pelos países ricos e por indivíduos em todo o planeta, assim como já foi feito quanto ao uso de CFC na campanha mundial de combate ao buraco na camada de ozônio. Também intensifica a necessidade de investimentos ao fomento de pesquisas visando a descobertas de tecnologias de baixo teor de resíduos ou que promovam a eficiência no uso de recursos favoráveis ao desenvolvimento urbano, rural e industrial, definindo-se normas para uma adequada proteção ambiental, determinando-se a instituição do arcabouço jurídico e econômico à sua realização;
- iv) *Dimensão espacial* – prioriza, por meio do planejamento sustentável, a importância da implantação de políticas públicas realizadas através de ações de planejamento

¹⁰ O campo multicultural tem por escopo a superação do vínculo político nacional capaz de substituir o nacionalismo. Significa “a coexistência, em uma mesma sociedade política, de um número considerável de grupos culturais desejosos e capazes, em princípio, de manter suas distintas identidades.” (TAVARES. In: LOIS, 2005, p. 96).

nas cidades como forma de estabelecimento de configurações espaciais equilibradas entre os perímetros urbano e rural, com destaque na melhoria dos assentamentos urbanos e fixação de espaços adequados à exploração de atividade econômica (industrial ou comercial). Seu desafio é combater a concentração excessiva nas áreas metropolitanas e frear a destruição de ecossistemas frágeis e de importância vital. Também incentiva o uso de técnicas modernas e regenerativas por pequenos agricultores, notadamente através do uso de pacotes tecnológicos adequados, do crédito facilitado para incentivo à agricultura familiar¹¹ em prol da consciência ambiental e do acesso a mercados. Também estimula a criação de oportunidades de emprego nas áreas rurais (como as políticas de agronegócios familiares) para fomentar a descentralização urbana e industrial;

- v) *Dimensão cultural* – envolve a busca por raízes endógenas de processos de modernização e de sistemas agrícolas integrados, processos que busquem mudanças dentro da continuidade cultural e que traduzam o conceito normativo de ecodesenvolvimento em um conjunto de soluções específicas para o local, o ecossistema, a cultura e a área. Esta dimensão deve desenvolver práticas como o ecoturismo, que instiga ao mesmo tempo a proteção ecológica e a educação ambiental a partir do olhar de tutela do patrimônio natural ou cultural.

Juarez Freitas (2011) interpreta o desenvolvimento sustentável, também denominado de princípio da sustentabilidade, como o marco de um novo paradigma a ser inserido na cultura social. Embora subsista uma tensão de interesses, sustenta que o desenvolvimento não deve ser contraditório com o pressuposto da sustentabilidade, conquanto se converta num deixar de “[...] se envolver (des-envolver) com tudo aquilo que aprisiona e bloqueia o florescimento integral dos seres vivos. Dito de outro modo, uma vez reconcebido, o desenvolvimento pode-deve ser sustentável, contínuo e duradouro.” (FREITAS, 2011, p. 42).

Todavia, o viés econômico, seja por ações da iniciativa privada, seja por atos omissos do Poder Público, em sua esfera administrativa, parece ter superado o sustentável. O receio de perigos e dos riscos decorrentes de ações insustentáveis vem sendo suplantado por expectativas de felicidade e de prosperidade evocadas em curto prazo, derivadas do discurso imediatista e

¹¹ A Lei nº 10.186/01 dispõe sobre a realização de contratos de financiamento do Programa de Fortalecimento da Agricultura Familiar – PRONAF. O Ministério do Desenvolvimento Agrário, em conjunto com as Emater, movimentos sociais, Itaipu Binacional e agentes financeiros do país vem mantendo tratativas, desde 2007, no sentido de obter um novo modelo de apoio ao desenvolvimento sustentável da agricultura familiar. A construção do “Pronaf Sustentável” fundamenta-se na lógica de que o crédito rural disponibilizado pode e deve ser qualificado através de Planos de Desenvolvimento Sustentável da Unidade de Produção, alcançando um novo patamar de resultados junto à agricultura familiar brasileira. “As Unidades Familiares de Produção devem ser vistas nas suas particularidades e em suas interações com os demais intervenientes de sua comunidade e área de influência. O “Pronaf Sustentável” visa contribuir para a promoção do desenvolvimento sustentável da agricultura familiar, da gestão participativa do uso dos recursos naturais e para a adoção, gradativa, de sistemas de produção, técnica e economicamente viáveis, que possibilitem a transição para modelos agroecológicos.” (BRASIL. PRONAF Sustentável: Plano de Desenvolvimento Sustentável da Unidade Familiar. 2012)

liberal, isto é, provindas da utilização de técnicas e da histeria da aquiescente economia de mercado.

Falta fiscalização, falta cultura de sustentabilidade alicerçada pela consolidação de uma ética ambiental construída a partir de investimentos maciços na educação ambiental. Logo, a sustentabilidade ainda é vista como um *marketing* publicitário evocado frequentemente pelo mercado avassalador de uma cultura ainda não enraizada de uso racional dos recursos, ou seja, de uma economicidade ambiental. Espera-se – e a natureza clama por isso – que pelo menos as gerações da posteridade possam interpretar as dimensões da sustentabilidade como um processo bilateral de direitos e deveres entre Poder Público e sociedade civil.

À luz desses impasses, tal princípio tem se esvaziado de sua força normativa em virtude de sua submissão à lógica sistêmica econômica que atenta progressivamente e de modo mais dinâmico na realocação por insumos (matéria-prima de produção) e pela expansão de mercados consumidores, por vezes influenciando as condutas dos gestores políticos.¹² A eficácia de sua aplicabilidade também se revela insólida diante da escassa operacionalidade acometida pelo Poder Público no cumprimento das diligências legais em prol da sustentabilidade, resultando em dissídios processuais. E quando as questões chegam ao Judiciário é porque o sistema já falhou e um dos indicadores dessa falha está na criação de “leis simbólicas”, incompatíveis com a capacidade administrativa e financeira de grande parte dos entes federados.

Vários Municípios, incluindo principalmente os de médio e de pequeno porte, não têm condições de implementar as políticas urbanas determinadas por leis federais fixadoras de diretrizes essenciais à concretização de cidades sustentáveis, visto que são altamente onerosas. Dentre elas, aponta-se a Lei nº 12.587/12 (em sua preocupação na geração da mobilidade urbana), a Lei nº 12.305/10 (na tentativa de solução do embate sobre a destinação do lixo urbano, exigindo medidas dispendiosas para a acomodação e finalização dos resíduos sólidos) e o próprio Estatuto da Cidade (na tentativa de inserção de instrumentos de urbanização e de planejamento sustentável, como é o caso do próprio plano diretor).

¹² “[...] a teoria do desenvolvimento sustentável refaz-se como uma nova utopia de um mundo perfeito, bom para a lógica econômica (o *marketing* da sustentabilidade faz ganhar prêmios e dinheiro), fazendo o mundo mais feliz. Eis a nova retórica. Assim, o conceito de desenvolvimento sustentável foi apropriado pelo Estado, pelos poderes públicos, e passou a compor a política oficial dos Estados membros da ONU. Um conceito que tem sido usado igualmente por todas as grandes empresas multinacionais, sobretudo as poluentes, desenhando assim a retórica desta farsa, tanto moral quanto política e legal. Em princípio, ao incorporar-se a ideia do desenvolvimento sustentável ao argumento do desenvolvimento econômico, proíbe-se qualquer alcance político ou questionamento sobre a verdadeira causa do que destrói a vida e/ou o meio ambiente. Em outras palavras, o desenvolvimento sustentável passa a ter um fundamento econômico, ou seja, é preciso “crescer”, abordando as preocupações ambientais desde, no entanto, que isso não comprometa o crescimento em questão.” (CHAGAS, 2012, p. 24-25)

Novamente torna-se indispensável refletir sobre os custos dos direitos¹³, pois se trata de uma realidade inegável. Por isso, são desmerecidas as críticas que reduzem tal teoria a um mero argumento colonizador do sistema jurídico ao sistema econômico. A aplicação do direito se dá de maneira sistêmica. O direito tem por si só uma dimensão instrumental, o que não o coloca acima ou isolado em relação a outros sistemas, como o econômico ou o social, mas interligado a eles. As relações sociais cada vez mais exigem o postulado da eficiência à afirmação de uma harmonia entre Direito e Economia.

Lado outro, a teoria dos custos, não se olvidando da análise econômica do direito¹⁴, deve servir para instigar a perspectiva de otimização de recursos, dentro de um cenário orçamentário escasso e de escolhas trágicas, em busca de medidas que promovam o cumprimento da eficiência¹⁵ e do direito fundamental à boa administração, como a introdução de estratégias de planejamento integrado, participativo e sustentável.

3 GESTÃO PÚBLICA INTEGRADA E SUSTENTÁVEL SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: NOVOS INSTRUMENTOS À IMPLANTAÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

¹³ Além das considerações sobre a onerosidade dos direitos, a teoria dos custos é alvo de críticas incisivas, sobretudo diante da aproximação de discussões jurídicas em face de análise de realidades econômicas presentes no contexto de escassez. Não obstante, não se pode afastar o reconhecimento da existência de dificuldades financeiras enfrentadas pela Administração Pública diante da realização de serviços e políticas públicas. No entanto, a aludida apreciação econômica do Direito colabora com a compreensão de normas, princípios e teorias sobre o desenvolvimento e aprimoramento de um Estado nas escolhas de suas prioridades de forma racional. As escolhas das preferências de atuação estatal são custosas, e “[...] como escolhas devem ser realizadas, os agentes econômicos ponderam os custos e os benefícios de cada alternativa, adotando a conduta que, dadas as suas condições e circunstâncias, lhes traz mais bem-estar.” (RIBEIRO; KLEIN, 2011, p. 22).

¹⁴ Em razão da escassez dos bens da sociedade que a metodologia da análise econômica do direito é imperiosa à assimilação do comportamento humano, pois “[...] se os recursos não fossem escassos, não haveria conflitos, não haveria necessidade de direito, pois todos cooperariam espontaneamente.” (RIBEIRO; KLEIN, 2011, p. 21). A presença da escassez coage a sociedade a realizar escolhas que devem ser ponderadas nos custos/benefícios de cada alternativa excludente e possível, exigindo-se medidas de eficiência no âmbito dessas escolhas. Eric Posner destaca que: “[...] os indivíduos possuem preferências sobre resultados, de que essas preferências obedecem a condições básicas de consistência e de indivíduos satisfazem estas preferências com base em limitações orçamentárias exógenas.” (2010, p. 17). Para Richard A. Posner, “[...] a partir da concepção de norma jurídica como incentivo a determinados comportamentos, as sanções nelas imputadas como custos, e a oposição da eficiência das escolhas como centro de preocupação pelo Direito, é que a Análise Econômica do Direito constitui abordagem bastante útil para a descrição do fenômeno jurídico.” (2010, p. 29)

¹⁵ “[...] a análise econômica do direito pretende não apenas descrever o Direito com conceitos econômicos, mas encontrar elementos econômicos que participam da regra de formação da teoria jurídica. Desse modo, os fundamentos da eficácia jurídica e mesmo da validade do sistema jurídico deveriam ser analisadas tomando em consideração valores econômicos, tais como a eficiência, entre outros.” (CALIENDO, 2009, p. 15)

A promoção do direito a cidades sustentáveis, em consonância com as novas diretrizes legais que regulamentam o ambiente urbano, envolve um conjunto ordenado de medidas e de gerenciamento público para a sua concretização. Nesse propósito, o Ministério do Meio Ambiente (MMA) destaca o elenco de ações, instrumentos e intervenções governamentais que, em parceria com a sociedade civil, direcionam o andamento das políticas públicas urbanas. Dentre eles¹⁶, ressalta-se como importante ferramenta o *planejamento ambiental urbano*. Dentre as várias ferramentas fundamentais à elaboração dessa forma de planejamento, pautada no pilar da sustentabilidade, complementado pela formulação e execução da legislação orçamentária, fonte normativa de fomento à implementação de políticas públicas urbanas, encontra-se o *fomento à capacitação na gestão ambiental urbana*. Isso envolve o estímulo junto aos Municípios a criação de instrumentos adequados à efetiva aplicação dos princípios e diretrizes de sustentabilidade ambiental, bem como a adoção de indicadores para monitorar os resultados de tais instrumentos; apoiar o fortalecimento institucional dos Municípios no que tange à gestão ambiental; propiciar a troca de informações e de experiências relacionadas à política e gestão ambientais urbanas entre gestores de diferentes Municípios.

No âmbito da descentralização política, resultante de ajustes administrativos firmados dentro do federalismo brasileiro, uma vez assegurada a autonomia de cada ente, os integrantes da Administração Pública Direta dispõem de autoridade legislativa e política para planejar, decidir e gerir as funções políticas e administrativas de seus correspondentes governos, o que atinge a dimensão do desenvolvimento das cidades, haja vista repercutir no interesse administrativo das três esferas governamentais. A autonomia constitucional dos entes políticos repercute em competência política, administrativa e financeira à ação do planejamento vinculada à competência de cada um dos integrantes de nossa forma de Estado instituída, não obstante a possibilidade de conflitos iniciados quando cada qual luta pela parcela financeira de receita que entender como justa e de direito.

Entretanto, o modelo de Estado intervencionista tornou-se imprescindível à regulação de atividades econômicas que requeiram seu enfreamento pela imposição de normas coercitivas, funcionando como um socorro a valores ambientais destinados a alcançar o desenvolvimento sustentável no âmbito das cidades. Nesse prisma, o Estatuto da Cidade

¹⁶ Informações extraídas do Portal do Ministério do Meio Ambiente. Para saber mais, vide: BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**. Cidades Sustentáveis. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis>. Acesso em: 17/09/13.

esboçou em seu art. 2º, inc. I, a garantia do direito a cidades sustentáveis como diretriz irrenunciável à consolidação da política urbana.¹⁷ A sustentabilidade a que se remete “implica solidariedade e se traduz em vida urbana digna para todos”. (HORBACH. *In*: MEDAUAR, 2004, p. 27).

Nesse universo, a necessidade de criação de medidas de contenção da poluição por resíduos sólidos, um dos grandes problemas ambientais da atualidade, culminou com a aprovação da Lei nº 12.305/10, instituidora da Política Nacional de Resíduos Sólidos, incentivando a promoção de atividades de gestão integrada e de gerenciamento do lixo urbano. Sua aplicação deve se operar em consonância com o disposto na Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), utilizando de diretrizes nacionais para o saneamento básico. Também em conformidade com a Política Federal de Saneamento Básico, nos termos das Leis nº 11.107/05 e 11.445/07, que tratam acerca da instituição de consórcios públicos para a melhoria da gestão pública ambiental, e ainda da Política Nacional de Educação Ambiental, regulada pela Lei nº 9.795/99.

Dentre as normas jurídicas aplicáveis à Política Nacional de Resíduos Sólidos destacam-se dois princípios determinantes ao manejo de lixo urbano. O primeiro é o princípio do protetor-recebedor que consiste em compensar financeiramente o agente público e o particular envolvidos no ciclo produtivo de bens e serviços, por suas ações voltadas para a proteção do meio ambiente. A aplicação de tal princípio na seara da Política Nacional de Resíduos Sólidos é verificada no instituto da logística reversa que incentiva os envolvidos no ciclo de produção ao reaproveitamento de seus bens e serviços produzidos ou comercializados, dando a destinação final ambientalmente adequada a tais resíduos (art. 3º, inc. XII). O outro princípio é o da ecoeficiência. Por meio do aproveitamento máximo dos recursos naturais, com o mínimo de desperdício durante o ciclo de produção de bens e serviços, tal princípio visa equilibrar o fornecimento de produtos qualificados para atender às necessidades da sociedade consumidora e manter compatibilidade entre a extração dos recursos naturais e os

¹⁷ “Art. 2º - A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;” Desse modo, o direito a cidades sustentáveis, por derivação do texto constitucional, especialmente no que tange à interpretação do art. 182 c/c o art. 225 da CR/88, é recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro com status de direito fundamental.

níveis de sustentabilidade estimada do planeta, dispondo para tanto de preços competitivos. Sirvinskas destaca que sua finalidade é “realizar mais com menos”. (2012, p. 431).

Passo importante da Política Nacional de Resíduos Sólidos foi a incorporação, em seu 8º, de incentivo a organizações e desenvolvimento de associações ou cooperativas de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis e a possibilidade de adoção de consórcios ou outras formas de cooperação entre os entes federados como alternativas para minimizar problemas socioeconômicos. Essas ferramentas intentam reduzir os custos envolvidos e tornar eficiente a gestão integrada e o gerenciamento do lixo urbano. Para tanto, aplica-se a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, de modo a fomentar a não geração, a redução, a reutilização, a reciclagem, o tratamento dos resíduos sólidos e a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos (art. 9º).

Além da proteção ao meio ambiente e da saúde pública, a Política Nacional de Resíduos Sólidos traçou como meta para quatro anos, contados da data de sua vigência, a extinção dos lixões irregulares. Isso foi disposto em seu art. 54, determinando-se que até 2014 os Municípios implantassem formas de disposição ambientalmente adequada do lixo urbano.

O desafio em se cumprir com o que reza o dispositivo legal se esbarra no problema da realidade fática vivenciada por inúmeros Municípios brasileiros vitimados pela baixa capacidade administrativa e financeira. Conforme revela os dados do Governo Federal, dos 5.564 Municípios existentes no Federalismo brasileiro, 2874 sobrevivem à base dos recursos repassados pelo Fundo de Participação dos Municípios em virtude de sua insuficiência de arrecadação tributária ou falência da máquina administrativa.¹⁸

Conforme disposto na Exposição de Motivos nº 58/MMA/2007, da Lei nº 12.305/10, o objetivo da referida política foi traçar planos de ações que tornassem a sociedade mais atuante no terreno do desenvolvimento sustentável, sendo capaz de direcionar Estados e Municípios para uma gestão eficiente do lixo urbano, atribuindo valores aos resíduos. Isso favorece a construção de uma sociedade mais justa, do ponto de vista ambiental, social, econômico e da própria saúde pública, pois, de algum modo, influi no cumprimento da erradicação da pobreza, máxima constituída como princípio da ordem econômica e financeira.

Nessa conjuntura, a Política Nacional de Resíduos Sólidos prevê que a gestão dos resíduos deve ser executada juntamente com as normas de saneamento básico ambiental (regulamentadas, em especial, pela Lei nº 11.445/07, diretriz normativa que estabeleceu a Política Nacional de Saneamento Básico), visto que a prestação de serviço público de

¹⁸ Disponível em: <http://www.revistaaber.com.br/index.php/aber/article/viewFile/70/32>. Acesso em: 08/10/13.

saneamento, especialmente no que tange à limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos devem ser realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente. A Lei nº 11.445/07 realiza um apontamento de um conjunto de ações, serviços e obras, a fim de promover níveis crescentes de salubridade, com enfoque na limpeza urbana e no manejo dos resíduos sólidos ¹⁹.

A prestação do serviço público de limpeza e manejo de resíduos é implementada a partir do gerenciamento de resíduos sólidos, disposto no art. 3º, inc. X, da Lei nº 12.305/10, que compreende direta ou indiretamente as atividades elencadas no art. 7º da Lei nº 11.455/07.²⁰

Das formas usuais de manejo do lixo sólido urbano, sobretudo quanto à destinação e à disposição final dos resíduos e rejeitos, incluem-se lixões, aterros sanitários, reciclagem, incineração e usinas de compostagem - uma das técnicas que mais proporciona ganhos para o meio ambiente. Seu procedimento compreende a transformação de resíduos sólidos orgânicos, através de processos químicos, físicos e biológicos, em composto mais resistente e estável. (BAGGIO; VIANNA, 2003, p. 224-225). Mas tal processo abrange apenas a matéria orgânica desses resíduos, o que depende da prévia coleta seletiva à separação do lixo orgânico do inorgânico, integrando a compostagem a outras formas de destinação de resíduos, como a reciclagem.

Em contrapartida, a instalação de usinas de triagem e de compostagem demanda amplo espaço físico, destinado à montagem do equipamento, à secagem e estocagem do material orgânico, longe de áreas urbanas, visto que o processo de produção do composto gera incômodos à população em razão do odor desagradável que exala da matéria orgânica em transformação. Embora tal prática seja extremamente vantajosa para o meio ambiente, em balanço realizado no ano de 2012 constatou-se que apenas 136 dos 853 Municípios do Estado de Minas Gerais instalaram uma usina de triagem e compostagem.²¹ Tais dados são reflexos

¹⁹ Art. 3º - Para os efeitos desta Lei, considera-se: [...] c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;

²⁰ Art. 7º - Para os efeitos desta Lei, o serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos urbanos é composto pelas seguintes atividades: I - de coleta, transbordo e transporte dos resíduos relacionados na alínea c do inciso I do caput do art. 3º desta Lei; II - de triagem para fins de reúso ou reciclagem, de tratamento, inclusive por compostagem, e de disposição final dos resíduos relacionados na alínea c do inciso I do caput do art. 3º desta Lei; III - de varrição, capina e poda de árvores em vias e logradouros públicos e outros eventuais serviços pertinentes à limpeza pública urbana.

²¹ Disponível em: http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2012/05/09/interna_gerais,293246/mais-de-um-terco-dos-residuos-coletados-em-mg-vaio-para-lixoes-ou-aterros-inadequados.shtml. Acesso em: 08/10/13.

da escassez de recursos públicos e da indisponibilidade de áreas para transformação e disposição adequada dos resíduos.

Visando minimizar os custos à materialização das políticas de saneamento básico e de manejo dos resíduos sólidos, a Lei nº 11.445/07, reforçada pela Lei nº 12.305/10, previram a possibilidade de prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico, incluindo a limpeza e o manejo do lixo urbano, por meio da criação de consórcios públicos ou outras formas de cooperação entre entes federados. É a dimensão do planejamento público integrado horizontal exógeno, ou seja, ocorrido em âmbito intergovernamental. Essa perspectiva integraliza o cumprimento do princípio da eficiência, visto que a tentativa de melhoria da qualidade de prestação de serviços públicos na gestão ambiental ocorre, nesse viés, em concomitância com resultados que igualmente afetam matéria de saúde pública, somando à atenuação dos custos auferidos à execução desse tipo de medida.

Ressalta Galdino que “[...] a eficiência implica a verificação de que os resultados alcançados por uma medida são representativos de uma relação de custo-benefício favorável em relação aos meios empregados e aos sacrifícios impostos.” (2005, p. 259). Enquanto princípio constitui-se como um atributo essencial motivador da existência de uma organização administrativa que impõe ao administrador o dever de maximização de resultados sociais colimados pela lei na constante busca da melhor ordenação e gestão da atividade pública com vistas à justiça. É um instrumento de direcionamento à obtenção de eficácia, atributo do direito que converge com os objetivos superiores da cidadania e da dignidade humana traçados por nosso texto constitucional. Esses argumentos tornam indissolúvel a relação entre eficiência e boa governança, despontando-se o florescer de um direito fundamental diretamente adstrito à esfera administrativa: o direito à boa administração, nascido por derivação da junção entre direitos, princípios e garantias expressos no texto constituinte, não se tratando de uma norma jurídica explícita na Constituição de 1988. Está interligado ao direito à motivação das decisões administrativas (art. 93, inc. X), ao direito de formular queixas, reclamações e sugestões sobre a atuação estatal (art. 37, §3º, I, II, III), ao direito à indenização em caso de lesões de bens ou direitos como consequência do exercício da atividade administrativa (art. 5º, inc. X, XXIV, XXV e LXXV), ao direito de obter informações da Administração Pública (art. 5º XIV e XXXIII), ao princípio da publicidade dos atos administrativos (art. 5º, inc. LX, e art. 37, *caput* e §1º), ao direito de peticionar ao Poder Público (art. 5º, XXXIV, “a” e “b”), aos princípios do contraditório e da ampla defesa nos processos judiciais e administrativos (art. 5º, inc. LV),

ao princípio da participação e ao controle popular, através do instrumento da ação popular (art. 5º, inc. LXXIII), ao direito ao processo licitatório (art. 37, inc. XVI e Lei nº 8666/93) e, por derradeiro, o direito à razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII).

O direito fundamental à boa Administração Pública traz consigo a centralidade da pessoa no regime jurídico da Administração Pública. O que concede ao cidadão, segundo o entendimento do publicista espanhol Jaime Rodríguez-Aranha Muñoz:

[...] direito que a gestão dos interesses públicos se realize de maneira consonante com o livre desenvolvimento solidário das pessoas. Por isso é um direito fundamental da pessoa, porque a pessoa enquanto tal exige que o público, que o espaço geral esteja atendido de forma que lhe permita realizar-se, em sua dimensão de liberdade solidária, como pessoa humana a partir de diferentes dimensões. (MUÑOZ, 2012, p. 156)

A Administração Pública modela a sua gestão pública gerencial focada na economicidade, na descentralização administrativa, na elaboração de seu planejamento estratégico e no controle de resultados, visando, por meio dessas diretrizes, o alcance da boa administração ou boa governança resultado do cumprimento do princípio da eficiência administrativa. Richard Posner defende que para a promoção da eficiência o Estado deve organizar, de forma direta ou indireta, a distribuição dos bens públicos, cujos benefícios não se restringem aos que pagam por eles (os contribuintes), mas a todos os cidadãos. Como são produzidos em quantidade insuficiente pelo mercado se eleva a necessidade de reconhecimento de aspectos como custo e escassez. (2010, p. 124). Em reforço a essa perspectiva, Eric Posner sustenta que a eficiência acaba integrando o conceito de justiça adequado e imputável ao operador do direito quando se refere à sua função de administrar. (2010, p. 10)

A eficiência e a economicidade encontradas no âmbito da gestão pública gerencial são institutos próprios da economia, trazidos para o âmbito jurídico para otimizar a atuação estatal frente às necessidades dos administrados. O fenômeno jurídico administrativo, à luz de suas conseqüências e novas tendências, tem sido alvo de investigações da chamada *Análise Econômica do Direito*, que do ponto de vista normativo, visa auxiliar na escolha da alternativa mais eficiente dentre as possíveis, isto é, escolher o melhor arranjo institucional dado a um valor (vetor normativo) predefinido.

No entanto, essa análise econômica não se restringe a um estudo específico de mercado, dinheiro e lucro, mas à adoção de um método particular investigatório aplicado ao problema da escassez de recursos. É o método econômico, que tem por objeto qualquer impasse que se refira a escolhas humanas, como a opção entre o acordo ou o litígio, a

celebração ou não de um negócio jurídico, entre a adoção de uma política pública ou a sua postergação. Essa abordagem juseconomista é focada na reflexão de toda e qualquer decisão individual ou coletiva que envolva recursos escassos, indo além das discussões diretamente voltadas ao âmbito do mercado.²²

Se os recursos não fossem escassos não haveria conflitos e, neste caso, desnecessária seria a presença do direito. A escassez de bens faz com que a sociedade realize suas escolhas dentre as alternativas possíveis e excludentes entre si, evitando-se os desperdícios. A princípio, essa alocação de recursos para melhorar a situação de alguém pode comportar na piora da situação de terceiro – lógica chamada de *ótimo de Pareto*.²³ E toda escolha advém de um custo predefinido designado por *custo de oportunidade*. Não necessariamente pecuniário, mas sempre decorrente de algum tipo de renúncia em prol de uma prioridade, formando o binômio *custo-benefício* determinante de uma conduta racional maximizadora. Com isso, as pessoas devem responder a *incentivos*, premissa que acompanha a construção de todo direito, principalmente quando refletimos sobre a brandura ou rigidez no âmbito das sanções civis, penais ou administrativas. (RIBEIRO; KLEIN, 2011, p. 22-23) Analisando a equação custo-benefício no âmbito jurídico verifica-se que aquela atuaria no sentido de estimular ou desestimular determinadas condutas, de maneira que a função do direito em uma perspectiva econômica seria modificar a modulação dos incentivos. Tal relação envolve o processo de maximização da riqueza, uma vez que atuaria incentivando ou desestimulando condutas sociais, bem como inserindo custos aos movimentos da sociedade. “De um modo geral o Direito poderia ser considerado um grande sistema de preços, tal como o mercado é na economia.” (CALIENDO, 2009, p. 47).

²² Paulo Caliendo sintetiza os pressupostos da Análise Econômica do Direito a partir das seguintes premissas: [...] i) rejeição da autonomia do Direito perante a realidade social e econômica; ii) utilização de métodos de outras áreas do conhecimento tais como economia e filosofia; iii) crítica à interpretação jurídica como interpretação conforme precedentes ou o direito, sem referência ao contexto econômico e social. (2009, p. 242). No entanto, ressalta que “[...] os sistemas sociais são formados por subsistemas (político, econômico e jurídico), os quais se influenciam mutuamente, mas que possuem autonomia entre si” (2009, p. 16), o que não comporta na colonização do Direito em face da Economia.

²³ O modelo de aferição da eficiência econômica é a maximização das utilidades individuais, chamada de “Otimidade de Pareto”, que consiste em qualificar como eficiente uma distribuição de recursos em que não seja possível “[...] aumentar a utilidade de uma pessoa sem reduzir a utilidade de alguma outra pessoa.” (2005, p. 243). De acordo com Ivo T. Gico Jr, “[...] Eficiência aqui também é um termo técnico utilizado no sentido *Pareto-eficiente*, que significa simplesmente que não existe nenhuma outra alocação de recursos tal que eu consiga melhorar a situação de alguém sem piorar a situação de outrem. Equilíbrios constituem, portanto, ótimos de Pareto. Note-se que uma alocação Pareto-eficiente não necessariamente será justa segundo algum critério normativo, todavia, uma situação Pareto-ineficiente certamente será injusta, pois alguém poderia melhorar sua situação sem prejudicar ninguém, mas não consegue. Enfim, estes são alguns dos pressupostos básicos característicos da AED.” (In: RIBEIRO; KLEIN, 2011, p. 25)

Por essa lógica, e considerando os custos existentes em todas as dimensões de direitos fundamentais defendido por Holmes e Sunstein (1999), por mais apocalíptica hoje possa ser pensar na instituição da tributação sobre o lixo produzido, poderia servir de incentivo ao controle de sua produção, tendo, por hora, amparo em princípios ambientais como da prevenção, do limite, do desenvolvimento sustentável, e do próprio usuário pagador. Lado outro, esse incentivo interpretado como um dos pressupostos básicos da *Análise Econômica do Direito* já começa a tomar fôlego a partir da Lei nº 12.305/2010, quando se estabeleceu a ideia de responsabilidade pós-consumo decorrente do instituto da logística reversa.

À luz do exposto, o Estado também se sujeita a essa análise, devendo observar a necessidade de otimizar seus recursos escassos e implantar medidas obrigatórias predefinidas em leis como da Política Nacional de Resíduos Sólidos. Caso contrário, irá se submeter às sanções judiciais que sua inobservância pode implicar, além dos danos ambientais decorrentes de sua omissão que podem repercutir na saúde pública, na qualidade de vida dos administrados, onerando, ainda mais, à longo prazo. São os custos e resultados da escolha omissiva ou, ainda, comissiva, quando decorrente de ações contrárias ao estipulado por lei. Nesse diapasão, a *Análise Econômica do Direito* expõe a necessidade de reflexões sobre as relações de custo-benefício existentes, não só no âmbito entre particulares, mas também no que tange à atuação do Poder Público no que se refere à prestação de serviços, eleição de prioridades e políticas públicas destinadas à garantia de direitos fundamentais.

A escassez dos recursos à implantação dessas medidas reflete na adoção de escolhas trágicas dos administradores, sendo necessária a elaboração de planejamentos estratégicos para haver a prestação mais eficiente dos serviços públicos. Isso nos remete à adoção do planejamento público integrado, estratégia essencial de gestão gerencial pública capaz de reunir recursos, por vezes escassos, através da cooperação mútua, tanto vertical como horizontal, de entes políticos e entidades ou órgãos subordinados à Administração Pública. Tal cooperação não soluciona, mas minimiza o problema da escassez dos recursos.

Por essa dimensão de gestão associada, autorizada pela Constituição de 1988, em seu art. 241, os entes federativos conseguem angariar recursos técnicos, financeiros e administrativos, sendo a horizontalização do planejamento integrado considerado um instrumento de nosso federalismo de cooperação. A gestão consorciada de interesses públicos no âmbito intermunicipal é uma proposta que pode favorecer a amenização das desigualdades existentes entre as unidades federativas.

A criação de consórcios públicos destinados ao gerenciamento do lixo urbano, com atenção à disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos através das táticas

de compostagem, é uma estratégia indispensável para superar o problema da escassez orçamentária, proporcionando a implementação eficiente da gestão integrada dos resíduos sólidos.

Sendo assim, a cooperação entre os entes políticos é necessária e pode ocorrer tanto de forma vertical como horizontalizada. A cooperação verticalizada trata da relação entre entes políticos distintos, através da elaboração de planos que envolvem repasse financeiro da União e/ou Estados-Membros aos Municípios. É o que ocorre, por exemplo, com o repasse federal do Fundo de Participação dos Municípios ou a transferência de recursos via convênios públicos. Contudo, esse planejamento integrado vertical, além de não ser suficiente, é fator que propicia grande onerosidade aos cofres públicos federais, sendo, ao mesmo tempo, insuficiente para atender às demandas coletivas, o que gera insatisfação acerca da prestação dos serviços públicos destinados a concretização de direitos.

Por outro lado, tem-se a possibilidade de uma cooperação horizontalizada, que comporta a possibilidade de articulação de ajustes entre entes políticos iguais ou entre órgãos da Administração Pública com interesses e necessidades convergentes em busca da economicidade e eficiência no cumprimento das metas internas de cada esfera Administrativa. Quando essa cooperação ocorre numa esfera intergovernamental assume a figura dos consórcios públicos, representando a adoção do planejamento público integrado e horizontal exógeno, pois depende de negociações entre mais de uma autonomia política.

Portanto, considerando que os direitos fundamentais são onerosos, não cabe à Administração Pública eximir-se de uma atuação eficiente sob a justificativa da escassez de recursos, que embora se apresente real e econômica²⁴, poderá ser minimizada a partir de estratégias como a gestão associada dos Municípios, por meio de articulações do planejamento integrado, sobretudo no que concerne ao planejamento horizontalizado, o qual se materializa pela criação de consórcios públicos.²⁵ Esses são mecanismos típicos de

²⁴ Para executar os serviços de gerenciamento dos resíduos sólidos é imprescindível a existência de recursos orçamentários, haja vista que tais atividades demandam vultosos investimentos públicos. Conforme pesquisa divulgada pelo IBGE, em 2008, os serviços de manejo de resíduos sólidos representam “um forte impacto no orçamento das administrações municipais, podendo atingir 20,0% dos gastos da municipalidade.” (Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatística/população/condicaodevida/pnsb2008/PNSB_2008.pdf. Acesso em: 03/10/13.)

²⁵ O artigo 2º, inc. I, do Decreto nº 6.017/07 explicita que o consórcio configura-se como: “[...] pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei nº 11.107/05, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos;”

descentralização administrativa, podendo ocorrer no âmbito de mesmas pessoas jurídico-políticas, quanto no que se refere aos rearranjos federativos. Será por meio dos consórcios públicos que se alcançará maior equanimidade “[...] na distribuição dos recursos e dos ônus e bônus da urbanização. É o caso, por exemplo, de adotar-se medida compensatória para o Município consorciado que suportar em seu solo o aterro sanitário” (PIRES; BARBOSA, 2008, p. 228)

Os consórcios ensejam a formação de uma pessoa jurídica que terá, em regra, natureza jurídica autárquica (art. 2º, II, do Decreto nº 6.017/07). Por esta razão, conforme dispõe o art. 37, inc. XIX, da CR/88, é necessária a edição de lei ratificadora do protocolo de intenções por cada Casa Legislativa dos respectivos pactuantes (art. 6º do Decreto nº 6.017/07). A independência da pessoa jurídica diante dos entes federados tem consequências jurídicas importantes, dentre as quais se destacam:

[...] a) capacidade negocial e processual. A entidade criada adquire capacidade para ser pólo em relações negociais e processuais. É a pessoa jurídica instituída que celebra contratos, adquire bem, realiza concurso público e aciona o poder judiciário, embora o faça por meio da condução de uma pessoa física habilitada para tal, nos termos do contrato de consórcio e dos estatutos. b) Existência própria. As pessoas dos entes federados não mais se confundem com a pessoa jurídica criada no âmbito do consórcio. c) Patrimônio próprio. A pessoa criada no âmbito do Consórcio Público possui patrimônio distinto dos entes federados que o constituíram. d) Obrigações recíprocas entre os entes federados constituidores, firmadas nos termos do Contrato de Consórcio Público. (MACHADO; DANTAS. *In*: PIRES; BARBOSA, 2008, p. 185)

Na articulação dos consórcios públicos seu orçamento é determinado pelo número de entes consorciados, cujas despesas fixadas serão rateadas entre os consorciados surgindo, então, uma estimativa de quanto cada um irá reservar para atender as demandas do consórcio. Por isso, é imprescindível a consonância entre os instrumentos de planejamento, quais sejam, os Planos Plurianuais de todos os entes consorciados e “[...] o objetivo do próprio consórcio público no tocante aos investimentos e programas de duração continuada.” (GLÓRIA. *In*: PIRES; BARBOSA, 2008, p. 286).

Dentre os planos a serem elaborados para gestão do lixo urbano está o plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, previsto no art. 18 da Lei 12.305/10, sendo sua elaboração condição para que os Municípios tenham acesso a recursos provenientes da União, ou por ela controlados, cuja destinação seja para empreendimentos e serviços ligados à limpeza urbana e ao manejo de resíduos sólidos, ou para serem beneficiados por incentivos ou financiamentos de entidades federais de crédito ou fomento para tal finalidade.

O art. 19, da Lei 12.305/10 dispõe sobre o conteúdo mínimo do plano de gestão integrada, o qual deve conter dados sobre a cidade e o município; os indicadores de morbidade (ocorrência de doença) associados à falta de saneamento; os indicadores de mortalidade; os dados sobre o sistema de saneamento do município; a análise dos dados para formulação do diagnóstico da situação dos resíduos sólidos produzidos no respectivo território, com indicação da origem, volume, caracterização do lixo e as maneiras de destinação e disposição final adotadas; definição de critérios e prioridades; o estabelecimento de metas; o levantamento de estudos de alternativas e opções, visando o aproveitamento e à otimização dos sistemas existentes; a seleção da alternativa a ser adotada, a partir do perfil do município e/ou região; a estimativa de custos; a definição de fontes de financiamento; a elaboração de cronograma e implantação, operação e manutenção dos sistemas de saneamento propostos. Diante da realidade local e de posse de todo arcabouço jurídico-institucional com relação aos serviços de água, esgotos, lixo e drenagem urbana que o dirigente municipal deve formular as diretrizes gerais que nortearão seus respectivos planos municipais (BAGGIO; VIANNA, 2003, p. 233-234), os quais servirão de base à coleta de dados regionais a fim de viabilizar a elaboração dos planos de gestão integrada de resíduos sólidos.

Conforme informações divulgadas pelo IBGE, em 2011, 3.295 (78,9%) dos Municípios declararam fazer parte de algum tipo de consórcio público, sendo que na maioria dos casos os consórcios foram criados para a gestão de políticas públicas regionais. Os consórcios articulados nas áreas destinadas à proteção ambiental e ao saneamento básico correspondem, respectivamente, a 24,3% e 14,7 % do total de articulações intermunicipais, os quais estão concentrados em maiores proporções “[...] nas Regiões Sudeste e Sul, em alguns estados da Região Nordeste, e nos Estados do Mato Grosso e do Mato Grosso do Sul, na Região Centro-oeste.” (BRASIL. Pesquisa de Informações Básicas Municipais, 2012).

Os consórcios públicos respondem de forma adequada e sustentável o desafio da superação da escassez de recursos em face do alto nível de onerosidade dos serviços de destinação do lixo urbano, sendo sua estrutura uma das poucas instituições com personalidade jurídica pública que possibilita a interação e a participação de diversos atores. Assim:

Um Consórcio Público, com atuação neste tema específico, pode atuar também na promoção do desenvolvimento urbano e habitacional; na produção de ações de requalificação urbana com inclusão social; na articulação e fortalecimento das atividades de controle e fiscalização das ocupações de áreas de mananciais, assegurando a participação da sociedade civil no processo de monitoramento; na atuação para implantação de sistema integrado de gestão e destinação final de resíduos sólidos.(BRASIL, SGC, 2012)

Portanto, a horizontalização do planejamento público por meio da articulação entre entes federativos idênticos através de criação de consórcios públicos na gestão ambiental é uma solução viável para amenizar a escassez de recursos e o déficit orçamentário, garantindo a efetivação do princípio da eficiência. Nesse sentido, tal proposta faz cumprir os ditames do artigo 3º, inc. XI, da Lei 12.305/2010, de modo a efetivar estratégias de gestão integrada, viabilizando a promoção de sustentabilidade ambiental.

4 UMA PROPOSTA DE OTIMIZAÇÃO DE RECURSOS PELA CONSORCIALIZAÇÃO DAS PPP'S: NOVAS ESTRATÉGIAS ADMINISTRATIVAS À CONCRETIZAÇÃO DO PLANEJAMENTO PÚBLICO INTEGRADO E SUSTENTÁVEL

O direito tem custo e isso tem que entrar na contabilidade do Estado. Trata-se de uma premissa que se estende às questões que envolvem o patrocínio de ações em torno do direito a cidades sustentáveis, sobretudo na preocupação quanto à destinação dos resíduos sólidos, conforme verificado. No entanto, ainda que haja a tentativa de otimização de recursos pela instituição de consórcios públicos isso pode não ser o bastante, posto que do ponto de vista orçamentário trata-se de capitação de subsídios apenas advindos de esferas administrativas.

A escassez de recursos públicos verificada em considerável parcela de Municípios, como é o caso de Minas Gerais, exige da Administração Pública outros níveis de investimentos além daqueles oriundos de receitas orçamentárias advindas de fontes convencionais como a tributação. Por isso, aprimoram-se as ferramentas institucionais de fomentos para investimentos em serviços e obras de grande vulto cuja execução se via impossibilitada em face de escassez econômica de recursos públicos.

Não obstante, a atividade de fomento integra a própria função administrativa do Estado no intuito de regular e incentivar o setor privado rumo ao seu desenvolvimento, tendo, como contrapartida, maior capitação tributária que, por conseguinte, melhora os níveis de vida da sociedade. Por outro lado, a deficiência de recursos públicos inviabilizando a adequada prestação de serviços também exige da Administração Pública maiores esforços no que tange às ações de fomento para que, desse modo, pela via de métodos ora questionáveis de desestatização, decorrentes de políticas neoliberais acentuadas no Brasil a partir da década de noventa, igualmente incentive o Segundo Setor a firmar com ela parcerias ou, ainda, o Terceiro Setor a desenvolver atividades antes tipicamente prestadas por instâncias governamentais.

Prospera, portanto, o entendimento que, ainda que o fomento público seja uma forma de intervenção do Estado na vida econômica, mesmo que subsidiariamente, resulta de atividade administrativa do Estado (como também de opções políticas), visando alcançar o bem comum. Como medidas de estímulo devem ser transitórias para se evitar um protecionismo indefinido e não atacar princípios como da impessoalidade e moralidade. As medidas de fomento também são heterogêneas, haja vista a diversidade de formas em que podem acontecer, recaindo sobre atividades e regiões distintas. (MELLO, 2003, p. 38)

No entanto, Fernando Garrido Falla adverte que a atividade fomentada não se reporta apenas à iniciativa privada, podendo também incidir sobre atividades partilhadas entre outros entes políticos (1992, p. 301), lógica já percebida quando da criação dos próprios consórcios públicos. No mesmo sentido, em defesa desse fomento intergovernamental manifesta-se Célia Cunha Mello:

É perfeitamente possível que o ente público competente para fomentar determinada atividade conceda vantagens e incentivos capazes de convencer outro ente público a proteger ou promover o objeto fomentado, inclusive à satisfação indireta das necessidades públicas. Com efeito, uma entidade pode, além de perseguir seus próprios interesses, estar em condições de atender a necessidades sentidas por outra, oportunidade em que a primeira pode conceder vantagens capazes de convencer ou de incentivar a segunda a adotar o comportamento que satisfaça suas necessidades. (2003, p. 32)

Como resultado de ações decorrentes do agente fomentador (ou seja, o próprio Estado-Administração) em prol da captação de investimentos à consecução de serviços e obras de grande vulto destaca-se o estabelecimento de regimes de parcerias público-privadas (PPP's), diplomados pela Lei nº 11.079/04. A própria natureza contratual da qual advém tais parcerias – contratos administrativos de concessão – esclarece que há ausência de compulsoriedade diante das táticas de administração fomentadora, pois os incentivos e vantagens concedidos não se sobrepõem à autonomia da vontade preservada ao particular interessado.²⁶

Isso reflete a indefinição de fronteiras entre o direito público e o privado, destituindo a célebre e ora arcaica dicotomia entre essas duas áreas de conhecimento jurídico, haja vista a tendência pela “publicização do direito”, levando a Administração Pública, por opção

²⁶ “De fato, o particular é livre para aderir ou não aos propósitos do Estado, mas, a partir do momento em que manifesta a sua vontade de assumir a posição de agente fomentado, obriga-se a atender a todas as condições impostas pelo Estado, ficando inteiramente vinculado aos fins públicos pretendidos, pois são eles os responsáveis pelos privilégios e vantagens que lhe foram outorgados. A compulsoriedade inexistente para o agente fomentado, enquanto ele não adere aos propósitos públicos, o que, se acontecer, fará com que a compulsoriedade se apresente, como nas demais atividades administrativas.” (MELLO, 2003, p. 30).

discricionária, à adoção de conceitos, termos e instrumentos típicos do direito privado, conforme apontado por Carlos Pinto Coelho Motta (2007, p. 181). Por outro lado, a análise sob o ângulo da privatização do direito público²⁷, em face desses mecanismos de importação de preceitos privatistas à seara administrativista, esbarra-se no âmbito de discussões sobre os riscos de ruptura com a legitimidade na adoção de tais medidas.

Tomando fôlego a partir de 1990, com a criação do Programa Nacional de Desestatização, instituído pela Lei nº 8.031, a onda da *desestatização* exprime a ideia de menor presença estatal em prol de maior autonomia privada em decidir seus próprios destinos, abarcando dois outros institutos: i) *desregulamentação* – com a eliminação total ou parcial de normas públicas que incorram sobre o setor privado e suas atividades econômicas. Medauar sustenta que se trata, na verdade, de uma forma de “[...] *re-regulation*, pois novas regras e novos moldes são estabelecidos para o desempenho da atividade, inclusive se houve a transparência da atividade do setor público para o privado. (2003, p. 249); ii) *privatização* – abrangendo, em sentido amplo, diversos meios de redistribuição de atividades do setor público para o privado (também como forma de descentralização administrativa por delegação) e, em sentido estrito, a transferência das estatais ao setor privado. Porém, adverte Coelho Motta que as formas clássicas de delegação (incluindo a concessão, a permissão e a autorização) não se enquadram como *privatização* em sentido estrito, pois não se referem ao ato de transferência da propriedade, nem em alienação onerosa da participação acionária do ente político às mãos de entidade privada. Por isso:

É mais apropriado dizer-se que essas formas de delegação configuram *desestatização*, conforme os arts. 2º, III, e 4º, VI, da Lei 9.491/97, que dá nova redação à Lei 8.031/90. Nessa lei fica claro que a desestatização será viabilizada por várias modalidades operacionais, entre as quais a concessão, a permissão e a autorização de serviços públicos. (2007, p. 24)

A desestatização é mecanismo de transferência da execução de serviços públicos para a iniciativa privada (art. 1º, § 1º, da Lei 9.491/97), mediante licitação e instrumento contratual ou por ato administrativo unilateral, integrando o fenômeno da descentralização administrativa

²⁷ Nesse propósito, merecem relevo as lições de Odete Medauar: “No século XIX a necessidade de consolidação do poder estatal na função de garantir a ordem, a segurança e o exercício dos direitos dos indivíduos, aliada à observância da autonomia da atuação privada, levou à distinção entre “o poder soberano e sua esfera e o poder dos indivíduos nas suas relações”. [...] Com a dinâmica intervencionista o Estado passou a atuar em esferas antes tidas como reservadas à autonomia privada, em especial no setor econômico e social, do que resultou o processo denominado *publicização do privado*; o que afetava a poucos passou a ser de interesse comum; a política interferiu na economia; por outro lado, grandes organizações, associações e grupos privados passaram a exercer pressão sobre o Estado, a colaborar na gestão de atividades de interesse geral, a solucionar problemas mediante acordos e negociações, gerando a chamada *privatização do público*.” (2003, p. 115)

por delegação – ou descentralização por colaboração.²⁸

A Lei nº 9.491/97, ao revogar a Lei nº 8.031/90, definiu a previsão de um novo acervo de modalidades operacionais de desestatização²⁹, dentre elas a concessão de serviços públicos, que embora regulamentada em sua forma ordinária pela Lei nº 8.987/95, recebe maior disciplina pela Lei nº 11.079/04 pela instituição de duas novas modalidades constituídas sob o regime de PPP, almejando maiores obrigações ao operador privado, maior controle dos serviços e maior segurança jurídica: concessão patrocinada³⁰ e concessão administrativa³¹, ambas baseadas num sistema chamado de *desorçamentação*.³²

Nessa conjuntura, é inquestionável a necessidade de inovação no Direito Administrativo para atingir a dimensão da eficiência e superar a crise do Estado em face de um enorme contingente de demandas ainda mais agravado pelo déficit orçamentário, o que

²⁸ “Descentralização por colaboração é a que se verifica quando, por meio de acordo de vontades ou ato administrativo unilateral, se transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o poder público a titularidade do serviço.” (DI PIETRO, 2009, p. 46). As concessões, portanto, são exemplos dessa espécie de descentralização, embora as PPP’s também envolvam a realização de obras-públicas.

²⁹ “A quebra de monopólios e exclusividades, a transferência de atividades do setor estatal para o setor privado, a flexibilização de normas incidentes sobre atividades econômicas não vão acarretar necessariamente a ausência do Estado nessas atividades. Tratando-se de serviços públicos que passam a ser desempenhados por particulares, o Estado jamais se desliga.” (MEDAUAR, 2003, p. 253).

³⁰ Di Pietro define essa forma de concessão como “[...] o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública (ou o parceiro público) delega a outrem (o concessionário ou parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado.” (2009, p. 147).

³¹ Por outro lado, a concessão administrativa é declarada pelo art. 2º, § 2º, da Lei nº 11.079/04 como sendo o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Ainda segundo Di Pietro, esse conceito legal peca pela falta de clareza, exigindo maiores esclarecimentos: “Um primeiro dado que resulta do conceito legal é o que diz respeito ao objeto do contrato, que é a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, podendo ou não abranger a execução de obra e o fornecimento e instalação de bens. Resulta claro que o objeto principal é a prestação de serviço. Ao contrário da concessão patrocinada, que tem por objeto a execução de serviço público, a concessão administrativa, à primeira vista, tem por objeto a prestação de serviço (atividade material prestada à Administração Pública e que não tem as características de serviço público).” (2009, p. 151-152)

³² Tal como sustenta Coelho Motta (2007), a chamada *orçamentação* consiste numa atividade de realização de despesa, mediante empenho, à contratação de um serviço ou realização de uma obra. A Administração Pública responde diretamente por tudo, suportando o ônus das avenças, exceto quanto à execução, que fica a cargo do contratado (arts. 66 a 76 da Lei nº 8.666/93). Por outro lado, as PPP’s, enquanto formas de se prover equipamentos e serviços de infra-estrutura, apóiam-se no sistema de *desorçamentação*. “Essa concepção envolve a provisão de serviços ao setor privado, em nível de empreendimentos globais, com parâmetros de eficiência, qualidade, disponibilidade e níveis de serviço e utilização previamente definidos e balizados e com remunerações variáveis em função do grau de realização desses parâmetros. É concedida, em regra, máxima autonomia ao parceiro privado; é total sua co-responsabilização e a partilha de riscos, no que constitui, sem dúvida, um expediente de *desorçamentação*.”(2007, p. 189)

incita a revisão de seus institutos ou mesmo a sua reinvenção para melhor adequação às realidades locais, ressignificando o sentido de sua própria legislação. É nesse momento que se deve refletir a possibilidade dessas parcerias agirem como instrumento à concretização do planejamento público sustentável e integrado.

A começar, a Lei nº 11.079/04 prescreve em seu art. 2º, § 4º limites à celebração de contrato de PPP's³³, dentre eles destacando a vedação de concessões cujo valor contratual seja inferior a vinte milhões de reais (inc. I). Trata-se de um piso legal fixador de uma ordem de investimentos mínimos, incompatíveis com a realidade de diversos Municípios pequenos que, isoladamente, ficam às margens das benesses da lei, tornando-se inviável celebrar esse tipo de parceria à luz de suas restrições orçamentárias.

Nesse momento, uma crítica cabível ao referido dispositivo da lei é que o valor mínimo de investimento é muito alto em termos de infraestrutura. Não obstante a existência desse limite, a criação de consórcios intermunicipais preliminar à celebração de PPP's como estratégia de planejamento permitiria a realização de investimentos mais abrangentes.

Contudo, alguns óbices podem ser considerados: *i*) o problema do piso da PPP, conforme exposto; *ii*) o descabimento de realização de obras em consórcios públicos.

Esses mesmos impedimentos podem ser possivelmente superados quando se pensa o planejamento público de maneira integrada, enquanto a lógica da política só o enxerga de forma desintegrada. A Lei de PPP's nasceu com a finalidade de dar condições de Municípios investirem junto à iniciativa privada (garantindo-lhes, como fomento, contraprestações) como forma de superação de escassez financeira do Estado para o cumprimento de suas tarefas. Mas por aspectos justamente de ordem financeira formalizados nesse mesmo texto legal tem deixado de ser aplicada a lei por falta de um planejamento integrado³⁴ de políticas públicas.

³³ “Art. 2º - [...] § 4º - É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: **I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais)**; II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.” (grifos nossos) (BRASIL, 2014)

³⁴ Dinâmica de planejamento público pautada na superação de criação de políticas públicas setoriais, isoladas, atendendo a um único nível de interesse público para a perspectiva de adoção de políticas públicas multissetoriais. Estas devem abranger, na execução de um mesmo recurso, a satisfação de metas de mais de um segmento de interesse público contido dentro de uma mesma esfera administrativa (planejamento integrado endógeno), ou intergovernamentalmente, a exemplo dos consórcios públicos (planejamento integrado exógeno). Em ambos os casos o que se prioriza é a otimização de recursos públicos, tendo por pressupostos o cumprimento do princípio da eficiência e do direito fundamental à boa administração.

Essa mesma integração pode ocorrer horizontalmente e de forma intergovernamental por meio dos consórcios. A vinculação entre as suas políticas públicas – operacionalizadas de modo multissetorial – facilmente suplantaria o problema do piso mínimo de investimentos. Isso porque os recursos para a realização de PPP's não podem ser pensados de maneira isolada e individual por cada Município de pequeno aporte orçamentário, pois isso não conseguiria fragmentadamente alcançar o piso mínimo, afastando dessas Administrações Públicas locais os benefícios de tal legislação.

Quanto à superação do segundo óbice apontado, basta reconhecer a possibilidade de se integrar serviços e obras de forma que um repercute no outro. Se por um lado a realização de obras não pode ser perseguida como objeto de consórcios, por outro não há impedimento quanto à realização de obras de infraestrutura para que o próprio serviço seja prestado, o que neste caso não é vedado aos consórcios. Como exemplo, verifica-se que a realização de obras de saneamento básico melhora a questão ambiental cujos serviços sejam prestados por determinado consórcio. Desse modo, a obra se torna vinculada a um tipo de serviço, justificando-se assim, a criação de consórcios que, dessa sorte, operem um planejamento de políticas integradas, gerando uma perspectiva global e não local (espacial), cujos investimentos seriam melhores empregados.

5 CONCLUSÃO

É necessária a constante reflexão sobre a coesão e a coerência na ordem jurídica, ainda que isso comporte na reflexão sobre institutos jurídicos e no redimensionamento da interpretação das próprias leis. Nesse particular, ressalta-se a importância de se ressignificar a aplicação do art. 2º, § 4º, inc. I, da Lei nº 11.079/04 para Municípios de pequeno porte e de baixa capacidade financeira interessados na celebração de parcerias com a iniciativa privada, via regime de PPP, como forma de captação de recursos para a realização de obras e prestação de serviços, sobretudo em face de questões de alta onerosidade como a destinação dos resíduos sólidos.

O fundamental, portanto, é que a aplicação de tal dispositivo seja realizada com cautela, o que se torna possível pela adoção do planejamento público integrado e sustentável. Nesse sentido, através da instituição de consórcios públicos vetores de políticas públicas

multissetoriais, torna-se possível a uma associação de Municípios atingir o piso de investimentos minimamente necessário para que se evoque a celebração de PPP, para que, a partir de então, possa-se contar com recursos da iniciativa privada para a consecução de serviços públicos e obras de infraestrutura a eles vinculados.

6 REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson; REIS, Fábio Wanderley; VELLOSO, João Paulo dos Reis. [et al] **Planejamento e políticas públicas**. Vol. I, n. 1, ago. Brasília: Instituto de Planejamento Econômico e Social, 1989.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BAGGIO, Mirian Cristina Dias; VIANNA, David de Hollanda. **Iniciação ao Desenvolvimento Sustentável**. 1. ed. Belo Horizonte: FEAM, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%E7ao_Compilado.htm. Acesso em: 13/08/13.

BRASIL. **Exposição de Motivos nº 58/MMA/2007**: da Política Nacional de Resíduos Sólidos, publicada em 04 de Julho de 2007. Brasília: Subchefia de Assuntos Parlamentares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/MMA/2007/58.htm. Acesso em: 25/08/13.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. “Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 19/02/14.

BRASIL. **Lei nº 11.107**: Normas Gerais de Contratação de Consórcios Públicos, editada em 6 de abril de 2005. Brasília: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm. Acesso em 06/09/13.

BRASIL. **Lei nº 11.445**: Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, editada em 5 de janeiro de 2007. Brasília: Congresso Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm. Acesso em: 10/09/13.

BRASIL. **Lei nº 12.305:** Política Nacional de Resíduos Sólidos, editada em 2 de agosto de 2010. Brasília: Congresso Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm>. Acesso em: 06/08/13.

BRASIL. **Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012.** “Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nºs 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Lei nºs 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm. Acesso em: 16/09/13.

BRASIL. **Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.** PRONAF Sustentável: Plano de Desenvolvimento Sustentável da Unidade Familiar. Disponível em: [http://www.agricultura.gov.br/arq_editor/file/camaras_setoriais/Mel e produtos apicolas/19_reuniao/Plano de desen.pdf](http://www.agricultura.gov.br/arq_editor/file/camaras_setoriais/Mel_e_produtos_apicolas/19_reuniao/Plano_de_desen.pdf). Acesso em: 16/09/13.

BRASIL. **Ministério das Cidades.** Disponível em <http://www.cidades.gov.br>. Acesso em: 21/09/13.

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente.** Cidades Sustentáveis. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis>. Acesso em: 17/09/13.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 25.284**, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 17-6-2010, Plenário, *DJE* de 13-8-2010.

BRASIL. **Pesquisa de Informações Básicas Municipais:** Perfil dos Municípios Brasileiros 2011. Rio de Janeiro: IBGE – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2012. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Perfil Municipios/2011/munic2011.pdf#page=107](ftp://ftp.ibge.gov.br/Perfil_Municipios/2011/munic2011.pdf#page=107).> Acesso em: 12/09/13.

BRASIL. **Pesquisa Nacional de Saneamento Básico :** 2008. Rio de Janeiro: IBGE – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/pnsb2008/PNSB_2008.pdf.> Acesso em: 25/09/13.

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito:** uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed., 9. reimp. (Manuais Universitários). Coimbra – Portugal: Edições Medina, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato [orgs]. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHAGAS, Afonso Maria das. A fragilização dos princípios ambientais pela retórica da sustentabilidade: meio ambiente e conferências do clima. **Revista USCS – Direito – ano XI - n. 23 – jul./dez. 2012**, p. 1-26.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública:** Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo.** 10. ed. Madrid: Tecnos, 1992, v. II.

FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri. [orgs.] **Estado de Direito Ambiental:** Tendências. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOIS, Cecília Caballero [org.]. **Justiça e democracia.** Entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça. Colaboração de Roberto Basilone Leite. São Paulo: 2005.

MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. (Coord.) **Estatuto da cidade – Lei 10.257, de 10.07.2001:** Comentários. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução.** 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas concessões, permissões e parcerias.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração pública.** Tradução de Daniel Wunder Hachem. Coleção Fórum Eurolatinoamericana de Direito Público. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz. [Coord.]. **Consórcios Públicos:** Instrumento do Federalismo Cooperativo. Prefácio de Juarez Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

POSNER, Eric. **Análise Econômica do Direito Contratual:** Sucesso ou fracasso. Tradução e adaptação de Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. São Paulo: Saraiva, 2010.

POSNER, Richard A. **A economia da Justiça.** Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. **O que é Análise Econômica do Direito: Uma introdução.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável.** Org. Paula Yone Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos: Vol. I. Reserva do possível.** Prefácio do Prof. Dr. Abili Lázaro Castro de Lima. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2010.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental.** 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TSE-TUNG, Mao. **Sobre a prática e a contradição.** Apresentação por Slavoj Žizek. Tradução de José Maurício Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.