

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

ENVER VLADIMIR CHAHUAYO MEDINA

ESTUDO COMPARATIVO MUNICIPAL NO BRASIL E NO PERU

Porto Alegre

2009

ENVER VLADIMIR CHAHUAYO MEDINA

ESTUDO COMPARATIVO MUNICIPAL NO BRASIL E NO PERU

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Cezar Saldanha Souza Júnior.

Porto Alegre

2009

ENVER VLADIMIR CHAHUAYO MEDINA

ESTUDO COMPARATIVO MUNICIPAL NO BRASIL E NO PERU

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Cezar Saldanha Souza Júnior.

Porto Alegre, 12 de maio de 2009.

BANCA:

Orientador

1º Examinador

2º Examinador

3º Examinador

Para os meus pais, com o maior respeito e carinho...
Para os meus amores, Grace e Shaoni, ...
Hoje, amanhã e sempre.

AGRADECIMENTOS

Um fato pode ser observado de várias perspectivas, a nós corresponde ressaltar a melhor. Com meus pais, aprendi o valor do sacrifício e do suspiro; com minha esposa, aprendi que a distância é boa porque precede um cálido abraço e que a nostalgia é melhor porque permanecem vivas nossas lembranças; com a minha filha, encontrei a passagem para a juventude e o valor dos pensamentos infantis; com o meu irmão Oscar, aprendi o valor de um sorriso inoportuno. Como em tudo mais a presença da família tornou possível escrever este trabalho.

Assim, também meus agradecimentos se estendem à competente administração do Curso de Mestrado; aos meus amigos e colegas, em especial, Winfield Concha De La Cruz, Richard Rodriguez Montes, Harrison Ferreira Leite, Carlos Eduardo Dieder Reverbel, Marta Ávila, Luís Clovis, Pedro Agustin Adami e Marcelo Schenk Duque, pessoas com quem a troca de idéias num ambiente cálido tornou os estudos e a vida melhores.

Ao meu orientador, Professor César Saldanha Souza Júnior, a quem tanto devo por ter aceitado orientar-me neste trabalho e, com isso, me oferecido a valiosa oportunidade de usufruir do seu pensamento prospectivo. Ao egrégio pensador, jurista, advogado, enfim à pessoa exemplar, minha profunda gratidão.

Aos meus pais, Pedro e Susana, pelo apoio incomensurável de toda a vida. À Grace, minha esposa e companheira, pela qualidade da sua paciência, por me amar; à Shaoni, “la niña que me alumbra la mañana”. Ao Oscar, à Irina, enfim... À família, nosso círculo de poder.

RESUMO

O presente estudo tem como objeto, a instituição municipal, brasileira e peruana, nos seus perfis fundamentais: fatores históricos, culturais, atuais, de compreensão jurídica da instituição municipal, a relação entre município e Estado e a organização dos mesmos. Analisar, de forma comparativa, a normatividade constitucional municipal dos dois países, procurando esboçar a perspectiva da doutrina atual do Brasil e do Peru, a respeito dos Municípios, assim como as causas que desenvolveram os sentidos das mesmas. É distinguida, também, a estruturação orgânica de governo do Município, isto é, o órgão executivo e legislativo, assim como a estrutura administrativa municipal adotada no ordenamento jurídico peruano, e no brasileiro. As relações, de poder entre Município e Estado, são de crucial importância para a organização e funcionamento da instituição municipal, encontrando-se plenamente justificadas nos ordenamentos sob comparação. Essas relações, guardam referência com o marco normativo desenvolvido a partir de uma delicada concordância de competências e funções que, numa última análise, depende da forma de estado adotada por ambos os países, assim como do grau de concretização do nomeado princípio da subsidiariedade. A importância e compreensão do princípio de subsidiariedade, em ambos os ordenamentos, se mostra com a materialização, ou não, de municípios destacados pela sua adequação ao tipo de localidade, assim como às necessidades da mesma. Finalmente, esta pesquisa busca outorgar os elementos necessários para uma adequada abordagem e estudo da instituição municipal nas duas formas de Estado adotadas pelo Brasil e o Peru, analisando os possíveis elementos jurídicos determinantes da posição e normatividade destes países; permitindo uma compreensão introdutória básica do Município nos ordenamentos jurídicos sob análise.

Palavras-chave: Direito comparado. Município. Descentralização. Organização institucional. Exercício do poder. Brasil. Peru.

RESUMEN

El presente estudio tiene por objeto la institución municipal brasilera y peruana en sus aspectos fundamentales: factores histórico - culturales actuales de comprensión jurídica de la institución municipal, la relación entre municipio y Estado, y la organización de aquella. Es un análisis comparativo de la normativa constitucional del municipio brasilero y peruano procurando esbozar los principales alcances de su doctrina actual así como de las causas que pudieron propiciar el sentido de ambas. Por ende se distingue la estructuración orgánica del gobierno municipal, es decir, los órganos ejecutivo y legislativo así como la estructura administrativa municipal adoptada en los sistemas jurídicos bajo comparación. Se destaca también las relaciones de poder entre Municipio y Estado, fundamentales para la organización y funcionamiento de la institución municipal, encontrándose, incluso, plenamente justificadas en los ordenamientos jurídicos peruano y brasilero. Esas relaciones vienen dadas por marcos normativos que desarrollan una delicada asignación de competencias y funciones, que dependen de la forma estadual adoptada por ambos países así como del grado de concretización del denominado principio de subsidiariedad. La importancia y comprensión del principio de subsidiariedad en los ordenamientos bajo comparación se reflejan en la materialización, o no, de municipios destacados por su adecuación al tipo de localidad así como a las necesidades de la misma. Finalmente, esta investigación busca otorgar los elementos necesarios para un adecuado abordaje y estudio de la institución municipal en la forma federal de estado brasilera y en la unitaria peruana, analizando los posibles elementos jurídicos determinantes de la normatividad jurídica del municipio, que permitan una comprensión introductoria básica del Municipio en los ordenamientos jurídicos comparados.

Palabras claves: *Derecho comparado. Municipio. Descentralización. Organización institucional. Ejercicio del poder. Brasil. Perú.*

ABSTRACT

The present study has as objective the Brazilian and Peruvian Municipality institution in its fundamental aspects: The present historic-cultural factors of legal understanding of the municipality institution, the connection between city council and state, and its organization. It is a comparative analysis of the constitutional regulations of the Brazilian and Peruvian city council making an effort to outline the main scope of its present doctrine as well as the causes which could have favored the sense of both. Consequently, it is distinguished the organic structure of the municipality government, that is to say the executive and legislative branches as well as the administrative municipality structure taken in the legal systems under comparison. It is emphasized the relation in power between town council and state as well, both fundamental for the organization and operation of the municipality institution being even entirely justified in the Peruvian and Brazilian legal system. Such relations are being given by regulatory frameworks which develop a delicate assignment of competencies and functions, which depend on the state form adopted by both countries as well as the degree in which the so-called principle of subsidiary materializes. The importance and understanding of this principle in the regulations under comparison are reflected in their becoming reality or not, of city councils prominent for its adjustment to the type of locality as well as its necessities. Finally, the purpose of this investigation is to give the necessary elements for an adequate approach and study of the municipality institution in a federal way of the Brazilian state and in the united Peruvian, analyzing the possible legal elements decisive in the legal regulations of the municipality, which allows a basic introductory understanding of the municipality and the legal regulations comparatively.

Keywords: *Comparative Law. Municipality. Decentralization. The practice of power. Institutional organization. Brazil. Peru.*

LISTA DE ABREVIATURAS

ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade.
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.
AI	Ação de Inconstitucionalidade.
CC	Conflito de Competência.
CRFB/67	Constituição da República Federativa Brasileira de 1967 (Revogada).
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
CPP/79	Constituição Política do Peru de 1979 (Revogada).
CPP/93	Constituição Política do Peru de 1993.
LBD	Lei Orgânica de Bases da Descentralização Peruana, Lei N°27783 (Revogada).
NLOM	Nova Lei Orgânica de Municipalidades, Lei N° 27972.
PA	Processo de Amparo.
PHC	Processo de Habeas Corpus.
PI	Processo de Inconstitucionalidade.
STC	Sentencia do Tribunal Constitucional Peruano.
TCP	Tribunal Constitucional Peruano.

SUMARIO

1	INTRODUÇÃO	11
1.1	Objeto material e objeto formal deste trabalho	11
1.2	Meta cognoscitiva	12
1.3	Importância	13
1.4	Pertinência	14
1.5	Plano da exposição	15
1.6	Entendimentos prévios	15
1.6.1	Sobre as generalizações e os conceitos jurídicos	15
1.6.2	O direito comparado em prol de uma compreensão institucional comparada	18
1.6.3	Relatividade da centralização e descentralização	21
1.6.4	Desconcentração e delegação: detalhes diferenciais	24
2	OS MUNICÍPIOS BRASILEIRO E PERUANO: a origem histórica comparada	26
2.1	Esboços de um municipalismo peruano e brasileiro	26
2.2	Os Perfis municipais nos territórios do Brasil e do Peru	36
2.3	Perspectiva municipal brasileiro-peruana	49
3	A POSIÇÃO DOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS E PERUANOS	54
3.1	O município como entidade autônoma político-administrativa	54
3.2	O município e a democratização	62
3.3	O marco normativo municipal comparado	68
4	OS MUNICÍPIOS BRASILEIRO E PERUANO: a organização institucional comparada	76
4.1	A organização do governo municipal	76
4.1.1	Órgão executivo	84
4.1.2	Órgão legislativo	88
4.2	A organização da administração municipal	91
4.3	A diversidade municipal	93
5	OS MUNICÍPIOS BRASILEIRO E PERUANO: as bases do exercício do poder municipal comparado	96

5.1	Os princípios das formas de estado e a competência municipal	96
5.2	A subsidiariedade e a competência municipal	120
5.3	O interesse local e a competência municipal	124
6	CONCLUSÕES	134
	REFERÊNCIAS	137

1 INTRODUÇÃO

O estudo do município, na condição de instituição local, encerra em si uma grande quantidade de problemas a compreender, principalmente se está inserido em uma ordem jurídica maior.

É pertinente assinalar, no presente caso, que existe vasta bibliografia acerca da abordagem do tema municipal, a qual traz diferentes perspectivas, a saber, em nível histórico, sociológico, etc. Este trabalho propõe acrescentar subsídios à referida bibliografia, bem como objetiva lançar maiores luzes ao estudo comparado da instituição municipal, entre os países do Brasil e do Peru.

1.1 Objeto material e objeto formal deste trabalho

Este trabalho possui, assim como todo trabalho acadêmico, um objeto material e um objeto formal: o primeiro contém um segmento da realidade objetiva, que gera um interesse cognitivo, visto a preocupação com a matéria objeto de análise; o segundo representa a perspectiva ou ângulo de enfoque, sob o qual a matéria será escrutinada.

O tema cerne deste trabalho versa sobre o estudo comparado entre o município no Brasil e no Peru, como instituição natural dotada juridicamente de poder político institucional no nível Constitucional e demais normas que reflitam sob a sua estrutura e funcionamento, perante outros poderes políticos ou governos diferenciados. O ângulo de enfoque da pesquisa, como já mencionado, diz respeito à perspectiva que oferece o direito comparado, pois da convergência do objeto material e formal, resulta o objeto em sua plenitude, a integralidade do âmbito da pesquisa. A fórmula que descreveria o objeto de estudo, de um jeito mais desenvolvido é: “O Município como instituição de poder político no Brasil e no Peru sob a ótica do Direito Comparado”.

O substrato material da presente Dissertação, em vista da perspectiva a ser desenvolvida usará, também, dados históricos e elementos da Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional, com vistas, entre outras, a melhor determinar algum antecedente concreto do Município de nossos dias.

1.2 Meta cognitiva

O Município tem sido objeto de diversos trabalhos, os quais desenvolveram seus aspectos mais relevantes, como por exemplo, a evolução histórica, a sua origem, os seus elementos, etc. Assim, este trabalho tem o intuito de contribuir no estudo e na compreensão deste órgão do poder público, buscando sua atualidade e contextualidade, consistindo na vantagem que oferece o Direito Comparado, revisitando seus principais perfis, que dizem respeito ao poder político que eles possuem nos dois sistemas jurídicos de referência.

Os instrumentos que nos oferece o direito comparado constituem nos meios para uma compreensão do tema, neste sentido, far-se-á uma abordagem das causas que permitem diferenciar as instituições municipais dos países do Peru e do Brasil, sem esquecer as normas do âmbito Constitucional, além das que integram o bloco de constitucionalidade destes dois países, embora sejam estas diferentes formas de estado.

Sabe-se que as duas repúblicas são diferentes quanto aos seus dispositivos normativos municipais, sejam eles constitucionais ou de outra índole, mas no que tange o desenvolvimento normativo da instituição municipal, assim como o marco de exercício do poder da mesma, é uma diferenciação que merece ser estudada. Levando em conta esta circunstância, o presente trabalho, seria em vão se somente fizesse um paralelo descritivo das duas legislações, salvo se oferecer um ônus de compreensão, isto é, por exemplo, as formas pelas quais as duas repúblicas têm aportado à democratização dos seus países, concretizando suas expectativas no marco jurídico municipal, e também, as normas básicas regentes às instituições municipais de ambos os países, entre outras.

Conseqüentemente, este trabalho almeja descrever as similitudes e diferenças de tratamento da instituição municipal no Brasil e no Peru, numa tratativa dinâmica, sem pretender esgotar o assunto, que é vastíssimo. Se o trabalho contribui a repensar o órgão municipal, conforme o contexto latino-americano, já terá cumprido a sua finalidade.

1.3 Importância

Na atualidade, há um defeito da tratativa Municipal numa visão contextual próxima dos países da América Latina. Pode-se assinalar que o tratamento dispensado para o estudo deste órgão público de poder fica submetido ao estudo do sistema jurídico positivo próprio ou com referência a sistemas jurídicos fora do contexto de desenvolvimento daquele.

O intuito deste trabalho, que ressalta por si a importância do mesmo, é apenas iniciar a compreensão, reflexão e o ânimo de pesquisa sobre o tema municipal de países localizados na América Latina, neste caso, o sistema jurídico que norma o município no Peru e no Brasil. Esta empresa não tem por finalidade, nem poderia deixar de lado, a grandiosa contribuição de alguns egrégios mestres citados, mas, antes, prestar a homenagem da reflexão sobre suas valiosas lições, relacionadas ao presente tema.

Ora no Brasil, ora no Peru, existe positivado no texto Constitucional o intuito almejado pelos Constituintes das duas normas fundamentais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Constituição da República do Peru de 1993, que orienta a atuação dos Estados nos níveis político, econômico, social e cultural, para uma integração da América Latina. Então é lógico, que esta deve começar por conhecer à estrutura política básica dos dois Estados, isto é, o Município, tendo em consideração, que é o órgão representativo de poder mais próximo dos interesses da sociedade e que qualquer política nacional, para se denominar de sucedida, deve passar pelo complemento necessário dos órgãos municipais.

Assim, a originalidade deste estudo está na abordagem do Direito Municipal, com reflexo em realidades bem próximas, como as do Brasil e do Peru.

1.4 Pertinência

O enquadramento do Estado se faz, numa dupla perspectiva: de realidade jurídica e de realidade social. Na Teoria do Estado, uma das tarefas mais relevantes é a “[...] predição dos comportamentos sociais, em especial daqueles que afetam diretamente a organização e o funcionamento do Estado [...]” (DALLARI, 2007, p. 38). O estudo do Município, como parte básica e integrante do Estado é importante, portanto daquele pode-se extrair a verificação das tendências e possibilidades do Estado, perante a tratativa dos fenômenos sociais atuais (DALLARI, 2007). Sobre esta base é que se podem orientar, direta ou indiretamente, políticas integradoras ou mesmo verificar só os futuros prováveis dos Estados da Região.

As duas perspectivas do Estado:

[...] como Estado comunidade e como Estado-poder, como sociedade, de que fazemos parte e em que se exerce um poder para a realização de fins comuns, e como poder político manifestado através de órgãos, serviços e relações de autoridade [...] (MIRANDA, 2002, p. 8).

Refletem a importância do Município, como órgão de poder político para a realização de fins locais¹, visto que é por meio do órgão municipal que o Estado se organiza de um jeito mais eficaz, ora pelo reconhecimento daquele, ora pela sua instituição no nível jurídico.

Assim:

[...] não há uma idéia de Poder sem uma idéia de Direito e a autoridade dos governantes em concreto tem de ser uma autoridade constituída – constituída por um conjunto de normas fundamentais, pela *Constituição*, como quer que esta se apresente. (*Ibidem*, p. 9).

O Município, como integrante paritária inserida no sistema de poder do Estado, tem relações de coordenação e cooperação com outros grupos de poder, ou governos diferenciados, que permitem a realização das políticas do Estado como um todo. Assim, o estudo dos sistemas jurídicos municipais do Brasil e do Peru é pertinente à Teoria do Estado, em vista que é a comunidade local quem conhece a aplicação dos distintos âmbitos de poder, não somente em níveis local, regional ou nacional, mas também de um poder instituído pelo direito.

¹ Ou como refere Og Dória: “Os municípios são unidades políticas de um país. [...] De um país para outro, o grau de autonomia e identidade das populações municipais pode ser muito diferente [...]” (**Município o poder local**. São Paulo: Scritta Editorial. 1992. 88 p. p. 15)

1.5 Plano da exposição

O cerne do trabalho vem composto de quatro seções. A primeira mostra os antecedentes histórico-culturais, sem esquecer o reflexo jurídico, dos Municípios, isto é, as origens dos antecedentes concretos da normativa municipal de nossos dias, nas quais se fará uma abordagem do municipalismo histórico, a partir dos pensamentos vetores do município no Peru e no Brasil. A segunda seção desenvolve a posição do Município nestes dois países, conforme as tendências das suas sociedades. A terceira aborda a organização institucional dos municípios no Brasil e no Peru, nos seus dois principais perfis: a organização do governo e a organização administrativa. A última seção debruça-se sobre o Município como órgão de poder político e os seus limites nas suas atividades, isto é, as bases do exercício do poder dos Municípios, no Brasil e no Peru; porém, far-se-á a abordagem dos princípios das formas de estados federativos e unitários, assim como o nomeado princípio da subsidiariedade, este último nos seus principais aspectos.

1.6 Entendimentos prévios

Para uma adequada análise dos órgãos municipais, se faz necessário considerar alguns aspectos a respeito do modo de estruturação do trabalho, assim como o significado de algumas expressões relacionadas ao tema principal, que indicam uma harmoniosa unidade daquelas que aparentemente seriam contrárias.

1.6.1 Sobre as generalizações e os conceitos jurídicos

Pela compreensão e pela exigência metodológica, faz-se uma abordagem do presente ponto com a finalidade de ressaltar no seu próprio nível, a linguagem jurídica empregada para o

desenvolvimento deste trabalho. Embora a elaboração de definições seja perigosa para o direito (BIELSA, 1993) estas são exigíveis, tanto para o direito público como o privado.

Neste sentido, o emprego de uma palavra não basta para justificá-la, já que o mau uso daquela pode induzir a usos e justificativas ilegais ou até inconstitucionais, como por exemplo:

Si una ley dispone que el ganado u otras cosas que se introduzcan en una provincia pagarán tal o cual “tasa”, y no se presta un servicio a causa de esta tasa, lo que entonces se llama así no es sino impuesto [...] (*Ibidem*, p. 26)²

Na elaboração de conceitos, as operações necessariamente se ancoram em generalizações que abstraem da realidade determinadas características, para que de uma forma mais ampla sejam empregadas como caracterizadores de um determinado dispositivo normativo, mas ditas generalizações, e por isso abstrações, não devem trazer para si caracteres alheios ou deixar de lado as características concretas de cada país (DE TRAZEGNIES, 1992), já que por estas encontram-se limitadas.

Deste jeito, quando se aborda a realidade, esta se circunscreve aos:

[...] individuos –esta persona, aquella construcción, estas rocas, esas palabras- mas nos aferramos al mundo organizando esos individuos dentro de agrupamientos mayores. Como resultado de ello, los individuos que percibimos no solo son individuos que poseen cierta propiedad x, siendo instancias o casos de categorías más comprensivas. (SCHAUER, 2004, p. 76)³

Isso significa que, para o presente trabalho, certo objeto de estudo, a exemplo dos sistemas jurídicos brasileiro e peruano, contem uma forma de organização, ora na forma de estado adotada, ora no regime municipal. Contudo, tais categorias pertencem a outras categorias ou campos mais abrangentes. Neste sentido, não se pode negar a contingência do conteúdo das categorias mais amplas ou gerais, ambas produto de um processo de uniformização, isto é, extração das características comuns.

Assim, quando se faz uma generalização, normalmente se esquece de outorgar peculiaridades rigorosas; por isso aquele processo de abstração ou generalização pode ser realizado por meio da chamada regra descritiva, mediante a qual:

² “Se uma lei dispõe que o gado ou outras coisas que ingressem numa província farão o pagamento de tal ou qual ‘taxa’, e não se empresta o serviço por causa desta taxa, então a nomeada taxa não é senão imposto.” (Tradução livre).

³ “[...] individuos –esta pessoa, aquela construção, estas rochas, essas palavras- mas organizamos o mundo inserindo esses individuos em grupos maiores. Então, os individuos que percebemos não somente são individuos que possuem certa propriedade x, senão, também são instancias ou casos de categorías mais comprensivas. (Tradução livre).

[...] informamos o explicamos una regularidad o uniformidad. El uso de una regla descriptiva presupone, pues, una multiplicidad de casos, siendo lo que distingue a las reglas descriptivas de las observaciones singulares su carácter general en lugar del particular. (SCHAUER, 2004, p. 76)⁴

Essa descrição de regularidade, ou uniformidade, tem que ser rigorosa para não incorrer em regressões perante o estudo de algum ordenamento jurídico. A descrição de uma regularidade, ou uniformidade, pode-se realizar sobre ordenamentos jurídicos amplos sem precisar descer na análise ou observar o “tipo” especial de ordenamento.

Nas regras descritivas, resultado desse processo de generalização, pode-se dar o estabelecimento restrito, mas fluido das descrições gerais, ora pela rigidez que deve ter uma ciência como o Direito, ora para uma melhor compreensão, de acordo com a realidade, que sempre deve estar presente.

Então, pode-se verificar a contingência das regras descritivas perante determinados fenômenos da realidade, como acontece com a transformação dos conceitos em tipos, isto é, a individualização da generalização. Esta é relativa, já que o particular num âmbito pode ser geral noutro, só dependendo do grau de abstração:

Las generalizaciones son, pues, selectivas, mas así como son inclusiones selectivas, las generalizaciones son también exclusiones selectivas. Al concentrarse en un determinado número limitado de propiedades, una generalización simultáneamente suprime otras propiedades, incluso aquellas que marcan diferencias reales entre los individuos que las propiedades seleccionadas tratan como semejantes [...] La supresión es importante justamente porque no es una negación [...] (*Ibidem*, p. 80).⁵

Conceituar é uma forma de abstração ou generalização, pelo grau de inclusão ou seleção que desenvolve para encontrar a característica mais estressante e uniforme de determinado fenômeno jurídico, instituição, objeto ou indivíduo. Neste sentido, quando se conceitua, generaliza-se, e quando se generaliza, descrevem-se graus de abstração.

Legisladores, juristas, etc. iniciam em conceitos, idéias ou generalizações, a compreensão de alguma instituição. Conseqüentemente, não se deve descartar a utilidade do conceito jurídico,

⁴ [...] informamos ou explicamos uma regularidade ou uniformidade. O uso de uma regra descritiva pressupõe, pois, uma multiplicidade de casos, porém, a distinção entre as regras descritivas e as observações singulares está no caráter geral em lugar do particular. (Tradução livre).

⁵ As generalizações são, pois, seletivas, mas assim como são inclusões seletivas, as generalizações são também exclusões seletivas. Na concentração em um determinado número limitado de propriedades, a generalização simultaneamente suprime outras propriedades, incluso aquelas que marcam diferenças reais entre os indivíduos que as propriedades selecionadas observam como semelhantes [...] A supressão é importante precisamente porque não é uma negação [...] (Tradução livre).

não obstante sua configuração real, o tipo⁶, aliás, deve-se apostar pela complementaridade destes em qualquer análise comparativa.

1.6.2 O direito comparado em prol de uma compreensão institucional comparada

Cabe aqui ressaltar, no seu próprio campo, os métodos e demais condições para um trabalho comparativo e assim proceder a uma correta abordagem das instituições jurídicas municipais do Brasil e do Peru; por isso, não são estranhas algumas questões que se infere da análise comparativa de algum fenômeno jurídico, neste caso o Municipal, como as relacionadas aos limites da procura das causas diferenciais do mesmo e ao fato de ser possível realizar uma análise comparativa, tendo em consideração a correspondência dos sistemas jurídicos, brasileiro e peruano, à Família do Civil Law, isto é, pode-se propor alguma diferença a respeito de uma homogeneidade maior, entre outros.

Neste sentido, como pressuposto de entendimento, devem-se resenhar as palavras de Lúcio Pegoraro, numa das suas conferências: “Para um estúdio comparado precisa-se ter em consideração os elementos formantes (SACCO⁷, 1991, p. 343 *apud* PEGORARO, 2006, p. 52) de todo sistema jurídico, objeto de comparação; aqueles estariam conformados pela legislação da matéria, o desenvolvimento doutrinário, assim como o enfoque jurisprudencial (PEGORARO, 2006)”; sem prejuízo dos “criptotipos” (*Ibidem*, p. 53) dessa ordem ou sistema jurídico. Desta forma, com uma análise holística destes elementos formantes, pode-se encarar uma análise comparativa; isso nos levaria a chegar a vários, e porque não, conjuntos resultados, perante os quais, qualquer operador de direito comparado, ver-se-ia beneficiado, como ter bases para uma atividade legislativa posterior, dissipar as dúvidas de caráter intelectual ou no caso, extrair os princípios que inspiram cada ordenamento jurídico analisado, para como num todo, à maneira de

⁶ Neste sentido veja-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade, sendo Relator o Ministro Sepúlveda Pertence (DJ 01.12.2000): “A ‘forma federativa de estado’ – elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República – não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição [...]”

⁷ SACCO, Rodolfo. Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law. **American Journal of Comparative Law**, Berkeley, v. 39, n. 2, p. 343-364. 1991.

uma retroalimentação positiva, chegar a compreender melhor o sistema jurídico⁸, no qual a pessoa desenvolve suas atividades de relação.

Sem prejuízo do assinalado, deve-se expressar um benefício adicional da análise comparativa, que está conformado pela extração de “características ou elementos gerais”, assim como os seus correspondentes “conteúdos”⁹; isso pela recorrência ou uniformidade¹⁰ daquelas, nas instituições ou objetos jurídicos comparados. Assim, estas características gerais, generalizações, são relativas. Por isso, uma análise comparativa, não é, senão, uma análise completa e de prescrições relativas, a respeito dos seus resultados¹¹; e por esta circunstancia, é que muitas vezes, recorre-se ao “*tertium comparationis*” (PEGORARO, 2006) que certamente é um modelo de referência, teórico, abstrato e externo ao direito positivo e que traz consigo características comuns de um conjunto de ordenamentos.

Do mesmo jeito, e na atualidade, não se pode negar outros fins ligados com aqueles já mencionados, assim, “[S] se trata de fines, en su mayor parte, conexos con el propósito de favorecer la unificación internacional del derecho, con las formas y contenidos determinados partiendo de las opciones metodológicas y político normativas del momento.” (*Ibidem*, p. 49)¹²

Um estudo do direito estrangeiro, não é Direito Comparado, embora:

Naturalmente, el estudio de los ordenamientos extranjeros, es indispensable para conocerlos, y desde luego para compararlos. Mas esto es distinto al Derecho Comparado, que en gran medida se propone encontrar analogías y diferencias, justificarlas, y además en otros casos, de indicar a legisladores y jueces, qué cosa se puede importar o exportar, cuáles son las interpretaciones seguidas en

⁸ Comprender-se-á por “sistema jurídico”, para o presente trabalho, ao: “[...] conjunto de las reglas de derecho aplicables a los sujetos de un determinado grupo social que generalmente, aunque no necesariamente, está organizado en forma de estado.” (PEGORARO, Lúcio; RINELLA, Ángelo. **Introducción al Derecho Público Comparado**. Traduzido por César Astudillo. Lima: Palestra, 2006. 141 p. p. 51 – 52).

⁹ Pudendo ser os mesmos modelos referenciais ou abstratos.

¹⁰ Neste sentido Alessandro Somma assevera que os comparatistas, dentro do Direito Comparado, enxergam “[...] en en determinados métodos el instrumento por medio del cual se observan las constantes abstractas en la variedad de los fenómenos concretos.” (**Introducción Crítica al Derecho Comparado**. Traduzido por Carlos Agurto Gonzales, Paul Abanto Merino, Sintia Paniora Allca, Humberto Campodónico Macazana, Franklin Sierra Vásquez. Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2006, 260 p. p. 58.)

¹¹ Como assevera Alessandro SOMMA respeito do labor do comparatista: “Desde este punto de vista, el conocimiento se determina por medio de un procedimiento opuesto respecto de aquel elaborado por los positivistas, es decir, deductiva y no inductivamente. Dicho de otro modo, la observación se formula por medio de afirmaciones generales y abstractas elaboradas anteriormente, y se desarrolla por medio de la derivación de ellas en conclusiones concretas, dotadas de un valor meramente probable” (**Introducción Crítica al Derecho Comparado**. Traduzido por Carlos Agurto Gonzales, Paul Abanto Merino, Sintia Paniora Allca, Humberto Campodónico Macazana, Franklin Sierra Vásquez. Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2006, 260 p. p. 54 – 55).

¹² [S] trata-se de fins, na sua maior parte, conexos com o propósito de favorecer a unificação internacional do direito, com as formas e conteúdos determinados partindo das opções metodológicas e político normativas do momento. (Tradução livre).

materias análogas, cuáles son las bases comunes para uniformizar la legislación, entre otras. (PEGORARO, 2006, p. 10)¹³

No trabalho comparativo, o operador de direito não se limita a “[...] resaltar las diferencias entre los derechos sino que intenta sacar a la luz las causas de tales diferencias.” (*Ibidem*, p. 25)¹⁴ Nesse momento, o comparatista corre o risco de cair numa análise fora do campo do direito, isto é, dentro do campo da história ou da sociologia, por exemplo, assim para percorrer dita trilha, deve-se ter em consideração um “meio termo” entre a análise dos textos normativos e a jurisprudência nos textos doutrinários, entre outros, além daqueles que de algum jeito não estão expressos. Quer dizer que, em qualquer exercício de caráter comparativo do Direito, devem ser levados em consideração os efeitos dos criptotipos, “[...] modelos implícitos que están presentes en los diversos sistemas jurídicos y que actúan de modo penetrante en la demostración y decisión de cuestiones jurídicas (...)” (SACCO¹⁵, 1991, p. 343 *apud* PEGORARO, 2006, p. 54)¹⁶, e que configuram o principal problema de compreensão entre juristas de procedências territoriais diferentes, pois somente podem ser superados com o exercício da comparação ao nível sistemático e institucional.¹⁷

Neste sentido, a abordagem comparativa ao nível sistemático e institucional deve observar adicionalmente, se pretende compreender as causas das diferenças resgatadas e não

¹³ “Naturalmente, o estudo dos ordenamentos estrangeiros, é indispensável para conhecê-los, e, porém, para compará-los. Mas essa circunstancia difere do Direito Comparado, que em grande medida se propõe encontrar analogias e diferenças, justificá-las, e, também, noutros casos, de indicar aos legisladores e juízes, o que se pode importar ou exportar, quais são as interpretações em matérias análogas, quais são as bases comuns para uniformizar a legislação, entre outras.” (Tradução livre).

¹⁴ “[...] ressaltar as diferenças entre os direitos, senão, que tenta expor as causas das diferenças.” (Tradução livre).

¹⁵ SACCO, Rodolfo. Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law. **American Journal of Comparative Law, Berkeley, v. 39, n. 2, p. 343-364. 1991.**

¹⁶ “[...] modelos implícitos que estão presentes nos diversos sistemas jurídicos e que atuam de modo substancial na demonstração e decisão das questões jurídicas [...]” (Tradução livre).

¹⁷ Assevera Alessandro Somma: “El análisis institucional parte de las reflexiones formuladas por los autores de las teorías institucionalistas. Estas últimas han sido elaboradas en el contexto europeo a principios del siglo XX para elevar a las instituciones como motor del fenómeno derecho, en vez de las reglas, a las cuales hace referencia la opuesta teoría normativista”, então uma instituição ser-ia: “Complejo de valores, nombres, costumbres que con diferente eficacia definen y regulan duraderamente, con independencia de la identidad de los sujetos y, normalmente, más allá de la duración de vida de éstos: a) las relaciones sociales y los comportamientos recíprocos de un determinado grupo de sujetos cuya actividad está dirigida a conseguir un fin socialmente relevante, o al cual se atribuye, de todos modos, una función estratégica para la estructura de la sociedad, o para importantes sectores de esta; b) las relaciones que un conjunto no determinable de otros sujetos tienen y tendrán por diferentes motivos con dicho grupo, sin formar parte de este, así como sus comportamientos frente a dicho grupo.” (**Introducción Crítica al Derecho Comparado**. Traduzido por Carlos Agurto Gonzales, Paul Abanto Merino, Sintia Paniora Allca, Humberto Campodónico Macazana, Franklin Sierra Vásquez. Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2006. 260 p. p. 101).

estudar superficialmente um fenômeno jurídico, uma abordagem do Direito Constitucional brasileiro e peruano, em vista que a Constituição responde juridicamente a:

[...] una precisa escala de valores civiles y políticos en los cuales el grupo social o la comunidad política, reconoce la matriz de su propia identidad y las razones de su propia unidad. (PEGORARO, 2006, p. 56)¹⁸

Desse modo, uma análise como a empreendida, isto é, uma análise comparativa, pública e institucional, não deve deixar de observar, além da abordagem Constitucional do Brasil e do Peru, a ordem normativa do desenvolvimento Constitucional dos Municípios, isto é, aquelas normas dotadas de caráter nacional.

Do mesmo jeito, a respeito da possibilidade de realizar uma análise comparativa sobre ordenamentos ou sistemas jurídicos imersos numa homogeneidade, em nada se contrapõe ao exercício comparativo¹⁹ e à finalidade do mesmo. Aliás, dita análise vai aprofundar sobre os caracteres normativos essenciais, dos ordenamentos constitucionais sob comparação.

1.6.3 Relatividade da centralização e da descentralização

Tendo realizado as precisões anteriores, deve-se passar a dar noções sobre alguns termos que interessam ao presente trabalho o qual, não obstante, tente ser de caráter pragmático. Assim, termos como centralização e descentralização merecem uma delimitação liminar nos seus sentidos.

A centralização e a descentralização em geral, “[...] não são instituições jurídicas únicas, mas fórmulas contendo princípios e tendências [...]” (DESCENTRALIZAÇÃO E CENTRALIZAÇÃO, 2004, p. 329), portanto fundamentam e direcionam a organização político-administrativa dos Estados. Mas, serão contrapostas e excludentes estas instituições? O certo é que ambas, descentralização e centralização, são conceitos com descrições únicas para cada uma, complementando-se na realidade. Assim, de um lado:

¹⁸ “[...] una exata escala de valores civiles e políticos nos quais o grupo ou a comunidade política, reconhece a matriz da sua própria identidade e as razões da sua própria unidade.” (Tradução livre).

¹⁹ Como assinala Lucio PEGORARO na doutrina comparatista em forma geral a homogeneidade entre ordenamentos ou entre instituições pertencentes a ordenamentos jurídicos diferentes é considerada uma condição da comparação. (*Ibidem.* p. 59).

[...] a descentralização total leva a romper a própria noção de Estado, também do outro, foi detectado o carácter utópico de uma centralização total no Estado moderno, caracterizado por uma grande quantidade e complexidade de finalidades e de funções. (DESCENTRALIZAÇÃO E CENTRALIZAÇÃO, 2004, p. 329)

Deste jeito, nos sistemas jurídicos atuais, observa-se a existência de ambos os princípios, mas com certa margem de inclinação ou prevalência para um ou outro, quer dizer, aparecem como Centralização e Descentralização Imperfeitas (DESCENTRALIZAÇÃO E CENTRALIZAÇÃO, 2004, p. 330). Mesma idéia apresenta José Afonso da Silva ao se referir ao Estado Federativo, no que diz respeito à repartição de competências:

(...) dá origem a uma estrutura estatal complexa, que apresenta a um tempo aspectos unitário e federativo. É unitário, enquanto possui um território que embora dividido entre Estados- Membros, está submetido ao poder da União no exercício de sua competência Federal, e ainda uma só população, formando um único corpo nacional, enquanto regida pela legislação federal. É federativo (associativo), enquanto cabe aos Estados Membros participar na formação da vontade dos órgãos federais (especialmente o Senado, que se compõe de representantes dos Estados) e enquanto lhes é conferida competência para disporem sobre matérias que lhes reserva a CF com incidência nos respectivos territórios e populações. (SILVA, 2004, p. 100-101)

Assim a:

[...] centralización o descentralización políticas tienen por objeto la organización del Estado, es decir su constitución orgánica, pero no determinan necesariamente la centralización o descentralización administrativa, toda vez que hay Estados políticamente centralizados con un régimen de descentralización administrativa y viceversa, o ambos concurrentemente. (DROMI, 2005, p. 739)²⁰

Embora a descentralização e centralização administrativas estejam vinculadas com o patamar político das mesmas, aquelas não fazem parte do desenvolvimento deste trabalho, visto que o objeto de estudo é o Município, como instituição política básica na distribuição territorial do poder dos Estados sob comparação.

Um tema tangencial, com a centralização e descentralização política, é aquele referido à soberania²¹. Este é poder e atributo do governo federal ou da “União”, isto é, os Estados

²⁰ “[...] centralização ou descentralização políticas têm por objeto a organização do Estado, quer dizer, sua constituição orgânica, mas não determinam obrigatoriamente a centralização ou descentralização administrativa, já que há Estados politicamente centralizados com um regime de descentralização administrativa e vice-versa, ou ambas concurrentemente.” (Tradução livre).

²¹ Art. 1º, inciso I, da CRFB/88 (Constituição da República Federativa do Brasil) e o Art. 43º, Primeiro Parágrafo, *in fine*, da CPP/93 (Constituição Política do Peru).

Federados outorgaram o *ius gentium* ao governo “central”, que faz reconhecível um Estado no direito internacional, podendo exercê-lo de um jeito excludente, e manifestando-se no plano internacional e no plano interno. Do mesmo jeito, em um Estado Unitário, se exerce a soberania, mas de uma forma originária e não derivada, já que a mesma sempre foi exercida pelo governo “central” sem derivação, ao menos juridicamente falando. A soberania, assim:

[...] é o atributo que se confere ao poder do Estado em virtude de ser ele juridicamente ilimitado. Um Estado não deve obediência a nenhum outro Estado. Isto o coloca, pois, numa posição de coordenação com os demais integrantes da cena internacional e de superioridade dentro do seu próprio território, daí ser possível dizer da soberania que é um poder que não encontra nenhum outro acima na arena internacional e nenhum outro que lhe esteja nem mesmo em igual nível na ordem interna. (BASTOS, 1998, p. 284)

Fala-se da relatividade dos termos de centralização e descentralização, já que levar qualquer das duas à sua aplicação total, levaria a um colapso do Estado, ora pela incapacidade de resolver adequadamente e de forma satisfatória o leque de interesses locais ou periféricos por parte do órgão central, ora pela dissolução do Estado levando em consideração que é o governo “central” o órgão unificante.

Deste jeito, pode-se observar Estados Unitários Descentralizados ao nível administrativo, ou Estados Unitários Desconcentrados, como a Colômbia, por exemplo; e outros com Descentralização Política: Peru, Portugal, como exemplo. Nestes Estados, fica subentendida a Centralização em algumas matérias que não foram outorgadas originariamente ou de forma derivada em outros órgãos. Por seu lado, nos Estados Federativos, embora o entendimento preliminar descentralizado que eles possuem, os Estados Membros ou Federados centralizam algumas matérias como, o *ius gentium* e outras de caráter administrativo, como a expedição de carteiras de identidade aos estrangeiros residentes. Fala-se de descentralização subentendida, em vista que, os Estados Federados de forma independente centralizam um marco de competências ou funções ao governo “central” ou da União, fica, porém, entendido o caráter descentralizado dos Estados Federados perante o governo da União.

Por questão de abrangência, delimitar-se-á a centralização e a descentralização administrativa, assim na centralização administrativa:

[...] hay una reunión de varias materias en un centro común [...] los órganos no están dotados de personalidad jurídica propia e independiente de la personalidad jurídica estatal. (DROMI, 2005, p. 741)²²

E na descentralização administrativa:

[...] el ordenamiento jurídico confiere atribuciones administrativas o competencias públicas en forma regular y permanente a entidades dotadas de personalidad jurídica, que actúan en nombre y por cuenta propios, bajo el control del Poder Ejecutivo. (*Ibidem*, p. 741)²³

Tendo sido feitas, em linhas gerais, as correspondentes limitações terminológicas de termos relacionados ao presente trabalho, é preciso fazer uma abordagem sobre outros conceitos derivados dos mesmos.

1.6.4 Desconcentração e delegação: detalhes diferenciais

Se bem que, esta terminologia e a subsequente atividade que lhes envolvem, são pertinentes só no âmbito administrativo dos Estados, desta forma, convêm diferenciá-las.

Tem-se desconcentração “[...] cuando la ley confiere regular y permanentemente atribuciones a órganos inferiores dentro de la misma organización de una entidad pública” (*Ibidem*, p. 742)²⁴. Para compreender melhor esta proposição e diferenciá-la substancialmente da descentralização administrativa dir-se-á que:

[...] as tentativas dirigidas simplesmente ao descongestamento da administração pública central, multiplicando no interior da administração do Estado os órgãos periféricos, sem incidir de maneira substancial sobre o poder de decisão e sem se sobrepujar à ordem hierárquica, dão finalmente lugar a medidas de desconcentração ou, se preferirmos, de Descentralização hierárquica. (DESCENTRALIZACAO E CENTRALIZACAO, 2004, p. 334)

Quer dizer que, na desconcentração administrativa há uma só administração pública central, a qual tem “órgãos periféricos” com um órgão central entre os quais existe uma relação

²² “[...] há uma junção de várias matérias num centro comum [...] Os órgãos não possuem personalidade jurídica própria e independente da personalidade jurídica Estatal.” (Tradução livre).

²³ “[...] o ordenamento jurídico confere atribuições administrativas ou competências públicas de forma regular e permanente em entidades com personalidade jurídica que atuam por nome e por conta próprios, sob o controle do Poder Executivo.” (Tradução livre).

²⁴ “[...] quando a lei confere regular e permanentemente atribuições em órgãos inferiores dentro da mesma organização de uma entidade pública.” (Tradução livre).

hierárquica; na descentralização administrativa, se tem a existência de órgãos periféricos, mas com atribuições regulares e permanentes de competências, implicando a dotação de uma personalidade jurídica e patrimônio próprio ao organismo periférico, tendo reflexo no poder de decisão. Assim, o vínculo na desconcentração é de caráter hierárquico e na descentralização administrativa, o vínculo é funcional.

Sobre a “delegação” da desconcentração e a descentralização se diz que:

La descentralización tiene su origen en la ley, la desconcentración tiene su origen en la ley o el decreto [...] mientras que la delegación se origina en un Acto Administrativo fundado en ley. En la descentralización y en la desconcentración hay una atribución de competencias al inferior. En la delegación hay sólo una transferencia total o parcial del ejercicio de la competencia, que sigue perteneciendo al superior [...] (DROMI, 2005, p. 742)²⁵

Assim, nesta, tem-se o caráter temporal das funções, entretanto, na outra prima o caráter permanente das funções desenvolvidas pelo órgão passivo da delegação.

²⁵ “A descentralização tem sua origem na lei, a desconcentração tem sua origem na lei ou no decreto [...] entanto que a delegação se origina num Ato Administrativo fundado na lei. Na descentralização e na desconcentração há uma atribuição de competências ao inferior. Na delegação há somente uma transferência total ou parcial do exercício da sua competência, que segue pertencendo ao superior [...] (Tradução livre).

2 OS MUNICÍPIOS BRASILEIRO E PERUANO: a origem histórica comparada

Nesta parte, estabelecer-se-á um comparativo histórico cultural de forma geral, das diferentes realidades que originaram, em determinado contexto e tempo, as peculiaridades municipais do Brasil e do Peru. Ver-se-á, deste modo que, embora os municípios brasileiro-peruanos provenham da região ibérica, estes últimos têm caracteres os quais, dentro de uma inserção na América Ibérica, marcaram uma importante diferenciação e aquisição de peculiares características, que inclusive agora são observadas na normativa local peruana, sendo as causas diferenciais da sua contraparte, isto é, da normativa local brasileira.

2.1 Esboços de um municipalismo peruano e brasileiro

Para fazer uma análise histórica deve-se levar em conta o contexto temporal e social do fenômeno a ser analisado; assim, quando se fala atualmente de municípios, mormente está se referindo a uma instituição, inserida num Estado, com um conjunto de normas que a regulam no seu fazer diário. Porém, nem sempre foi assim, isto é, um município institucionalizado ou com as atuais características, já que se esboçou dita instituição com particulares perfis, a partir e conforme, as necessidades que se apresentavam na convivência diária de um grupo de indivíduos. (ARENDDT, 1995).

Compreenda-se, pois, o municipalismo como aquele direito local, ou se preferível municipal, de caráter incipiente, já que quando se trata das relações dos indivíduos entre si ou com as coletividades das quais dependem, está, mormente, em face do que se poderia nomear de direito; destarte, esse direito incipiente difere dos seus pressupostos e perfis da instituição jurídica municipal atual. Assim, tanto na Europa como na América, as populações antigas, já tinham certos critérios sob como levar as questões de interesse local ou daquele interesse de um determinado grupo de população morando por perto, isto é de forma imediata.

Tem-se na América, pelo menos no que atinge ao Peru, uma organização antiga de caráter religioso e familiar, constituindo a célula social do Peru (BAUDIN, 1978), que denominava-se

“*Ayllu*”²⁶; esta comunidade estava organizada sob uma população, que de jeito algum tinha relação entre si, isto é, o *ayllu* estava conformado por um grupo de famílias²⁷ que pela circunstância da ocupação de um território, organizavam-se de forma tal, que inseridas na mesma, funcionavam num conjunto de regras que embora ligadas especialmente à religião, não deixavam de levar em conta os interesses do grupo ou da comunidade e que pelo costume foram passados aos seus descendentes, permitindo um convívio progressivo e organizado. O *ayllu* era, pois “[...] una familia extensa [...] vinculados por el parentesco real y no meramente ficticio.” (ESPINOZA, 1997, p. 115)²⁸

No “*ayllu*” se tinha uma série de obrigações, que iam desde o trabalho comunitário até a defesa do grupo familiar ou da comunidade. O intuito desse trabalho comunitário era o bem estar coletivo, em vista que:

[...] era la única respuesta que tenían para organizar y controlar toda labor que redundara en bien de todos ellos. Sin esa unidad no habrían realizado las asombrosas redes de canales en los valles costeros, ni hubieran llevado a su término otras impactantes construcciones en las comarcas altas de la serranía. [...] (*Ibidem*, p. 116).²⁹

Conheciam-se, a saber, duas formas de trabalho comunitário, a saber, o “*ayne*”, também chamado “*ayni*”, que implicava reciprocidade, em vista que, o trabalho emprestado para uma pessoa ou família tinha que ser devolvido num dado momento; e a “*minga*”, ou “*minca*”, que implicava verdadeiro coletivismo, já que por meio delas se realizavam canais, pontes, templos, etc. para benefício comunal. (ESPINOZA, 1997).

Aquela associação reconhecia também, o princípio de autoridade: assim tinha a presença de uma pessoa encarregada da condução da mesma, que exercia funções sacerdotais de administração, de justiça e de governo, a qual se denominava “*Curaca*”³⁰ e tinha, além daquelas funções, as atividades cujo escopo estava relacionado à satisfação daquelas circunstâncias que conformavam o interesse dos membros do grupo, ou seja, de todas aquelas pessoas as quais, de

²⁶ Que segundo Luis Guillermo Lumbreras ficou constituído durante o segundo milênio da era passada, soslaiano a os grupos de caçadores e coletores. (**Historia del Perú**. Perú Antiguo. Lima: Juan Mejía Baca, 1980. v. 2. p. 335)

²⁷ Famílias nucleares simples e famílias nucleares compostas, aquelas integradas pelos Pais e os filhos solteiros e esta integrada por uma família nuclear simples além de outras pessoas, como crianças adotadas, uns dos avôs, um órfão ou qualquer outro sujeito vinculado ao lar, como expressa Waldemar Espinoza Soriano (**Los Incas: economía, sociedad y estado en la era del Tahuantinsuyo**. 3. ed. Lima: Amaru Editores, 1997. 507 p.)

²⁸ “[...] una familia extensa [...] vinculados pelo parentesco real e não meramente fictício.” (Tradução livre).

²⁹ “[...] era a única resposta que tinham para organizar e controlar toda em bem de todos eles. Sem essa unidade não teriam realizado as assombrosas redes de canais nos vales da faixa do litoral, nem teriam levado a término outras impactantes construções nas comarcas da serra [...]” (Tradução livre).

³⁰ No presente trabalho se considerará como sinônimos os termos de Curaca, Cacique ou Principal.

jeito algum, estavam perto e diretamente integradas no mesmo³¹. Dessa maneira, no *ayllu* “[...] podemos encontrar manifestaciones de un elemento que es esencial en todo gobierno local: el localismo y las relaciones de vecindad [...]” (GODOS, 2002, p. 117).³²

Esta tendência unificadora das famílias, numa organização maior, nomeada de *ayllu*, alcançou seu clímax quando se criaram os estados reinos e logo após o império. (ESPINOZA, 1997). Porém, o “*Ayllu*” também tinha a presença do elemento território na sua conformação, podendo os mesmos se associar para conformarem a nomeada “*marka*”³³, assim:

A la vista de estas consideraciones, podemos decir que la marka como aldea, territorio, como una comunidad, es una fase avanzada en la evolución del Ayllu y será aquí, en esta fase, donde podríamos encontrar latente los perfiles de un gobierno local (GODOS, 2002, p. 118).³⁴

Enxerga-se, então, a presença de caracteres municipais nessa organização, pelo que se pode inferir que as relações de vizinhança inseridas numa estrutura social não eram desconhecidas para os povos anteriores à conquista espanhola e, incluso, à *incaica*.

Mas o *ayllu*, também, como organização social de caráter territorial, continha perfis culturais suficientemente característicos, como para se diferenciar de outras organizações sociais européias ou de outras latitudes, especialmente no que atinge ao trabalho solidário.

Assim, no mundo andino, incluso muito antes de ser dominado pelos Incas, o núcleo social e político de cada povo era o *ayllu*. (ARIAS, 1978; SILVA, 2006).

Dentro do Império Incaico, o *ayllu* também passou a ser a célula base da sua estrutura social e política, embora suas autonomias tenham sido afetadas devido à centralização daquele (GODOS, 2002; VERGARA, 1961). Esta última circunstancia se explica através da unicidade que deve figurar em todo aparelho ou órgão maior que abrange unidades menores, com o intuito de uma coordenação para fins comuns nas suas atividades.

Já no Estado ou Império Incaico, mesmo com a circunstancia assinalada no parágrafo anterior, pelas novas necessidades para o bom funcionamento do aparelho estatal, e levando em

³¹ Para maiores detalhes ver “Los Incas: economía, sociedad y estado en la era del Tahuantinsuyo” de Waldemar Espinoza Soriano, “**Historia del Perú: Perú Antiguo**”.2 v. v. 1 de Luis Guillermo Lumbreras.

³² “[...] podemos encontrar manifestações de um elemento essencial em todo governo local: o localismo e as relações de vizinhança [...]” (Tradução livre).

³³ Território onde se situava cada família nuclear simples ou composta (aldeia ou povoado), mas tinha-se “marcas” ou aldeias que eram as estâncias de vários ayllus, como bem refere Waldemar Espinoza Soriano.

³⁴ “À vista destas considerações, podemos dizer que a Marka como aldeia, território, como uma comunidade, é uma fase avançada na evolução do Ayllu e é nesta fase onde poderíamos encontrar latentes os perfis de um governo local.” (Tradução livre).

conta o caráter coletivo, e não o pressuposto da individualidade do homem dentro do *ayllu*,³⁵ foi que, ao surgir o império inca, este sempre favoreceu àquele, já que por meio dele podia extrair a força do trabalho para a satisfação das necessidades administrativas e de governo do novo estado, isto é, obras de interesse da comunidade assim como aquelas do próprio estado inca, garantindo deste jeito a tranqüilidade tanto das famílias e do “*ayllu*”, quanto do próprio estado. Destarte, o *ayllu* conformava o elemento básico sob o qual se edificou a sociedade andina, era “[L]a unidad nuclear de tipo administrativo y local [...] cuyo número e importancia no fueron mermados antes ni durante los incas” (ESPINOZA, 1997, p. 122).³⁶

Tem-se, assim, que as circunstâncias ressaltadas nos parágrafos anteriores não se diferenciam muito do acontecido na antiguidade, nos povos gregos e romanos cujas tradições jurídicas se estabeleceram nos países da Península Ibérica, fale-se de Portugal e Espanha.

Nestas cidades³⁷ antigas, pela predominância da crença traduzida na religião, tendo como alicerce a família, foram se criando primeiro certos padrões de conduta entre familiares, os quais logo após passaram a formar parte das condutas fortemente observadas de uma agregação, ou comunidade organizada maior, que se uniram por necessidades manifestamente coletivas (COULANGES, 1975), mas levando em conta que “[A] a cidade havia sido fundada como uma religião e constituída como uma igreja” (*Ibidem*, p. 182).

Já no seio da família, entendida esta como um grupo de parentes que sob a condução tinha um pai ou *pater* do grupo, se criou uma série de normas pela crença que as mesmas assinalavam as condições necessárias para entrar em contato com seus ancestrais ou com forças além da compreensão humana, porém, incontroláveis e incertas.

Assim, com base na família, suas normas - e porque não dizer suas instituições - tanto de poder quanto de religião, foram-se criando por agregação *gens*, tribos e posteriormente cidades (*Ibidem*, p. 142), por isso não se hesita em dizer que ditas cidades ou urbes eram pois federações

³⁵ Aliás, esta situação não existia.

³⁶ Tradução livre: “A unidade nuclear de tipo administrativo e local [...] cujo número e importância não foram mermados antes nem durante os incas.”

³⁷ Para o presente trabalho são sinônimas os termos de cidade e urbe, mesmo que autores como Fustel de Coulanges, em **Cidades Antigas: Estudo sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma**, façam distinção entre cidade e urbe: “A cidade era a associação religiosa e política das famílias e das tribos, a urbe, o lugar de reunião, o domicílio e sobretudo o santuário dessa sociedade.” (p. 106).

de tribos, as mesmas que eram federação de grupos menores.³⁸ Conseqüentemente todas estas formas antigas de comunidades organizadas precederam e contribuíram à formação do estado.

Porém, assim, tanto as cidades quanto as famílias, necessitavam de leis para organizá-las, sendo que a família (ARENDRT, 2004) devia também ter alguém na sua condução, não somente nas funções de governo, mas também nas religiosas. É em tal circunstância que foram se criando normas e até mesmo instituições que permitiam uma boa direção da nova comunidade organizada, assim, por exemplo, para as funções de administração e governo tinha se criado o magistrado e o rei e assim por diante. Também foram se criando espaços públicos, isso porque não só eram de assistência da família, senão de todas aquelas famílias que compunham o agrupamento maior, neste caso, da urbe ou da cidade (TAVARES, 2005). Deste jeito pela sua auto-suficiência e unidade da mesma:

Toda cidade tinha grande apreço a sua autonomia [...] compreendendo o culto, o direito, o governo e toda a independência religiosa e política da cidade. (COULANGES, 1975, p. 164).

As sociedades antigas eram cidades-estado, já que, além da circunstancia assinalada no parágrafo anterior, o governo das cidades estava sob a função de um rei ou magistrado, cuja soberania se exercia sobre todo o território que abrangia às tribos unidas, dentro das quais não houve uma diferença precisa entre as atividades ou tarefas que são pertinentes ao estado e aquelas outras municipais (ALZAMORA, 1985; BIELSA, 1962). Aliás, essa conformação era comum tanto para as cidades gregas como para as romanas.

Agora, a despeito da similitude com uma cidade-estado, foi Roma quem outorgou os perfis do município³⁹ como se compreende até os nossos dias já que foi ela quem estabeleceu o sistema dos “*municipia*”:

[...] que era una calidad que se concedía a determinadas ciudades conquistadas dentro de la Península Itálica, como modo de mantener un régimen especial de relaciones con ellas. (ALZAMORA, 1985, p. 53).⁴⁰

³⁸ Neste sentido Fustel de Coulanges expressa: “Assim, a sociedade humana [...] não cresceu à maneira de círculo, que se estendesse pouco a pouco de lugar em lugar; pelo contrário, foram pequenos grupos, há muito constituídos, que se agregaram uns aos outros. Várias famílias formaram a fratria, varias fratias a tribo, e muitas tribos a cidade. Família, fratria, tribo, cidade são, por tanto, sociedades semelhantes entre si, nascidas umas das outras através de uma série de federações.” (**A cidade antiga: Estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma.** Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Sao Paulo. Hemus, 1975. p. 101)

³⁹ Além de um direito sistematizado, mesmo do protótipo municipal. É de ressaltar também que foi o direito de cunho Romão que prevaleceu posteriormente no mundo mediterrâneo, porém é ele que origina um maior interesse neste trabalho. Destarte para um estudo circunspecto do Direito Romano e suas diferentes instituições vea-se a obra de J. Declareuil: **Roma y la organización del Derecho** (Traduzido ao espanhol por José López Pérez, 2. ed. México: Editorial Hispano Americana, 1958. 311 p.)

Por meio deste sistema, se impôs a obrigação de contribuir às cargas (*munera*) do Estado que incluía o serviço militar; daí se tem a derivação de *munícipes* e de *municipia*, correspondendo o primeiro aos habitantes dessas cidades e o último à mesma cidade.

Deste jeito, deve-se entender que, no período de conquista e expansão romana, nem todos os povos conquistados tinham a qualidade de *cidadão romano*, isto é, o sujeito da própria cidade de Roma que perante os demais cidadãos romanos de cidades agregadas (CIVIS URBANUS, 1948, p. 95) tinha direitos especiais que as *gens*, que conformaram Roma propriamente, reconheceram-se reciprocamente, garantindo deste jeito o direito e desfrute a cada uma delas, assim como aos seus membros do conteúdo daqueles; estes nomeavam-se *ius civitatis* que abrangiam:

En la esfera política [...]: el *ius sufragii*, derecho de sufragio, el *ius honorum*, derecho a ser elegido para las magistraturas, el *ius militae*, derecho a servir en la legión; en el dominio religioso: el *ius sacrorum*, asociación al culto de la ciudad, el *ius auspiciorum*, derecho a consultar los auspicios, el *ius sacerdotii*, derecho de desempeñar los sacerdocios nacionales; en el de las relaciones de orden privado: el *dominium*, propiedad de las *gentes* sobre sus tierras, absoluta, exclusiva; el *conubium*, capacidad para contraer una unión legal; el *commercium* o la garantía de los convenios jurídicos susceptibles de establecerse entre miembros de *gentes* diferentes, y por último, el derecho a hacer reconocer y sancionar las obligaciones que podían resultar de éstas por la justicia superior del rey, por medio de un procedimiento que se precisó en formas decretadas, las *legis actiones*. (DECLAREUIL, 1958, p. 30)⁴¹

Aos *civis municipes* outorgaram-lhes certos direitos de cidadania como o *ius comertium*, *ius conubium*, entre outros, mas careciam de direitos políticos; destarte, e em face desta desigualdade, junto às continuas lutas destas cidades, porém, da sua população, e pelo fato de pertencerem ao *imperium romano*, os romanos concederam posteriormente os direitos civis e políticos em toda a sua extensão, quer dizer com faculdades de participação em todas as questões de interesse de Roma.

⁴⁰ “[...] que era uma qualidade que outorgava a determinadas cidades conquistadas dentro da Península Itálica, como modo de manter um regime especial de relações com elas.” (Tradução livre).

⁴¹ “Na esfera política [...]: o *ius sufragii*, direito de sufrágio, o *ius honorum*, direito para ser elegido nas magistraturas, o *ius militae*, direito de Server no exército; no domínio religioso: o *ius sacrorum*, associacao ao culto da cidade, o *ius auspiciorum*, direito para fazer consultas nos oráculos, o *ius sacerdotii*, direito de desempenhar as chefias religiosas nacionais; nas relações de ordem privado: o *dominium*, propriedade das *gentes* sobre suas terras, absoluta, exclusiva; el *conubium*, capacidade para se casar legalmente; o *commercium* ou a garantia dos convênios jurídicos susceptíveis de estabelecer entre membros de *gentes* diferentes, e por último, o direito de reconhecer e sancionar as obrigações que podiam resultar de estas pela justicia superior do rei, por meio de um procedimento sob formas decretadas, as *legis actiones*.” (Tradução livre).

Assim, todas estas cidades agregadas a Roma e seus correspondentes cidadãos foram se integrando e ganhando a qualidade de cidadãos romanos, início da romanização,⁴² como aconteceu com os povos antigos pertencentes aos territórios atuais da Espanha (COULANGES, 1975) e Portugal (HESPANHA, 2005).

Destarte, e pela dominação do mundo mediterrâneo, se observa que a influencia do povo romano e, conseqüentemente, das suas instituições, direitos e demais, originou a partilha das mesmas características no direito que regulava os povos da Península Ibérica, especialmente aquele relacionado às questões locais, isso sem menoscabo das peculiares características que simbioticamente subsistiam ao direito romano. Assim, no império romano as cidades conquistadas foram de quatro tipos aquelas:

[...] que gozaban de ciudadanía completa (optimo iure), los que poseían parte de ella, los que tenían su propia legislación y los que adoptaban la de Roma (fundi facti). (ALZAMORA, 1985, p. 53).⁴³

Por essa circunstância, o direito civil ou direito romano sofria adaptações em face das características locais dando origem a um direito muito particular, o qual “[...] era menos técnico, socorrendo-se de formas simplificadas (direito romano vulgar, Vulgarrecht).” (HESPANHA, 2005, p. 140).

Assim, o direito romano fez uma uniformização do direito referente aos municípios, que estava contida na Lex Julia Municipalis (90 a.C.), mediante um esquema geral das organizações municipais. Embora a tendência anotada, viu-se a necessidade de uma compatibilização com outras ordens locais, sendo, porém um fenômeno de reconhecimento da diversificação; a lex Municipalis Tarentina⁴⁴ (62 a.C.) é exemplo dessa circunstancia. (ALZAMORA, 1985).

Perante essas circunstancias a compatibilização ocorre assim:

Considerar que, no seu domínio particular de aplicação, os direitos próprios têm a primazia sobre o direito comum, ficando este a valer, não apenas como direito subsidiário, mas também como direito modelo, baseado nos valores mais permanentes e gerais da razão humana (*ratio scripta, ratio iuris*), dotado por isso de uma força expansiva que o tornava aplicável a todas as situações não previstas nos direitos particulares e, ao mesmo tempo, o tornava um critério, tanto para julgar da razoabilidade das soluções jurídicas nestes contidos, como

⁴² Ano 218 a.C. segundo Manuel Antônio Hespanha (Em: **Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milênio.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 552 p.), período que finalizou com a vigência generalizada do direito romano na Península Ibérica após o edito de Caracala (212 d.C.), que outorgou a cidadania a todos os habitantes do Império.

⁴³ “[...] que gozavam de cidadania completa (optimo iure), os que possuíam parte de ela, os que tinham sua própria legislação e os que incorporavam os perfis de Roma (fundi facti).” (Tradução livre).

⁴⁴ Lei que contém um estatuto especial para a cidade de Tarento.

para reduzir as soluções, variegadas e dispersas dos direitos locais, a uma ordem “racional” [...] (HESPANHA, 2005, p. 143)⁴⁵

Conseqüentemente, é inegável que o território do império romano não era um espaço juridicamente vazio. Porém, o direito romano, propriamente, foi se misturando com os direitos locais ou dos reinos⁴⁶; quer dizer, que subsistiam e se aplicavam tanto o direito romano quanto o direito local (Vulgarrecht), circunstancia que aconteceu, também, nos territórios da Espanha e de Portugal.

Os territórios de Espanha e de Portugal foram invadidos num primeiro momento pelos romanos, para posteriormente serem invadidos pelos visigodos e os árabes⁴⁷, fato o qual acrescentou algumas características adicionais no direito vigente de esse então, fale-se também do direito que regulava as questões locais, isto é, dos municípios. Ditos acréscimos são, o “Fuero Juzgo”, o “Conventus Publicus Vicinorum”, que eram as Assembléias de Homens Livres⁴⁸, com funções, entre outras, de caráter administrativo e judicial, instituição que foi substituída pelo “Concilium dos Germanos ou Assembléia geral de vizinhos”, que governavam as cidades grandes, e o “Conselho Aberto ou Cabildo”⁴⁹ que governava as cidades pequenas; do mesmo jeito dos árabes provêm a denominação de “alcalde”⁵⁰ assim como a organização da justiça e dos mercados.

Dessa mistura, se originou tanto o município lusitano quanto o espanhol e pode-se observar que o “Conselho” era uma instituição comum às duas realidades, sendo inegável o grau

⁴⁵ Já nesta técnica se enxerga as primeiras postas em cena das raízes da subsidiariedade, de um jeito pragmático.

⁴⁶ Outros aportes romanos, além dos assinalados, são o pedâneo com funções de juiz pedâneo, que entendia das causas leves e que julgava no momento, a pé, dali a sua denominação. (Ver GODOS RÁZURI, Victor. **Derecho Municipal**. Lima: IDEMSA, 2002. 370 p.)

⁴⁷ Aliás, Dante Martorano assevera: “Suevos, alanos e vândalos – bárbaros que demoliram por completo o Município, por séculos instituído pela política e pelo direito romano. Mas no século V, Ataulfo, chefe dos visigodos, expulsando estes invasores da Península Ibérica, fez valer sua predileção pelas instituições do império destróçado. Por mais atentos à vida rural, deixaram aos habitantes da cidade o desenvolvimento de suas administrações. É este o característico do Município visigótico. [...] Na invasão otomana pouco se acrescentou à instituição. O reino das Astúrias foi centralizador e não propício ao regime municipal. Na luta contra o feudalismo, os reis, também na Península Ibérica, se valeram dos municípios. [] Ao Reino de Leão se deve atribuir a criação de um Município típico da Península. Há influência árabe nas instituições, mas predominância das normas advindas do Direito Romano. [...]” (**Direito Municipal**. Rio de Janeiro. Forense, 1985. 247 p. p. 59-60).

⁴⁸ Nomeados “Conselhos dos Homens Livres” que como estressa Hely Lopes Meirelles (**Direito municipal brasileiro**. 9. ed. Sao Paulo: Malheiro, 1997. p. 33) hoje esta modernizada nas Câmaras de Vereadores, representativas da comunidade local e fiscalizadoras da conduta do Executivo municipal.

⁴⁹ Nas que se praticava a democracia direta.

⁵⁰ Derivada de “Al-kaid”: juez ou alcalde. Nesse mesmo sentido expressa-se José de Castro Nunes (**Do Estado federado e sua organização municipal** (historia, doutrina, jurisprudência e direito comparado). Rio de Janeiro: Editores Leite, Riveiro & Murillo, 1920. 575 p.)

de autonomia que esta instituição alcançou nestes territórios face da realeza que logo após veio se posicionar nestes lugares.

Já com a realeza, o município lusitano teve normas especiais que o regularam, são:

[...] as Ordenações Affonsinas (1446), mais tarde substituídas pelas Manuelinas e posteriormente pelas Philippinas (1603) [...] (DE CASTRO, 1920, p. 41).

São, especialmente, as duas últimas ordenações as que passaram a integrar o Código municipal durante o período colonial e até o período da Independência brasileira (1822), de maneira que o “[...] Município português foi transplantado para o Brasil - Colônia com a mesma organização e atribuições políticas, administrativas e judiciais que desempenhava no reino.” (MEIRELLES, 1997, p. 34). Desse jeito, as Ordenações Afonsinas (1445) consistiam numa normativa que impôs:

[...] um systema commum de organização e attribucões municipaes, procurando-se ao mesmo tempo estreitar os laços de subordinação entre os municípios e o poder central. Declarou-se que as camaras municipaes seriam compostas dos *juizes pedaneos*, seus presidentes natos, e de vereadores eleitos pelos *homens bons* da terra; firmaram-se suas attribucões policiaes e econômicas, ficando as posturas que fizessem sujeitas á confirmação dos provedores. (ANTUNES, 1926, p. 21)

Por seu lado, as Ordenações Manoelinas (1521) em nada alteraram a normativa prescrita pelas Affonsinas, aliás, D. Manoel, antes da publicação dessas ordenações, outorgou às câmaras municipais o direito de “[...] elegerem os juizes *avindoures* ou concertadores de demandas encarregados de conciliarem as partes; omitiu-os, porém, nas Ordenações.” (ANTUNES, 1926, p. 21).

Finalmente, as Ordenações Philippinas (1603):

[...] fixaram as atribuições geraes dos municípios e estabeleceram um systema para as eleições dos officiaes das camaras, deixando todavia alguma cousa a cargo dos costumes e foraes, assim das municipalidades como dos senhores das terras. (ANTUNES, 1926, p. 21).

Posteriormente, houve um traslado desta instituição lusitana às novas terras brasileiras (MARTORANO, 1985), sem maiores variantes, salvo aquelas referidas às questões das relações entre as autoridades das sociedades da colônia e das do Reino, por exemplo, as relações dos municípios com as Capitâneas.

Já no caso espanhol, se tem que, mesmo muito antes da dominação romana nos territórios de Espanha, existiam agrupações de caráter agrário os quais, pela sua autonomia e localismo,

fizeram com que a instituição do município enraizara com maior facilidade, situação que não mudou muito com as sucessivas e posteriores invasões. Já no século XIII, no período dos reinados de Fernando III e Alfonso X, surgem os sistemas de Ordenanças, como as de Sevilla e Toledo, nas quais se organizava a legislação municipal, normas estas que representam uma diminuição do localismo autônomo que se dá até o século XIV, que conclui com Carlos V quem:

[...] recortó la autonomía municipal al nombrar gobernadores, corregidores y alcaldes mayores, a comienzos del siglo XVI. La institución de los Corregidores, como agentes del poder regio y como presidentes de los ayuntamientos o municipios, la encontramos a fines del siglo XV y principios del XVI, periodo considerado de decadencia del municipio español [...] (GODOS, 2002, p.100)⁵¹

Foi esta estrutura municipal que chegou à América espanhola durante o período da conquista e que se manteve inclusa na colônia.

Levando em conta que o intuito desta seção não é o de fazer uma análise histórica do município, mas sim, uma análise jurídica dessa instituição, mediante uma visão a qual permita verificar as causas de uma possível diferenciação normativa a respeito daquela instituição, sobre o município, nos dois ordenamentos jurídicos sob análise, ou seja, no Brasil e no Peru, é possível então, sustentar que não tem como se negar o fato que os reinos de Portugal e Espanha, bem como suas sociedades, sofreram um encontro com as existentes na América Ibérica. Certo é que, num período de conquista, são duas as formas pelas quais pode reagir um conquistador: rejeitando e excluindo de vez a sociedade conquistada e suas instituições, ou empregando um meio de inclusão da sociedade conquistada junto das suas instituições ou particularidades⁵²; destarte, se deve verificar se ditas pautas refletiram de jeito algum nas normas que regulamentaram as instituições municipais nos novos territórios.

2.2 Os perfis municipais nos territórios do Brasil e do Peru

⁵¹ “[...] recortou a autonomia municipal ao nomear governadores, corregedores e *alcaldes* maiores, nos começos do século XVI. As instituições dos corregedores, como agentes do poder régio e como presidentes dos ajuntamentos ou municípios, se fazem presentes nos fines do século XV e princípios do XVI, período considerado como de decadência do município espanhol [...]” (Tradução livre).

⁵² Um caso análogo sintetiza Fustel de Coulanges (**A cidade antiga**: Estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: HEMUS, 1975. 310 p. p. 276-277) e J. DECLAREUIL (**Roma y la Organización Del Derecho**. Tradução por Lic. José Lopez Perez. 2. ed. México D.F.: Hispano Americana, 1958. 311 p. p.1).

Assim, na época da conquista dos territórios do Peru⁵³ e do Brasil⁵⁴, feita pelos reinos da Espanha e Portugal, respectivamente, a translação das normas jurídicas referidas aos municípios nos novos territórios conquistados teve algumas características para as normativas das novas colônias, que merecem ser estudadas. Assim, enquanto nas colônias da Espanha, as normas jurídicas passaram por um processo de miscigenação ou sincretismo – situação observada nos territórios do Peru, por exemplo - nas colônias de Portugal, por sua vez, as normas jurídicas da realidade deste reino foram transplantadas nos territórios do Brasil.

Esse fato pode ser explicado, levando em conta a existência de um sistema jurídico de estado, nomeado império Incaico, à chegada dos espanhóis, povo o qual tinha toda uma organização política e aparelhagem administrativa; porém, os conquistadores espanhóis tiveram duas opções: deixavam de lado todo aquele aparelho estatal existente ou utilizavam parte dele no processo de conquista. Obviamente, por questões geográficas e até por ser mais benéfico para uma conquista mais rápida, valeram-se de algumas das organizações do aparelho estatal incaico existente, por exemplo, o *ayllu* (ESPINOZA, 1997).

Sabe-se, pois, que o *ayllu*, unidade social e política básica do império Incaico, foi objeto de determinadas limitações face da inserção daquele, num estágio pré-incaico, numa estrutura social e política maior, isto é, a incaica, sofrendo, destarte, os efeitos de uma centralização; e é esse mesmo *ayllu* que foi reconhecido por meio de normas espanholas através de uma outorga de direitos, assim como o reconhecimento da existência - anterior à conquista - de uma autoridade, isto é, o Cacique⁵⁵. O meio jurídico utilizado foi nomeado Leis das Índias⁵⁶, cujo conjunto normativo regravava as atividades dos espanhóis nos territórios conquistados, assim como os direitos da população indígena.

⁵³ Ano de 1531.

⁵⁴ A opinião geralmente aceita de que o Brasil foi descoberto a 22 de abril de 1500 por Pedro Álvares Cabral quem dirigia uma esquadra portuguesa e começou a conquista e colonização em 1530. Para uma data anterior de descoberta, ver J. Pandiá Calogeras, “**Formação Histórica do Brasil**”.

⁵⁵ Serão considerados sinônimos os termos: Cacique, Curaca ou Principal.

⁵⁶ Conjunto de leis emitidas pela monarquia espanhola, ou por órgãos e autoridades dela dependentes, e que só tinham aplicação sob as terras americanas sob seu domínio.

Assim, a Lei Primeira, a Lei II e a Lei III do Título VII, Livro VI das Leis de Índias⁵⁷, reconhecem o direito dos Caciques ou Principais na sucessão do senhorio dos seus povos, assim como obriga a zelar e atender o respeito de estes direitos às autoridades espanholas da colônia.

Outra lei importante e que implica um reconhecimento do governo dos Caciques nos *Ayllus Incaicos*, e o direito neles vigente, são as Leis VII (1568) e XIII (1552) do Título VII, Livro VI das Leis das Índias, cujo teor é o seguinte:

Ley VII. Que los indios se vayan siempre reduciendo a sus caciques naturales. [...] Ordenamos, que todas las veces, que vacaren, se vuelvan a incorporar al gobierno, y jurisdicción del cacicazgo natural [...] ^{58,59}

Ley XIII. Que declara la jurisdicción de los Caciques. La jurisdicción criminal, que los Caciques han de tener en los indios de sus pueblos, no se ha de entender en causas criminales, en que hubiere pena de muerte, mutilación de miembros, u otro castigo atroz, quedando siempre reservada para nosotros, [...] el hacer justicia, donde ellos no lo hicieren. ^{60,61}

Aliás, cabe salientar que o sistema administrativo do império incaico foi reconhecido e usado; está-se falando do sistema de correio (ESPINOZA, 1997), sendo que a Lei das Índias prescrevia no Livro Terceiro, Título XVI, Lei XXI (1593), o seguinte:

[...] Que los indios chasquis sean pagados en mano propia, bien tratados, y amparados de las injusticias. En algunas partes de las Indias se ha reconocido grande omisión en pagar a los Indios Chasquis, correos de a pié, que se despachan con cartas y pliegos públicos o particulares, y porque es grande el trabajo, que en esto padecen, y por muchas leyes de esta recopilación está proveído, que los indios no sean molestados, ni vejados, antes es nuestra voluntad, que sean relevados de todo trabajo, y pagados sin dilaciones en sus propias manos. Mandamos, que los Virreyes, Presidentes, Audiencias, y Justicias tengan muy particular y continuo cuidado de ampararlos, y remediar el trabajo, que padece, proveyendo quanto convenga a su alivio, y paga, de forma que no reciba agravio. ^{62,63}

⁵⁷ Ley de Indias. Lima. Congreso da República do Peru, 2009. Disponível em: <<http://www.congreso.gob.pe/ntley/LeyIndiaP.htm>>. Acesso em: 28 jan. 2009.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Tradução livre: “Lei VII. Que os índios fiquem reduzidos aos seus caciques naturais. [...] Ordenamos, que todas às vezes, que fiquem vagas, se incorporem ao governo e jurisdição do cacicazgo natural. [...]”

⁶⁰ Ley de Indias. Lima. Congreso da República do Peru, 2009. Disponível em: <<http://www.congreso.gob.pe/ntley/LeyIndiaP.htm>>. Acesso em: 28-01-2009.

⁶¹ Tradução livre: “Lei XIII. Que declara a jurisdição dos caciques. A jurisdição criminal que os caciques têm sob os índios de seus povos, não se deve compreender nas causas criminais, que origine pena de morte, mutilação de membros ou outro castigo atroz, ficando sempre reservada para nós, [...] fazer justiça, onde eles não o fizerem.

⁶² Ley de Indias. Lima. Congreso da República do Peru, 2009. Disponível em: <<http://www.congreso.gob.pe/ntley/LeyIndiaP.htm>>. Acesso em: 28 jan. 2009.

⁶³ Tradução livre: “[...] Que os índios chasquis sejam pagos no mesmo ato, bem tratados, e amparados das injustiças. Em algumas partes das Índias se tem reconhecido grande omissão em retribuir aos Índios Chasquis, correios de pé, que despacham com cartas e documentação pública ou privada, e porque o trabalho é muito esforçado, e por muitas leis de esta recopilación está regrado, que os índios não sejam objeto de incômodos, nem injúrias, antes é a nossa vontade, que sejam relevados de todo trabalho, e pagos sem delongas nas suas próprias mãos. Ordenamos

Outro tanto fazia a Lei XXII, do mesmo livro e título das Leis das Índias, que ordenava o pagamento devido a cada quatro meses aos *Índios Chasquis*, inclusive outorgando meios procedimentais para sua efetivação, caso contrário.

É especialmente no corpo normativo das Leis das Índias que se observa a normatização, reconhecimento e inclusão, da organização jurídica e social do *ayllu*, assim como dos seus Curacas⁶⁴; porém, do *Ayllu Incaico*, instituição social e política básica da organização do Império Incaico. Este fato é de crucial importância, visto que nele se enxerga aquele processo de sincretismo normativo o qual, contudo, termina em um reconhecimento da diversidade e da especialidade das normativas locais daquele de então, assim como num reflexo das causas que perfilaram as características da lei municipal peruana vigente:

[...] un país donde toda su geografía reclama la heterogeneidad de su territorio, en lo étnico, lingüístico, cultural, costumbres, una vida local y un regionalismo ancestral. (GODOS, 2002, p. 97)⁶⁵

Os espanhóis, desde sua chegada, começaram a fundar cidades, algumas das quais no território de algum *ayllu*, e nelas instituíram os *cabildos*, integrados especialmente pelo “*alcalde e os regidores*”, que em regra eram elegíveis, por meio dos quais se fizeram os planejamentos e distribuições da nova cidade, isto é, o lugar reservado para a praça principal, a igreja, traçavam as ruas, distribuíram os solares entre os primeiros vizinhos, assinalaram o lugar dos templos e prédios públicos, etc., ou seja, imprimiram a fisionomia trazida dos séculos anteriores. Cabe ressaltar que dita instituição estava em decadência na Espanha, passando assim a ensejar uma nova fase dessa instituição em terras peruanas, outorgando lhes funções de administração, de justiça e de governo local⁶⁶. Mas essas:

[...] tendencias homogenizadoras que se inician a partir de la colonia tienen una naturaleza distinta de aquellos de la época prehispánica. Son tendencias gestadas en una tradición cultural ajena a todo contacto previo con América que se transmiten bajo técnicas impositivas inéditas en el ámbito andino. En otras palabras, la nota más saltante del proceso homogenizador colonial es que inhibe

que os Virreis, Presidentes, Audiências, e justiças tenham muito particular e continuo cuidado de ampará-los, e remediar o trabalho que fazem, mandando quanto convenha no seu alívio, e paga, de jeito tal que não seja objeto de agravio.”

⁶⁴ Os termos de curaca, cacique ou principal figuram como sinônimos neste trabalho, já que pelas características estressadas nas Leis das Índias estão referidas ao mesmo sujeito que regia a vida de um grupo de pessoas

⁶⁵ “[...] um país onde toda a sua geografia reclama a heterogeneidade do seu território, no étnico, lingüístico, cultural, uma vida local e um regionalismo ancestral.” (Tradução livre).

⁶⁶ Entre as faculdades dos *cabildos* teve singular importância a convocação de todos os vizinhos para uma assembléia geral, nomeada “Cabildo Aberto”, com o intuito de debater sobre assuntos de extraordinária urgência ou de singular importância para a comuna.

el diálogo. No obstante, este proceso no llega a ser tan marcado [...] (OSSIO, 1995, p. 13)⁶⁷

Conseqüentemente, se observam três perfis, já desde o Peru colônia, os quais foram conformados pelo caráter homogeneizante, assim como o reconhecimento e inclusão da diversidade social e jurídica, situação que vai conformar o caráter especial do pensamento jurídico municipal peruano.

Embora a perda da autonomia dos *cabildos* perante as autoridades instituídas pela Coroa Espanhola após a fundação das cidades, aqueles exerceram suas atribuições com grande amplitude como, por exemplo, no caso da fundação da Cidade de Lima, realizada pelo conquistador Francisco Pizarro, conforme as prerrogativas contidas na Real Cédula de Toledo de 04 de maio de 1534, em que se designou também o primeiro *Cabildo*, com data de 22 de janeiro de 1535, onde o *alcalde* tinha jurisdição civil e criminal em primeira instancia.

Os *cabildos* estavam, pois, plenamente regulados pelas Leis das Índias - conforme se desprende do Livro IV, Título IX - e tinham uma estruturação segundo o título outorgado pelo Conselho das Índias (Lei IV, Título VII, Lei II concordante com a Lei IV, Título VIII, Lei VI), a qual se constituía de cidades, vilas e povos. Essa vigência esteve presente mesmo após iniciado o período da República, embora aqueles sofressem degenerações em quanto às suas prerrogativas, situação que mudou com a emissão da:

[...] Real Cédula de 15 de setiembre de 1802 que dispuso: “Que al Cabildo se le reponga desde luego y se le mantenga en libre uso, ejercicio y posesión de sus fueros, leyes, judicaturas y anual elección de Alcalde de turno y precedencia de éstos, según se observaba antes de haberlo despojado, sin haber precedido mi soberana resolución, no habiendo persona alguna que no sea capitular, mezclarse ni alternar con el Cabildo, todo conforme a su primer estado, de suerte que en éste ni en cosa alguna no se innoven en todo ni en parte sus antiguos establecimientos”. (ALZAMORA, 1985, p. 73)⁶⁸

Aliás, dita renovação permaneceu vigente mesmo diante da Constituição Política da Monarquia Espanhola de 1812, promulgada em Cádiz na data de 19 de março do mesmo ano.

⁶⁷ “[...] tendências homogeneizadoras que começam a partir da colônia têm uma natureza distinta de aquelas da época pré-hispânica. São tendências gestadas numa tradição cultural alheia a todo contato prévio com América que se transmitem sob técnicas impositivas inéditas no âmbito andino. Em outras palavras, a nota mais importante do processo homogeneizador colonial é que inibe o diálogo. Não obstante, este processo não é muito marcado [...]” (Tradução livre).

⁶⁸ “[...] Real Cédula de 15 de setembro de 1802 que dispunha: “Que ao Cabildo voltem e se preservem no livre uso, exercício e posse do seus foros, leis, judicaturas e anual eleição do Alcaide de turno e os anteriores a ele, segundo estava antes, sem haver precedido minha soberana resolução, sendo defeso a qualquer pessoa, salvo o capitular, mesclar-se nem alterar o Cabildo, de modo que estes permaneçam conforme suas antigas prerrogativas.” (Tradução livre.)

Foram nesses *cabildos* coloniais espanhóis onde se administrou e se desenvolveu a vida local, inclusive ressaltando as questões que envolviam os interesses das comunidades indígenas. Claro exemplo desta circunstancia é a Ordenança aprovada em Sessão de *Cabildo* do Cusco (04.11.1560):

E después de lo susodicho, en la dicha ciudad del Cuzco, en cuatro días del mes de noviembre de mil e quinientos y sesenta años, los muy magníficos señores cabildo, justicia e regiménto ... trataron, proveyeron y acordaron las cosas siguientes:

“Este día cometieron sus mercedes a don Felipe Cantopa, alcalde de los naturales, que vaya a ver las tierras sobre que traen pleito Antonio de Meres y los indios de Calca, e se informe si hay perjuicio y cuyas son, y traiga la relación a cabildo”.

Firmaron: El licenciado Polo, Antonio de Quiñones, Juan Maldonado, Pedro López, Martín Hurtado de Arbieta, Sebastián de Cazalla, Diego Ortiz de Guzmán. Ante mí Sancho de Orue, escribano”. (GONZÁLES⁶⁹, 1982, p. 159 *apud* GODOS, 2002, p. 68).

O “Estatuto Provisional” de 08 de outubro de 1821, emitido logo após a proclamação da Independência pelo Geral “José de San Martín”, continha na Seção Sexta, artigos 1º, 2º e 3º, prescrições a respeito das municipalidades no sentido de mantê-las de igual jeito até a data de emissão do Estatuto, bem como preservar a eleição dos membros do corpo municipal. Então, tem-se a vigência das disposições municipais coloniais ainda após da Independência peruana, e com aquela o perfil sincrético da sua normativa.

Já a Constituição de 1823 (12.11.1823) regulou a questão Municipal no Capítulo X da Seção Segunda, sob a sugestiva denominação de “Poder Municipal”. Nesta Constituição, embora se tivesse reconhecido a eletividade dos membros das municipalidades, haver-se outorgado uma série de atribuições locais e existir governos locais inclusos na divisão dos Distritos, nomeados de “*parróquias*”, não se tinha os meios adequados para uma inclusão dos grupos sociais menores, visto que se limitava o exercício da cidadania pela exigência da alfabetização do eleitor e do eleito, mas somente a partir do ano de 1840, conforme o artigo 17º, Numeral 3 da Constituição Peruana de 1823, que tal dispositivo passou a ter a devida eficácia; até esse então realmente se tinha um sistema inclusivo de qualquer grupo social que morasse na jurisdição do “Colégio Parroquial”.

A Constituição da República do Peru de 1826 (01.07.1826), não faz menção alguma da instituição Municipal, só considerando o *alcalde* como uma autoridade totalmente subordinada ao

⁶⁹ GONZÁLES PUJANA, Laura. **El libro del cabildo de la ciudad del Cuzco**. Lima [...].

Governo Supremo. Por seu lado, a Constituição da República do Peru de 1828 (18.03.1828), legisla sobre o tema municipal no Título VII, de um jeito ainda subordinado ao governo central, é mais um órgão administrativo plenamente dependente. Outro tanto, faz a Constituição do Peru de 1834 (10.06.1834) que regula sobre as municipalidades num só artigo (artigo 137º), submetendo o desenvolvimento do dispositivo a lei posterior; esta lei foi a Lei Orgânica das Municipalidades, de 01 de agosto de 1834 a qual, na prática, tirou qualquer possibilidade de órgãos próximos e adequados à canalização dos interesses de grupos sociais menores, em vista do estabelecimento de municípios somente nas capitais de departamento e de província.

No pertinente à Constituição Peruana de 10 de novembro de 1839, chegou-se ao extremo de suprimir as municipalidades, mesmo reconhecendo a particularidade do indígena e a inclusão na participação política do Estado (artigo 8º, Numeral 2).

Com a Constituição de 13 de outubro de 1856, veio-se a restabelecer a instituição municipal no Peru no Título XV do mesmo corpo normativo; estes dispositivos remetem seu desenvolvimento a uma lei posterior, a mesma que foi promulgada em 01 de dezembro de 1865, como Lei Orgânica de Municipalidades. Esta Lei traz consigo:

La innovación más importante [...] que significa una clara reacción contra el régimen uniformista tan impropio en un país de tanta variedad [...]. “Cada Municipalidad, dice el dispositivo citado, tendrá un reglamento formado por ella misma, para facilitar el cumplimiento de las funciones de la corporación, y de cada uno de sus miembros, según las necesidades y medios del Municipio”. (ALZAMORA, 1985, p. 82)⁷⁰

Um claro retrocesso, perante a Constituição anterior, é a Constituição de 1860, em vista da abordagem do município no artigo 118 (Título XV), remetendo novamente o seu desenvolvimento à Lei Orgânica das Municipalidades posterior, emitida em 14 de outubro de 1892. Nesta lei, prescreve-se que a administração municipal é exercida por meio dos Conselhos Provinciais e Distritais, observando-se a tendência de adequação do governo perante a população mais próxima dele, além de prescrever-se a eletividade do *alcalde* e dos *regidores*. Mesmo assim, as municipalidades ficam ainda submetidas a uma hierarquia face dos governos mais abrangentes, pela revisão dos atos municipais perante os conselhos provinciais, e destes perante as Juntas

⁷⁰ “A inovação mais importante [...] que significa uma clara reação contra o regime homogêneo tão impróprio em um país muito variado [...]. “Cada Municipalidade, diz o dispositivo citado, terá um regulamento formado pela mesma, para facilitar o cumprimento das funções da corporação, e de cada um dos seus membros, segundo as necessidades do Município”. (Tradução Livre).

Departamentais, além disso, os conselhos não podiam criar nem aumentar as taxas municipais sem a aprovação do governo e o prévio informe da Junta Departamental.

Em 18 de janeiro de 1920, foi promulgada uma nova Constituição, a qual considerava o município como administração - de acordo com o prescrito no Título XVI do texto constitucional - deixando o estabelecimento de municípios em lugares onde a lei prescrevesse, ficando distorcido, ainda mais, o regime municipal em vista que o Poder Executivo assumiu permanentemente a função de nomear municípios, por meio da Lei N° 7482, de 19 de janeiro de 1932.

Com a Constituição de 09 de abril de 1933, além de se instituir conselhos municipais provinciais e distritais, prescreve-se, no artigo 205, a exigência aos Conselhos Municipais de Distrito da presença de um *delegado* das comunidades indígenas, isto com o intuito de intervir nas atividades municipais, dentro da autonomia econômica e administrativa outorgada, que digam respeito de algum interesse daquelas. Já a mesma Constituição dedica o Título XI às Comunidades Indígenas. Tudo isso, implica não só o reconhecimento expresso desses grupos sociais indígenas, mas também a inclusão destes por meio da participação.

A Constituição de 12 de julho de 1979, em exercício a partir de 28 de julho de 1980, supera algumas deficiências da Constituição anterior, tais como: a exigência para o exercício dos direitos políticos de conhecimentos em leitura e escritura, uma discriminação de funções e competências dos municípios, entre outros. Assim, embora não o tenha reconhecido expressamente, a Constituição desde então prescreve como mandato uma adequação e especialidade dos órgãos municipais em provinciais, distritais, bem como outros que se estabeleçam conforme lei. Nesse contexto, a Lei N° 23853, a Lei Orgânica das Municipalidades, assinala que, além das mencionadas, existem as Municipalidades dos povos, centros povoados, “*caseríos*”, comunidades campesinas e nativas, as quais em princípio recebiam a denominação de “Municipalidades Delegadas” e que logo após a vigência da Lei N° 23854 passaram a se denominar “Municipalidade de Centro Povoado Menor”. A Constituição de 1979, também reconhece as Comunidades Campesinas e Nativas, propiciando seu desenvolvimento com respeito e proteção dos seus interesses.

Finalmente, a respeito do Peru, a Constituição de 1993, modificada pela Lei de Reforma Constitucional N° 27680, mantém a direção do discurso jurídico municipal de reconhecimento e inclusão dos grupos sociais particulares, refletindo até as últimas conseqüências a aplicação do

nomeado princípio da subsidiariedade. Mas agora a Constituição prevê claramente a especialidade dos tipos municipais, isto é, os Municípios de Centros Povoados, ficando seu desenvolvimento à Nova Lei Orgânica de Municipalidades, Lei N° 27972, que diferencia, também, os municípios pela sua localização, urbanos e rurais, exigindo a participação das comunidades envolvidas nas atividades municipais.

Embora se enxergue na etapa republicana peruana uma alternância dos períodos da vida municipal, passando ora pela sua eliminação, ora pela consideração de entidade administrativa, também se observa a recorrência do pensamento inclusivo do jurista peruano, que salvo pequenos recessos, sempre esteve presente no seu atuar.

Já nos territórios do Brasil, o reino português transplantou suas instituições jurídicas, as municipais. Assim, já com o almirante Martín Afonso de Sousa, onde começa propriamente a história do Brasil, no ano de 1530, se levou a experiência lusitana de povoar e administrar os territórios de alhures em territórios brasileiros. Deste jeito e através da figura dos *donatários* que se foram concedidas porções de terra partilhada, nas quais aqueles tinham poderes quase soberanos e pagavam ao monarca parte dos rendimentos colhidos, mas assumindo os encargos totais das doações, terras que se denominavam de *capitanias*.⁷¹

No Brasil, a organização municipal, sua estrutura e até sua população, surgiram por disposição do estado, do reino de Portugal, encadernada nas Ordenações Affonsinas, Manoelinas e Filippinas. Destarte, não é um excesso afirmar que tudo o que precisava a empresa colonizadora foi enviada por disposição do estado nos seus próprios navios.

A organização municipal estava inteiramente objetivada em vilas, já que “[...] era a maneira mais fácil do português compreender a colonização, o que denuncia a tendência popular e democrática da qual sempre esteve imbuído o povo que [...] colonizou” (ZENHA, 1948, p. 23) o Brasil. Só depois é que as cidades foram fundadas, fazendo uma junção de todas as vilas e, conseqüentemente, da organização municipal nelas inseridas.

Destarte, enxerga-se que é no seio da corte portuguesa que as organizações municipais brasileiras tiveram seu nascimento.⁷²

⁷¹ Precedida pela mal sucedida instituição dos *senhorios*.

⁷² Como assinala Edmundo Zenha (*Ibidem*. p. 24) o primeiro município brasileiro fundado por Martim Afonso é o São Vicente, que junto à antiga Piratininga conformaram a atual São Paulo, o ano de 1532; já que foi pela primeira vez que se fez referência à instituição municipal no Brasil num diário de navegação de Pedro Lopes.

Os municípios brasileiros, nos seus primórdios, surgiram, especialmente, para a defesa dos indivíduos da população portuguesa colonizadora moradora das vilas ou cidades. Conseqüentemente, eram imbuídas de funções judiciais, de forma que não se enxerga uma clara preocupação com as interferências de outro estado, ou organização estadual, a respeito dos fins da empresa colonizadora, com exceção daquela surgida com o outro reino colonizador do litoral oposto da América do Sul, Espanha, que foi resolvido pelo Tratado de Tordesilhas (1494). Conseqüentemente, os reinos de Portugal, assim como os colonos portugueses, não tinham por que se preocuparem com uma cultura, nem com uma organização política e administrativa dos territórios a colonizar, visto que era o município o instrumento pelo qual o indivíduo, o colono, falava, reclamava ou se defendia da metrópole portuguesa.

Então, os *donatários ou senhores da capitania*, respeitaram o transplante feito das instituições conhecidas de Portugal, inclusive as municipais⁷³, aos novos territórios brasileiros, especialmente sob toda a faixa do litoral⁷⁴; aliás, toda a população das capitanias era constituída por colonos vindos de Portugal, de forma que não havia necessidade de reconhecer nenhum outro grupo ou sistema jurídico anterior e estranho a eles.

Destarte, nas Capitanias, as aspirações autonômicas dos povoados fundados e organizados num município estavam:

Sob a vigência das três Ordenações –Afonsinas, Manuelinas e Filipinas- que regeram o Brasil até a Independência (1822), [...] constituídas uniformemente por um presidente, três vereadores, dois almotacéis e um escrivão [...] (MEIRELLES, 2001, p. 34).

Posteriormente, veio a se incorporar nas instituições coloniais portuguesas a figura do Governador, isso pelo:

[...] acordo geral em achar excessivos os poderes dos donatários. Nada conjugava as diferentes capitanias. Todos os esforços, em vez de concertados em vista de um alvo comum, eram desconexos e perdiam seu peso e seu valor pela desordem dos rumos. (CALÓGERAS, 1967, p. 11).

O governador foi outra figura que propiciou um afogamento maior dos povoados organizados em municípios, os quais, posteriormente restaram restritos ao mero rol administrativo. Contudo, isso não implica negar a admirável função dos municípios nos

⁷³ Nesse mesmo sentido ver Rodolfo García, “**História Política e administrativa do Brasil (1500-1810)**, quando trata do município. (p. 43 e ss.).

⁷⁴ Aliás, Plínio Salgado, em “**Como nasceram as cidades do Brasil**”, assevera que as primeiras cidades brasileiras nasceram no litoral. (p. 25).

territórios brasileiros, bem como sua acentuada função política nos primórdios brasileiros desta instituição.

Assim, conforme o assinalado até este ponto, é possível sustentar que a Espanha não criou nas suas colônias um tipo inteiramente novo de organização municipal, já que sua estrutura fundamental é a mesma desde os remotos tempos, tanto para aquelas como para as de Portugal. Mas as normas municipais do Peru apresentaram um modo de funcionamento peculiar ou quer mais enriquecido com o reconhecimento e adaptação daquelas ao contexto de aquele de até então, contexto que abrangia toda uma aparelhagem de estado e nação - o Império Incaico - do qual o conquistador espanhol não prescindiu, como em efeito fez.

Não se nega, porém, que a instituição municipal brasileira também teve acréscimos e até enriquecimentos que o fizeram “[...] mais bem dotado que o pobre município português já reduzido, nos séculos XVI e XVII, a mero organismo administrativo [...]” (ZENHA, 1948, p. 39), se caracterizando especialmente por uma desmarcada função política e extensa função judiciária em dissonância com a administrativa que praticamente era ínfima.

Ao iniciar-se a vida monárquica no Brasil, se inaugurou também um processo de unificação, levando em conta a dispersão da organização brasileira; assim “[A] a instalação do governo de Pedro I iniciou um movimento centrípeto.” (CARVALHO, 1946, p. 47). No império se verificou exclusivamente o caráter centralista e unitário do mesmo. (CARVALHO, 1946; CALOGERAS, 1967).

Deste jeito, embora, a Constituição Imperial de 1824 (25.03.1824) tenha reconhecido a participação dos habitantes das províncias nas deliberações sobre questões locais (artigo 71), instituindo as Câmaras Municipais em todas as cidades e vilas existentes e nas mais que para o futuro se criarem às quais competia o governo econômico e municipal das mesmas (artigo 167), prescrevendo a eletividade de dita câmara, composto de vereadores, e que seria presidida pelo vereador mais votado (artigo 168), por outro lado, aquela prescrevia que a presidência da Província, onde estavam instaladas as câmaras, ficava submetida aos desígnios do Imperador (artigo 165), e o exercício das funções municipais das câmaras ficava submetido à emissão posterior de uma lei regulamentar (artigo 169). Esta lei foi promulgada em 01 de outubro de 1828 que:

Declarando as Câmaras corporações meramente administrativas (art. 24), reduziu os municípios a simples peças da engrenagem monárquica, arracando-

lhes o exercício de um poder judiciário que lhes dera, em tempo, prestígio singular. (MACHADO⁷⁵, 1868, p. 90 *apud* CARVALHO, 1946, p. 54).

A Lei Regulamentar de 1828 implicou, também, um sinal claro da adoção da separação de poderes, “[...] que pôs o judiciário em um corpo à parte e destitui os Oficiais das Câmaras da capacidade de julgar, que até então tinham, pelas Ordenações Filipinas.” (CARVALHO, 1946, p. 52).

Observa-se que as franquias dos Municípios, no período Colonial, foram diminuídas em comparação com as que figuraram no Império. Assim, o Ato Adicional (Lei 16, de 12.08.1834), diploma o qual reformou a Constituição Imperial de 1824 - mesmo pela descentralização que optou - e a Lei 105 (12.05.1840), não importaram tampouco em câmbio no sentido centralista do Império, porque nenhuma delas implicou em melhora da Lei Regulamentar de 1828, a qual não dava órgãos adequados às funções dos Municípios (MEIRELLES, 1997). Tampouco se observa, porém, da Constituição Imperial de 1824, uma inclusão e um reconhecimento do índio nas relações com os governos locais.

Um fato importante nessa época é a criação do **prefeito**, “[...] pela Província de São Paulo, pela Lei 18, de 11.4.1835, com o caráter de *delegado do Executivo*, e de nomeação do Presidente da Província.” (MEIRELLES, 1997, p. 36).

Com a Constituição de 1891, proclamada a República e adotada a forma federativa, se assegurou a autonomia municipal por meio do artigo 68, dispositivo que mandava aos Estados organizarem-se de forma a garantir àquela em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse. Mas “[D] durante os 40 anos em que vigorou a Constituição de 1891 não houve autonomia municipal no Brasil.” (MEIRELLES, 1997, p. 37). Além disso, tem-se que, na Constituição daquele, então não vigorava dispositivo algum que diga respeito ao reconhecimento e adequação do Estado num pluralismo mais diversificado referido ao Índio e o seu sistema social; aliás, o artigo 70 da Constituição de 1891 limitava sobremaneira o acesso dos povos indígenas ao alistamento e a qualidade de elegível nas eleições da República.

A Constituição Brasileira de 1934 (16.07.34) representa uma renovação do municipalismo daquele então, pois, além de se assegurar a autonomia municipal, sempre sob a égide do Estado (artigo 7º, inciso I, literal d), se reconheceu as rendas próprias da mesma (artigo 13º, parágrafo 2). Mesmo assim, trazia para si as omissões da anterior Constituição a respeito do caráter

⁷⁵ MACHADO, Joaquim de Oliveira. **Manual de Vereadores**. Rio: Garnier, 1868.

inclusivo das políticas do Estado, como se pode apreciar do artigo 108 da Constituição de 1934 e a omissão da questão do Índio no texto da mesma.

O município da Constituição de 1937 (10.11.1937) “[...] caracterizou-se pela concentração de poderes no Executivo [...] Feriu fundo a autonomia municipal, cassando a eletividade dos prefeitos, para só a conceder aos vereadores (arts. 26 e 27).” (MEIRELLES, 1997, p. 38). Desta Constituição pode-se inferir uma falta material da autonomia municipal, a qual ficou mais centralizada do que suas antecessoras. Assim, se as questões locais recebiam uma inadequada tratativa, não poderia ser diferente sobre as questões locais relacionadas com os Índios, aliás, estes não estavam considerados na Constituição se limitando excessivamente sua inclusão (artigo 117, parágrafo único).

Na Constituição Brasileira de 1946, o município ganhou sua autonomia no seu tríplice aspecto: político, administrativo e financeiro, como se pode inferir do prescrito nos artigos 28, 29 e 30 daquela. Esta Constituição “[...] no âmbito político propriamente dito, integrou o Município no sistema eleitoral do País e dispôs os seus órgãos (Legislativo e Executivo) em simetria com os poderes da nação” (MEIRELLES, 1997, p. 39), assegurou a administração própria, a organização dos serviços públicos locais e a discriminação das rendas próprias. Agora, no que diz respeito da adequação do Estado perante a sociedade do Índio e sua inclusão, a Constituição de 1946 novamente omite esta questão, incluso chega a “**inadequar**” o Estado perante o brasileiro índio, quando prevê no artigo 132, Inciso II, que não poderiam alistar-se como eleitores os que não saibam exprimir-se na língua nacional.

Com a Constituição de 1967 (04.01.1967) e a sua Emenda de 1969 (17.10.1969), o município viu-se restringido, embora a autonomia municipal ficasse reconhecida. Assim, “[O]s atos institucionais e as emendas constitucionais que a sucederam limitaram as franquias municipais no tríplice plano político, administrativo e financeiro” (MEIRELLES, 1997, p. 40), como se pode observar da ampliação dos casos de intervenção do Estado no Município (artigo 15, parágrafo 3), entre outros. A respeito do reconhecimento e inclusão dos grupos sociais menores, como os Índios, no âmbito político, a Constituição de 1967 e sua Emenda Constitucional - embora a faculdade prescrita no artigo 15, acerca da organização municipal levando em consideração as peculiaridades locais - não os reconhece e cai nos defeitos da Constituição de 1946, conforme prescreve o artigo 142, parágrafo 3.

Já a Constituição de 1988 corrigiu as falhas das anteriores, no que diz respeito do reconhecimento do Índio, conforme se infere do Capítulo VIII do Título VIII desta Constituição, mas a falta de dispositivos normativos que impliquem uma adequação do aparelho estatal perante grupos sociais, como os Índios, ainda se observa.

2.3 Perspectiva municipal brasileiro-peruana

Tanto para o caso peruano quanto para o brasileiro, as realidades da Espanha e Portugal, em contato com as novas necessidades, e a satisfação que elas precisavam, sofreram passivamente determinadas mudanças conforme o contexto no qual se desenvolviam. Mas em um deles o índio era o inimigo⁷⁶, noutro caso era o inimigo e também fazia parte da sociedade conquistada, e não só o indivíduo como também a comunidade organizada toda, ou *ayllu*.

De forma geral, foi essa a evolução das instituições municipais, quer do Brasil quer do Peru, nos seus primórdios, isso sem menoscabo das variantes que sobrevieram nos anos posteriores à época da colonização, isto é, independência e república, que em linhas gerais não mudam o até aqui sustentado.

Assim, o modo de agir nas colonizações, ora do Peru ora do Brasil, estressa uma das causas que privilegiam futuras ações diferenciadas nos ordenamentos jurídicos que regram e institucionalizam os municípios em ambos dos países. Esse modo, diferenciado da mentalidade do jurista espanhol de então, é um modelo implícito presente no sistema jurídico municipal peruano, até agora.

Destarte, a forma de pensar o direito para os territórios da colônia peruana de Espanha deu como resultado a inclusão dos *ayllus* na sua organização jurídica política, especialmente aquelas de perfis nitidamente locais. Logo, o reconhecimento, porém, a inclusão da instituição local incaica por excelência na organização jurídica colonial espanhola, assim como a consideração do índio e seus principais problemas no decurso desse tempo até a atualidade, dá lugar a uma série

⁷⁶ Sobre o processo de descobrimento e catequização ver Plínio Salgado, em “**Como nasceram as cidades do Brasil**”.

de matizes, próprias do discurso jurídico municipal peruano, assim como de seu marco jurídico objetivo.

O efeito no marco jurídico-objetivo de uma mentalidade inclusivamente plural é uma questão de interesse neste ponto.

No Peru, embora movimentos pendulares do pensamento, nas que houve um claro soslaio, a questão do índio, e os meios para um adequado sincretismo ou miscigenação com as sociedades urbanas, sempre esteve presente em todos os discursos⁷⁷; aliás, foi essa opressão junto a outros fatores que propiciaram as idéias independentistas, porém de tratamento igualitário, do Peru.

Uma forma de reconhecer e dar participação às diferentes realidades do Peru atual foi precisamente, o processo de regionalização, logo, atualmente, não foi o único, dada a normatização de municípios com caracteres particulares⁷⁸. Destarte, para reconhecer a pluralidade de forma inclusiva, isto é, a diversidade na homogeneidade, tem que se partir para uma estrutura institucional adequada para essa finalidade, sendo que essa forma institucional não pode ser senão “tipicamente especializada.”⁷⁹

A institucionalização dessas realidades não faz outra coisa que trazer à atualidade aquela organização social e política básica do antigo império incaico, puxadas por sua vez das antigas culturas pré-hispânicas, realidades sociais presentes no Peru, cuja particularidade não se deve deixar de lado, pelo sistema jurídico vigente.

Homogeneidade inclusiva e diversidade são as tendências que dirigem o desenvolvimento dos grupos humanos que vêm convivendo no Peru. A perspectiva peruana até aqui assinalada tem propiciado que o legislador a nível constitucional tenha reconhecido às *Comunidades Campesinas e Nativas*, no seu Capítulo VI Título III. Aliás, tem ainda um maior efeito ao prevê-lo em face dos municípios, estabelecendo a participação nas questões locais por meio das

⁷⁷ Ver, por exemplo, José Carlos Mariátegui (**7 ensayos de interpretación de la realidad peruana**. 2. ed. Lima. Amauta, 1943. 305 p.) e Andrés A. Arias Solis (**Aylluismo (Doctrina de los Ayllus) Instrumento de Justicia, Progreso y Bienestar**. Lima: Yauyos, 1978. v. 1. 113 p.)

⁷⁸ Essa última circunstancia se observa não só, e de forma expressa, no artigo 194º, primeiro parágrafo, in fine, da CPP/93, modificada pela Lei N° 27680, assim como dos artigos 2º, 128º e seguintes da NLOM, Lei N° 27972, senão, também, da anterior normativa sobre a matéria, CPP/79 e a Lei Orgânica de Municipalidades N° 23853. Deste jeito o artigo 252º da CPP/79, no seu segundo parágrafo, in fine, remite à lei respectiva, isto é, à Lei N° 23853, artigo 4º, a tipificação de novos municípios só reconhecendo expressamente no texto constitucional os Municípios Provinciais e Distritais sendo, porém, defeituoso o dispositivo ao não contemplar os municípios dos povos, “caseríos”, comunidades campesinas e nativas que sim faz a precitada lei.

⁷⁹ Compreenda-se “especializada” não só nos seus âmbitos técnicos senão em todos os aspectos que possam ser razoável e justificadamente adequados para determinado campo.

*municipalidades dos centros povoados*⁸⁰, quer dizer, por meio de municípios abrangentes daqueles grupos sociais estabelecidos em povos, comunidades campesinas e nativas, todos eles localizados em zonas rurais, situação que amostra o pensamento pluralístico e homogêneo da mentalidade do jurista peruano utilizando meios razoáveis para uma adequada eficácia das instituições jurídicas municipais:

Já que nenhuma instituição política pode manter-se sem uma base social correspondente e [...] (as instituições estabilizam certas realidades sociais preexistentes, mas não podem criá-las *ex novo*) [...]. (FEDERALISMO, 2004, p. 482)

Se bem os governos locais e povos indígenas podem entrar em confronto pela autonomia que investem, estas organizações indígenas ou campesinas estão tomando um rol cada vez mais ativo na sua defesa nos níveis locais. (DÁVILA, 2005).

No caso peruano, destarte, prevê-se o ingresso dos grupos indígenas, localizados nas zonas rurais, conformando comunidades campesinas ou nativas, por meio do reconhecimento jurídico da legislação municipal peruana, além da outorga de meios para uma adequada articulação com o sistema jurídico total - é um grande avanço que não implica uma perda da particularidade daquelas. Por isso, embora esteja reconhecido o governo local ou municipal como unidade celular básica da organização social, jurídica e política do estado, é possível reconhecer uma maior especialidade da mesma, por meio da pluralidade cultural, a qual traz consigo uma diversidade de questões locais.

Por outro lado, tem-se que o reconhecimento da pluralidade é uma característica e um pressuposto de um estado federal⁸¹, porém, não é alheia ao Estado Federal Brasileiro a consciência das mesmas, pois o contrario implicaria um contra-sentido.

Mas uma inserção nas questões locais, mediante um instrumento idôneo, dos grupos minoritários brasileiros, não se observa da sua legislação: embora se tenha reconhecido constitucionalmente aos índios, sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.⁸² Quer dizer que a participação e inclusão de qualquer grupo minoritário no Brasil estão limitadas, visto que não

⁸⁰ Art. 194 CPP/93.- Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley. [...]

⁸¹ Ver Peter HÄBERLE (**El estado Constitucional**. Traduzido por Héctor Fix Fierro. Lima: Editora PUCP, 2003. 510 p.) e Carl SCHMITT (**Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1992. 377 p. p. 352 e ss.)

⁸² Artigo 231º da CRFB/88.

oferecem os degraus necessários para atingir uma atividade cada vez mais proativa, e conformada à realidade daqueles na conformação dos assuntos de interesse local. Conseqüentemente, tem-se que o mesmo padrão de organização municipal é exigido a todo aquele município criado, que por sua vez, traz a realização de tarefas locais com complexidades várias que não guardam razoabilidade com o seu fim.

Conforme o sistema jurídico municipal brasileiro vigente, essa omissão não implica uma impossibilidade de atuação dos Municípios para se regularem com uma organização que contemple a inclusão dos grupos sociais indígenas no que atinge os seus interesses. Mesmo assim, é sinal de melhor garantia para estes grupos, e sua participação ativa nas atividades dos órgãos do Estado, que o texto Constitucional ou norma de caráter nacional contenha prescrição normativa explícita e adequada para dar maior efetividade a esse desiderato. No entanto, um “[...] conjunto de propuestas políticas capaces de articular las soluciones de los problemas con un nuevo concepto de ciudadanía activa, corresponsable y participante” (MERINO, 2000, p. 103)⁸³ é a resposta para uma omissão desse nível no texto Constitucional: um exemplo de esta última circunstância, e de política bem sucedida, é o caso do Orçamento Participativo de Porto Alegre⁸⁴. Uma política municipal deste tipo implicaria um reconhecimento por parte do órgão representativo municipal da comunidade local em toda sua diversidade, assim como a inclusão por meio da participação dos grupos indígenas ou mesmo de outros grupos menores da comunidade. Seria uma participação coordenada de “una esfera pública no - estatal” (UBIRATAN, 1998 *apud* VILLASANTE; 2000, p. 125)⁸⁵ no que fazer dos órgãos políticos autônomos do Estado mais próximos a essa comunidade. Esta circunstância implicaria uma democracia:

[...] que puede ir cambiando para atender a las nuevas circunstancias y generaciones, y así ir haciendo una experiencia de democracia más avanzada. No es tanto que haya una forma única universal [...] sino que en todas partes el introducir el motor de “espacios públicos no estatales” viene siendo condición hoy de renovación y de una nueva democracia más eficiente por más innovativa

⁸³ “[...] conjunto de propostas políticas capazes de articular as soluções dos problemas com um novo conceito de cidadania ativa, co-responsável e participante [...]” (Tradução livre).

⁸⁴ Sobre o Orçamento Participativo em Porto Alegre veja-se Zander Navarro, “**Uma análise do Orçamento Participativo: sua implantação e desenvolvimento**” (Em: **Porto da cidadania: a Esquerda no Governo de Porto Alegre**. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 1997. 267 p. p. 179-235).

⁸⁵ “[...] uma esfera pública não estatal [...]” (Tradução livre).

y ajustada a las condiciones concretas de cada red local. (VILLASANTE, 2000, p. 129)⁸⁶

O assinalado não é só uma possibilidade do modo de agir dos municípios brasileiros: é mais um poder–dever que traz na sua constituição como órgão municipal inserido num Estado de tipo federal que em linhas gerais deve conservar e promover o pluralismo na unidade.

⁸⁶ “[...] que pode cambiar para atender as novas circunstancias e gerações, e assim fazer uma experiência de democracia mais avançada. O fato não é que há uma forma única universal [...] senão que em todas as partes introduzir “espaços públicos não estatais” vem sendo uma condição, hoje, de renovação e de uma nova democracia mais eficiente por mais inovadora e ajustada às condições concretas de cada rede local.” (Tradução livre).

3 A POSIÇÃO DOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS E PERUANOS

O intuito desta parte do trabalho é assinalar as principais perspectivas sobre os municípios, as quais possam se refletir na tratativa municipal perante os sistemas jurídicos sob comparação. Desenvolver-se-á especialmente uma análise da posição atual da instituição municipal, nos sistemas jurídicos, brasileiro e peruano, isto é, como eles se encontram regulados neles, e, porém, os caracteres especiais que propiciaram esse tratamento.

3.1 O Município como entidade autônoma político-administrativa

O longo processo da história municipal pode- se dividir em cinco etapas diferentes:

[...] el primer período que corresponde a la ciudad-Estado característica de la civilización griega, el segundo del Municipio que se fusiona con el Estado durante las conquistas territoriales que realizó Roma; el tercero, el Municipio sin Estado, después de la caída de Roma y durante el periodo posterior a las invasiones; el cuarto, el Municipio frente al Estado que tiene lugar cuando se realiza la consolidación de los Estados Modernos, y el quinto periodo, el actual, del Municipio dentro del Estado. (ALZAMORA, 1985, p. 51)⁸⁷

Embora a importância crucial dos órgãos locais no processo de constituição e consolidação de um Estado, não se deve esquecer que, num país constituído, e nos moldes atuais, só resta elaborar uma ordem que como exigência mínima contenha o reconhecimento do governo municipal, plenamente constituído na sua estrutura de poder e de administração.

O processo de municipalização ou institucionalização dos municípios, como governos locais, tem implicado uma maior atribuição nas competências e recursos à disposição dos municípios, isto é, um processo de descentralização. Assim, de um lado, é uma clara “[...]”

⁸⁷ “[...] o primeiro período que corresponde à cidade – Estado característica da civilização grega, o segundo do Município que se fusiona com o Estado durante as conquistas territoriais que realizou Roma; o terceiro, o Município sem Estado, após da queda de Roma e durante o período posterior às invasões, o quarto, o Município face ao Estado, quando se realiza a consolidação dos Estados Modernos, e o quinto período, o atual, do Município dentro do Estado.” (Tradução livre).

oposição aos processos de centralização, a noção se identifica com a cultura democrática contemporânea, em que descentralizar é democratizar” (SANTOS JÚNIOR, 2001, p. 32), do outro, ela está fortemente relacionada à noção de autonomia municipal.

A autonomia municipal pode ser entendida como qualidade derivada de um conjunto mais ou menos extenso de poderes e funções, abrangendo caracteres políticos, administrativos e econômicos, dentro do marco de sujeição ao sistema jurídico ao que pertence. Esta, por sua vez, determina a posição do Município inserido no Estado.

O sentido jurídico da “autonomia” denota sempre um poder legislativo, ou seja, a possibilidade de se outorgar suas próprias leis. Contudo, atualmente, adquire uma qualidade específica que é sua capacidade de governo próprio prescindindo da interferência de qualquer outro poder, isto é, sua índole política. Assim, aquela se caracterizaria pela:

[...] facultad conseguida por un ente a los fines de darse sus propias instituciones dentro de los marcos de sujeción jurídica natural que lo obligan en relación de otro ente de gradación superior. (ZUCCHERINO, 2006, p. 58)⁸⁸

Doutrinariamente, a autonomia admite duas categorias: 1) a autonomia absoluta, e 2) a autonomia relativa ou restringida. Assim:

- 1) *La autonomía absoluta*. Se la puede descomponer en cuatro grandes facetas, esto es: autonomía institucional, autonomía política, autonomía económico-financiera y autonomía administrativo funcional.
 La autonomía institucional. Es aquella que se expresa por la posesión por parte de la institución municipal de la facultad de ejercicio del poder constituyente [...] municipal, del cual se deriva su derecho a dictarse su propia carta orgánica.
 [...]
 - La autonomía política. Supone El derecho del municipio a organizar y desarrollar su propia vida pública.
 - La autonomía económico-financiera. Impone la facultad del instituto municipal de obtener su autosuficiencia en el plano de sus recursos y su manejo propio en punto a erogaciones.
 - La autonomía administrativo-funcional. Significa el poder de la institución municipal de producir sus organigramas organizativos propios y de manejar por sí y ante sí sus incumbencias en relación de la materia municipalista.
- 2) *La autonomía relativa o restringida*. Es la exhibida por aquellos municipios que sólo tienen tres de las facetas analizadas, a saber: política; económico-financiera y administrativo-funcional. Quiere decir que enfrentamos a entidades municipales que carecen de autonomía institucional, o sea, que presentándose como municipios autónomos, no son municipios de convención. (*Ibidem*, p. 58)

⁸⁸ “[...] facultade conseguida por um ente com a finalidade de se dar suas próprias instituições dentro dos marcos de sujeição jurídica natural em relação de outro ente de gradação superior.” (Tradução livre).

Assim, na Constituição peruana de 1979, aprovada pelo Constituinte de 12 de julho de 1979, e vigente a partir de 28 de julho de 1980, o Município era regulado de uma forma muito particular. Foi considerado um órgão autônomo nos níveis administrativo e econômico, como estava prescrito no artigo 252 da CPP/79, embora a eleição dos “*alcaldes*” e “*regidores*” do Conselho Municipal fosse por sufrágio direto, as municipalidades exercerem funções de governo⁸⁹ e a possibilidade de se emitir normas de caráter geral na jurisdição da municipalidade⁹⁰.

Na CPP/79, mesmo o consenso geral de enriquecer a instituição municipal, se reconhecendo a este governo como “o governo por excelência”, já que é no Município onde o “[...] vecindario, donde las familias realizan el mayor número de actos de administración y de gobierno” (RUIZ, 1980, p. 316)⁹¹, os preceitos normativos do Município padeciam de timidez por quanto não instituíam claramente no nível Constitucional, uma autonomia política municipal, nem das suas garantias⁹², que claramente houvesse constituído uma real afirmação da autonomia da mesma, situação que foi desenvolvida somente em nível legislativo infraconstitucional. Similar fato é extensível às regiões, instituídas também no âmbito Constitucional⁹³.

A circunstância descrita não obliterou que seja como ainda é.

⁸⁹Conforme prescrito pelo artigo 253º da CPP/79; do mesmo modo foi regulado pelo artigo 2º da Lei N° 23853, promulgada pelo Congresso o 28 de maio de 1984, Lei Orgânica de Municipalidades (atualmente revogada). Veja-se: “Artículo 2º.- As Municipalidades são os órgãos do Governo Local, que emanam da vontade popular. São pessoas jurídicas de direito público com autonomia econômica e administrativa nos assuntos da sua competência. São lhes aplicáveis as leis e disposições que de forma geral e de conformidade com a Constituição, regulam as atividades e funcionamento do Setor Público Nacional.” (Tradução livre).

⁹⁰ Segundo prescrevia o artigo 110º da Lei 23853: “As Ordenanças são normas gerais que regulam a organização, administração ou prestação de serviços públicos locais, o cumprimento das funções gerais ou específicas das Municipalidades ou estabelecem as limitações e modalidades impostas à propriedade privada. Também se aprova mediante esta disposição os Tributos Municipais [...]” (Tradução livre).

⁹¹ “[...] vizinhança, onde as famílias realizam o maior número de atos de administração e de governo [...]” (Tradução livre).

⁹² Complemento necessário das regras constitucionais que reconhecem uma autonomia política, administrativa e econômica do município, assegurando o exercício dessas faculdades e impedindo uma ingerência arbitrária das autoridades de outros campos de governo, desenvolvendo plenamente a autonomia municipal; aquelas, pois, se diferenciam em três espécies, que num ideal devem ser reconhecidas na Constituição: políticas, administrativas e financeiras, segundo tenham por objeto a proteção do exercício da autoridade municipal, os atos emitidos em relação de um serviço público sob a sua competência, ou sua potestade de criar, arrecadar e aplicar as suas rendas.

⁹³ Assim se tem as seguintes prescrições: Art. 261º.- “As regiões têm autonomia econômica e administrativa [...]” Art. 264º.- “Os órgãos de governo regional são a Assembléia Regional, o Conselho Regional e a Presidência do Conselho. O mandato para os elegidos por sufrágio direto é de cinco anos. O resto é de três. A Assembléia Regional está integrada pelo número de membros que assinala a lei. Integra-se por pessoal eleito por sufrágio direto, pelos *Alcaldes* Provinciais da região e pelos delegados das instituições representativas das atividades econômico, sociais e culturais da mesma. [...]” (Tradução livre).

[...] de primera jerarquía una auténtica regionalización y la existencia de organismos realmente municipales. Así lo exige la necesaria formación de la conciencia democrática, que se basa en la participación real de los vecinos en las tareas de gobierno y en la vigilancia de los problemas locales por los más directamente interesados en su solución, la inversión de la rentas provenientes de las regiones en beneficio de estas y la extinción del centralismo fuente de prácticas, vicios y sometimientos que aún parecen inextinguibles. (ALZAMORA, 1985, p. 94)⁹⁴

Corte abrupto teve a experiência descentralizadora da CPP/79 pelo golpe de estado de 5 de abril de 1992, e a conseqüente promulgação da CPP/93, que propiciou o recorte da autonomia dos Governos Regionais, por meio da dissolução das Assembléias Regionais e os Conselhos Regionais, assim como dos Governos Locais por meio da promulgação do Decreto Legislativo N° 776, Lei de Tributação Municipal, que eliminou “[...] numerosos tributos municipales y centralizó la ejecución del gasto público a través de los organismos del gobierno central.” (BERNALES, 1996, p. 683)⁹⁵. Quase uma década depois, foi modificada a CPP/93 por meio da Lei de Reforma Constitucional N° 27680, publicada em 07 de março de 2002, que implicou um significativo avanço no processo de descentralização nos níveis regional e local em face das anteriores prescrições e as contínuas omissões do governo “central” relacionadas com as suas obrigações na elaboração da legislação necessária para o desenvolvimento dos preceitos normativos constitucionais nada apurados da descentralização regional e local vigente até esse então.

Porém, a compreensão do Município peruano se deve observar dentro do marco do Processo Descentralizador Peruano, cujo eixo fica sob a égide da Lei de Bases da Descentralização (LBD), Lei N° 27783, publicada em 22 de julho de 2002. Este corpo normativo prescreve uma série de etapas dentro do Processo Descentralizador, conforme a Segunda Disposição Transitória da LBD, que inclui a edição de uma nova Lei Orgânica de Municipalidades, tudo isso acorde com o nível de descentralização instituído na Reforma Constitucional. Deste fato é que decorre a publicação da Nova Lei Orgânica de Municipalidades Peruana (NLOM), Lei N° 27972, em 27 de maio de 2003.

⁹⁴ “[...] de primeira hierarquia una auténtica regionalización e a existência de organismos realmente municipais. Assim, exige a necessária formação de consciência democrática, que se fundamenta na participação real dos vizinhos nas tarefas de governo e na vigia dos problemas locais pelos mais diretamente interessados na sua solução, o investimento das rendas provenientes das regiões em benefício de estas e na extinção do centralismo fonte de práticas, vícios e submetimentos que ainda parecem inextinguíveis.” (Tradução livre).

⁹⁵ “[...] numerosos tributos municipales e centralizou a execução do gasto público através dos organismos do Governo Central.” (Tradução livre).

Assim, conforme a prescrição do artigo 194 da CPP/93, concordante com a prescrição do artigo 1º da LBD e o artigo I do Título Preliminar da NLOM, o Município é parte básica da estrutura e organização do Estado Peruano, concebido democrática, descentralizada e desconcentradamente, isto é, que o Município, como governo local em exercício das suas competências e funções, detém uma autonomia política, econômica e administrativa livre de qualquer intromissão por parte de outros órgãos de governos diferenciados.

Já no caso da instituição Municipal brasileira, outra era a questão, mesmo que a edição da Constituição Federal de 1988 representara um marco no processo de descentralização política no Brasil, ao reconhecer os municípios como entes federativos e ao atribuir-lhes maiores competências no que diz respeito às políticas sociais. (SANTOS JÚNIOR, 2001).

Assim, na Constituição da República Federativa Brasileira de 1967 (04.01.1967) e sua Emenda Constitucional de 1969 (17.10.1969), o Município em um primeiro plano não conformava parte da Federação, estando sujeito a uma série de restrições de suas franquias, isso pelo “[...] sentido centralizador de suas normas e pelo reforço de poderes do Executivo” (MEIRELLES, 1997, p. 40) que caracterizara a CRFB/67 e a sua Emenda, embora ambas asseguraram no regime federativo a autonomia estadual e municipal.

Até a edição, e com a entrada em vigência da CRFB/88, não somente as leis orgânicas dos municípios, mas também o estabelecimento de condições mínimas para a outorga da autonomia municipal, dependiam dos Estados Federados⁹⁶.

Somente com a CRFB/88 se integrou o Município na Federação como “[...] entidade de terceiro grau (arts. 1 e 18), [...] já que sempre fora peça essencial da organização político-administrativa brasileira” (MEIRELLES, 1997, p. 40). A CRFB/88, pois, posicionou os Municípios como integrantes da Federação, ao declarar, no artigo 1º, que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, norma que é integralmente confirmada pelo artigo 18 da citada Constituição, dispositivo o qual faz menção que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos. Conseqüentemente, o Brasil se redemocratizou, tendo em consideração que se verificou “[...] um

⁹⁶ Situação muito similar se encontra na regulação dos Municípios argentinos. Para um estudo comparado da instituição Municipal argentino-brasileira, veja-se a dissertação da Marta Ávila sobre “**O município frente ao federalismo na Argentina e no Brasil**”.

crescente e generalizado processo de fortalecimento da esfera local de governo, centrado na descentralização e na municipalização das políticas públicas” (SANTOS JÚNIOR, 2001, p. 32)

Pode-se dizer que:

[...] o federalismo brasileiro corresponde ao que Charles Durand (1965, 193) denomina federalismo de duplo grau, caracterizado pelo fato de que não só o Estado-Membro, mas também o ente político local, possui competências e autonomia irredutíveis, salvo por emenda constitucional” (MENEZES DE ALMEIDA, 2005, p. 113).

Ser parte integrante do Estado Federal Brasileiro implica que o Município não possa se considerar só como um órgão meramente administrativo, perante atribuições tão eminentemente políticas, e de um largo poder de autogoverno, e sim como entidade político-administrativa⁹⁷ nos limites do seu território, nada sujeita às arbitrariedades de poderes mais “fortes” e estranhos, como dos Estados Federados, do governo Federal ou mesmo das circunscrições vizinhas. Assim:

Libertos da intromissão discricionária dos governos federal e estadual e dotados de rendas próprias para prover os serviços locais, os Municípios elegem livremente seus vereadores, seus prefeitos e vice-prefeitos e realizam o *self-government*, de acordo com a orientação política e administrativa de seus órgãos de governo. Deliberam e executam tudo quanto respeite ao interesse local, sem consulta ou aprovação do governo federal ou estadual. Decidem da conveniência ou inconveniência de todas as medidas de seu interesse; entendem-se diretamente com todos os Poderes da República e do Estado, sem dependência hierárquica à Administração federal ou estadual, manifestam-se livremente sobre os problemas da Nação; constituem órgãos partidários locais e realizam convenções deliberativas, e suas Câmaras cassam mandatos de vereadores e prefeitos no uso regular de suas atribuições de controles político-administrativo do governo local. (MEIRELLES, 1997, p. 43).

O reconhecimento da autonomia municipal, assim como da qualidade de ente integrante da federação na CRFB/88, teve também outro efeito que foi o de conferir aos Municípios o poder de se auto-organizarem mediante documento próprio, isto é, que cada Município tem a competência para editar e pôr em vigência a sua Lei Orgânica⁹⁸, circunstância que anteriormente era competência dos Estados Federados, os quais produziam uma única para todos os Municípios que se encontrassem dentro dos seus limites territoriais. Este fato tem por efeito o fortalecimento

⁹⁷ De terceiro grau como assevera Hely Lopes Meirelles (**Direito Municipal Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 658 p. p. 43)

⁹⁸ Apropriada a anotação feita por Jair Santana sobre a referida Lei Orgânica, conforme prescrito pelo artigo 11º, parágrafo único do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao asseverar que a: “[...] Lei Orgânica reveste-se hoje de um imperativo da Constituição Federal em face do Município. Quer-se dizer com isso que, na verdade, o Município foi investido não numa faculdade de elaboração da tratada Lei, mas no poder-dever de criar e promulgar seu Documento Básico.” (**Competências legislativas municipais**. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 212 p. p. 97).

do Município, já que fica inalterado perante as decisões dos legislativos de outros governos diferenciados, obviamente dentro da porção de competências que formam o campo onde pode validamente exercitar as suas atividades.

Do afirmado, pode-se inferir que:

O município é pessoa jurídico-constitucional, integrante necessária da federação brasileira e isônoma em relação aos demais entes federados, com capacidade para sua auto-organização, titular de competências legislativas e administrativas próprias, outorgadas diretamente pela Constituição Nacional, para a realização de interesses locais e dos objetivos fundamentais da República. (SUNDFELD, 1990, p. 45).

Já a CPP/93, embora o reconhecimento expresso da autonomia municipal nos três âmbitos ou dimensões no artigo 194, se chegando incluso no artigo 9 da LBD, Lei N° 27783, a especificar os alcances das mesmas⁹⁹, aquela, isto é a autonomia municipal, não tem alcançado o nível de decisão política do caso brasileiro, pois a sua organização fica submetida inteiramente a um instrumento legal com caracteres especiais, nomeado de Lei Orgânica¹⁰⁰, editado pelo Legislativo do governo nacional. Ora, aquele fato só se deve a uma decisão política que visa dar um critério essencial e único de organização municipal que seja coadjuvante de uma coerência das diferentes ordens jurídicas existentes no sistema jurídico peruano, país com pouca cultura descentralizada, corrigindo já na fonte qualquer atrito para um desenvolvimento progressivo e sustentável da descentralização. Essa é a circunstancia pela qual o artigo I do Título Preliminar da NLOM, Lei N° 27972, padroniza a significação dos municípios como governos locais, os quais compreendidos como: “[...] entidades básicas da organização territorial do Estado e canais imediatos de participação dos vizinhos nos assuntos públicos, que institucionalizam e gestionam com autonomia os interesses próprios das correspondentes coletividades, sendo elementos essenciais do governo local, o território, a sua população e a sua organização. As municipalidades

⁹⁹ Artigo 9°.- Dimensões das autonomias. 9.1. Autonomia política: é a faculdade de adotar e concordar as políticas, planos e normas nos assuntos da sua competência, aprovar e expedir suas normas, decidir a través dos seus órgãos de governo e desenvolver as funções que lhe são inerentes. 9.2. Autonomia administrativa: é a faculdade de se organizar internamente, determinar e regulamentar os serviços públicos da sua responsabilidade. 9.3. Autonomia econômica: é a faculdade de criar, arrecadar e administrar suas rendas e seus ingressos próprios e aprovar seus orçamentos institucionais conforme à Lei de Gestão Orçamentária do Estado e as Leis Anuais de Orçamento. Seu exercício supõe o direito a perceber os recursos que lhe assine o Estado para o cumprimento das suas funções e competências.

¹⁰⁰ Os caracteres especiais da Lei Orgânica peruana perante a Lei Orgânica brasileira serão vistos na Subseção 3.3, Seção 3.

provinciais e distritais são os órgãos de governo promotores do desenvolvimento local, com personalidade jurídica de direito público e plena capacidade para o cumprimento dos seus fins.”¹⁰¹

Conforme visto, se pode afirmar que o sistema municipal da Lei Orgânica Brasileira é um dos meios mais sucedidos dentre os dois sistemas comparados, e o mais próximo do sistema de “home rule” do regime das Cartas, para alcançar uma autêntica ou absoluta autonomia municipal, que na sua forma ideal:

[...] significa que la ciudad en sus relaciones con el Estado ha de tener la más completa autoridad para determinar su propia estructura de gobierno y sus poderes, sin supervisión estatal, legislativa o administrativa. De más está decir que ese ideal nunca ha sido realizado en la práctica. Las ciudades son todavía hijastras de las legislaturas estatales. Están limitadas en sus poderes a los que se hubieren enumerado y aún éstos se hallan estrictamente concedidos. Consecuentemente, es más correcto decir que bajo el “home rule”, el Estado autoriza a la ciudad a redactar su Carta, pero manteniendo limitados, en muchos aspectos, sus poderes de gobierno. (ALZAMORA, 1985, p. 133)

Deve-se notar, então, que toda atividade normativa desenvolvida pelo Município estará vinculada apenas aos princípios e regras Constitucionais, de forma geral, se especificando na Lei Orgânica aprovada pela Câmara Municipal, para o caso brasileiro, e na Lei Orgânica aprovada pelo Congresso da República, para o caso peruano¹⁰².

Pode-se afirmar que os Municípios, sejam eles do Estado Federal brasileiro, sejam do Estado Descentralizado Regional peruano, ao serem reconhecidos como órgãos de governo e partes essenciais da organização territorial do poder nas suas Constituições, conforme prescrevem os artigos 1º e 18º da CRFB/88 e o 189º da CPP/93, não só detêm um poder originário senão que, não podem ser compreendidas como entidades meramente administrativas. São, porém, entidades político-administrativas, um autêntico poder do Estado, inseridas nas duas formas de estado, sob estudo, pessoa jurídica pública com poder legislante, contendo sistemas de administração direta e indireta, segundo as tarefas administrativas, sejam cumpridas por autoridades do próprio governo municipal ou por unidades administrativas autônomas delegadas por aquele.¹⁰³ Os municípios conformam a concretização institucional da democratização por meio de processos de descentralização.

¹⁰¹ Tradução livre.

¹⁰² Estes e outros pontos relacionados ao marco normativo municipal ficarão abordados na Subseção 3.3. Seção 3.

¹⁰³ Conforme prescrevem os artigos 37º (“A administração pública direta ou indireta [...] dos Municípios [...]”) da CRFB/88 e 32º da NLOM (“Os servidores públicos locais podem ser de gestão direta e de gestão indireta [...]”).

3.2 O município e democratização

A posição dos Municípios, como órgãos do governo local da distribuição territorial do poder, autônomos conforme o marco legal das suas competências, perante outros governos diferenciados: regional ou Estadual e “central”, carece de complexidade caso não se observada a finalidade¹⁰⁴ e a função que ele desempenha no Estado conforme a decisão política contida na Constituição. A decisão contida na CRFB/88 e na CPP/93 (vigente) não só contém o reconhecimento e integração dos Municípios dentro da federação, a outorga de uma autonomia dos mesmos ou a consideração deles como entes político-administrativos, mas inclui também uma finalidade: a democratização do Estado por meio duma participação da população nos assuntos públicos locais¹⁰⁵ e a atenção adequada dos interesses dessa para obter a qualidade de vida desejada da sociedade.

O Município é o componente institucional das estratégias de democratização dos sistemas jurídicos, sob comparação e a concretização do processo descentralizador empreendido nos dois países.

A Democracia e o desenvolvimento são importantes para assegurar a estabilidade e governabilidade de um Estado (CARPIZO, 2008, 263 p.), porém, são fenômenos expansivos e dinâmicos. Atualmente, o desenvolvimento guarda relação com a maior e adequada satisfação das necessidades da sociedade com respeito aos Direitos Humanos, o Município participa nessa tarefa.

Descentralização e democracia estão relacionadas estreitamente, porém, é conveniente precisar a compreensão deste último no contexto atual, assim:

Se puede definir a la democracia como el método y la técnica que permite a los ciudadanos elegir a los dirigentes, quienes se encuentran controlados y

¹⁰⁴ “O fim é o criador de todo o direito” (Der Zweck ist der Schoepfer des ganzem Rechts), nas palavras de Jhering citado por Paulo Bonavides (**Teoria do Estado**. 6. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 115).

¹⁰⁵ Nesse sentido assevera Hans Kelsen que: “[...] si se exige que en la creación de las normas locales solo intervegan los súbditos de las mismas, por tanto, sólo esa parte del “pueblo, pero no todo él –como totalidad de los súbditos del orden central-, entonces no sólo se aspira a un grado superior de descentralización, sino también a un grado más amplio de democracia, pues la libertad, en el sentido de la autodeterminación, es tanto menor cuanto mayor es el número de individuos que participa en la creación de normas a las que no están sometidas.” (**Teoría General del Estado**. Traduzido por Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934. p. 238)

responsabilizados en los marcos que señala el orden jurídico del país, con la finalidad de garantizar el goce de los derechos humanos.

Ahora bien, prefiero una segunda definición, porque es más precisa y hace énfasis en el contenido o aspecto material de la democracia. Ésta es: democracia es el sistema en el cual los gobernantes son electos periódicamente por los electores; el poder se encuentra distribuido entre varios órganos con competencias propias y con equilibrios y controles entre ellos, así como responsabilidades señaladas en la constitución con el objeto de asegurar los derechos fundamentales que la propia constitución reconoce directa o indirectamente. (CARPIZO, 2008, p. 110)

Esse alcance não menospreza a existência de uma série de características que podem se observar adicionalmente nas democracias atuais tais como a pluralidade e o respeito¹⁰⁶, as funções razoáveis e adequadas do Estado perante o desenvolvimento social¹⁰⁷, a participação da população em todo processo de decisão e em todos os níveis de organização da sociedade e do Estado¹⁰⁸, etc.

Deve-se ressaltar o caráter distintivo do sufrágio universal como tendência dos Estados Democráticos atuais, isto é, evitar qualquer tipo de exclusão a respeito do direito de voto, exceto os menores de idade e os incapacitados mentais, inclusive para os estrangeiros residentes, que

¹⁰⁶ STC no Expediente N° 0042-2004-AI/TC (Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00042-2004-AI.html>>), fundamento jurídico 04, que prescribe: “La promoción de la cultura es un deber primordial del Estado Social y Democrático de Derecho, el cual, se manifiesta en tres aspectos: en primer lugar, el respeto a todas las manifestaciones artísticas, intelectuales, técnicas y científicas, así como la propiedad y valores de las comunidades campesinas y nativas; en segundo lugar, promover los actos que respondan al interés general, contribuyendo al fortalecimiento de la formación de la identidad nacional; en tercer lugar, no promover aquellos actos, que pudiendo ser culturales o encubrirse en lo cultural, transgreden el derecho fundamental a la paz, a la tranquilidad y a un ambiente equilibrado.” Outro tanto faz a STC no Expediente N° 00005-2006-AI/TC (Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00005-2006-AI/TC.html>>), fundamento jurídico 17 ao prescrever: “El Congreso expide normas que deben perseguir la eficacia de los derechos fundamentales favoreciendo el derecho de las minorías de alcanzar el goce y respeto de los derechos fundamentales mediante la adopción de medidas de carácter general o especial, según los diversos factores existentes a nivel económico, político y social en el país.”

¹⁰⁷ STC no Expediente N° 02002-2006-CC/TC (Disponível em: <<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02002-2006-AC.html>>), fundamento jurídico 8: “Se reitera que la configuración del Estado democrático y social de Derecho requiere de dos aspectos básicos: a) La existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal, y b) La identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social.”

¹⁰⁸ STC no Expediente N° 4677-2004-AA/TC (Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04677-2004-AA.html>>), fundamento jurídico 12: “El principio democrático, no sólo reconoce la soberanía popular y la supremacía constitucional; sino que implica que ello se proyecte como una realidad constante. Asimismo, la democracia se fundamenta en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado, por lo que, su participación en la vida política, es indispensable para maximizar el respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales.” Assim também a STC no Expediente N° 05741-2006-PA/TC (Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/6976-2006-PHC/TC.html>>), fundamento jurídico 3: “El derecho a la participación política constituye un derecho de contenido amplio e implica la intervención de la persona, en todo proceso de decisión, en los diversos niveles de organización de la sociedad.”

satisfaçam os requisitos, nas votações locais, devido a que deve ter direito de voto a pessoa que vai sofrer diretamente as decisões dos dirigentes. Estes alcances estão abrangidos no âmbito normativo local peruano, artigos 6° e 7° da Lei de Eleições Municipais, Lei N° 26864, nos quais se regula a faculdade do estrangeiro residente para ser eleito ou eleitor nos âmbitos do governo local, com exclusão dos Municípios de Fronteira. Já no caso local brasileiro, conforme prescrevem os parágrafos 2 e 3, Inciso I, do artigo 14 da CRFB/88, aplicável às eleições Municipais, essa situação ainda não vigora.

As Constituições contemporâneas se caracterizam geralmente pela sua tendência finalística, Constituições Teleológicas, que incorporam:

[...] um certo ideal de vida humana ou, para utilizar a terminologia dos clássicos, ela impõe um ideal de “vida boa”, de vida plenamente realizada como finalidade (*telos*) da existencia dos seres humanos. O conteúdo desta vida boa é explicitado na enumeração constitucional dos direitos fundamentais. O Estado e a sociedade, ao assegurarem o exercício dos direitos, estão assumindo a promoção da concepção de vida boa presente na constituição. A razão empregada nessa atividade é a razão prática, a prudência (*phronesis, prudentia*). (BARZOTTO, 2005, p. 20)

Um dos objetivos que transcendem ao Estado na CPP/93, se encontra no artigo 188 concordante com os artigos 43 e 44, ao prescreverem que a República do Peru tem “como objetivo fundamental o desenvolvimento integral do país”. O desenvolvimento é a realização da vida boa dos seres humanos, então o desenvolvimento de um país e a realização da vida boa numa comunidade. Outro tanto faz o artigo 3° da CRFB/88 ao impor como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “I- construir uma sociedade livre, justa e solidaria; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” Destarte, tem-se que as Constituições brasileira e peruana estruturam-se teleologicamente e:

Así como el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 afirmó que "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución", exactamente lo mismo se puede repetir, sustituyendo el concepto de constitución por el de democracia; al final de cuentas los conceptos de constitución, orden jurídico, democracia y estado de derecho se imbrican y se encuentran estrechamente relacionados entre sí, en virtud de que una constitución y un estado de derecho que no son democráticos no son tales, sino instrumentos de opresión. (CARPIZO, 2008, p. 110)

Nas Constituições contemporâneas, a democracia, além de definir o sujeito do governo e a sua forma de desenvolvimento, também se estrutura teologicamente, porém no ideal de realização da vida boa ou o pleno desenvolvimento do ser humano em comunidade, fornecendo as condições necessárias para tal fim, o bem comum como bem de todos, finalidade da democracia atual contida, aliás, nas Constituições de cada país. O ser humano tem como finalidade seu bem, seu pleno desenvolvimento (BARZOTTO, 2005, p. 43) e como a comunidade guarda estreita relação com o homem, o bem comum daquela “[...] nada mais é do que o conjunto de condições que permitem a vida boa para cada um dos membros da comunidade.” (*Ibidem*, p. 83) ou “[...] a própria composição harmônica do bem de cada um com o de todos [...]” (ISENSEE¹⁰⁹, & 57 *apud* ÁVILA, 1999, p. 101).

Com a possibilidade de dar perfis não só acadêmicos do conteúdo de *vida boa*, também cabe ressaltar que esta inclui bens exteriores “[...] como bens materiais, amigos, família, e bens do corpo, como saúde e beleza.” (BARZOTTO, 2005, p. 79). Muitos destes bens exteriores só podem ser satisfeitos com a participação do governo “central”, instituindo políticas de desenvolvimento, por exemplo, outras com a participação da comunidade local, devido à complexidade da sociedade toda, e a adequação não só dos serviços oferecidos por parte do governo “central” senão também daqueles que surgem da mesma comunidade local.

Porém, as condições que permitem alcançar a vida boa do ser humano, do cidadão, guardam relação, especialmente, com a adequação daquelas às necessidades a satisfazer assim como às condições locais, ainda mais com as exigências que implica a globalidade (SANTOS, 2001).

Os governos locais procuram reformar e regulamentar sistemas de vida, persuadir pela demonstração e proporcionar liderança, têm essa vantagem pelo fato de ser o governo mais próximo da população o que propicia uma relação direta e imediata entre eles. Têm ao senhor das eleições às suas portas.

Não se hesita ao se dizer que:

“[...] a participação do cidadão nos assuntos do governo local constitui a “base” da democracia e a única maneira em que os ajustamentos necessários na sociedade, exigidos pelas mudanças rápidas do desenvolvimento econômico, podem ser realizados de maneira a satisfazer grande número de pessoas.” (MADDICK, 1966, p. 71).

¹⁰⁹ ISENSEE, Josef. **Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat**, in HStR III, & 57.

Sem dúvida, os governos locais oferecem oportunidade para que os residentes na localidade tomem parte em decisões e esquemas próprios, dentro do âmbito da política e unidade nacional e, acima de tudo, para que atuem como centros de iniciativas e atividades que conduzam ao desenvolvimento integral da sua localidade e do país.

Assim, os esquemas dos governos locais ou municipais só podem ser atingidos por meio de uma descentralização política, em vista que as adaptações *nas e das* condições locais precisam de entidades com competência necessária para ditar políticas de âmbito local, atingindo de um jeito mais rápido os objetivos almejados, isto é, especialmente, o desenvolvimento integral.

Com o assinalado até aqui, não se quer tirar a importância que exerce a centralização de determinadas funções, que pode variar de contexto em contexto. Como visto nos parágrafos anteriores, a descentralização é um meio para facilitar a concretização das metas do governo “central”, como é o desenvolvimento, porém, uma não exclui à outra. Embora todos enfrentem a inevitabilidade da descentralização, caso se deseje atingir de forma adequada o desenvolvimento, alguns países se encontram em fases de desenvolvimento nas quais o governo “central” desempenha um papel mais ativo.¹¹⁰

De forma ilustrativa, pode-se afirmar que serão centralizadas as funções “tradicional” do Governo: da unidade do Estado, do controle da máquina militar e defesa, das comunicações e emissão de moeda, das tarifas e política fiscal, o sistema representativo do país, entre outros que estão especificados nas Constituições de cada país.¹¹¹

Deste jeito, é didática a seguinte asseveração:

“[...] No caso das funções tradicionais, a descentralização terá de ser praticada para facilitar-lhe a execução. Os impostos deverão ser recolhidos e o correio entregue nas localidades, envolvendo tudo isto um número considerável de funcionários externos. Para conveniência do controle do serviço, deverão ser estabelecidas áreas subordinadas. Contudo, os funcionários a cargo dessas áreas provavelmente terão muito pouca autoridade delegada, uma vez que seus trabalhos são de natureza rotineira. Já os serviços pessoais assumem natureza diferente. Nesta esfera, os contatos são mantidos com a comunidade local e mesmo com indivíduos isolados. O serviço obterá êxito apenas se puderem ser persuadidos a usá-lo e se forem atendidas, tão convenientemente quando o permitam recursos e custos, as necessidades dos usuários. A implementação da política nesses serviços implicará a delegação de poderes discricionários, sem os

¹¹⁰ Como exemplo na América do Sul se tem a Colômbia, com um tipo de descentralização ao nível administrativo. Para uma abordagem das características do sistema de distribuição territorial do poder colombiano ver Jaime Vidal Perdomo, **Derecho Administrativo**.

¹¹¹ Que sem prejuízo de outras disposições estão detalhadas especialmente no artigo 22º da CRFB/88, para o caso brasileiro, e no artigo 26º da LBD, para o caso peruano.

quais não poderão ser feitas adaptações às condições locais.” (MADDICK, 1966, p. 52).

A desvantagem específica de um excesso de centralização, na atualidade, é o leque esmagador das atividades governamentais que teria que fazer frente o governo “central”, diminuindo a atenção em problemas de alcance nacional, aliás, essas atividades deveriam crescer e variar conforme a rápida mudança de uma população que se torna ou se reconhece mais e mais emancipada, isto é, que os grupos da população de um país pelo simples fato das condições locais vão adquirindo caracteres diferentes uns dos outros.

São a descentralização e o Município faces que dão sentido democrático às formas de Estado. A descentralização, por meio da institucionalização de Municípios, como estratégia de democratização dos sistemas jurídicos, peruano e brasileiro, é o modo mais adequado de atingir o bem comum, a qualidade de vida da sociedade.

Ora no Brasil, ora no Peru, os Municípios cumprem esse papel, tem essa finalidade, o que caracteriza por igual aos dois sistemas jurídicos objeto de comparação. Até este ponto se tem visto, porém, a causa que propiciou a posição dos Municípios como governos político-administrativos, isto é, a concretização do processo descentralizador empreendido nos dois países, embora a legislação constitucional municipal brasileira se caracterize pela maior margem de autonomia dessa instituição perante a legislação do bloco constitucional municipal peruano.

Destarte, o tratamento formal e material outorgado pelas Constituições vigentes dos sistemas jurídicos comparados são realmente inovadores, se cabe o termo, perante o tratamento revogado.

Havendo aqui, uma importante conclusão, derivada do assinalado. A integração latino-americana, uns dos objetivos do direito comparado, inicia pela igualdade e a adesão a um mesmo fim, *a democratização com desenvolvimento*, das comunidades envolvidas. Têm-se então as bases adequadas e necessárias para conformar integrações em comunidades maiores conforme prescrevem o Parágrafo Único do artigo 4º da CRFB/88¹¹², e o Segundo Parágrafo do artigo 44 da CPP/93.¹¹³

¹¹² Art. 4º, Parágrafo Único da CRFB/88.- “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”

¹¹³ Art. 44º, Segundo Parágrafo da CPP/93.- “Assim mesmo é dever do Estado, estabelecer e executar a política de fronteiras e promover a integração, particularmente latino-americana, assim como o desenvolvimento e a coesão das zonas fronteiras, em concordância com a política exterior.” (Tradução livre).

3.3 O marco normativo municipal comparado

A autonomia municipal depende numa última análise do marco normativo desta instituição, isto é, do marco normativo municipal dos sistemas jurídicos peruano e brasileiro¹¹⁴, isso sem prejuízo do entrelaçamento dinâmico de outros âmbitos de competências que guiam, ou de onde se extrai, o campo de atuação dos órgãos de governo dos municípios assim como sua autonomia. Porém, é importante e útil a análise das normas jurídicas que disciplinam sua organização institucional e o sistema de produção normativa por parte do Município.

A Constituição incorpora as normas fundacionais do ordenamento mesmo, a partir das quais se determinará a legitimidade do resto das normas do sistema jurídico, isto é, que a Constituição também incide no sistema que regula o processo de produção jurídica, atribuindo poderes normativos sobre distintos sujeitos e assinando um valor específico as normas criadas por eles, embora não todas as normas sobre produção jurídica estejam contidas nela¹¹⁵.

Porém, para compreender o município tem-se que analisar as normas jurídicas que organizaram aquele e colocaram o marco para a produção normativa municipal ou “do ordenamento jurídico municipal”, isto é, todas as normas jurídicas emitidas pelos órgãos do governo municipal, conforme ao ordenamento jurídico nacional.

No Peru, como estado unitário descentralizado politicamente em regiões, “[...] la potestad normativa está distribuida entre órganos nacionales y regionales, además de los locales.” (TCP, 2005)¹¹⁶. Porém, se tem a convivência de vários subsistemas normativos: nacional, regional e local, onde se pode criar o direito (atividade do legislativo) além de prover qualquer ação para a sua execução (atividade do executivo).

O direito local, além do regional, tem um âmbito de vigência e aplicação delimitado territorialmente à circunscrição de cada município, isso conforme a norma contida no nomeado

¹¹⁴ Quer dizer: “La individualización de las fuentes del Derecho dentro de cada ordenamiento jurídico, generalmente obedece a una opción política, a una elección del legislador.” (PEGORARO, Lucio, RINELLA, Angelo. **Las fuentes en el derecho comparado**. Traduzido por Marta León, Daniel Berzosa y Jhoana Delgado. Lima: Grijley E.I.R.L., 2003. 188 p. p.39)

¹¹⁵ Como é o caso peruano da Lei de bases da Descentralização e a Nova Lei Orgânica de Municipalidades.

¹¹⁶ Lima: Sentencia do Tribunal Constitucional Peruano no Expediente N° 0020-2005 e 0021-2005-PI/TC, Fundamento 57. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00020-2005-AI%2000021-2005-AI.html>>. Acesso em: 13.02.2009.

“princípio de territorialidade” que, como regra, prevê um âmbito de vigência e aplicação das leis emitidas pelos níveis de governo local, aliás, incluso o regional, à circunscrição territorial daquele. De Esteban y Gonzáles-Trevijano abordam dita questão assinalando seu conteúdo; assim:

[...] implica, como regla general, que las competencias autonómicas encuentran su límite en el ámbito de su territorio (SSTC 37/1981 y 13/1988), de forma que las materias que rebasen dicho límite son competencia del Estado. (DE ESTEBAN, 1994, p. 868)

Com fontes de direito distintas, dentro do Estado peruano precisa-se de uma articulação entre as mesmas que possam outorgar facções de um sistema como unidade e ordenação (CANARIS, 2002, p.12). Essa articulação tem que ser de forma tal, que a produção de direito no sistema jurídico não esteja sob os alcances do nomeado:

[...] principio de jerarquía, pues en frente de un eventual conflicto de las normas emitidas ya sea por el gobierno nacional, los órganos regionales o los locales, aquel no permite dar una respuesta coherente, por el simple hecho que las normas emitidas cuentan con el mismo rango normativo. (TCP, 2005)¹¹⁷.

Então a referida articulação deve se estruturar conforme o nomeado “princípio de competência”, segundo o qual o âmbito de competência de cada setor de governo, isto é nacional, regional ou local, termina por excluir às normas de qualquer outro ordenamento interno dos setores de governo referenciais. Porém, o conflito é inevitável em vista que nem sempre está completamente determinado o âmbito de competência¹¹⁸, ora pelo âmbito material ora pelo âmbito subjetivo das competências político-normativas outorgadas, então perante um “conflito de competências” a delimitação dos seus âmbitos tem que se fazer ao nível jurisprudencial, que no caso peruano é função inerente do Tribunal Constitucional. Destarte, este colegiado emprega o que ele mesmo tem nomeado como “Teste da Competência”:

[...] método mediante el cual el Tribunal analiza las materias asignadas a los sujetos constitucionales en conflicto bajo los parámetros de actuación

¹¹⁷ Lima: Sentencia do Tribunal Constitucional Peruano no Expediente N° 0020-2005 e 0021-2005-PI/TC, Fundamento 50. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00020-2005-AI%2000021-2005-AI.html>>. Acesso em: 13.02.2009.

¹¹⁸ No caso Municipal esta é uma das aristas para a eficácia do nomeado principio da subsidiariedade perante comunidades com características e necessidades diferentes e cambiantes conforme o contexto resulta difícil encontrar uma zona de predomínio absoluto, excludente e determinado, dos municípios tendo-se que recorrer à expressão “interesse local” como abrangente de todas as atividades municipais normativamente indeterminadas e que de forma adequada possam ser atingidas e determinadas posteriormente.

desarrollados, según se trate del ejercicio de competencias [...] exclusivas, compartidas o delegables.”(TCP, 2004)¹¹⁹

Assim, os âmbitos das atividades Municipais peruanas vão se materializando conforme o exercício legislativo derivado das normas Constitucionais, ou normas diferentes habilitadas com esse perfil, a NLOM e a LBD, que pode inclusive prescrever um marco técnico-normativo para a assinação e transferência gradual de competências.¹²⁰ Assim, os diferentes governos têm âmbitos normativos competenciais diferentes, inclusive o governo central, porém, isso não significa que o exercício dentro desse âmbito possa ser desintegrado, nem muito menos contraposto, senão que pelo contrario deve ser harmonioso conformando uma unidade sistemática normativa. Esta idéia é conhecida como o “principio da unidade” dentro da qual tem roles importantes aqueles interesses nomeados de nacionais¹²¹. Destarte, o exercício de competência dos órgãos políticos autônomos constitucionalmente diferenciados deve estar harmoniosamente orientado ao desenvolvimento integral do estado.

No Peru, a autonomia normativa dos governos locais ou municipais, além dos regionais:

[...] no sólo se encuentran limitadas territorialmente [...], sino que su validez se encuentra supeditada a su compatibilidad con la Constitución y las normas

¹¹⁹ Lima: Sentencia do Tribunal Constitucional Peruano no Expediente N° 0013-2003-CC, Fundamento 10.3. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00013-2003-CC.html>>. Acesso em: 13.02.2009.

¹²⁰ Artigo 14° da Lei N° 27783.- “Critérios para a assinação e transferência de competências: 14.1 As competências de cada nível de governo, nacional, regional e local, se regem pela Constituição e a presente Lei Orgânica. 14.2 A assinação e transferência de competências para os governos regionais e locais realiza-se gradualmente sob os seguintes critérios: a) Critério de subsidiariedade: O governo mais perto da população é o mais idôneo para exercer a competência ou função, por conseguinte o governo nacional não deve assumir competências que podem ser cumpridas mais eficientemente pelos governos regionais, e estes por sua vez, não devem fazer aquilo que pode ser executado pelos governos locais, evitando-se a duplicidade e superposição das funções. b) Critério de seletividade e proporcionalidade. A transferência de competências levará em conta a capacidade de gestão efetiva, que ficará determinada por um procedimento com critérios técnicos e objetivos. Será gradual e progressiva, começando com as relativas ao investimento público ao nível regional e a execução do gasto social ao nível local. c) Critério de provisão. Toda transferência ou delegação de competências deverá ser necessariamente acompanhada dos recursos financeiros, técnicos, materiais e humanos diretamente vinculados aos serviços transferidos, que assegurem sua continuidade e eficiência. d) Critério de concorrência. No exercício das competências compartilhadas cada nível de governo deve atuar de maneira oportuna e eficiente, observando cabalmente as ações que lhe correspondem e respeitando o campo de atribuições próprio dos demais. Também aplicarão como critérios as externalidades, nacional regional e local, que transcende o âmbito específico onde se localiza o exercício de determinada competência ou função, e a necessidade de propiciar e aproveitar economia de escala.” (Tradução livre).

¹²¹ Contraponto obrigatório com aqueles interesses nomeados de locais. Assim para os alcances do presente trabalho deve-se compreender “interesse nacional” conforme a STC no Expediente N° 008-2003-AI/TC, fundamento 60.d.: “el interés nacional justifica la aplicación en medidas concretas; es decir, que los beneficios que depara la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad.”

legales que, para tales efectos, integren el Bloque de Constitucionalidad [...] (TCP, 2005).¹²²

Deve-se compreender a referida compatibilidade com a Constituição como uma de caráter hierárquico, isto é, que uma normativa prevalece sobre a outra. Esta circunstancia não é alheia ao sistema jurídico municipal brasileiro como bem deixa entrever Michel Temer ao asseverar que “[...] os atos normativos produzidos pelo Legislativo submetem-se ao que, anteriormente, a Constituição estabeleceu.” (TEMER, 2005, p. 64).

Assim, pode-se observar que a conformação do sistema jurídico peruano, produto da atividade dos órgãos de cada governo diferenciado, está integrada pelas leis nacionais, regionais e municipais, com a ressalva que na primeira delas devem-se distinguir os diferentes setores da mesma, isto é, a Constituição, leis orgânicas e leis ordinárias, decretos legislativos, decretos de urgência, especialmente. Só com a primeira delas se aplica uma ordem hierárquica e com as últimas uma de ordem horizontal, sendo que para o caso de conflitos sobre competências, no campo jurisdicional, se aplica o teste de hierarquia e antinomias e o teste de competência, respectivamente.

Já no caso brasileiro, além da presença de questões como a territorialidade e o exercício da autonomia conforme critérios objetivos de competências assinadas, que em substancia observam os mesmos perfis que para o caso peruano, tem-se uma ordem jurídica total integrada pela ordem jurídica nacional, federal, estadual e municipal. São nestas últimas, isto é, as federais, estaduais e municipais, que se extrai o caráter autônomo de cada uma das entidades correspondentes, conforme prevêm os arts. 1º e 18 da CRFB/88, isto é, que cada uma tem a potestade de criar seu próprio ordenamento, obviamente dentro dos termos da Constituição. É em relação com a nomeada ordem jurídica nacional que a questão hierárquica tem prevalência, já que em respeito dos demais ordenamentos, e pelo mesmo valor normativo, conforme a horizontalidade que as condiciona, impera uma questão de competência.

Enxerga-se, pois, que em ambos dos sistemas jurídicos sob análise, isto é, o brasileiro e o peruano, se têm leis de caráter nacional e outras cuja validade se encontra delimitada ao âmbito das atividades próprias dos governos diferenciados instituídos a nível constitucional.

¹²² Lima: Sentencia do Tribunal Constitucional Peruano no Expediente N° 0020-2005 e 0021-2005-PI/TC, Fundamento 64. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00020-2005-AI%2000021-2005-AI.html>>. Acesso em: 13.02.2009.

São as *normas nacionais* que regem e dão um perfil geral dos Municípios e as que delimitam os campos de atuação deles, sem menoscabo da autonomia nos seus diferentes âmbitos: político, econômico e administrativo.

No Peru, é através das leis de caráter nacional, tipo a Lei de Bases da Descentralização, da Lei Orgânica dos Governos Regionais e a Nova Lei Orgânica de Municipalidades, que o conteúdo das normas constitucionais municipais se desenvolve e concretiza. O Tribunal Constitucional Peruano sobre o tema asseverou o seguinte:

La expresión ‘Ley de Desarrollo Constitucional’, a la que hace referencia la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución, no implica la creación de una categoría normativa dentro del sistema de fuentes, sólo que es un tipo de entre las normas legales que tiene como rasgo común desarrollar preceptos constitucionales que el Constituyente ha delegado al legislador. (TCP, 2004).¹²³

Esta abordagem não teria maiores ressalvas se não se tivesse que realizar uma esclarecimento em relação a determinadas expressões as quais, pela sua similitude, podem induzir equívocos: está-se referindo, pois, às “Leis Orgânicas”, que dentro dos ordenamentos brasileiro e peruano são uns dos pressupostos referenciais para considerar uma norma, emitida em exercício da autonomia municipal, como válida¹²⁴. Ditas leis orgânicas diferem formalmente nos ordenamentos sob comparação, tendo em vista que substancialmente não fazem outra coisa que regular a forma de constituição, organização e funcionamento dos municípios, entre outros órgãos.

A lei orgânica peruana, redigida pelo Congresso Nacional, e que versa sobre o Município, é a Lei N° 27972, a Nova Lei Orgânica de Municipalidades, que precisou de uma habilitação constitucional especial, não podendo surgir espontaneamente, pois nessa habilitação se distinguem duas características relevantes: o elemento material e o elemento formal. A primeira delas consiste na delimitação do objeto da mesma, de um jeito concreto e bem definido, assim como em temas de capital importância da Constituição; a segunda delas, elemento formal, consiste no procedimento de aprovação da lei orgânica que tem um ônus maior de complexidade perante as leis ordinárias¹²⁵. Essa circunstância se explica pela prolongação ao legislativo

¹²³ Lima: Sentencia do Tribunal Constitucional Peruano no Expediente N° 0038-2004, Fundamento 01. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00038-2004-AI.html>>. Acesso em: 13.02.2009.

¹²⁴ A outra estar-ia constituída fundamentalmente pela Constituição.

¹²⁵ Artigo 106° da CPP/93.- “Mediante leis orgânicas se regula a estrutura e o funcionamento das entidades do Estado previstas na Constituição, assim como também as outras matérias cuja regulação por lei orgânica esteja estabelecida na Constituição. [] Os projetos da lei orgânica se tramitam como qualquer outra lei. Para sua

ordinário do processo constituinte originário junto ao espírito que dirigiu a elaboração constitucional, o consenso, e é com dito objeto que o texto constitucional deixa aberta a forma de resolução de temas capitais. Porém, as matérias reservadas para a lei orgânica peruana, conforme asseverado pelo Tribunal Constitucional, guardam um enfoque de *numerus clausus*:

[...] En tal sentido, debe considerarse que el artículo 106.º de la Constitución prevé dos rubros que deben regularse por ley orgánica: a) la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas por la Constitución, las cuales comprenden aquellas con mención expresa (las contempladas por los artículos 82.º, 84.º, 143.º, 150.º, 161.º y 198.º de la Constitución), y aquellas que, debido a su relevancia constitucional, también gozan de tal calidad; ello porque la primera parte del artículo 106.º de la Constitución debe interpretarse coherentemente; y b) las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución (dentro de estas últimas se tiene a las contempladas en los artículos 31.º, 66.º y 200.º de la Constitución). (TCP, 2005).¹²⁶

É por meio desse tipo de leis, que a Constituição peruana regula a estrutura e o funcionamento das entidades do estado previstas na Constituição, obviamente incluindo os municípios¹²⁷.

Destarte, as leis orgânicas no caso peruano podem ser consideradas como de “desenvolvimento constitucional” e que, conseqüentemente, formam parte integrante do nomeado “bloco de constitucionalidade”, isto é, todas as leis às que se:

[...] confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango, y que por ende son necesarias para evaluar la validez constitucional de una norma puesta a consideración del Tribunal Constitucional. (TCP, 2005)¹²⁸

A Lei N° 27972, ou a Nova lei orgânica de municipalidades¹²⁹, norma especialmente à organização dos governos locais, no seu nível de governo quanto no administrativo, o regime econômico municipal, as competências e funções específicas dos governos locais, os planos e

aprovação ou modificação, requerer-se-á o voto de mais da metade do número legal de membros do Congresso.” (Tradução Livre).

¹²⁶ Lima: Sentencia do Tribunal Constitucional Peruano no Expediente N° 0022-2004, Fundamento 20. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/0022-2004-AI.html>>. Acesso em: 13.02.2009.

¹²⁷ Conforme se pode derivar do prescrito pelo último parágrafo do artigo 198° da CPP/93: “As municipalidades de fronteira têm, assim mesmo, regime especial na Lei Orgânica de Municipalidades.”

¹²⁸ Sentencia do Tribunal Constitucional Peruano no Expediente N° 0033-2005, Fundamento 07. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/0022-2004-AI.html>>. Acesso em: 13.02.2009.

¹²⁹ Que ab-rogou a Lei N° 23853 e que está mais acorde com os novos alcances descentralizadores da Reforma Constitucional sucedida respeito da “Descentralização”, por meio da Lei N° 27680, publicada em 07 de marco de 2002.

atividades de participação e coordenação, entre outros. Quer dizer que aquela é um complexo normativo sobre o sistema e dinâmica do município.

Já na ordem jurídica brasileira, as leis nomeadas de “orgânicas” são leis aprovadas pelo próprio município¹³⁰. Assim, esta lei rege todas as atividades do mesmo, sejam as organizativas estruturais quanto às de função, ou seja, é por meio deste tipo de lei que o município se organiza como pessoa jurídica de direito público, nas quais se encontra, incluso, normas relativas sobre a relação entre os dois órgãos de governo como são o executivo, nomeado de “prefeitura”, e o legislativo, nomeado “câmara de vereadores”. Enxerga-se então, uma diferença em ambos os sistemas, relacionada ao órgão encarregado da aprovação da norma que regula as formas de constituição e funcionamento dos municípios; assim, na ordem jurídica brasileira dita potestade está atribuída a cada município ou governo local, amparada em mandato constitucional; já no caso peruano é potestade plena do “governo central”.

A lei orgânica brasileira recebe seu fundamento da CRFB/88, estabelecendo a observância dos princípios estabelecidos por esta assim como dos princípios da Constituição Estadual.

Longe da discussão de considerar a Lei Orgânica brasileira como uma autêntica “Constituição Municipal”, deve-se considerar a substancialidade da sua regulação; assim:

[...] é documento disciplinador no âmbito municipal e, nessa esfera, a partir do momento de sua promulgação passa a constituir o fundamento de validade de todas as demais normas que gravitem, por destino, no interior de tal seara. (SANTANA, 1998, p. 100).

É na lei orgânica brasileira que ficam prescritos o conjunto de preceitos jurídicos disciplinadores dos atributos da autonomia municipal, além de discriminar matérias de interesse local sob os termos do artigo 30º, inciso I da CRFB/88, as matérias de competência comum que a CRFB/88 lhe reserva, conforme o artigo 24º do texto constitucional, e aquela dita suplementar. Quer dizer que, na CRFB/88, está indicado o conteúdo básico da lei orgânica, porém, qualquer desrespeito desse conteúdo, e por se tratar de uma questão hierárquica, pode gerar uma causa de inconstitucionalidade.

Conseqüentemente, pela observância aos princípios da CRFB/88, especialmente, assim como das matérias discriminadas no mesmo texto constitucional, exclusivas, comuns e

¹³⁰ Conforme se observa do prescrito pelo artigo 29º da CRFB/88, cujo teor é como segue: “O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado [...]”

suplementares, deve-se assinalar que tanto a lei orgânica brasileira, quanto a peruana, substancialmente regulam a organização e dinâmica do Município.

4 OS MUNICÍPIOS BRASILEIRO E PERUANO: a organização institucional comparada

Uma decorrência da tratativa do Município, como órgão político administrativo autônomo do Estado é seu viés orgânico institucional, por refletir sua autonomia política e administrativa. Política, pois é por meio dos órgãos de governo local que ele exerce suas atribuições políticas de legislar e de governar; administrativa, porque o Município, por meio dessa atribuição, pode produzir seus organogramas próprios de forma a atingir às matérias municipais.

As “leis orgânicas” dos dois sistemas jurídicos sob comparação necessariamente regulam a organização institucional dos Municípios, objeto da presente parte do trabalho, visto que é por meio dos seus órgãos sistematizados que aquele cumpre seus objetivos e suas funções.

Então se observará a estruturação de governo dos municípios no Brasil e no Peru, assim como sua estruturação administrativa.

4.1 A organização do governo do município

A autonomia política das instituições municipais se traduz em autogoverno e em auto legislação, isto é, numa organização e desenvolvimento da sua própria vida pública.

Neste ponto, importa ressaltar a posição e relacionamento dos órgãos de governo municipal, isto é, os órgãos que fazem possível agir no âmbito mais importante da autonomia municipal, a política.

A diferença da nomeação de *Alcalde* e de Conselho perante Prefeito e Câmara Municipal não tem maior relevo, já que, num determinado momento histórico, os dois primeiros eram designações comuns nas questões municipais do Brasil e do Peru; a alusão ao Prefeito é de uma história mais recente da instituição municipal brasileira. Porém, é importante observar os perfis do sistema organizacional da instituição municipal brasileira e peruana sob um viés jurídico.

Embora o sistema de governo municipal peruano compartilhe várias das características do município no sistema Norte-Americano, as quais servirão para explicar aquele, não se deve

esquecer o referencial histórico do sistema peruano; aliás, este último pode haver integrado algumas figuras do outro sem menosprezar seu próprio desenvolvimento ao passo dos anos.

O sistema norte-americano compartilha uma semelhança com o sistema peruano de governo municipal atual: a eletividade do Conselho assim como do *Alcalde*. Ora, neste sistema se distinguem três variantes: o sistema do *alcalde* débil, o sistema de *alcalde* forte e os tipos intermédios dos dois anteriores. O sistema de *alcalde* débil é nomeado assim porque seus poderes são poucos e estão cuidadosamente restringidos sendo que o Conselho pode nomear e cessar aos funcionários da administração, dispor em referencia ao orçamento e exercer faculdades de veto. No sistema de *alcalde* forte, este controla todos os assuntos administrativos, pode nomear e cessar aos chefes das áreas administrativas sem consulta previa ao Conselho, tem amplos poderes em relação ao orçamento municipal, aliás, os únicos funcionários municipais eleitos por votação direta neste sistema são o *alcalde* e o conselho. Na forma intermediária daqueles dois, o *alcalde* tem adotado um maior controle sobre a administração, embora seu controle seja só parcial. (MACDONALD, 1959; ZUCCHERINO; 2006).

Por outro lado, Ricardo Miguel Zuccherino descreve um sistema municipal que se ajusta à realidade latino-americana, especialmente ao brasileiro. O Sistema Presidencialista parte da diferenciação das atribuições normativas e as próprias de gestão, sendo elegíveis os membros ou representantes de cada área.

O governo da cidade¹³¹ brasileira se baseia na separação, controle e equilíbrio de poderes; mas com uma variante já que:

[...] o Município não possui judiciário próprio. O Poder Judiciário que atua dentro dos limites territoriais dos Municípios é o estadual. [...] Importa que o Município possui duas funções básicas de governo: a de legislar e a executiva. [...] (SANTANA, 1998, p. 51)

Compreender-se-á a atividade legislativa municipal de um jeito amplo, que abranja não só as leis votadas pelo órgão legislativo do Município e promulgadas pelo órgão executivo como, também, os regulamentos emitidos pelo executivo municipal como forma de efetivar àquelas. (MEIRELLES, 1997, p. 100).

¹³¹ Embora Austin F. MacDonald ressalta que os estudos da ciência política atual assinalam como funções governamentais a “[...] determinación de la medida política o fijación de los fines a conseguir, y su ejecución, o sea, la realización de esos fines. A una función la llaman política, a la otra, administración.” (In: **Gobierno y administración municipal: la experiencia de los Estados Unidos**. México: 1959, 684 p. p. 129)

A atividade legislativa se exerce sobre determinadas matérias. No Brasil, diz respeito à sua auto-organização (artigo 29º da CRFB/88) sobre assuntos de interesse local: suplementação da legislação federal e estadual no que couber; instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar as suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; promover no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso do parcelamento e da ocupação do solo urbano (artigo 30º, Incisos I, II, III, IV, V e VIII da CRFB/88). Já no Peru, guarda relação com a sua organização interna e o orçamento; com a aprovação do plano de desenvolvimento local concertado com a sociedade civil; criação, modificação e supressão de contribuições, taxas, “*arbitrios*”, “*licencias*” e direitos municipais conforme lei; organizar, regulamentar e administrar os serviços públicos locais da sua responsabilidade; planificação do desenvolvimento urbano e rural de suas circunscrições, incluso a qualificação zonal, urbanismo e o acondicionamento territorial; administração de seus bens e rendas; e as demais atribuições inerentes à sua função (artigo 195º, Incisos 1, 2, 3, 4, 5, 6, e 10 da CPP/93 sem prejuízo das outras matérias prescritas nos artigos 42º da LBD e 73º da NLOM).

No Brasil, na esfera municipal, a função executiva é exercida pelo Prefeito, que é o chefe da Prefeitura (artigo 29º, Inciso I da CRFB/88)¹³², sendo que a função legislativa é realizada pela Câmara de Vereadores (artigo 29º, Incisos I; XI da CRFB/88, sem prejuízo da sua função fiscalizadora prevista no artigo 31º do mesmo corpo normativo)¹³³; destarte, o sistema brasileiro prevê para o governo municipal funções divididas. Assim:

[...] a Prefeitura e a Câmara de Vereadores exercem suas atribuições com plena independência entre si e em relação aos Poderes e órgãos da União e dos Estados Membros. Não há subordinação ou dependência entre os dois Poderes da Administração Local; agem, ou devem agir, com ampla liberdade, dentro da esfera própria de cada um, no ambiente de harmonia e independência recomendado pela Constituição Federal aos Poderes da União, extensivo também aos Poderes municipais. (MEIRELLES, 1997, p. 124)

¹³² Artigo 29º, Inciso I da CRFB/88: “Eleição do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores, para mandato de quatro anos, mediante pleito direto e simultâneo realizado em todo o país.”

¹³³ Artigo 29º, Inciso XI da CRFB/88: “Organização das funções legislativas e fiscalizadoras da Câmara Municipal.” Artigo 31º da CRFB/88: “A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma de Lei. [...]”

Esta harmonia e esta independência das funções dos órgãos de poder locais baseiam-se, em determinados pressupostos: a) Proibição de acumulação de funções executivas e legislativas numa só pessoa; b) A reserva, à Câmara, do poder de legislar e, ao Executivo, comandado pelo Prefeito, o de administrar (sendo interdita a avocação das atividades de um pelo outro); c) A impossibilidade de delegação incondicionada das funções entre os Poderes; d) A colaboração do Executivo na elaboração das leis (com o poder de iniciativa, sanção e veto). (SUNDFELD, 1990).

Já para o Peru, a função executiva é exercida pelo “*Alcalde*”, chefe da “*Alcaldía*”, e a legislativa quanto a fiscalizadora é desenvolvida pelo “*Concejo Municipal*” (artigo 194º, Segundo parágrafo da CPP/93)¹³⁴.

Num primeiro momento, tem-se que os dois ordenamentos no nível Constitucional optaram pela separação das atividades dos órgãos de governo, isto é, órgão executivo e órgão legislativo municipal. Mas as “leis orgânicas” dos sistemas jurídicos sob comparação contêm algumas diferenças que devem ser analisadas. Aquela, no caso brasileiro, está conformada não somente pelo grau de autonomia que ela reflete¹³⁵, mas também pela observância à risca das normas constitucionais, ora da Federação ora do Estado (artigo 29º da CFB/88), isto é, que “[...] deve guardar correlação com a Constituição Federal e também com a Constituição Estadual, observando estrita simetria.” (GEWEHR, 2008, p. 103). O sistema jurídico municipal peruano, a Constituição Política do Peru, a Lei de Bases da Descentralização e a Nova Lei Orgânica de Municipalidades, não observam dito mandato.

Baseado nessa simetria, o Município brasileiro norma as relações dos dois órgãos de governo municipal brasileiro, assim como sua organização administrativa, sem prejuízo das adequações conforme as exigências das particularidades locais¹³⁶. Agora essa extensão dos

¹³⁴ Artigo 194º da CPP/93: “[...] A estrutura orgânica do governo local conformam-na o Conselho Municipal como órgão normativo e fiscalizador e a Alcaldia como órgão executivo, com as funções e atribuições que assinala a lei. [...]”

¹³⁵ Sendo que para o Brasil reflete uma autonomia “absoluta” e para o Peru uma autonomia “relativa”; levando em consideração a autonomia constitutiva ou auto organizativa que tem o Município brasileiro e que não tem o Município peruano.

¹³⁶ Sobre o tema Cezar Saldanha Souza Júnior expressa: “[...] no Brasil vem se pretendendo, sob o mesmo *nomen iuris* de ‘simetria’, **sujeitar** os Estados e, até mesmo, os Municípios àquele molde da organização formal institucional ditado, pela Constituição, à União! Ou seja, sob o pálio do termo técnico ‘simetria’, vem se defendendo, entre nós, a ‘**uniformidade** orgânico-institucional’ entre União, Estados e Municípios! Ora, essa tese é frontalmente antifederativa. Violenta o poder essencial de auto-organização das unidades de uma federação, naquilo que não lhes seja vedado pela Constituição. Evidente que, onde a Constituição determine **uniformidade**, essa deve firmar-se. Entretanto, é da essência mesma da federação – um de seus princípios fundamentais – a autonomia organizativa. Inexistindo comando supremo que oponha exceção, não de prevalecer o poder de auto-organização das unidades e as decisões tomadas com base nesse poder.” (**Estudo introdutório:**

princípios federais e estaduais, imutáveis, ao âmbito municipal pode refletir no acréscimo do aparelho estatal incluso dentro de governos locais ou municipais que não precisariam de tais complexidades.

Assim, se tem jurisprudência sobre o tema:

ACAO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROCESSO LEGISLATIVO. PRINCÍPIO DA SUFICIENCIA DA MAIORIA. POSTULADO DA SIMETRIA. FLEXIBILIZACAO.

Em relação ao quorum de deliberação parlamentar, vige no sistema constitucional brasileiro o princípio da suficiência da maioria (art. 47, CF/88, e art. 51, CE/89), que, como fundamento no postulado de simetria (art. 29, CF/88, e art. 8º, CE/89), deve ser transplantado para o processo legislativo municipal. Assim, em princípio, Lei Orgânica Municipal não pode exigir quorum qualificado para a aprovação de projeto de lei local, nas hipótese em que a Constituição Estadual, por simetria à Carta Federal, não o faz.

Possibilidade de flexibilização da exigência. Permissão a que os Municípios contemplem a previsão de leis complementares sobre matérias de especial relevância, análogas- e não exatamente idênticas – àquelas previstas nas Constituições Federal e Estadual, a exemplo do Plano Diretor, Código de Obras e Edificações, e Código Administrativo.

Ação direta julgada parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 59, incisos I a VII, e & 2º, alínea “b”; 60, caput e incisos I a IV, e 77, inciso VII, e && 1º e 2º, todos da Lei Orgânica Municipal de Lagoa Vermelha, por infração aos artigos 8º, 51 e 59, da CE/89, e artigos 29, 47 e 69 da CF/88. Unânime. (ADI nº 70010237014. Tribunal Pleno. Relatora Maria Berenice Dias. Julgado em 11/04/2005)

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo asseverou:

Inconstitucionalidade – Art. 7º da Lei Orgânica do Município de Pirajuí – veda ao Município outorgar isenções e anistias fiscais ou permitir remissão das dívidas – fato que retira do Prefeito a iniciativa de projetos de lei específicos sobre a anistia fiscal e a remissão de dívidas – Art. 150, & 6 da Constituição Federal – Ação parcialmente procedente (ADin n. 11981-0-SP, 27/2/91, Rel. Des. Carlos Ortiz)

Também, sendo Relator o Desembargador Sabino Neto:

Aumento da remuneração de servidores públicos – competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo – Art. 61, & 1, II, a, da Constituição da República e artigo 24 da Constituição Estadual – Ação Procedente (ADin n. 11882-0-SP, 27/2/91, Rel. Des. Sabino Neto)

Já a lei orgânica municipal do Peru não submete simetricamente os órgãos de governo local às formas do governo nacional prescritas na CPP/93, embora regule as relações entre os órgãos de governo local, suas funções, e a organização administrativa municipal. Pelo contrario, é

nela onde se norma todos os perfis municipais não encontrados na Constituição, limitações às funções dos órgãos de governo e as relações entre eles, especialmente. É na lei orgânica que se desenvolve e concretiza as normas constitucionais do regime municipal peruano. Com isto, não se está afirmando que o regime municipal possa desrespeitar os preceitos constitucionais, já que qualquer lesão à CPP/93 pode ser passível de uma ação direta de controle constitucional, por meio de um processo de inconstitucionalidade.

Tem-se, então, que uma simetria só seria de aplicação se a CPP/93 não houvesse feito reserva para o desenvolvimento da instituição municipal numa lei especial, a NLOM (artigo 194º, Segundo Parágrafo da CPP/93). Os órgãos de governo municipais peruanos se caracterizam pela falta de similitude destes perante os poderes dos órgãos centrais de governo, já que aqueles terão unicamente aquelas funções e atribuições que assinala a lei¹³⁷. O Tribunal Constitucional Peruano, sobre o tema, asseverou:

[...] no es materia propia de una ordenanza la regulación de las fuentes del ordenamiento jurídico municipal. La delegación de facultades que la Ordenanza efectúa a favor del Alcalde para regular materias propias de aquella categoría, significa introducir una forma de creación de derecho municipal, esto es una norma sobre la producción de normas no prevista en el citado artículo 40. No hay en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico municipal una figura análoga a la delegación de facultades, que sí existe en el ordenamiento jurídico nacional cuando el Congreso la puede efectuar a favor del Poder Ejecutivo en virtud del artículo 104 de la Constitución. No se lee en ella que sea objeto de la Ordenanza la delegación de facultades normativas a favor del Alcalde. Tampoco se ha previsto como atribución del Consejo (art. 9 LOM), en cuanto titular de la potestad de expedir Ordenanzas (art. 39, LOM), la figura de una delegación de facultades, y tampoco está contemplado que el Alcalde pueda ejercer potestad normativa a través de esa vía (art. 20 LOM). (TCP, 2007)¹³⁸

Na atualidade, o município cuida das necessidades e interesses imediatos da população local, proteção da saúde oferecendo água purificada aos lares, colheita de lixo, serviço de transporte, alvarás ou “licencias de funcionamento”, autorizações para construção imobiliária, entre outros. Essa é a causa pela necessidade de ações imediatas que muitas vezes não dizem respeito de uma aplicação à risca da teoria dos controles e equilíbrios. Por isso os:

¹³⁷ São ideais as notas que expressa Harmut Maurer: “O dualismo entre conselho municipal e prefeito pode ser avaliado como uma parte da “divisão de poderes”. Ele não deve, todavia, ser confundido com a divisão de poderes estatal entre legislativo, executivo e judiciário.” (**Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. 168 p.)

¹³⁸ Sentencia do Tribunal Constitucional Peruano no Expediente Nro. 007-2006-PI/TC, fundamento 20. **Disponível em:** <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2006-AI.html>>. **Acesso em: 15 fev. 2009.**

[...] controles y equilibrios que tenían por objeto impedir los abusos del poder, tienen que ser dejados a un lado, so pena de perturbar toda actividad. Este cambio se ha realizado poco a poco. (MACDONALD, 1959, p. 131)

Esta circunstancia, para o município peruano, explica a maior parte dos seus perfis como a adoção do nomeado diretor ou gerente municipal em quem a autoridade está altamente concentrada, bem como a conformação do Conselho Municipal por parte do *Alcalde*, especialmente.

Por outro lado, tem-se que os membros dos órgãos do governo municipal, ora do Brasil ora do Peru, são eleitos mediante o exercício do sufrágio pelo voto direto e secreto, por um período de quatro (04) anos conforme se depreende do texto do artigo 29, I, da CRFB/88, e do artigo 194, Parágrafo Terceiro da CPP/93, respectivamente. Mas é no âmbito das eleições onde cada sistema tem particulares características adicionais que as diferenciam uma da outra.

Assim a Lei N° 26864, a Lei de Eleições Municipais, modificada pela Lei N° 27734, concordantes com a Lei Orgânica de Eleições, regula, entre outras, as condições de inscrição ou alistamento, assim como a qualidade de elegíveis ou de candidatos às eleições municipais peruanas. Os artigos 6° e 7° da Lei N° 26864 regulam as condições de elegíveis e alistáveis dos estrangeiros maiores de dezoito (18) anos que sejam residentes por mais de dois anos contínuos prévios à eleição com exceção das municipalidades de fronteira, sempre e quando esteja inscrito devidamente no registro correspondente. Para exercer este direito, o estrangeiro se identifica com sua respectiva carteira de estrangeiro. Conforme este dispositivo, se tem aprovado o Regulamento de Inscrição de Estrangeiros Residentes no Peru, Resolução N° 1155-2006-JNE, concordante com a Resolução Jefatural N° 437-2006-JEF-RENIEC, que dispõe a Apertura do Registro Eleitoral de Estrangeiros Residentes no Peru, e que também aprova o conteúdo do Documento de Credenciamento Eleitoral para Estrangeiros, os dispositivos mais relevantes tem o seguinte teor:

[...] Artículo 6.- De los requisitos de inscripción:

Pueden inscribirse en el Registro Electoral de Extranjeros Residentes en el Perú, los extranjeros que cumplan con los requisitos siguientes:

1. Ser mayor de 18 años de edad.
2. Tener goce pleno de su capacidad civil y no encontrarse incurso en ninguna de las causales por las que se suspende el ejercicio de la ciudadanía a los peruanos, conforme a lo dispuesto por el artículo 33 de la Constitución Política del Perú.
3. Residir legalmente por lo menos dos años continuos previos a la fecha de la elección en un distrito o provincia del territorio de la República, con excepción de las zonas territoriales fronterizas.

Artículo 7.- De los derechos de inscripción:

Los extranjeros inscritos en el Registro Electoral de Extranjeros Residentes en el Perú adquieren el derecho a elegir o ser elegidos en las elecciones municipales de la siguiente manera:

a) Pueden votar para la elección de alcaldes y regidores en los concejos municipales provinciales o distritales de la República para cuyas jurisdicciones se han registrado, con excepción de las municipalidades provinciales y distritales ubicadas en zonas fronterizas.

b) Pueden ser candidatos a los cargos de alcalde o regidor en los Concejos Municipales Provinciales o Distritales de cuyas jurisdicciones son vecinos, con excepción de las municipalidades provinciales y distritales ubicadas en zonas fronterizas; sujetándose a los requisitos previstos para ser alcalde o regidor previstos la Ley de Elecciones Municipales N° 26864.

Además de lo señalado en los incisos anteriores, para elegir y ser elegidos, las personas extranjeras deben gozar de plena capacidad civil y tener el documento de acreditación electoral expedido por el RENIEC que se señala en artículo 4 del presente Reglamento. [...]

No entanto, tanto no Brasil, por ocasião das eleições municipais, quanto nas Estaduais e a Nacional, a participação do estrangeiro se encontra limitada, aliás, encontra-se vedada. É o que se pode inferir do artigo 14° Parágrafos 2, 3, Inciso I da CRFB/88:

Art.14. & 2.º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros [...]

& 3.º São condições de elegibilidade, na forma de lei:

I – a nacionalidade brasileira;

Em linhas gerais, aplicável para os sistemas jurídicos municipais sob comparação:

[E] el gobierno municipal del futuro tendrá que basarse en una nueva teoría política [...]. La base de una teoría correcta puede ser sintetizada en tres palabras. concentración, simplicidad, confianza. La concentración o centralización de la autoridad tiene que venir primero porque no hay ninguna otra manera de poder fijar responsabilidades. La estructura del gobierno debe ser simplificada de manera que cualquier elector pueda entenderla fácilmente. Es indispensable una mayor confianza en los hombres en cuyas manos se pone el manejo de los asuntos de la comunidad. Deben otorgárseles facultades más amplias por periodos más largos. Lo probable es que cualquier gobierno basado en la desconfianza y la suspicacia no pueda desarrollar todas sus posibilidades. (MACDONALD, 1959, p. 144)

Com estas considerações, proceder-se-á análise comparada dos órgãos de governo dos sistemas jurídicos sob comparação.

4.1.1 Órgão executivo

O órgão do executivo municipal no Brasil é a *Prefeitura*, órgão o qual tem como titular o *Prefeito Municipal*, que é quem representa o Município na qualidade de pessoa jurídica de direito público interno. O Prefeito é eleito segundo o princípio da eleição majoritária, ou seja, obtendo a maioria absoluta dos votos dados excluindo os votos em branco e os nulos (conforme prescreve o artigo 77º, Parágrafo 2 da CRFB/88), somente se aplicando a eleição por maioria relativa caso houvesse um segundo turno da eleição, dentro de vinte dias após a proclamação do resultado, e caso os Municípios onde os eleitores sejam até duzentos mil. Assim para:

[...] Municípios com total de eleitores acima de duzentos mil será considerado eleito o candidato que obtiver a maioria absoluta de votos (mais da metade dos votos, excluídos os em branco e os nulos). (MOREIRA, 1990, p. 134).

Feita a eleição, o período da governança é de quatro anos. A eleição direta por um período de tempo consagra a capacidade de autogoverno (MOREIRA, 1990).

No caso peruano, o órgão do executivo é a *Alcaldia*¹³⁹, que tem como titular ao *Alcalde*, eleito mediante sufrágio direto por um período de quatro anos, conforme prescreve o artigo 194, Parágrafo Terceiro da CPP/93. O princípio aplicável às eleições é o majoritário relativo, visto que vencerá as eleições somente aquele que obtiver a votação mais alta.¹⁴⁰

O *Alcalde* e o *Prefeito*, como chefes do Executivo Municipal, têm um papel importante na condução dos negócios do Município, mais ainda considerando o fato de que são os depositários da confiança popular para a solução dos problemas do Município. Faz-se a ressalva que a:

[...] atividade chamada de executiva é exercida com exclusividade pelo Prefeito dentro das normas ditadas pela Câmara Municipal, aí se incluindo todos os atos relativos à própria administração. (SANTANA, 1998, p.54)

Já o *Alcalde* exerce, também, de forma exclusiva, suas funções e atribuições, as quais estão prescritas na NLOM. Deste jeito, é acertado dizer que, tanto o *Alcalde* quanto o *Prefeito*, possuem funções político-administrativas, levando em consideração que:

[...] a função do Chefe do Executivo municipal hoje não se resume à mera execução das leis e demais atos oriundos da Câmara. Além disso [...] possui também atribuições que se realizam no sentido de definir as condutas dos negócios locais, o que somente pode ser entendido no plano puramente político. (*Ibidem*, p. 55)

¹³⁹ Artigo 6º da NLOM: “A alcaldia é o órgão executivo do governo local. O alcalde é o representante legal da municipalidade e sua máxima autoridade administrativa.” (Tradução livre).

¹⁴⁰ Artigo 23º da Lei 26864 (Modificado pela Lei Nº 27734): “O Presidente do Jurado Eleitoral Especial correspondente proclama *Alcalde* ao cidadão da lista que obtenha a votação mais alta.” (Tradução livre).

Então, como Chefes do Executivo, o *Prefeito* e o *Alcalde* têm funções políticas, executivas e administrativas.

As funções e atribuições do *Prefeito* Municipal, como titular da Prefeitura, variam conforme as várias Leis Orgânicas, que se regem, sem prejuízo da observância aos princípios Constitucionais Federais e Estaduais. Assim, o órgão executivo municipal brasileiro resulta sendo uma estrutura complexa, variada e coerente. Já o *Alcalde*, tem as suas funções e atribuições perfeitamente delimitadas na NLOM, sendo só variáveis respeito da sua adequação à organização e funcionamento interno do governo local aprovado pelo Conselho Municipal, levando em consideração as peculiaridades de cada comunidade local.

Jair Eduardo Santana sistematiza, de modo geral, o âmbito das atividades do *Prefeito*, Chefe do órgão de governo executivo, como políticas, co-legislativas e de administração em sentido estrito (SANTANA, 1998). É importante essa anotação, em vista que nela se resumem as funções e atribuições daquele conforme a preponderância do tipo de ação realizada pelo órgão executivo¹⁴¹. Dito razoamento também é aplicável, extensivamente, às atividades do *Alcalde*, somente se diferenciando na atividade de tipo co-legislativo.

Assim, dentro das atividades políticas, estão as que dizem respeito da orientação, condução e desenvolvimento da vida pública do Município, dessa forma, são funções que não podem ser delegáveis aos auxiliares do *Prefeito* ou do *Alcalde*. Tal entendimento decorre do fato de ter sido ele conduzido ao cargo por eleição popular, assim, será ele o porta-voz lógico dos interesses e das reivindicações municipais perante a Câmara ou o Conselho, bem como dos outros âmbitos de Governo e de quaisquer forças que possam contribuir para o bem-estar da população e o progresso do Município. Do assinalado, tem-se que o *Prefeito*, para o Brasil, e o *Alcalde*, para o Peru, representam ao Município, perante outros governos diferenciados, justiça e atos de caráter normativo ou administrativo.

As funções do órgão executivo municipal não se esgotam na sua capacidade de lidar com o órgão legislativo, de negociar convênios ou de obter, por outras formas, benefícios ou auxílios para o seu Município. A lei lhe atribui a prática de uma série de atos que dizem respeito à

¹⁴¹ Nos mesmos alcances, Hely Lopes Meirelles: “O Prefeito atua sempre por meio de atos concretos e específicos, de governo (atos políticos) ou de administração (atos administrativos), ao passo que a Câmara desempenha suas atribuições típicas editando normas abstratas e gerais de conduta (leis). Nisso se distinguem fundamentalmente suas atividades. O executivo do prefeito é dirigido a um objetivo imediato, concreto e especial, o ato legislativo da Câmara é mediato, abstrato e genérico.” (**Direito Municipal brasileiro**. 9. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1997. 658 p. p. 511)

formação legislativa, como apresentar projetos de leis à Câmara Municipal (iniciativa legislativa), sancionar, promulgar, fazer publicar e vetar as leis (sendo só aplicável ao caso brasileiro já que não existe dita figura na NLOM peruana, conforme a fundamentada falta de aplicação da simetria), convocar extraordinariamente ao órgão legislativo do município, quando necessário. Estas são as atribuições co-legislativas, decorrentes da separação de poderes simetricamente consideradas, que arrolam todas as atividades que impliquem a intervenção do Executivo Municipal no processo de criação da lei.

Dentre as atribuições e funções administrativas do *Prefeito*, se tem aquelas atividades que bem podem ser desempenhadas por ele, e outras que são praticadas pelos funcionários e órgãos da *Prefeitura*; em qualquer caso, porém, o Prefeito é o responsável, cabendo-lhe promover as medidas necessárias ao seu desempenho.

Como órgão executivo, a *Prefeitura* e a *Alcaldia* preparam e executam as decisões da Câmara ou do Conselho Municipal, emitindo normas que permitem regulamentar as normas abstratas emitidas pelo órgão legislativo do Município, podendo receber o nome de Decretos Regulamentares¹⁴² e Decretos de *Alcaldia*¹⁴³.

Os poderes do executivo teriam pouca eficácia se eles não pudessem dispor de meios para obrigar aos recalcitrantes cumprir às determinações legais. Para isso, pode-se requisitar à autoridade policial devendo, contudo, ficar claro que não cabe àquele órgão determinar a prisão de pessoa alguma.

Cabe salientar que, no caso peruano, se tem uma particularidade do órgão executivo do Município, o qual diz respeito às relações com o órgão legislativo do mesmo, assim se bem o órgão normativo-fiscalizador está constituído pelo Conselho Municipal, este conforme o artigo 5º da NLOM está conformado pelo *Alcalde* e pelos *Regidores*, aliás, observa-se o rol ativo do *Alcalde* nas sessões de Conselho, já que é ele quem preside as mesmas (Artigo 13 da NLOM) chegando inclusive a ter o “**privilégio**” do voto dirimente, isto é, em caso de empate nos votos para a tomada de um acordo, será o seu voto que fará a diferença, além do seu voto como membro do conselho (Artigo 17º da NLOM). São estas as circunstancias que explicam o fato da

¹⁴² Normas com certa generalidade e abstração, que servem para complementar a normatividade da lei. (MEIRELLES, 1997).

¹⁴³ Artigo 42º da NLOM: “Os decretos de alcaldía estabelecem normas regulamentárias e de aplicação das ordenanças, sancionam os procedimentos necessários para a correta e eficiente administração municipal e resolvem ou regulam assuntos da ordem geral e de interesse para a vizinhança, que não sejam de competência do Conselho Municipal.” (Tradução livre).

inobservância da simetria e de separação de poderes no regime municipal, visto que foi a própria Constituição que fez reserva do desenvolvimento da instituição municipal por meio da emissão de uma lei orgânica, na qual se plasmaram modos mais rápidos para a tomada de decisões, explicando-se, também, a ausência da faculdade de veto para os *Alcaldes*.

Mesmo assim, observa-se que os sistemas jurídicos municipais sob comparação proporcionam uma posição forte ao executivo municipal, por meio da eleição direta, a qual possui e outorga a mesma legitimação que o órgão legislativo. As competências que aquele possui perante, contra e no órgão legislativo municipal (somente no caso peruano) que lhe abrem outros espaços para configurações políticas próprias e realização de seus planos¹⁴⁴. Em última análise, porém, depende em todas as demais questões municipais, da colaboração do legislativo municipal.

4.1.2 Órgão legislativo

A competência legislativa é, por excelência, nas instituições municipais exercida pela Câmara Municipal e o Conselho Municipal, seja para o Brasil, seja para o Peru, conforme se pode derivar do prescrito pelo artigo 29, XI, da CRFB/88, bem como do art. 194, Parágrafo Segundo, da CPP/93.

A Câmara Municipal compõe-se de *Vereadores* eleitos diretamente pelo eleitorado local para uma legislatura de quatro (04) anos, sem prejuízo da sua atividade fiscalizadora. Do mesmo modo, os membros do Conselho Municipal, denominados *Regidores*, são eleitos diretamente por um período de quatro anos.

Como órgãos colegiados, tanto a Câmara quanto o Conselho deliberam pelo plenário do qual emanam as leis locais propriamente ditas que, para o caso brasileiro, conforme a simetria observada, podem vir a ser emendas à Lei Orgânica¹⁴⁵, às leis ordinárias, às leis complementares,

¹⁴⁴ Como é o caso da atribuição para a emissão de Decretos Regulamentares Autônomos, no caso brasileiro conforme as hipóteses do artigo 84º, Inciso VI, da CRFB/88, isto é, que independem de ato legislativo prévio como o caso da organização e funcionamento da administração, quando não implique aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.

¹⁴⁵ Atos normativos hábeis a modificar a Lei Orgânica, que para sua aprovação deve observar o procedimento prescrito pelo artigo 29º da CRFB/88.

aos decretos legislativos e às resoluções¹⁴⁶. Já na atividade legislativa municipal peruana, podem-se emitir ordenanças municipais e acordos de conselho¹⁴⁷. Dai dizer que, a respeito das Câmaras Municipais, extensíveis para os Conselhos Municipais:

A atribuição típica e predominante da Câmara é a normativa, isto é, a de regular a administração do Município e a conduta dos munícipes, no que afeta aos interesses locais. A Câmara não administra o Município, estabelece, apenas, normas de administração. Não executa obras e serviços públicos; dispõe, unicamente, sobre a sua execução. [...] Eis aí a distinção marcante entre a missão normativa da Câmara e a função executiva do prefeito; o Legislativo delibera e atua com caráter regulatório, genérico e abstrato; o Executivo consubstancia os mandamentos da norma legislativa em atos específicos e concretos de administração. (MEIRELLES, 1997, p. 429).

Tanto os *Vereadores* como os *Regidores* são agentes públicos, da categoria dos agentes políticos, indivíduos investidos de mandato legislativo, e eleitos mediante pleito direto e simultâneo realizado em todo o país, para um mandato de quatro anos.

Nos processos eletivos municipais brasileiro e peruano, para definir o número de membros (*Vereadores* ou *Regidores*) do órgão legislativo (Câmara Municipal ou Conselho Municipal) segue-se a regra da proporcionalidade (art. 29, IV, da CRFB/88 e o art. 24 da Lei de Eleições Municipais do Peru), isto é, em ambos os sistemas leva-se em consideração o número populacional da jurisdição municipal, com a diferencia que, no caso brasileiro, o mínimo e o máximo de vereadores estão estabelecidos conforme um número determinado de habitantes:

- a) Mínimo de nove e máximo de vinte e um os Municípios de até um milhão de habitantes;
- b) Mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;
- c) Mínimo de quarenta e dois e máximo de cinqüenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes.

¹⁴⁶ Compreenda-se como lei ordinária à norma jurídica geral, abstrata e coativa, emanado legislativo, sancionada e promulgada pelo executivo; leis complementares, normas cuja matéria está reservada a uma lei cuja aprovação dependa de quorum especial para sua aprovação; o decreto legislativo é norma do plenário que abrange normas de sua exclusiva competência e apreciação política, promulgada pelo presidente da Mesa, para operar seus principais efeitos fora da Câmara; e a Resolução que não é lei nem simples ato administrativo de matérias de exclusiva competência e de interesse interno, obedece ao processo legislativo da elaboração de leis, mas não se sujeita a sanção e veto do Executivo.

¹⁴⁷ As Ordenanças são normas de caráter geral de maior hierarquia na estrutura normativa municipal, por meio das quais se aprova a organização interna, a regulação, a administração e supervisão dos serviços públicos y as matérias nas que a Municipalidade tenha competência normativa; os Acordos Municipais, são decisões, que toma o Conselho, referida aos assuntos específicos e de interesse público, da vizinhança ou até mesmo institucional, que exprimem a vontade do órgão de governo para praticar um determinado ato ou sujeitar-se uma conduta ou norma institucional (conforme prescrito pelo artigos 40 e 41 da NLOM).

Já no caso peruano, se estabelece o mínimo e o máximo do número de *regidores*, mas aplicável a todos os municípios (não menor a cinco nem maior a quinze), com exceção do *Conselho Provincial* de Lima que pode ter até 39 (trinta e nove).

Uma diferença entre os membros dos órgãos legislativos municipais do Brasil e Peru radica na imunidade deles, tendo como pressuposto o exercício das suas funções, seja por meio de opiniões, palavras e votos, na circunscrição do Município. Assim, os Vereadores têm a imunidade material, a inviolabilidade, isto é, a não suscetibilidade de ser punido pelos fatos antes assinalados (MENDES, 2007)¹⁴⁸, conforme prescreve o art. 29, VIII, da CRFB/88¹⁴⁹. Já os *Regidores*, não têm prerrogativa no exercício das suas funções, isto é, não tem imunidade, conforme se pode inferir do artigo 11 da NLOM, cujo teor é como segue: “Os *regidores* são responsáveis, individualmente, pelos atos ilegais praticados no exercício da suas funções e, solidariamente, pelos acordos adotados contra lei, salvo que tenham feito ressalva expressamente no seu voto nas atas.” (Tradução livre).

Embora a função precípua, ora da Câmara ora do Conselho, seja legislativa, tem outras não menos importantes, expressamente catalogadas ou que se inferem das atribuições destes órgãos; assim, a catalogação feita por José Afonso da Silva é aplicável, por abrangente, às duas realidades. Conforme o referido autor, desdobram-se elas em: funções legislativas, funções meramente deliberativas, função fiscalizadora e função julgadora (SILVA¹⁵⁰, 1989 *apud* SANTANA, 1998).

No âmbito das funções legislativas, embora às vezes se tenha a participação do executivo municipal, é atividade preponderante das Câmaras e os Conselhos, em termos genéricos, o órgão legislativo o qual “[...] delibera e age em caráter de regulação genérica e abstrata [...]” ao passo que o executivo “[...] cuida de efetivar os mandamentos da norma legislativa, em atos específicos e concretos, [...]” (SANTANA, 1998, p. 69).

A função deliberativa é, também, comum às duas realidades, implicando no exercício de atribuições próprias, envolvendo práticas de atos concretos¹⁵¹, de resoluções referendárias etc.

¹⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. 1364 p. p. 853.

¹⁴⁹ Já a imunidade formal torna ao sujeito livre de certos constrangimentos previstos no ordenamento processual penal e garantem não ser preso ou não permanecer preso, bem como a possibilidade de sustar o processo penal em contra ele. (*Ibidem*. 1364 p.)

¹⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **O Município na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 13.

¹⁵¹ Para o caso peruano uma materialização deste tipo de atribuição são os Acordos de Conselho que expressam, entre outros, a vontade do órgão de governo para praticar determinado ato ou se sujeitar a determinada conduta.

A função fiscalizadora do órgão legislativo implica em um controle sobre o órgão executivo do governo municipal assim como do Município. Deste jeito, no Brasil, a fiscalização será exercida pelo Poder legislativo municipal, mediante controle externo, bem como pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal (artigo 31 da CRFB/88). O Peru, por sua vez, apresenta os mesmos perfis, podendo realizar tanto pelo Conselho Municipal - sobre os serviços públicos locais (artigo 31 da NLOM) – quanto por meio de controles internos do município (órgãos de auditoria interna que dependem funcional e administrativamente da *Controladoria* Geral da República, conforme prevê o artigo 30 da NLOM).

Finalmente, e a respeito da função julgadora, os órgãos legislativos de ambos os países têm atribuições para realizar um verdadeiro juízo político, ao passo que outorga a potestade de julgar o próprio *Alcalde* ou Prefeito e aos *Regidores* ou Vereadores, conforme seja o caso. Assim “[S]e o prefeito não obedecer às leis, seu mandato pode ser questionado por crime de responsabilidade” (WHITAKER, 1996, p. 15), por meio de uma comissão especial, denominada Comissão Parlamentar de Inquérito, a qual tem poder semelhante ao de uma autoridade judicial. No Peru, se conforma uma Comissão de Investigação, que emitirá sua opinião sobre a declaração de “vacância”, ou não, do *Alcalde* ou do *Regidor*, tendo avaliado previamente a configuração de alguma das causais de vacância prescritas no artigo 22 da NLOM; posteriormente o Conselho Municipal emite declaração respeito da cassação.

Diante das colocações feitas, só se pode inferir a importância do órgão legislativo não só pela sua atividade normativa senão pelas demais funções que ostenta.

4.2 A organização da administração municipal

A administração municipal peruana tem uma estrutura gerencial, a qual se sustenta em princípios de programação, direção, execução, supervisão, controle concorrente e posterior, sem prejuízo do resto de faculdades e funções que se estabeleçam nos instrumentos de gestão, reflexo da potestade de auto-organização administrativa.

Num primeiro momento a:

[...] forma de gerente-ayuntamiento, para el gobierno local fue una intervención encaminada a dejar la dirección política a cargo de un ayuntamiento electo,

encomendando la administración profesional a un gerente designado i removible por el ayuntamiento (City Council); pero en realidad la idea ha sido tomada de la organización de las empresas mercantiles i con el propósito de obtener que las municipalidades se gobiernen siguiendo el sistema de aquellas empresas. (NUÑEZ, 1961, p. 32).

Atualmente, a Gerência Municipal é um órgão da administração municipal, a qual guarda um segundo grau na organização administrativa do município peruano, levando em consideração que a máxima autoridade administrativa dele é o *Alcalde*.

A Gerência Municipal está a cargo do Gerente Municipal, funcionário de confiança, a tempo completo e dedicação exclusiva, nomeado pelo *Alcalde*, quem pode cessá-lo sem expressão de causa, independe na nomeação do Conselho Municipal embora este possa cessá-lo, acreditando-se causal prescrita na NLOM, por meio de Acordo de Conselho Municipal adotado por dois terços do número de *regidores*.

O gerente Municipal dirige a administração municipal, ele coordena e controla as ações das demais gerências que integram os órgãos de apoio, linha e assessoria do município.

O Gerente Municipal é o funcionário de confiança da mais alta hierarquia imediata ao *Alcalde*, exerce mandato sobre os órgãos da estrutura de forma permanente, realizando trabalhos em equipe, coordenando e se reunindo periodicamente com os demais funcionários do Município, cumprindo as seguintes funções gerais: a) Dirigir e controlar as atividades administrativas das dependências do Município, levando em consideração que é o responsável por atingir os objetivos e finalidades desenvolvidos pelos órgãos de governo; b) Elaborar e apresentar à *Alcaldía* os planos e programas municipais propondo as estratégias, c) Controlar e avaliar a gestão administrativa, financeira e o seguimento dos planos de municipais, dispondo medidas corretivas; d) Manter informado o *Alcalde* sobre o funcionamento da estrutura municipal, e) Propor e sustentar perante o Conselho Municipal os projetos de ordenanças, acordos, necessários para o adequado funcionamento da administração municipal; f) Assistir às Sessões de Conselho, por convite do *Alcalde*, g) Realizar e dispor em concordância com a normatividade vigente, a atenção dos assuntos internos da municipalidade, com o intuito de dar maior fluidez à gestão municipal e descongestionar a ação de governo da *Alcaldia*; h) Representar ao *Alcalde* nas instâncias governamentais administrativas dando conta das gestões realizadas; i) Outras funções que assine a *Alcaldia*.

Geralmente:

[S] son las Municipalidades grandes e medianas quienes por su tamaño e infraestructura han implementado este Órgano de Dirección, mas no así, las Municipalidades pequeñas que cuentan con un promedio de 1 a 9 trabajadores. (ALFARO, 1997, p. 243)

Este tipo de posto, na estrutura administrativa municipal peruana, obedece ao desejo de melhorar e dar eficácia administrativa sem debilitar o poder do *Alcalde* eleito (MACDONALD, 1959). Como se observa das funções por ele realizadas, esta área almeja descongestionar o governo da *Alcaldia*. Este sistema de “diretor”, manager ou gerente, foi desenvolvido nas formas municipais norte-americanas e, devido ao sucesso na sua implantação e funcionamento, foi recomendado à consideração dos Estados Americanos (ZUCCHERINO, 2006) no Primeiro Congresso Pan Americano de Municípios, reunido na Havana, Cuba, em 1938.

Assim, este novo órgão administrativo já foi desenvolvido, incluso, pela anterior lei de municipalidades peruana, Lei N° 23853, só se atualizando na lei vigente.

A organização administrativa brasileira, conforme o princípio acolhido na sua instituição, não tem uma área ou pessoa que, junto ao representante do órgão executivo exerça, num mesmo tempo, o controle administrativo das outras áreas ou gerencias subalterna. Isso, sem prejuízo da especialidade das Secretarias conformadas, que obedecerão ao exercício da auto-organização administrativa, isto é, como se estrutura administrativamente o município para executar os planos almejados assim como brindar adequada satisfação às necessidades da população local.

Enxerga-se que, na prática, não existem substanciais diferenças das variantes assinaladas, porque a gestão da coisa pública, muito em voga na atualidade, depende exclusivamente da finalidade que se pretende alcançar com dita gestão, que finalmente se reconduz ao interesse local e à satisfação das necessidades da vizinhança.

4.3 A diversidade Municipal

Ao se referir à “diversidade municipal” está-se aludindo à existência, ou não, de municípios tipicamente adequados perante as diferentes comunidades locais existentes, já que é sobre esta base que o Município tem sua razão de existir.

Assim, face à existência de grupos sociais particulares devem-se determinar, no plano político, os tipos de órgãos que permitam uma adequada e razoável atenção dos interesses daqueles; inexistindo tais tipos, se vulnera diretamente o princípio fundamental de toda Constituição, isto é, a dignidade da pessoa humana.

Conforme prescreve o artigo 189 da CPP/93, o território do Peru se divide por: 1) Regiões, 2) Departamentos, 3) Províncias, e 4) Distritos; pertencendo ao âmbito regional de governo as regiões e departamentos e ao âmbito local de governo as províncias, distritos e centros povoados. Esses âmbitos de governo sobre a base do seu território possuem autonomia política econômica e administrativa.

Como sustentou Palacios Mc Bride na Acta Nro. 09, de 16 de novembro de 1998, perante a Comissão de Descentralização (COMISIÓN DE DESCENTRALIZACIÓN, 1998)¹⁵², no Peru houve a necessidade de uma legislação que reconhecesse e integrasse seus diferentes grupos sociais, exigência impostergável, tendo em consideração que, na realidade social, a presença de diferentes interesses deviam guardar parceria com os interesses nomeados de “urbanos”; quer dizer, se sustentou a necessidade de uma “categorização municipal”, reconhecendo a heterogeneidade da realidade municipal e não cair no erro de equiparar realidades diferentes.

Do mesmo jeito, o Ditame de 20 de março de 2003, recaído sob a autógrafa da lei orgânica de municipalidades observada pelo Poder Executivo, observou o seguinte:

La norma no establece de partida una tipología de municipalidades como marco imprescindible, basado en la gran diversidad de realidades institucionales y locales que caracteriza al universo municipal en el Perú, para asignar las diferentes normas específicas que establece la norma, particularmente las que se refieren a funciones específicas en función de las capacidades institucionales que caracterizan a cada tipo municipal. A pesar de que se establece el régimen especial para la Provincia de Lima y se establece una normatividad específica –aunque no suficientemente precisa- para las municipalidades rurales, se omite particularmente el caso, entre otros, de las municipalidades conurbadas. (CASTRO-POZO, 2003, p. 96).

Conforme prevê o artigo 3º da NLOM, os municípios se classificam, segundo sua jurisdição ou território que abrangem, em: a) Municípios Provinciais; b) Municípios Distritais, e; c) Município de Centro Povoado, cuja jurisdição determina, no respectivo conselho provincial, a

¹⁵² Disponível em: <<http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1998/descentralizacion/Acta9.htm>> Acesso em: 20 mar. 2009

proposta do conselho distrital. Ora, segundo sua ubiquação, os municípios podem-se classificar em: a) Municípios Urbanos; e b) Municípios Rurais. Nestes municípios, o poder governamental alimenta-se da adequada relação com grupos bem concretos

Os localizados em zonas rurais gozam de todas as garantias municipais e também de outras franquias como a não adoção da estrutura administrativa básica prescrita pelo artigo 142 da NLOM, e a assinação prioritária na transferência dos recursos do governo central, nomeado de Fundo de Compensação Municipal. Embora nem todos os municípios possuam este tipo de franquias, para o caso de municípios urbanos¹⁵³ sejam de Centros Povoados, distritais, ou provinciais, a NLOM prescreve certa liberdade na conformação administrativa dos municípios, a qual deve observar critérios de adequação e razoabilidade, especialmente. Assim, o artigo 28 da NLOM prescreve: “A estrutura orgânica municipal básica da municipalidade compreende, no âmbito administrativo, a gerencia municipal, o órgão de auditoria interna, a procuradoria pública municipal, a área de assessoria jurídica e a área de planejamento e orçamento; aquela está conforme à sua disponibilidade econômica e aos limites orçamentários assinados para gasto corrente. [...] Os demais órgãos de linha, apoio e assessoria se estabelecem conforme determine cada governo local.” (Tradução livre).

Não se descarta a possibilidade que, no Brasil, se possa adotar este critério de classificação dos municípios, não somente pelo número populacional, senão, e substancialmente, pelas características da comunidade local que sobre ela se desenvolve e de quem depende. O único risco é a falta de previsão Constitucional, que pode levar às omissões ou inércias contínuas, não obstante a notável cultura democrática dos órgãos políticos do Brasil, especialmente os municipais que, como visto no caso do orçamento participativo, consiste em verdadeiras inovações que trazem consigo uma real inclusão em democracia e liberdade.

É, nestes casos, que se pode observar o nível de aplicação política da subsidiariedade que importa a facilitação da participação da comunidade nas decisões. (OLIVEIRA, 2008)

¹⁵³ Isto é aquelas municipalidades que estão instaladas nas capitais de província ou de distrito e cuja população urbana seja maior aos 50% da sua população total, conforme prevê o artigo 139º da NLOM.

5 OS MUNICÍPIOS BRASILEIRO E PERUANO: as bases do exercício do poder municipal comparado

A descentralização, como processo, traz consigo uma distribuição de competências, matérias ou funções que, atualmente, é um dos meios que atingem em maior grau qualquer aspiração de democratização das instituições públicas. A autonomia, como qualidade de um ente ou organismo como o Município, depende especificamente do conjunto mais ou menos extenso de poderes distribuídos, se desenvolvendo dentro desses limites. Deste jeito, para considerar um organismo como sujeito de direito político, além de se alcançar uma maior eficácia da descentralização, deve-se constituir unidades políticas territorialmente delimitadas sob a égide dos princípios das formas de Estado e da subsidiariedade. Qualquer tipo de análise das autonomias que se reconhece no processo descentralizador político com a subsequente partilha de competências e o exercício das mesmas deve respeitar, de um lado, a unidade do Estado, com as suas variantes aplicativas, isto é, a federal e a unitária, como marco que guia o processo, e a subsidiariedade, como critério que guie um conflito funcional entre os distintos governos existentes. Os tipos de formas de estado, entendida esta como o jeito ou característica da distribuição territorial de poder do mesmo, atualmente tem sido objeto de uma rarefação dos seus perfis; observa-se que não se poderia compreender de outro modo senão como dirigindo, não só a forma de distribuição territorial do poder, senão também, e especialmente, como o eixo sobre o qual se assegura o modo como se compõe um estado, determinando a direção dos âmbitos de poder numa última instancia, salvo exceções previstas constitucionalmente. Esses dois princípios permitem a realização do diálogo ou ciclo que vai do concreto ao abstrato das ordens normativas, os princípios das formas de estado orientam, iluminam e até corrigem a subsidiariedade e vice-versa.

5.1 Os princípios das formas de estado e a competência municipal

A distribuição territorial do poder se pode efetivar por meio de duas formas distintas, a saber: o estado unitário e o estado federal. Estas se ancoram em princípios diferentes que inspiram o sistema jurídico de cada uma no seu âmbito pertinente, isto é, a sua estruturação interna, especialmente, definindo-lhes o seu sentido e o seu valor. Tendo em consideração que a distribuição de competências, como regra, atinge todos os âmbitos de governo, entende-se que os princípios das formas de estado também influem nas competências municipais.

Esses princípios são, pois, o principio federativo e, aquele oposto que se nomeará de principio unitário. Estes princípios fazem com que tipos de formas de estados como o Brasil e a Argentina, ou o Peru e o Chile, fiquem abrangidos por uma categoria maior, isto é, estados federados ou estados unitários, respectivamente. Destarte, depende do grão de abstração a compreensão dos objetos sob análise.¹⁵⁴

Faz-se necessário, então, não outorgar qualidades comuns às duas Formas de Estado para descrever os seus princípios, especialmente se o sistema jurídico daquelas têm fundamentos diametralmente diferentes, sob perigo de cair numa inadequação sintática ou semântica (ÁVILA, 1999, p. 102) na explicação jurídica daqueles princípios. Conseqüentemente, determinadas características devem ser abstraídas no processo de fixação do conteúdo dos princípios das formas de estado federal e unitária.

Na Forma de Estado Unitária, encontram-se até três espécies plenamente diferenciadas, doutrinaria e jurisprudencialmente¹⁵⁵, e que pertencem a estágios temporais e sociais diferenciados, nos quais o desejo de um desenvolvimento em democracia impele uma descentralização dos órgãos de decisão assim como dos recursos (MADDICK, 1966), tendo-se assim: os estados unitários centralizados, estados unitários descentralizados administrativamente, e os estados unitários descentralizados politicamente.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Do mesmo jeito para uma análise conjunta das formas de estado e dos seus princípios reitores se tem que abstrair qualidades que pertencem a uma forma maior de generalidade, por exemplo, aquilo que caracterizaria aquelas, adicionalmente, como um estado democrático de direito. Para uma ampla abordagem do Estado Democrático e seus perfis atuais ver José Luis Martí, **La República Deliberativa: Una teoría de la Democracia**.

¹⁵⁵ Veja-se a Sentencia do Tribunal Constitucional Peruano emitida no Expediente N° 0020-2005-PI-TC e 0021-2005-PI-TC (Acumulados), fundamentos 34, 35 y 38. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00020-2005-AI%2000021-2005-AI.html>>. Acesso em: 13.02.2009.

¹⁵⁶ Embora se tenha a opinião de Juan Ferrando Badia (**El Estado Unitario, El Federal y el Estado Regional**. Madrid: Ed. Technos, 1978) citado por Dalmo de Abreu Dallari (**Elementos de teoria geral do Estado, 2007, p. 255**) na qual considera como terceira espécie de estado aos estados regionais, isto é os estados unitários descentralizados politicamente citando como exemplos ao estado espanhol e italiano. Assevera Dalmo de Abreu Dallari que: “Para a maioria dos autores que tratam do assunto o Estado Regional é apenas uma forma unitária u

Tem-se que uma das maiores formas de distribuição territorial do poder até o final do século XVIII foi do estado unitário (BASTOS, 1986, p. 96) o qual, aliás, era um estado netamente centralizado^{157,158}. Sobre o tema, o Tribunal Constitucional Peruano no Expediente Nro. 020-2005-PI-TC e 021-2005-PI-TC (Acumulados), fundamento 32, tem-se referido às características do estado unitário centralizado neste sentido:

[...] aquel en el que las actividades fundamentales se encuentran concentradas en un órgano único [...] en un Estado Unitário Centralizado el poder central "domina" a los poderes locales y particulares. No confiere poder a ningún otro órgano, simplemente, acrecienta su burocracia a través de entidades directamente dependientes, a las que en todo momento puede subrogarse. Por lo general en este tipo de Estado, no tiene cabida la resolución de conflictos mediante el principio de Competencia. La absoluta subordinación orgánica al poder central se proyecta en una configuración vertical del ordenamiento jurídico, de modo tal que, comunmente, las incompatibilidades entre las fuentes del Derecho son resueltas apelando al principio de jerarquía normativa o a las técnicas que permiten resolver antinomias. (TCP, 2005)¹⁵⁹

pouco descentralizada, pois não elimina a completa superioridade política e jurídica do poder central. Por esse motivo consideram que o Estado Federal continua sendo a opção para se fugir ao excesso de centralização.”

¹⁵⁷ Mas não se deve esquecer que uma forma antiga de federação se dava nos povos da antiguidade para formar cidades-estado propriamente circunstancia presente na forma especial de integração no império romano dos povos conquistados: “Não se unia a Roma, como hoje as províncias estão ligadas a uma capital; entre os povos e Roma, esta só conhecia duas espécies de vínculo, a submissão ou a aliança (*dedititii, socii*). [] De acordo com isso, parecia que as instituições municipais deveriam subsistir entre os vencidos, e que o mundo deveria ser um vasto conjunto de cidades distintas entre si, com a cidade soberana à sua frente. Nada de isso sucedeu, porém. A conquista romana teve por efeito produzir no interior de cada cidade uma verdadeira transformação. [] De um lado estavam os submetidos, *dedititii*, aqueles que, tendo pronunciado a fórmula de *deditio*, haviam entregue ao povo romano “suas pessoas, suas muralhas, suas terras, suas águas, suas casas, seus templos e seus deuses”. Tinham renunciado portanto, não somente ao seu governo municipal, mas ainda a tudo o que dele derivava entre os antigos, isto é, à sua religião e a seu direito privado. A partir desse momento, esses homens deixavam de formar entre si um corpo político; não tinham mais nada de sociedade regular. Sua cidade podia continuar de pé, mas sua cidade cairia para todo o sempre. Se esses homens continuavam a viver juntos, viviam sem instituições, sem leis, sem magistrados. A autoridade arbitrária do *praefectus*, enviado por Roma, mantinha entre eles a ordem material. [] Por outro lado, havia os aliados, *foederati* ou *socii*. Os aliados já eram mais bem tratados. No dia em que entravam para o domínio romano estipulava-se que conservariam o seu regime municipal e ficariam organizados em cidades. Continuavam tendo, pois, em cada cidade, constituição própria, magistraturas, senado, *prítaneu*, leis e juízes. A cidade considerava-se independente e parecia não ter outras relações com Roma senão as de uma aliada para com outra aliada. Todavia, nas cláusulas do tratado, redigidas no momento da conquista, Roma inseria sempre esta fórmula: *majestatem populi romani comiter conservato*. Estas palavras estabeleciam a dependência da cidade aliada relativamente à cidade soberana, mas, sendo vagas no seu sentido, resultava ficar a medida desta dependência sempre à mercê do capricho do mais forte. Essas cidades que se chamavam livres, recebiam ordens de Roma, obedeciam aos procônsules, e pagavam impostos aos publicanos; seus magistrados prestavam conta ao governador da província, que recebia também as apelações de seus juízes. (Fustel de Coulanges. **Cidades antigas: Estudo sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma**. Tradução de Jonás Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975, p. 276 e 277).

¹⁵⁸ Sobre os estágios da descentralização ver Raul Macho Horta, “**Estado Federal e Estados Descentralizados. As diferenças e semelhanças entre o estado federal e o estado autônomo (Espanha) ou Regional (Itália)**”. (*In: Revista de Direito Comparado*, Faculdade de Direito da UFMG, 1999. V.3, p. 105-118.)

¹⁵⁹ Lima: Sentencia do Tribunal Constitucional Peruano, 2005. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00020-2005-AI%2000021-2005-AI.html>>. Acesso em: 13.02.2009.

Nesse tipo de Estado Unitário não se observa, ainda, uma descentralização de tipo administrativo, na qual a outorga de competências¹⁶⁰ de modo permanente, sem subordinação hierárquica e garantida institucionalmente pela Constituição, ainda não opera.

Como assinalado, tem-se também a forma unitária, porque não dizer atual, de estado na qual existem as regiões e os municípios como materialização de uma descentralização apurada, mas que não alcança os estágios da forma federal ou federativa de estado¹⁶¹. Assim, da forma unitária de estado descentralizada politicamente, devem-se expressar, de modo geral, as características seguintes: partilha de competências de modo permanente aos governos diferenciados, onde não opera uma subordinação hierárquica primando o caráter da competência e onde a descentralização fica garantida institucionalmente na Constituição, mediante os governos diferenciados de dito processo.

Certo é que, na atualidade, pela complexidade das relações e necessidades de desenvolvimento, é muito difícil encontrar, ou permitir sustentar, a existência pacífica de uma forma de estado unitária centralizada sem ao menos uma forma de descentralização administrativa na sua ordenação.¹⁶²

Porém, num Estado Unitário pode-se encontrar um Estado Complexo “[...] em oposição aos Estados Simples [...]” (ATALIBA, 1980, p. 69), sendo que o último está meramente referido a uma descentralização administrativa e o primeiro uma simples descentralização política não qualificada (ATALIBA, 1980) ou imperfeita (DESCENTRALIZAÇÃO E CENTRALIZAÇÃO, 2004, p. 330).

Por seu lado, e para uma melhor compreensão dos tipos de federações hoje existentes, a doutrina criou tipificações. “Os dois grupos principais seriam: [...] federações simétricas e assimétricas; e [...] federações competitivas e cooperativas.” (SOUZA JÚNIOR, 2007, p. 24). Para as primeiras, o critério empregado guarda relação com o Estatuto de Autonomia, que a Constituição, atribuindo aos Estados Federados um rol igual de poderes, será simétrica, ou se a

¹⁶⁰ Compreenda-se por esta à esfera delimitada de poder que se outorga a um órgão ou entidade mediante a especificação de matérias sobre as quais se exerce a mesma. (SANTANA, 1998, p. 35).

¹⁶¹ Optar-se-á pela denominação “forma federativa”, tendo em vista que o sistema jurídico municipal brasileiro, objeto de estudo comparado, adota na sua Constituição aquela denominação.

¹⁶² Neste sentido Leon Duguit (**La Transformación del Estado**. 2. ed. Española, Extranjera corregida y aumentada con un prefacio del autor Francisco Beltrán. Madrid, 367 p. p. 191) deixa claro esse contexto ao afirmar que: “[Pero], cuando el hombre moderno, luego que ha adquirido una conciencia clara de la independencia social que une a todos los miembros del grupo, gobernados y gobernantes, ha reconocido en éstos el deber de asegurar el desempeño o cumplimiento de tareas diversas en todos los órdenes de la actividad humana; forzosamente tenía que producirse una tendencia descentralizada [...]”

Constituição, admitindo graus diferenciados de poderes dos Estados Federados, será assimétrica. Ora, o último grupo emprega circunstâncias decorrentes da classificação anterior, assim como o nível de participação mútuo dos Estados Federados, perante sua ausência, estão numa federação competitiva e, em face de participações por exigências de solidariedade, numa cooperativa.

Num Estado Federativo,¹⁶³ tem-se a pré-compreensão da convivência de uma esfera central de competências concernentes a todo político, além de outras esferas de autogoverno, presentes por força da Constituição, isto é, existe uma descentralização política “qualificada ou perfeita”.

A descentralização política inclui, conseqüentemente, a divisão do poder governamental materializada numa distribuição de competências,¹⁶⁴ que tenta assegurar um correto funcionamento dos diferentes governos diferenciados.

Têm-se, então, diferentes modelos de descentralização ao nível político no direito comparado¹⁶⁵, encontrando-se as regiões da Itália e as autonomias da Espanha, como esquemas inseridos nos estados unitários, além dos clássicos modelos de estados federais,¹⁶⁶ como os dos Estados Unidos e da Alemanha. Destarte, o Peru, para programar a sua descentralização, adotou o modelo da regionalização.

Embora todo estado federativo tenha inerente à sua constituição, “[...] as idéias, os valores as concepções do mundo que experimenta uma filosofia que compreende a diversidade na unidade [...]” (CROISAT, 1992, p. 15 *apud* REVERBEL, 2007, p. 42), isto é, o nomeado

¹⁶³ Ou Estado Composto, nas palavras de José Fontes, onde há uma pluralidade de centros de impulsão política. (**Teoria geral do estado e do direito**. Lisboa: Coimbra, 2006. 307 p.)

¹⁶⁴ Que como assinala Raul Machado Horta, para o caso dos Estados Federativos: “[...] é responsável pela definição constitucional do campo próprio de cada ordenamento, poderá acentuar a centralização, concentrando na Federação ou União a maior soma de poderes, ou conduzir à descentralização, reduzindo os poderes federais e ampliando os poderes estaduais, ou ainda, afastando-se das soluções extremas, dosar as competências federais e estaduais de modo a instaurar na Constituição Federal o equilíbrio entre o ordenamento central e os ordenamentos parciais. No primeiro caso, a centralização de poderes configura o federalismo centrípeto; no segundo, a descentralização conduz ao federalismo centrífugo, e, no terceiro, o equilíbrio da dosagem das atribuições conferidas aos ordenamentos implantará o federalismo de equilíbrio.” (**Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988**. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1991. v. 315, p. 55-66).

¹⁶⁵ Ou como assevera César Saldanha Souza Júnior: “Universo de Estados de *Sistemas Políticos Descentralizados*” (Estudo Introdutório: Em torno do sentido do federalismo. In: SOUZA JÚNIOR, César Saldanha; ÁVILA, Marta Marques (org.). **Direito do Estado: Estudos sobre o Federalismo**. Porto Alegre: Editora Dora Luzzatto, 2007. 366p. p. 10)

¹⁶⁶ Veja-se também a Regina M. Macedo Nery Ferrari (**O Estado Federal – Estruturas e características**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política., São Paulo, rev. Dos Tribunais, 1993. v. 2, p. 88-102. 278 p. p. 88), quem assinala que: “O Estado Federal é uma forma de Estado Composto, onde encontramos a união de comunidades públicas dotadas de autonomia, constitucional e política, ou seja, é um tipo de Estado descentralizado politicamente, cuja competência dos entes jurídicos parciais decorre de previsão constitucional.” (O sublinhado é agregado).

federalismo, este não deve ser confundido com os sistemas jurídicos que não contêm o conteúdo normativo necessário para configurar uma Federação. Conseqüentemente, têm-se a presença de comportamentos federalistas fora dos Estados Federativos, comportamentos que farão com que se empreguem os instrumentos necessários para alcançar os fins almejados por esta concepção federal que muitas das vezes coincidem com aqueles empregados pelos Estados Federativos.

Mormente, esses meios têm relação com o princípio que inspira uma pluralidade de centros de poder coordenados entre eles:

[...] de modo tal que ao Governo Federal, que tem competência sobre o inteiro território da federação, seja conferida uma quantidade mínima de poderes, indispensável para garantir a unidade política e econômica, e aos Estados Federais, que tem competência cada um sobre o próprio território, sejam assinalados os demais poderes. (FEDERALISMO, 2004, p. 481)

O federalismo, como doutrina, almeja a paz por meio de uma sociedade global negando, porém, o estado nacional, cujo efeito seria uma humanidade integralmente desenvolvida. Para a concreção daquela, destarte, podem-se empregar meios distintos que permitem enxergar essa humanidade “[...] numa pluralidade de livres comunidades e unida num todo cosmopolita [...]” (*Ibidem*, p.480).

Conseqüentemente, pode-se falar de estados tendencialmente federalistas, segundo observem as concepções antes anotadas mesmo se não fossem Estados Federativos.

Diversamente do estado dito unitário, o estado federativo está ancorado em premissas que diferem completamente das existentes para aquele. Assim:

La Federación es una unión permanente, basada en libre convenio, y al servicio del fin de la auto conservación de todos los miembros, mediante la cual se cambia el total *status* político de cada uno de los miembros en atención al fin común.” (SCHMITT, 1992, p. 348)

A mera descentralização política, com outorga de poderes da mesma natureza aos governos diferenciados, regiões ou comunidades autônomas, não é uma Federação, sistema no qual o Poder Político é retido pelos Estados Federados que “se reservam umas tantas faculdades para sua auto-conservação”, expressão desse mesmo poder que é originariamente seu e só parcialmente delegado ao Estado Federal, assim a Federação é uma:

[...] associação de Estados que, perdendo em favor da União certas faculdades, nem por isso se destituem da qualidade essencial de Estados. A mutação qualitativa que então se estabelece e que justifica a nova qualificação de Estados Federados só lhes retira os atributos que os faziam sujeitos do Direito das Gentes. Nada mais. (ATALIBA, 1980, p. 71)

A Federação compreende todo Estado Federado na sua existência total como unidade política que fica agregada como um todo numa associação politicamente diferente e existente; porém, “[L]a Federación reconoce por finalidad el mantenimiento de la existencia política de todos sus miembros en el marco de la Federación.” (SCMHITT, 1992, p. 350). Dalí segue que a Constituição Federal prescreva, em todo caso, incluso quando não se fale expressamente, uma garantia da existência política de cada um dos seus membros entre si e entre estes e o conjunto deles.

Em resumo, o estado federal seria uma estrutura descentralizada composta, possuindo dentro de si uma pluralidade de estados vinculados por uma aliança federativa, onde a finalidade da auto conservação, assim como o conceito de permanência, é essencialmente a mesma.

O estado federativo não importa uma concepção única e exclusiva¹⁶⁷, pelo contrario, tem-se um grande número de variantes, a saber: federalismo dual, federalismo centrífugo, federalismo centrípeto, federalismo de segregação, federalismo clássico, novo federalismo e federalismo cooperativo. Mas um requisito imprescindível a toda forma federativa de estado é aquele que manifesta:

[...] no seu interior um pluralismo territorial, em razão do que as diferentes atividades do Estado acabam sendo distribuídas entre o poder central e as ordens jurídicas parciais (Unidades Federadas e Municípios, no caso brasileiro). (SANTANA, 1998, p.18)

Assim, Peter Häberle tem como compreendido àquele nos Estados Federais; asseverando:

La “pluralidad del poder de dirección política” en el Estado federal de la que habla K. Stern solamente puede ser captada también por un modelo de pluralismo en términos de teoría de la ciencia: la teoría mixta del Estado federal lo puede ser. Finalmente, la teoría mixta del Estado federal aquí esbozada es suficientemente flexible para captar las transformaciones en el tiempo y el espacio: en el espacio, en la medida en que los diversos Estados federales nacionales de manera variable y completamente individual adaptan los elementos teóricos particulares en el tiempo, en tanto la evolución constitucional y la historia de las etapas textuales de los diversos Estados constitucionales conocen fases en las que unas veces predomina en primer plano, y en otras se retrae, uno u otro elemento teórico. Apenas hay que señalar que la teoría “mixta” del Estado constitucional así esbozada se corresponde con la idea de la cultura abierta. (HÄBERLE, 2003, p. 263)¹⁶⁸

¹⁶⁷ Que ser-ia um contra-sentido da concepção federalista.

¹⁶⁸ Sobre o pluralismo e a Constituição ver o livro “**Justicia, Constitución y Plurallismo**” (Lima: Palestra Editores, 2005) de Alessandro Pizzorusso.

Uma situação muito particular, decorrente do assinalado anteriormente, é aquela na qual o indivíduo, como particular e coletivo, encontra-se sob o influxo de normas provenientes de duas fontes de irradiação política, devendo obediência a ambas: o poder “central” e as ordens parciais, situação a qual também se observa na Forma Unitária de Estado Descentralizado Regional. Essa circunstância fica dilatada, ora para o sistema jurídico brasileiro ora para o peruano, porquanto a estrutura territorial do poder está edificada sobre três ordens jurídicas distintas, ou diferenciadas, assim como autônomas: central, regional, ou estadual, e municipal (local). Destarte, a submissão individual às três espécies distintas de fontes normativas é plenamente válida e exigível.

Tanto num estado federativo, quanto num estado unitário descentralizado politicamente, a partilha de competências leva em conta o critério da predominância de interesses. Do governo “central” são “[...] aquelas atividades de predominante interesse geral (interesse nacional).” (SANTANA, 1998, p. 22) sendo, dos demais governos diferenciados, todas aquelas competências que se circunscrevem substancial e formalmente a outros interesses, restringidos até.

Como visto nos parágrafos precedentes, algumas características observadas na Forma Federativa de Estado brasileira, são e podem ser observadas nas formas de Estado Unitárias Regionais, como a peruana. Em abono dessa posição, vale anotar algumas outras características que podem evidenciar uma eventual convergência e diferenciação das Formas de Estado sob comparação.

Assim, na Forma Federativa de Estado, aliás, também na brasileira, tem-se a participação dos estados membros perante o governo “central”, isto é “[...] a participação das vontades parciais na vontade geral, ou seja, cada unidade federada deve participar, com sua manifestação, da vontade federal.” (TEMER, 2005, p. 61) Assim, uma organização bicameral do poder legislativo da união tem a função de ancorar a participação estadual mediante a câmara de senadores para a formação legislativa da união. Esta característica pode também ser vista num estado unitário regional como o peruano; aliás, a Constituição peruana de 1979, mesmo com uma descentralização administrativa prescrita nos âmbitos regional e local,¹⁶⁹ instituiu a bicameralidade do legislativo nacional que só depois, na Constituição peruana de 1993, adotou a unicameralidade do legislativo nacional. Conseqüentemente, observa-se que, além de ser uma opção política e jurídica do constituinte nacional, ela poderá apresentar-se tanto em um estado

¹⁶⁹ Sobre o tema ver “**La Constitución Comentada – 1979**” de Alberto Ruiz Eldredge nas suas páginas 315 e seguintes.

unitário regional quanto em um estado federativo, visto que a conjuntura atual das sociedades e o reconhecimento de uma pluralidade fazem com que se perfilarem técnicas legislativas com o intuito de assegurar uma representação e participação das diferentes circunscrições territoriais na formação legislativa nacional. No caso peruano, têm-se as eleições dos congressistas da república por meio do Sistema do Distrito Eleitoral Múltiple, além de uma distribuição proporcional ao número de eleitores de cada Distrito¹⁷⁰, que permite uma representação adequada de cada região no legislativo nacional.

Sendo, também, que não se pode falar de autonomia sem falar das fontes próprias de receitas (ATALIBA, 1966, 216 p.), é fato, então, que a repartição de competências atinja esta matéria. Assim, toda partilha em matéria tributaria tem por finalidade outorgar meios ou fontes de renda própria para cada governo diferenciado e, com isso, ajudar no alcance das metas e no desenvolvimento almejado. Esses meios podem implicar a potestade de instituir, arrecadar e até de administrar os tributos, somente arrecadando-os e, finalmente, de considerar a determinado governo diferenciado só como beneficiário das importâncias arrecadadas, sendo que a última circunstancia não implica uma exclusão dos repasses do governo “central” em favor de todos os governos diferenciados (*Ibidem*, 216 p.). Assim essa possibilidade de auto determinar-se por meio do autogoverno, da auto-administração e de autofinanciamento, não fica abolida se o governo diferenciado tem para si a importância arrecada, sendo condição necessária que essa repartição não fique submetida a decisões ou providencias arbitrarías do governo “central”, ou do governo estadual perante os governos locais, se fosse o caso.

Deste jeito tem-se, para o caso brasileiro, uma repartição tributaria rígida, pormenorizada no âmbito normativo constitucional, conforme se observa do Título VI da CRFB/88. Outra característica da repartição tributaria brasileira é a possibilidade de se instituir impostos diferentes no âmbito do governo: a União, os Estados e os Municípios, como previsto pelos artigos 145 e 156 da CRFB/88, sem menosprezo da obrigação dos repasses das rendas de determinados impostos a favor dos governos locais por esferas de governo central e estadual, como previsto na Seção VI, Título VI da CRFB/88. Agora, no tocante ao caso peruano, uma repartição tributaria neste nível está ainda em processo, não chegando a uma delegação total e permanente da potestade de instituir impostos nos governos regionais e locais, mesmo assim, tem-se que a descentralização em matéria tributaria para os governos locais (governos

¹⁷⁰ Lei Orgânica de Eleições, Lei N° 26859, artigos 20° e 21°.

municipais), foi maior do que a observada para as regiões. Assim, além da participação em determinados fundos repassados aos governos regionais¹⁷¹ e locais¹⁷², enxerga-se que os governos locais administram e aplicam a renda dos impostos, embora não instituídos pelos municípios¹⁷³. No âmbito local do governo peruano, a instituição e a efetivação da importância de determinados tributos procede com as contribuições de melhoria e as taxas¹⁷⁴, como fica prescrito no Título III do Texto Único Ordenado da Lei de Tributação Municipal, aprovada pelo Decreto Supremo Nro. 156-2004-EF, dispositivo que regula toda a atividade tributaria dos municípios. Nesse mesmo dispositivo normativo tem-se também a regulação dos impostos nacionais criados em favor das Municipalidades e arrecadados pelo Governo Central¹⁷⁵.

Então, o perfil da repartição tributaria na legislação peruana caracteriza-se por não ter alcançado um patamar similar ao brasileiro, embora a característica geral da mesma possa ser observada no sistema jurídico peruano e brasileiro.

Outro contraste entre aquele Estado Unitário, designado de complexo, e o Estado Federal, está configurado pelo fato da tranqüila e inegável possibilidade que, no Estado Unitário Complexo, pode-se revogar, a qualquer momento e por iniciativa do governo “central”, os poderes ou competências políticas das entidades regionais, enquanto isso é impossível, por

¹⁷¹ Conforme ao artigo 193º da CPP/93 seriam: As transferências específicas que lhes assina a Lei Anual Nacional de Orçamento, os recursos assinados pelo Fundo de Compensação Regional e os recursos assinados por conceito de “Canon”.

¹⁷² Conforme ao artigo 196º da CPP/93 seriam: Os recursos assinados do Fundo de Compensação Municipal; as transferências específicas que lhes assine a Lei Anual Nacional do Orçamento e os recursos assinados por conceito de “Canon”. Também se tem como renda, não derivada diretamente da aplicação tributaria, a participação nas rendas da alfândega (Artigo 80º do Texto Único Ordenado da Lei de Tributação Municipal, Decreto Legislativo N° 776).

¹⁷³ Estes impostos são, conforme prevê o Texto Único Ordenado do Decreto Legislativo N° 776: imposto predial, imposto de “alcabala”(que grava as transferências de imóveis urbanos e rústicos a título oneroso ou gratuito, qualquer seja sua forma ou modalidade, incluso as vendas com reserva de domínio), imposto ao patrimônio automotriz, imposto às “apostas”(que grava as rendas das entidades organizadoras de atividades hípcas e similares, nas que se realizem apostas), imposto aos jogos (que grava a realização de atividades relacionadas aos jogos, como loterias, bingos e rifas, assim como a obtenção de prêmios em jogos de azar) e imposto aos espetáculos públicos não esportivos (que grava o monto que se percebe por presenciar ou participar em espetáculos públicos não esportivos que se realizem em locais e parques fechados).

¹⁷⁴ Subdivididas, conforme prescrito pela Norma II do Título Preliminar do Texto Único Ordenado do Código Tributário, em: “arbitrios” (taxas que se pagam pela prestação ou manutenção de um serviço público); direitos (são taxas que se pagam pela prestação de um serviço administrativo público ou pelo uso ou aproveitamento de bens públicos); e “licencias” (são taxas que gravam a obtenção de autorizações específicas para a realização de atividades de proveito particular sujeitas ao controle ou a fiscalização).

¹⁷⁵ Estes impostos são: o imposto de promoção municipal, o imposto ao “rodaje” e o imposto às embarcações de recreação.

obstáculo expresso ou implícito do governo “central” sobre os Estados Federados¹⁷⁶ (ATALIBA, 1980, p.70; BOBBIO, 2004, p. 332). Mas aquela é uma circunstancia que merece ser homenageada com um ônus de reflexão. Assim, tem-se que o marco normativo do processo descentralizador peruano reveste um peculiar perfil, é uma política permanente do Estado, obrigatória, progressiva e ordenada¹⁷⁷. Conseqüentemente, pode-se estar assistindo a um processo descentralizador que conformaria um limite material de reforma constitucional cujo efeito repercute diretamente sobre qualquer tipo de revogação daquele.

Até agora, têm-se analisado os perfis que tipificariam de modo geral o Estado Federativo, presentes também na forma federativa brasileira, porém, agora devem ser observados aqueles perfis que atuam em pró da conservação e vigência da forma federal de Estado: são os nomeados caracteres mantenedores, ou seja, que são indispensáveis “[...] para a sua manutenção. São eles: a) a rigidez constitucional e b) a existência de um órgão incumbido do controle da constitucionalidade das leis” (TEMER, 2005, p. 63), para a guarda da Constituição, conforme prescreve o artigo 102º da CRFB/1988. Assim, o primeiro de aqueles importa que:

[...] o procedimento para alteração da Constituição deve ser dificultoso a fim de evitar o desfiguramento da fisionomia federativa. Realmente, se é a Constituição que cuida da forma federativa, a tal previsão deve concorrer necessariamente um procedimento complexo de alterabilidade constitucional, ou seja, fosse a Constituição dotada de flexibilidade, ao legislador infraconstitucional seria perfeitamente lícito o alterar dos comandos da Lei Maior, modificando por completo a feição federal.

Não é preciso apenas que a Constituição seja dotada de rigidez. Mister que tal seja de grau tão acentuado relativamente à forma de Estado que seja hábil a impedir a sua alteração. (SANTANA, 1998, p. 26)¹⁷⁸

¹⁷⁶ Tem-se para o federalismo brasileiro que esse obstáculo está expressamente previsto no artigo 60º, parágrafo 4, inciso I da sua Constituição.

¹⁷⁷ Art. 188º da CPP/93: “A descentralização é uma forma de organização democrática e constitui uma política permanente de Estado, de caráter obrigatório, que tem como objetivo fundamental o desenvolvimento integral do país. [...] O processo de descentralização se realiza por estágios, em forma progressiva e ordenada conforme critérios que permitam uma adequada assinação de competências e transferência de recursos do governo nacional para os governos regionais e locais. [...] Os poderes do Estado e os Organismos Autônomos assim como o Orçamento da República se descentralizam conforme lei.” (Tradução livre) Assim também se tem prescrito na Lei de Bases da Descentralização (Lei N°27783, publicada o 22 de julho do ano 2002), artigo 4º (Princípios Gerais), que prescreve na letra c) a “irreversibilidade” como matriz normativa do processo descentralizador.

¹⁷⁸ Para uma análise da rigidez constitucional ver “**A teoria das Constituições rígidas**” por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. E sobre o sentido de “rigidez jurídica”, Geraldo Ataliba assevera que: “[...] o legislador fica sujeito à expressa e completa ordenação, a qual não lhe deixa liberdade jurídica de ação que ultrapasse os limites da simples discricção legislativa.” (Em: **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. 216 p. p. 30)

A necessidade de um processo dificultoso para a alteração da Constituição, especialmente referido à fisionomia federativa, deve ser diferenciada para sua aplicação em dois procedimentos: aquele relacionado a uma modificação constitucional (por meio de uma emenda constitucional ou uma lei de reforma constitucional), que não esvazie de conteúdo o núcleo duro da Constituição; e aquela referida a uma modificação da forma federativa de estado, isto é, aquela relacionada como uma modificação do núcleo duro da Constituição. Já no primeiro caso, tem-se que a mesma exigência apresenta-se nas formas de estado unitárias, tanto mais nas regionais, que, no caso peruano, também contempla um processo especial, porém, mais complexo¹⁷⁹. Na segunda circunstância, tem-se que, conforme prescrito no artigo 60, parágrafo 4, I, da CRFB/88, uma modificação da forma Federativa de Estado fica submetida ora a uma complexidade do processo de reforma constitucional ora a um limite da mesma, se proibindo a “abolição” da forma federativa no mesmo processo¹⁸⁰, porém, faz-se ressalva das modificações necessárias perante o surgimento de novas exigências por parte da democratização. Neste sentido, um processo para a modificação das cláusulas pétreas das constituições também está na forma unitária regional de estado peruana¹⁸¹, conformando o processo descentralizador como uma face do núcleo duro da Constituição Peruana.

Cabe fazer um abono das considerações feitas no parágrafo anterior. Assim, em relação ao fato de considerar como órgão legitimado para realizar a distribuição de competências somente o

¹⁷⁹ Constituição Política do Peru, Título VI (Da Reforma da Constituição), artigo 206°: Toda Reforma Constitucional deve ser aprovada pelo Congresso com maioria absoluta do número legal dos seus membros e ratificada mediante referendun. Pode-se omitir o referendun quando o acordo do Congresso seja em duas legislaturas ordinárias sucessivas com uma votação favorável, em cada caso, superior aos dois terços do número legal de congressistas. A Lei de Reforma Constitucional não pode ser observada pelo Presidente da República.

A iniciativa de Reforma Constitucional corresponde ao Presidente da República, com aprovação do Conselho de Ministros; aos Congressistas; e a um número de cidadãos equivalente ao zero vírgula três por cento da população eleitoral, com assinaturas comprovadas pela autoridade eleitoral.

¹⁸⁰ Artigo 60 da CRFB/88: “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] I- de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II- do Presidente da República; III- de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. [...] & 1.º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sitio. [...] & 2.º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros [...] & 3.º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. & 4.º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] I- a forma federativa de Estado; II- o voto direto, secreto, universal e periódico; III- a separação dos Poderes; IV- os direitos e garantias individuais. [...] & 5.º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

¹⁸¹ Ver os fundamentos 22, 26 e 34 da STC do Expediente N° 00050-2004-AI/TC (Lima: Tribunal Constitucional Peruano, 2005. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.html>>. Acesso em: 14.02.2009.)

governo “central” nos Estados Unitários, como o peruano, materializando dita atuação mediante o instrumento legal respectivo, muitas das vezes uma lei ordinária, circunstância não observada nos estados federais, como o brasileiro, onde a partilha de competências dos governos diferenciados já vem dada na constituição federal, deve levar em conta que se nega a possibilidade de uma modificação constitucional pelo congresso nacional federal, órgão do governo federal ou “central”, em matérias relacionadas à limitação ou ampliação das matérias de competências de cada governo diferenciado. Do mesmo jeito, nega-se a possibilidade de uma partilha de competências no nível constitucional dos estados unitários, situação contrária que se observa na Constituição peruana de 1993.¹⁸²

Agora, sobre o órgão incumbido do controle da constitucionalidade das leis que zele pela manutenção da União e dos Estados nas suas esferas próprias, de forma tal que possa assegurar a unidade de interpretação do direito emanado dos diferentes governos diferenciados, especialmente, se deve deixar claro que é uma exigência em todo estado descentralizado com partilha de competências, onde o conflito sempre tem lugar (GARCIA, 2003, 561 p.), porém, pode estar presente em estados unitários regionais¹⁸³, assim como nos federativos.

Por seu lado, a dualidade do poder judiciário, isto é, ter um judiciário estadual além do federal, não é outra coisa mais do que um reflexo da partilha de competências estabelecida no pacto federal. Destarte, no Brasil o poder para auto-organizar sua justiça tem que observar os princípios estabelecidos na CRFB/88, segundo prevê o artigo 125 do mesmo corpo normativo. Logo, o exercício da atividade judiciária dos tribunais e juízes dos estados fica submetido às disposições normativas contidas na Constituição Federal, assim como nas leis nacionais. Então, a autonomia dos estados federados ver-se-ia esvaziada do seu conteúdo, se aquele não tiver um judiciário estadual? Obviamente não. As matérias reservadas para o poder judicial estadual bem poderiam ser exercidas pelo poder judiciário federal sem ter um menoscabo direto sobre a autonomia estadual. Um razoamento diferente conduziria a sustentar que os municípios, no caso brasileiro, não são autônomos.

¹⁸² Artigos 192º (Competência dos governos regionais) e 195º (competência dos governos locais) da CPP/93.

¹⁸³ Sentencia do Tribunal Constitucional Peruano no Expediente Nro. 0014-2002-AI/TC fundamento 33: “En efecto, este Tribunal, en una acción de inconstitucionalidad, debe tener en consideración que a él se le ha confiado constitucionalmente la función de pacificar los conflictos jurídico-políticos, clarificando y "fomentando el desarrollo del derecho objetivo", al mismo tiempo de ejercer una labor de "orientación a los órganos del Estado sobre lo que deben hacer u omitir, es decir, cómo debe ser en futuras situaciones típicas su comportamiento conforme a la Constitución.”

Assim, não basta acolher acriticamente a existência de poderes independentes, com competências discriminadas, como caracterizadores do Estado Federativo e do seu princípio, “[...] urge, doutra parte, assinalar a extensão de poderes que marca cada esfera.” (BONAVIDES, 2007, p. 180). Destarte uma questão de útil transcendência é aquela referida ao critério para a distribuição de competências no estado federativo brasileiro, assim, têm-se as chamadas competências expressas, taxativas e enumeradas, e as residuais ou remanescentes, que estariam constituídas por aqueles campos de atuação governamental que não foram conferidos expressamente à União ou ao Município¹⁸⁴ (Art. 30, incisos I a IX); mas se tem que os Estados não possuem apenas competências residuais e, nem a União, apenas as expressas. Com efeito, em matéria tributaria, as competências estaduais são expressas. O poder de instituir tributos, pelos Estados, está expressamente mencionado no artigo 155º da CRFB/88, de outra parte, embora a União tenha competências expressas nessa matéria (artigo 153º) a Constituição lhe confere, também, competência residual (artigo 154º, I e II). (TEMER, 2005)

Assim, o citado autor conclui que a “União e Estados titularizam, portanto, competências expressas, bem como residuais”; conseqüentemente, tem-se que o citado critério de partilha de competências fica insuficiente para uma correta padronização das mesmas. Deve-se falar, então, dos poderes implícitos como forma de apurar o critério acima esboçado, isto é, aqueles:

[...] que se compreendem dentro dos poderes expressamente conferidos ou outorgados. Não estão eles literalmente conferidos pelo Texto Constitucional, mas a eles se chega por dedução lógica. Assim, a competência implícita é obtível e decorrente da competência expressa. (SANTANA, 1998, p. 35)

¹⁸⁴ Conforme assevera a autora Regina M. Macedo Nery Ferrari (**O Estado Federal – Estruturas e características**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política., São Paulo, rev. Dos Tribunais, 1993. v.2, p. 88-102. 278 p. p. 89.): “Os sistemas constitucionais modernos tem adotado três técnicas diferentes para repartir competências no Estado Federal: a) a Constituição enumera taxativamente os poderes da União, cabendo aos Estados-Membros os poderes remanescentes. Esta é a técnica que tem sido mais utilizada e é também a adotada pelo sistema brasileiro; b) a CF enumera as competências dos Estados-Membros cabendo a União as remanescentes; c) são enumeradas todas as competências da União e dos Estados-Membros.” Assim também é interessante a postura do autor José Afonso da Silva (**Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. 900 p. p. 478), sobre as competências residuais: “[...] reservada o remanescente e residual é a competência (...) que compreende toda a matéria não expressamente incluída numa enumeração, reputando-se sinônimas as expressões reservadas e remanescentes como o significado de competência que sobra a uma entidade após enumeração da competência de outra (art. 25, & 1º: cabem aos Estados as competências não vedadas pela Constituição, em quanto competência residual consiste no eventual resíduo que reste após enumerar a competência de todas as entidades, como na matéria tributaria, em que a competência residual –a que eventualmente possa surgir a pesar da enumeração exaustiva- cabe a União (Art. 154, I).”

Os poderes implícitos são especialmente aqueles necessários para a culminação de algum objetivo determinado e outorgado, quer dizer, que tem também um perfil notadamente instrumental.

Embora a residualidade ou remanescência da assinação de competências, deve-se considerar a indeterminação e indefinição em relação ao conteúdo daquelas já que “[...] a atividade humana é multifária e o progresso coloca, dia-a-dia, novos recursos à disposição do homem e da sociedade, para a satisfação de suas necessidades e de seu conforto [...]” (MEIRELLES, 1997, p. 295). Assim, as situações novas não inseridas implicitamente no interesse nacional, preferentemente, são “patrimônio” de competência dos Estados Federados, traduzido numa maior margem de autonomia para estes, o contrário levaria a considerarmos os Estados Federativos como Estados Unitários Regionais, sem possibilidade de distinção alguma, e que a designação, adoção e constituição da forma de estado no nível constituinte originário, obedece só a uma vontade clichê, já que incluso nesse nível podem-se criar federações sem a necessidade da presença das Nações-Estado como pressupostos fatuais daqueles.

Porém, não se deve esquecer que mesmo no exercício de uma competência remanescente ou residual devem-se ter os poderes implícitos, necessários, a fim de poder efetivar as atuações sobre essa porção de matérias quando aquela se determine ou especifique no tempo e no espaço. Assim, tem-se que o interesse nacional é uma matéria tacitamente contida nas competências da União, mesmo que ela não esteja taxativamente considerada (SCHWARTZ, 1966, 424 p.), além de outras matérias que escapam da citada lógica e que a própria Constituição prescreve como funções do governo da União, conseqüentemente, reguláveis por normas gerais e até completamente concretizadas por meio de lei especial; deste jeito, todas aquelas outras matérias que não estejam circunscritas naquelas são exclusivamente, embora sua residualidade, competência dos Estados Federados, isso levando em conta o surgimento de atividades novas perante as quais um sistema rígido seria insatisfatório. Esse “[...] fato de serem tais áreas de atuação distribuídas em maior ou menor grau é fator determinante da potencialidade das autonomias respectivas.” (SANTANA, 1998, p. 34)

Então cabe supor que, num Estado Federativo, a autonomia dos Estados Federados, unicamente, é tendencialmente maior, e um reflexo dos poderes residuais e implícitos dos quais eles são credores, situação vislumbrada no Sistema Federativo Brasileiro pela particular fórmula

normativa dos artigos 18, Parágrafo 4, e 25, Parágrafo 1, concordado com o artigo 60, Parágrafo 4, inciso I da CRFB/88.

Feita essa abordagem de contraposição (DUGUIT, 1923, p. 92 y 93), entre as duas formas de estado e suas características, cabe fazer uma abordagem dos seus princípios¹⁸⁵ que inspiram àquelas, não sem antes assinalar determinadas características para a forma federativa de estado, neste caso o brasileiro, não necessariamente contrapostas às formas de estado unitárias regionais¹⁸⁶, sendo aquelas:

[...] I- composição plural dos entes constitutivos; II- indissolubilidade do vínculo federativo; III- soberania da União; IV- autonomia do estado federado ou do Estado Membro; V- Repartição de competências; VI- intervenção federal; VII- organização bicameral do poder legislativo da União; VIII- repartição tributária; IX- dualidade do Poder Judiciário e a existência de um Supremo Tribunal Federal, para exercer a função de Guarda da Constituição, na jurisdição difusa ou na jurisdição concentrada, ou em ambas, como na técnica de controle da constitucionalidade, adotada no Direito Constitucional Brasileiro e, ainda, através da jurisdição de órgão especial, o Tribunal Constitucional, que realiza modalidade de controle distinto do controle por órgãos judiciários, de forma a atender peculiaridades do regime parlamentar, como se concebeu nas Constituições européias, que se inspiram no modelo austríaco do controle concentrado. (MACHADO, 2003, p. 477).¹⁸⁷

¹⁸⁵ Compreenda-se aos princípios conforme a proposta conceitual de Humberto Ávila, em “**Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**”: “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida necessária à sua promoção.”

¹⁸⁶ Embora se enxergue essa posição nos autores: Raul Machado Horta (**Direito Constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 725 p. p. 477) e Sacha Calmon Navarro Coêlho (Curso de Direito Tributário Brasileiro. 7. ed. ver. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. 933 p. p. 62

¹⁸⁷ Tem-se também a Peter Häberle, esboçando as seguintes características: a) El carácter estatal tanto de la Federación como de los Länder, que les confiere un “margen propio de configuración política” [...] en el que los espacios constitucionales de aquella y de éstos coexisten independientemente [...]; b) La distribución de competencias entre la Federación y los Länder como “importante manifestación del principio federativo [...] y al mismo tiempo como elemento de una división funcional adicional de los poderes. Dicha manifestación distribuye el poder político y establece un marco jurídico-constitucional para su ejercicio” [...] De acuerdo con la Ley Fundamental alemana, les han quedado todavía a los Länder: la organización de su ámbito estatal, los organismos municipales, la policía y los cuerpos de seguridad, el ámbito cultural (sobre todo, las escuelas e instituciones de educación superior) y la esfera de la planeación de sus propias tareas; c) Como “principio constitucional no escrito”, la conducta favorable a la organización federativa (bundesfreundlich) tanto de la Federación frente a las entidades federativas, como de éstas frente a aquella [...]; d) El principio de homogeneidad [...] entendido como “estándar medio” de coincidencia tanto de las entidades entre sí como de éstas y la federación. Por lo demás, este principio es equilibrado por la pluralidad y permite en el fondo concebir al Estado federal como pieza de la división pluralista de los poderes [...]; e) Las posibilidades de intervención de la Federación en los Länder (por ejemplo, como vigilancia o como coacción federales), las que ciertamente se ven compensadas por las intervenciones de los Länder sobre la Federación (cfr. El Consejo Federal según el artículo 50 LF); f) La primacía del derecho federal (conforme a la Constitución) sobre el derecho de un Land [...]; g) La participación de los

Neste sentido, é melhor se falar corretamente em características dominantes (SANTANA, 1998, 212 p.) dentro das quais se encontra aquelas que informam a estrutura do Estado Federal, além das tidas como fundamentais e indispensáveis à sua existência e manutenção.

As abstrações feitas das características dos estados federais não levam, porém, a compreender que aquelas não possam estar consideradas em determinado tipo de sistema normativo, ou melhor, ainda, que tenham caracteres particulares adicionais; esta circunstancia configura a tipicidade do mesmo, isto é, a concreção de determinado conceito generalizante (ENGISCH, 2004), como em efeito acontece em todas as formas federativas de Estado, porém, a brasileira.

Todo estado federal tenta conciliar duas tendências “[...] el deseo de constituir un Estado poderoso, uno desde el punto de vista internacional [...] garantizando a las colectividades miembros la conservación de sus particularidades nacionales.” (MOUSKHELI, p. 149). Por seu lado, o estado unitário procura, adicionalmente, um maior reconhecimento e participação dos diferentes grupos sociais, assim como ancorar-se formal e materialmente num pluralismo, implícito na forma federativa. Tudo isso com o escopo de democratizar e especializar as decisões que sobre diferentes grupos se possa ter com o intuito de atingir as necessidades surgidas, isto é, se desenvolver (TCP, 2005)¹⁸⁸.

Deste jeito, o Estado Unitário, para atingir o patamar ideal de democratização, precisa de um processo de descentralização permanente; do mesmo jeito, o Estado Federativo, com o mesmo intuito, precisa de certo um nível de uniformidade e coerência no seu sistema, além de um reconhecimento dos poderes locais de forma descentralizada. A descentralização em municípios não deve esvaziar o conteúdo dos princípios das formas de estado, sob pena de mudar o sistema jurídico ancorado neles.

Assim, a forma federativa brasileira da CRFB/88 permite distinguir duas circunstâncias jurídicas no seu sistema: uma centralização de funções no governo da União, e um processo descentralizador nos governos locais ou municipais. Por seu lado, a forma unitária regional peruana da CPP/93, permite distinguir só o processo descentralizador em duplo grau, isto é, uma descentralização de funções nos governos regionais além dos locais ou municipais.

Länder en la formación de la voluntad de la Federación, del Consejo Federal como “órgano constitucional federativo”. (**El Estado Constitucional**. Tradução por Héctor Fix Fierro. Lima: Editora PUCP, 2003. p. 264.)

¹⁸⁸ Sentencia do Tribunal Constitucional Peruano no Expediente N° 0002-2005-AI-TC, fundamentos 29 y 39 (<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00002-2005-AI.html>>).

Em prol da delimitação dos perfis dos princípios federativo e unitário, deve-se deixar claro que, embora os estados possam se constituir como uma federação de cidades-estado, no fim das contas, cidades ou municípios como aconteceu no caso do império romano, deve-se levar em conta que o sistema federativo brasileiro distingue os municípios dos estados federados, fundamentando explicitamente sua forma de estado no pressuposto da união indissolúvel destes¹⁸⁹, e que o sistema jurídico peruano, embora a distinção das regiões e municípios como governos autônomos e diferenciados, fundamenta sua forma e sistema no pressuposto da existência de um só estado¹⁹⁰. Porém, deve-se dispensar qualquer análise municipal formando parte do conteúdo do princípio federativo e unitário, o contrário implicaria estar falando de um estado com uma nova conformação única e básica, a municipal, devendo-se falar de estado federal municipal para diferenciá-la do seu semelhante o estado federal propriamente dito.

Então, o conteúdo do princípio federativo, fica implicitamente considerado nas normas que regulam ou garantem a eternidade das Constituições Federais¹⁹¹, porém, da forma federativa de estado¹⁹², como em outras normas¹⁹³. Assim “[...] é característica própria das normas-princípios terem seu sentido resultante de limitações e complementações advindas de outras normas-princípios.” (ÁVILA, 1999, p. 117). Sobre o tema, ver o voto do Ministro Gilmar Mendes: “[...] Ao se deparar com a alegação de afronta ao princípio da divisão de Poderes de Constituição estadual, em face dos chamados ‘princípios sensíveis’ (representação interventiva), assentou o notável Castro Nunes lição que, certamente, se aplica à interpretação das cláusulas pétreas: [...]. Os casos de intervenção prefigurados nessa enumeração se enunciam por declarações de princípios, comportando o que possa comportar cada um desses princípios como dados doutrinários, que são conhecidos na exposição do direito público. E por isso mesmo ficou

¹⁸⁹ Conforme se pode inferir do prescrito nos artigos 1º (A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]) e 25º, parágrafo 1 (São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.) da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁹⁰ Artigo 43 da CPP/93: “A República do Peru é democrática, social, Independiente e soberana. [] O Estado é um e indivisível. [] Seu governo é unitário, representativo e descentralizado e se organiza segundo o principio da separação de poderes.”

¹⁹¹ Veja-se a ADPF 33 (27/10/2006), sendo relator Ministro Gilmar Mendes: “(...) Assim, parece recomendável que eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos (...).Essas assertivas têm a virtude de demonstrar que o efetivo conteúdo das ‘garantias de eternidade’ somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana.”

¹⁹² Artigo 60º, parágrafo 4, inciso I da CRFB/88.

¹⁹³ Especialmente o artigo 25º, parágrafo 1 da CRFB/88.

reservado o seu exame, do ponto de vista do conteúdo e da extensão e da sua correlação com outras disposições constitucionais, ao controle judicial a cargo do Supremo Tribunal Federal. Quero dizer com estas palavras que a enumeração é limitativa como enumeração. [...] A enumeração é taxativa, é limitativa, é restritiva, e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal. Mas cada um desses princípios é dado doutrinário que tem de ser examinado no seu conteúdo e delimitado na sua extensão. Daí decorre que a interpretação é restritiva apenas no sentido de limitada aos princípios enumerados, e não o exame de cada um, que não está nem poderá estar limitado, comportando necessariamente a exploração do conteúdo e fixação das características pelas quais se defina cada qual deles, nisso consistindo a delimitação do que possa ser consentido ou proibido aos Estados. (Repr. n. 94, Rel. Min. Castro Nunes, Arquivo Judiciário 85/31 (34-35), 1947).”¹⁹⁴

Como visto, a forma da organização do sistema federal, essencialmente, se fundamenta na criação de instituições e processos que permitem alcançar uma unidade política que inclua, promova e conserve a diversidade. Perante a necessidade de governar com eficiência a sociedades complexas e diversas, com salvaguarda da autonomia dos estados federados, estes empregam sistemas flexíveis e dinâmicos, isto é, um governo descentralizado a partir da sua constituição como federação. Assim, nos países que adotam o sistema federativo, além dos fundamentos das competências residuais e as competências estatais fundadas em disposições constitucionais específicas, tem-se que:

[...] la presunción de la unidad estatal no es de competencia del Estado Federal, sino más bien de los Estados federados (llamados Länder en Alemania), sobre la base de una delicada atribución de competencias. [...]

Este esquema se ve trastocado claramente en un Estado unitario, como es el peruano, pues en el país no son las regiones (como sí lo son los Länder) los que poseen la ‘competencia residual’ de la unidad estatal, sino más bien al Gobierno Nacional. (TCP, 2005)¹⁹⁵

O ministro Eros Grau asseverou em julgamento relacionado ao tema, que:

(...) não ofende a Constituição do Brasil norma constitucional estadual que dispõe sobre aplicação, interpretação e integração de textos normativos estaduais, em conformidade com a Lei de Introdução ao Código Civil.¹⁹⁶

Também do Ministro, Eros Grau:

¹⁹⁴ A ADPF 33 (27/10/2006), Ministro Gilmar Mendes.

¹⁹⁵ Sentencia do Tribunal Constitucional Peruano emitida no Expediente Nro. 002-2005-PI/TC fundamento 46. (<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00002-2005-AI.html>>).

¹⁹⁶ ADI 246/RJ, DJ 29.04.2005.

Lei estadual que disciplina os procedimentos necessários à realização das eleições para implementação da justiça de paz [art. 98, II, da CB/88] não invade, em ofensa ao princípio federativo, a competência da União para legislar sobre direito eleitoral [art. 22, I, da CB/88] (...) Lei estadual que define como competências funcionais dos juízes de paz a arrecadação provisória de bens de ausentes e vagos, nomeando escrivão ad hoc, e o funcionamento como perito em processos não invade, em ofensa ao princípio federativo, a competência da União para legislar sobre direito processual civil [art. 22, I, da CB/88].¹⁹⁷

Tem-se variada jurisprudência brasileira que esboça os perfis do conteúdo do princípio federativo, não obstante que em alguns casos expressamente omitam-no, de forma tal que o mesmo fica delimitado e determinado no seu significado só por meio jurisprudencial.

O Ministro Gilmar Mendes, sobre o tema asseverou:

“[Na espécie,] cuida-se da autonomia do Estado, base do princípio federativo amparado pela Constituição, inclusive como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inciso I). Na forma da jurisprudência desta Corte, se a majoração da despesa pública estadual ou municipal, com a retribuição dos seus servidores, fica submetida a procedimentos, índices ou atos administrativos de natureza federal, a ofensa à autonomia do ente federado está configurada (RE 145018/RJ, Min. Moreira Alves; Rp 1426/RS, Rel. Min. Néri da Silveira; AO 258/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, dentre outros).”¹⁹⁸

Do visto tem-se que a auto-conservação da autonomia estadual, como expressão das competências assinadas ao ente Federado e como ponto convergente da presunção de unicidade nos Estados Federativos, constitui a essencialidade do conteúdo do princípio federativo, ficando sua exata determinação à atividade jurisprudencial. Assim, o princípio federativo atua sobre as outras normas do sistema jurídico brasileiro, especialmente definindo-lhes o seu sentido e o seu valor. O princípio federativo, por ser uma norma imediatamente finalística, estabelece um estado ideal de coisas a ser buscado, ou seja, a auto-conservação da existência do Estado Federado, que diz respeito a outras normas do sistema brasileiro, por exemplo, as regras de “proibição de abolição” da forma federativa de Estado e a incumbência do Estado Federado nas matérias que Constitucionalmente não tenham sido vedadas, entre outras. O princípio federativo dá sentido às regras anotadas. A prospectividade do princípio federativo exige, assim, a adoção de determinados comportamentos sim cujos efeitos a progressiva promoção da “auto-conservação da existência do Estado Federado” não se realiza.

Sobre o particular, ver o voto do Ministro Celso de Mello:

¹⁹⁷ ADI 2938/MG, DJ 09.12.2005

¹⁹⁸ ADPF 33-MC, voto do Min. Gilmar Mendes, DJ 06/08/04.

[...] Governador de Estado. Instauração de persecução penal. Competência originária do Superior Tribunal de Justiça. Necessidade de prévia autorização a ser dada pela Assembléia Legislativa do Estado. Exigência que decorre do Princípio da Federação. (...) Mais do que isso, a idéia de Federação — que tem, na autonomia dos Estados-Membros, um de seus cornerstones — revela-se elemento cujo sentido de fundamentalidade a torna imune, em sede de revisão constitucional, à própria ação reformadora do Congresso Nacional, por representar categoria política inalcançável, até mesmo, pelo exercício do poder constituinte derivado (CF, art. 60, § 4º, I).¹⁹⁹

Já o Ministro Carlos Velloso assinala:

[...] Fretamento de ônibus para o transporte com finalidade turística, ou para o atendimento do turismo no Estado. Transporte ocasional de turistas, que reclama regramento por parte do Estado-Membro, com base no seu poder de polícia administrativa, com vistas à proteção dos turistas e do próprio turismo. CF, art. 25, § 1º. Inocorrência de ofensa à competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (CF, art. 22, XI).²⁰⁰

Assim, tem-se que a autonomia dos governos diferenciados cumpre uma função diferente nas duas formas de estado analisadas: a federativa brasileira e a unitária peruana, mas não pelo fato de não conter os diferentes âmbitos daquela, isto é a política, econômica e a administrativa, senão porque a autonomia é maior nas formas de estado federativas que converge no fim das contas nos estados federados, isto é, o governo descentralizado. Já nas formas de estado unitárias regionais, a autonomia é menor para os governos descentralizados em regiões e municípios, cabendo uma maior autonomia ao governo centralizado.

No Estado Unitário Regional Peruano, não são as regiões as que têm para si as competências residuais, senão elas ficam convergindo no governo nacional, mas sim, implica um menor marco dentro do conteúdo da autonomia nas regiões e mesmo dos municípios, embora:

[...] que la cláusula de residualidad no está expresamente reconocida en la Constitución, a diferencia de lo que sucede en ordenamientos comparados. No obstante esta aseveración, a partir del principio de unidad [...], cabe señalar que las competencias regionales sólo serán aquellas que explícitamente estén consagradas en la Constitución y en las leyes de desarrollo de descentralización, de modo que lo que no esté señalado en ellas, corresponde a la competencia exclusiva del Gobierno Central. (TCP, 2005)²⁰¹

Porém, a determinação do conteúdo do princípio unitário também fica submetido a decisões jurisprudenciais. O princípio unitário estabelece como estado ideal de coisas a ser

¹⁹⁹ HC 80.511, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27/10/00.

²⁰⁰ RE 201.865, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 04/02/05

²⁰¹ Sentencia do Tribunal Constitucional Peruano no Expediente N° 002-2005-AI/TC, fundamento 48. ((<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00002-2005-AI.html>)).

buscado a “auto-conservação do Estado ‘Central’” perante a existência de governos político-administrativos diferenciados constitucionalmente, que diz respeito a algumas regras do sistema jurídico peruano como a classificação do Estado como “um e indivisível”. Assim também, denota-se que, pela característica da concorrência e parcialidade, isto é, que uma tomada de decisão vem ao lado de outras razões, estabelece-se que a regra de taxatividade e residualidade fique integrada nos alcances deste princípio.

Com o assinalado até esta parte, tem-se como consequência que o exercício do poder municipal fica limitado pela liminar promoção da “auto-conservação” da existência do Estado Federado ou do Estado “Central”, ora no caso Brasileiro ora no caso peruano.

Os pressupostos que dirigem um estado unitário descentralizado politicamente, isto é, com governos diferenciados, é a existência previa de um só estado, e seu fundamento na unidade estatal, traduz-se numa margem maior de criação de competências para o âmbito do governo “central” ou nacional. Ora, o pressuposto de um estado dito federal, é a existência previa, seja pela ficção jurídica ou de fato, de vários estados, e seu fundamento, é sempre ter e preservar uma maior margem de poder dos estados federados para a criação de competências, uma identidade do estado membro como unidade política. Então, seguindo o plano das causas de Aristóteles, que distinguia entre “[...] as causas material (ou substância), causa formal (ou existência), causa eficiente (ou elemento genético) e causa final (ou finalidade) [...]” (HESPANHA, 2005, p. 238) dir-se-á que, tanto a causa material (gênero: estados) quanto a causa formal (espécie: descentralizados) não ajudam num entendimento do conteúdo dos princípios das duas formas de estado; porém, se adentrarmos numa análise levando em conta a causa final (finalidade) e a causa genética (fatores que originaram a situação a definir), tem-se que esses princípios foram instituídos para a auto-conservação do Estado Federado (Princípio Federativo) ou do Estado como ente público nacional (Princípio Unitário), e, enquanto, o estado unitário descentralizado politicamente provém de um só estado, o estado federal provém de vários²⁰², porém, a presunção da unicidade aplica-se de forma distinta como visto nos parágrafos precedentes.

²⁰² Em comentário ao artigo 25º, parágrafo 1 da CRFB/88 o autor Manoel Gonçalves Ferreira Filho asseverou que “[...] era mais correta a redação de 1967 (“... aos Estados são conferidos todos os poderes ...”), do que a de 1946 (“... aos Estados se reservam todos os poderes ...”) que a atual repete [...]” (**Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 371 p. p. 204). Situação, aliás, que poderia se explicar pelo fato que o Estado Federativo Brasileiro formou-se por processo de segregação de um Estado Unitário no qual os poderes que foram outorgados aos Estados Federados lhes foram conferido pelo próprio Estado Brasileiro, isto é, que os Estados Federados nunca puderam guardar para si poder algum em vista que nunca o tiveram.

5.2 A subsidiariedade e a competência municipal

É o município a “[...] forma de integração intermediária entre o indivíduo e o Estado” (BARACHO, 1997, p. 51), sendo o argumento legitimador do governo municipal, isto é, da descentralização em municípios e da garantia da sua autonomia, a proximidade deste governo com os cidadãos da localidade, que permite uma relação direta e imediata daquele com o território e a população, garantindo uma maior compreensão dos interesses locais para uma adequada atenção destas. Ora no reconhecimento da finalidade da democracia como a realização da vida boa ou do pleno desenvolvimento do ser humano em comunidade, ora na consideração da descentralização por meio da institucionalização de Municípios como estratégia democrática para atingir aquela, tem-se uma estrutura jurídica do poder que reflete a subsidiariedade²⁰³ pela adequação do aparelho estatal aos interesses de grupos sociais menores, como o local²⁰⁴. Porém, a razoabilidade na atenção dos interesses locais assim como a adequação racional das políticas nacionais, com outorga do poder necessário para executar a mesma, e a condução daqueles num plano supra-local, visando o desenvolvimento da pessoa, decanta o fundamento legitimador do município, onde subjaz, por sua vez, o princípio da subsidiariedade.

O reconhecimento da pessoa humana como fundador do sistema jurídico, político e social²⁰⁵, torna-se:

[...] num farol com força normativa própria e específica, para iluminar, corrigir e aperfeiçoar as instâncias mais concretas, contribuindo para aprimorar o direito ordinário, enriquecendo o diálogo circular ascendente e descendente. Este diálogo começa na realidade jurídica concreta da pessoa, sobe ao plano dos valores jurídicos, para, daí, iluminar e vivificar a experiência concreta, aprimorando-a, e iniciar, de novo, a partir da realidade, novo ciclo, que nunca cessa. (SOUZA JÚNIOR, 2008, p. 18).

Com essa afirmação tem-se, como derivação, a prioridade das esferas sociais mais

²⁰³ Esta parte não pretende desenvolver *a* ou *uma* teorização do princípio da subsidiariedade, porém desenvolverá os principais perfis conforme o marco normativo de cada sistema sob comparação.

²⁰⁴ Propícias as anotações de José Alfredo de Oliveira Baracho: “Considerando o Município como uma forma da democracia local, convém destacar que uma das aplicações práticas e prioritárias do princípio de subsidiariedade tem como finalidade afiançar e fortalecer o regime municipal.” (**O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução.** p. 51)

²⁰⁵ No Brasil está prescrito no artigo 1º, Inciso III da CRFB/88: “A República Federativa do Brasil tem como fundamentos: [...] a dignidade da pessoa humana, [...]” e no Peru no artigo 1º da CPP/93: “A defesa da pessoa humana e o respeito à sua dignidade são o fim supremo da sociedade e do Estado.” (Tradução livre).

próximas da pessoa humana concreta perante os âmbitos mais distantes, sendo esta a verdadeira essência do nomeado princípio da subsidiariedade, onde os níveis mais abrangentes de governo e política devem respeitar a autonomia dos níveis mais concretos e próximos da pessoa. (SOUZA JÚNIOR, 2008).

A assinação de competências municipais, por meio da descentralização ao nível Constitucional, contempla um caminho que vai desde as instâncias mais concretas e próximas às mais abstratas e elevadas. Aquela, por sua vez leva, em consideração os dois aspectos informantes do princípio da subsidiariedade:

[...] um aspecto negativo, segundo o qual uma entidade superior não deve realizar os interesses da coletividade inferior quando esta puder supri-los por si mesma de maneira mais eficaz, e por um outro positivo, pelo qual somente cabe ao ente maior atuar nas matérias que não possam ser assumidas, ou não o possam de maneira mais adequada, pelos grupos sociais menores. (TORRES, 2001, p. 267).

Assim, além de sugerir uma função de suplência, também implica uma limitação da intervenção de órgão ou coletividade superior, isto é, a relação entre órgãos centrais, intermediários e locais, verificando-se, por sua vez, o grau de descentralização, porém, o município vem antes da Região ou do Estado Federado, e estes antes do governo “central” ou da União.

É a descentralização o campo predileto de aplicação do princípio da subsidiariedade, pelas relações possíveis entre os órgãos descentralizados e o modo de potencializar a eficácia das medidas realizadas, pela maior proximidade com aqueles a quem são efetivamente dirigidas. A descentralização é uma questão de assinação de competências²⁰⁶ e, com isso, uma questão do exercício de competências e funções.

Destarte, pode-se referir como três as funções:

[...] do princípio de subsidiariedade: é conhecido como *princípio de ética política*, desde que exprime visão *comunitária da sociedade*; *princípio de repartição de competências*, significando que a idéia de subsidiariedade aloca competências entre níveis de organização pública, quando se estabelece que a cada nível de poder não se deve atribuir senão as competências que ele pode melhor exercer; finalmente, é um princípio que intervém no domínio das competências concorrentes, permitindo a atualização de competência potencial

²⁰⁶ Apropriada a asseveração de José Alfredo de Oliveira Baracho: “A compreensão do princípio de subsidiariedade, em certo sentido, procura saber como a organização complexa pode-se dispor de competências e poderes. Aceitá-lo é, para os governantes, admitir a idéia pela qual as autoridades locais devem dispor de certos poderes.” (**O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 30-31).

da Federação (CONSTANTINESCO²⁰⁷, 1991, p. 38 *apud* BARACHO, 1997, p. 92).

Porém, tanto nos Estados Federativos como nos Estados Unitários Descentralizados Politicamente, estados descentralizados com repartição de competências, o princípio da subsidiariedade encontra vigência. Este estabelece a correlação razoável e eficaz entre integração e autonomia.

Sobre o princípio de subsidiariedade o Tribunal Constitucional Peruano assevera que é:

[...] un principio íntimamente ligado con el tema descentralizador, y aplicable a la determinación correcta de competencias funcionales entre el órgano nacional, regional o autonómico. Sobre esta base, un principio institucional organizativo como es la subsidiariedad “exige la atribución de competencias y responsabilidades públicas a las autoridades más próximas a los ciudadanos, que se encuentren en condiciones de ejercerlas, principio que enlaza de modo claro con la exigencia de que los intereses colectivos de ámbito estrictamente local sean expresados por quienes tienen legitimación para ello”. (TCP, 2005)²⁰⁸

Por meio deste dispositivo normativo, garante-se que a decisão tomada perante determinada circunstancia seja a mais democrática possível, isso pela proximidade que determinado governo diferenciado, o Município, tem da circunstancia que pretende regular, justificando uma intervenção maior, em escala nacional, regional ou estadual, se previamente levar-se em consideração a capacidade que tem o governo local de solucionar dita circunstancia.

Não deixa de ser ilustrativo, pois, o asseverado pelo Tribunal Constitucional Peruano sobre os princípios moduladores de proporcionalidade e necessidade que determinam a aplicação do princípio da subsidiariedade:

[...] la subsidiariedad solamente tendrá validez constitucional si está estrechamente vinculado a los principios de proporcionalidad y de necesidad que suponen que la acción del Estado no debe exceder lo que es necesario para lograr los objetivos de la Constitución. [] Es decir, una materia solamente podrá ser asignada al gobierno más próximo a la sociedad si a partir del análisis de la competencia discutida, esta concesión favorece realmente a la población en un triple sentido: el propósito de la asignación debe ser congruente con los fines de la Constitución, adecuándose la solución concreta a los principios básicos de la descentralización; la solución arribada debe ser la más efectiva y adecuada admisible, pues tal prescindibilidad significa elegir entre las medidas posibles, la ‘más benigna’; y racionalmente, tal determinación de contenidos no debe afectar el funcionamiento de alguno de los gobiernos existentes, por lo que se buscará la

²⁰⁷ CONSTANTINESCO, *Le Principe de Subsidiarité: um Passage Obligé vers l’Union Europeene?*, Dalloz, El. Boulouis, 1991.

²⁰⁸ Ver a Sentencia do Tribunal Constitucional Peruano no Expediente N° 00002-2005-AI/TC, Fundamento 51. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00002-2005-AI.html>>. Acesso em: 13.fev.2009.

conveniencia constitucional del resultado al cual se llegue. (TCP, 2005)²⁰⁹

No âmbito Constitucional do sistema jurídico brasileiro e peruano, não se encontra uma prescrição normativa expressa do “princípio de subsidiariedade”, mas se pode inferir de uma série de disposições das mesmas. Assim, por exemplo, na CRFB/88 tem-se os artigos 1º, III (A República Federativa do Brasil [...] tem como fundamentos: [...] a dignidade da pessoa humana), 3º, I (Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] construir uma sociedade livre justa e solidária [...]); 4º, IX (A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] cooperação entre os povos para o progresso da humanidade); 30º, Inciso II (Compete aos Municípios: [...] suplementar a legislação federal e a estadual no que couber [...]); entre outros. Já na CPP/93, ressalta o artigo 1º (A defesa da pessoa humana e o respeito à sua dignidade são o fim supremo da sociedade e do Estado); e o Capítulo XIV do Título IV, especialmente²¹⁰.

Conseqüentemente, o princípio de subsidiariedade delimita a autonomia municipal e o exercício das competências expressa e implicitamente outorgadas por meio do processo descentralizador²¹¹, garantindo uma toma de decisão o mais próxima possível do cidadão, comprovando-se constantemente que a ação que se deve realizar numa escala nacional só se justifica em relação com as possibilidades que oferece os níveis de governo menos abrangentes.

5.3 O interesse local e a competência municipal

Onde houver interesse local, e por aplicação do princípio de subsidiariedade, deve-se ter um órgão diferenciado de governo com a capacidade ou competência necessária e suficiente para

²⁰⁹ Ver a Sentencia do Tribunal Constitucional Peruano no Expediente N° 00002-2005-AI/TC, Fundamento 52. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00002-2005-AI.html>>. Acesso em: 13.fev.2009.

²¹⁰ Não se devem esquecer as normas nacionais, leis orgânicas, que regem a instituição municipal peruana. Assim o princípio da subsidiariedade está prescrito expressamente tanto no artigo V, Segundo Parágrafo, do Título Preliminar da Nova Lei Orgânica de Municipalidades, Lei N° 27972; e o artigo 14º, literal *a* da Lei de Bases da Descentralização, Lei N° 27783, com a única ressalva que se fala de “critério” e não de “princípio”.

²¹¹ Para o caso peruano é interessante a redação do artigo 87º da NLOM que prescreve: “As Municipalidades provinciais e distritais, para cumprir o seu fim de atender às necessidades dos vizinhos, poderão exercer outras funções e competências estabelecidas especificamente na presente lei ou em leis especiais, em conformidade suas possibilidades e em tanto ditas funções e competências não estejam reservadas expressamente para outros organismos públicos de nível regional ou nacional.” (Tradução livre).

uma adequada atenção daquele. A atividade legislativa do Município sobre matérias constitucionalmente outorgadas, competência legislativa, fica refletida na qualidade autônômica do ente Municipal; porém, a:

[...] autonomía implica el ejercicio de la función municipal dentro de un determinado campo, es necesario precisar el contenido de dicho concepto o, para expresarlo a través de giro diferente, señalar cuáles son los asuntos locales que corresponden al municipio. (ALZAMORA, 1985, p. 126).

Assim, para precisar o campo da função municipal pode-se recorrer a três modos de solução: a) a dos poderes enumerados; b) a dos poderes não enumerados, e c) o misto. Sendo que o primeiro deles consiste em assinalar de forma detalhada as áreas de atuação e as faculdades do Município, cuja desvantagem é a impossibilidade de intervir em outros assuntos de importância para a vida local, assim como o caráter anacrônico dos poderes enumerados perante o desenvolvimento da sociedade²¹²; o segundo deles consiste na utilização exclusiva de expressões gerais, conseqüentemente adoece de vaguidade; e o terceiro deles combina os dois anteriores, contendo uma fórmula geral,²¹³ que define a essência e finalidade do governo e administração local, além de fazer uma enumeração de algumas faculdades. Porém, é óbvia a razão “[...] del acierto de este último sistema que no presenta las desventajas de una fórmula general e imprecisa ni las de una enumeración limitativa.” (*Ibidem*, p. 129).

Não obstante, é sumamente difícil encontrar uma zona de predomínio absoluto e excludente dos interesses locais, porque amiúde existe uma espécie de concorrência dos interesses gerais e locais ou uma concorrência de diferentes interesses públicos assim como privados. (ÁVILA, 1999).

Será, pois, sobre o interesse local que a atividade legislativa municipal irá desenvolver sua ação, especialmente, usando aquele como critério determinante dos limites dessa atividade.

Ora, em ambos dos sistemas jurídicos sob comparação observa-se a adoção do sistema misto de determinação do campo de atuação municipal. No artigo 30, I da CRFB/88, estabelece-

²¹² Nesse mesmo sentido Castells e Borja defendem que: “[...] não é mais possível ter uma definição universal sobre o papel dos governos locais, sendo necessário o estabelecimento das competências e funções municipais segundo alguns critérios, tais como a proximidade na relação com a população; a capacidade na gestão de recursos políticos, sociais, econômicos e técnicos; a associação com outros níveis da administração pública e com agentes privados; e o atendimento das demandas sociais requeridas pela população.” (**As cidades como atores políticos**. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 45, jul. 1996) Então o respeito à diversidade é o critério para a assinação de competências, as cidades devem ser diferentes nas suas competências.

²¹³ Sobre a diferença e convergência das expressões: conceito indeterminado, conceitos normativos e cláusulas gerais, ver Karl Engisch em “**Introdução ao pensamento jurídico**” (p. 205 e ss.).

se a fórmula geral do “interesse local” como condição para a atividade legislativa do Município. Para o caso peruano, tem-se que observar os dispositivos nacionais sobre matéria municipal, assim do artigo 195, Incisos 07 e 09²¹⁴, da CPP/93; o artigo 42, Literal i)²¹⁵ da LBD. Do artigo 87²¹⁶ da NLOM, especialmente, se deriva a localidade das atividades conforme as atribuições inerentes à sua função, isto é, o “interesse local” como guia da atuação legislativa municipal peruana. Ora, a determinação do resto de atividades dos municípios, tanto para o Brasil como para o Peru, ficam estabelecidas nos artigos 23 e 30, Incisos II ao IX, da CRFB/88, e o artigo 195 da CPP/93, assim como nos artigos 42 e 43 da LBD e o Título V da NLOM.

Dito sistema misto adotado pelo Brasil e pelo Peru, para a determinação do campo de atuação dos municípios, se enriquece pela separação, dentro de dito sistema, das competências e funções segundo o nível de participação do município. Assim, para o caso peruano, tem-se que, a LBD no seu artigo 13 prescreve, incluso para os outros governos diferenciados, como tipos de competências municipais: as exclusivas, as compartilhadas e as delegadas²¹⁷. Por seu lado o Brasil, embora o artigo 30 da CRFB/88 não faça menção expressa, tipifica as competências municipais em: exclusivas, comuns e suplementares²¹⁸. No Brasil, em efeito, estruturou-se:

[...] um sistema complexo em que convivem competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente, abrindo-se espaço também para a participação das ordens parciais na esfera de

²¹⁴ Artigo 195º da CPP/93.- [...] 7. Fomentar a competitividade, os investimentos e o financiamento para a execução de projetos e obras de infra-estrutura local. [...] 10. Exercer as demais atribuições inerentes à sua função, conforme lei. (Tradução livre).

²¹⁵ Artigo 42º da LBD.- [...] i) Outras que se derivem das suas atribuições e funções próprias, e as que outorgue a lei. (Tradução livre).

²¹⁶ Artigo 87º da NLOM.- “As municipalidades provinciais e distritais, para cumprir seu fim de atender as necessidades dos vizinhos, poderão exercer outras funções e competências não estabelecidas especificamente na presente lei ou em leis especiais, conforme às suas possibilidades e em tanto ditas funções e competências não estejam reservadas expressamente para outros organismos públicos de nível regional ou nacional.” (Tradução livre).

²¹⁷ Aliás, prescreve a compreensão de cada uma. Assim: “Competências exclusivas. São aquelas cujo exercício corresponde de maneira exclusiva e excludente a cada nível de governo conforme a Constituição e a lei. Competências compartilhadas: São aquelas nas que intervêm dois ou mais níveis de governo, que compartilham fases sucessivas dos processos implicados. A lei indica a função específica e responsabilidade que corresponde a cada nível. Competências delegadas: São aquelas que um nível de governo delega num outro de distinto nível, de mútuo acordo e conforme ao procedimento estabelecido na lei, ficando o primeiro obrigado a se abster de formar decisões sobre a matéria ou função delegada. La entidade que delega mantém a titularidade da competência e a entidade que recebe exerce a mesma durante o período da delegação.” (Tradução livre do artigo 13 da LBD)

²¹⁸ Conforme se pode inferir da “observância simétrica”, para o caso municipal, contido no artigo 29º da CRFB/88 com a expressão: “O Município reger-se-á por lei orgânica [...] atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição [...]”; assim como dos artigos 23º (É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...]) e 30, Inciso II, (Compete aos Municípios: [...] II- suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; [...]) da CRFB/88.

competências próprias da ordem central, mediante delegação. (ALMEIDA, 2005, p. 74).

É importante assinalar que, no caso peruano de classificação de competências dos municípios, aquelas ditas exclusivas são excludentes na sua titularidade e exercício de outros governos diferenciados; já as competências compartilhadas, por sua vez, admitem delegação e intervenção em vista que a titularidade e exercício de determinada função não exclui a participação de outro governo diferenciado.

Longe dos critérios de classificação, doutrinariamente válidos²¹⁹, observa-se na CRFB/88 que existe, pois, vários âmbitos de atividades elencados objetivamente como “privativos”, mas que resultam sendo a toda vista “atividades compartilhadas ou conjuntas”, por exemplo: o artigo 22 da CRFB/88 elenca como “privativo” da União legislar sobre diretrizes da política nacional de transportes (Inciso IX), normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpo de bombeiros militares (Inciso XXI), diretrizes e bases da educação nacional (Inciso XXIV) e normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (Inciso XXVII). O ideal seria ter, em um mesmo artigo, todas as matérias em relação às quais cabe à União editar normas gerais (artigo 24º), e em outro (artigo 22º) todos os assuntos passíveis de disciplina legislativa plena pelo governo federal. Do assinalado, só pode-se derivar a idéia de interpretar as normas constitucionais brasileiras de um jeito mais integrado e fluido.

Interessa, porém, os tipos de competências arroladas para os Municípios brasileiros, sendo as *privativas ou exclusivas* aquelas contidas no artigo 30, Incisos I (legislar sobre assuntos de interesse local), III (instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei), IV (criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual), V (organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial) e VIII (promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do

²¹⁹ Resulta interessante estressar o modelo que adota para estruturar os tipos de competências na CRFB/88 a Fernanda Dias Menezes de Almeida, em “Competências na Constituição de 1988”, considerando as privativas ou exclusivas dentro de um mesmo entendimento e as comuns, concorrentes e suplementares dentro de um bloco nomeado de “competências concorrentes”.

parcelamento e da ocupação do solo urbano); e como *competências comuns* as assinaladas no artigo 23 da CRFB/88 e no artigo 30º, Incisos VI (manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental), VII (prestar com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população) e IX (promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual).

Por outro lado, tem-se a particularidade do âmbito de abrangência legislativa municipal da competência dita “*suplementar*” do Inciso II do artigo 30 da CRFB/88 (suplementar a legislação federal e a estadual no que couber), que se traduz não só pela indeterminação de dita expressão senão pela procura do âmbito das atividades legislativas.

Dentro do entendido das competências “comuns” não caberia a inclusão do poder municipal de “legislar suplementarmente” sobre a legislação federal e estadual, em vista que aquela:

Não se trata de competência legislativa, mas, na verdade, de imposição de ônus consistente na prestação de serviços e atividades. Ficamos sabendo que ao Estado cabe cuidar da saúde e da assistência pública, proteger os documentos, obras e outros bens de valor histórico e cultural, impedir o comprometimento de obras de arte, promover a cultura, o meio ambiente, preservar as florestas, fomentar a produção agropecuária, cuidar de programas de construção de moradias, combater as causas da pobreza e exercer um autêntico poder de polícia em matéria de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios. Mais, por tanto, do que um poder político a ser extravasado numa legislação própria, a dar conformação à atividade estadual, cuida-se aí de atribuir *tarefas* específicas ao Estado nos diversos campos da economia, do social e do administrativo. (BASTOS, 1998, p.262-263)

Por sua vez, tampouco poderia estar abrangida pelo âmbito das “concorrentes”, levando em consideração que ditas atividades implicam concorrência, significando competição e coordenação comum (CONCORRÊNCIA, 2004, p. 517), isto é, que nele se inserem dois fenômenos: um que não tem limites prévios para o exercício da competência, seja por parte da União ou do Estado Federado, prevalecendo a norma da União em caso que suscite concomitância²²⁰; e outro, onde num mesmo campo material de competência tanto a União como os Estados Federados realizam atividades legislativas coordenadamente. Esta circunstância foi

²²⁰ Como por exemplo, se observa dos dispositivos normativos contidos nos parágrafos 3 e 4 do artigo 24º da CRFB/88: “[...] & 3.º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. &4.º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”

observada liminarmente por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, tipificando aquelas como duas espécies de competência legislativa concorrente: a cumulativa e a não cumulativa ou de repartição vertical (FERREIRA, 1990, v. I, p. 189). Aliás, e especialmente, deve-se levar em conta que o artigo 24 (que outorga competências de legislação concorrente) exclui *expressamente* aos Municípios deste tipo de entendimento ao prescrever: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre [...]”.

Porém, o dispositivo contido no Inciso II do artigo 30 da CRFB/88 não poderia ser considerado dentro do *âmbito de compreensão constitucional brasileiro de competências concorrentes*, por se observar só a possibilidade de atuação municipal, no âmbito suplementar, dentro das atividades cooperativas e coordenadas para atingir determinado objetivo. Se bem aparentemente pode estar inserida, a competência suplementar, nas, vale a redundância, competências concorrentes, tampouco se pode negar a diferença que existe entre elas, conseqüentemente deveria se catalogar àquelas dentro de um grupo maior: competências compartilhadas.

Uma limitação geral aos poderes dos Municípios relacionados ao bom governo da localidade é precisamente o “interesse local”. Esse é o meio que “[...] proporciona o maior âmbito possível ao desenvolvimento das funções do governo local e constitui o modo mais simples através do qual cada autoridade pode ampliar suas funções obrigatórias, de sorte a incluir atividades que se afiguram especialmente apropriadas à área.” (MADDCIK, 1966, p. 121).

Ora para o Peru, ora para o Brasil, as diferentes competências elencadas nas normas para os Municípios só podem se desenvolver perante a conjunção com o interesse local.

Nos dois sistemas jurídicos municipais sob comparação, o “interesse local” está delimitado como uma competência de tipo privativo ou exclusivo, mas, sobre esta fórmula geral, normativamente indeterminada, encontra-se o fundamento da atividade municipal em todos os seus âmbitos.

A atividade legislativa do Município, tendo o interesse local como fundamento, para considerá-la válida, deve observar especialmente três âmbitos: o pessoal, o material e o territorial. São os perfis do âmbito material do interesse local os de maior dificuldade na sua determinação.

No âmbito pessoal, a Constituição e demais normas sobre a matéria estabelecem quais são os órgãos políticos que têm a faculdade de realizar um ato perante terceiros, isto é, que é o Município que pode atuar sobre determinado grupo de pessoas vizinhas ou locais.

O âmbito territorial guarda estreita vinculação com o anterior, em vista que a qualidade de “local” de um grupo de pessoas guarda especial referência aos limites territoriais ou marco espacial de validade do ato emitido pelo Município, isto é, que o órgão local pode criar normas para certas partes da totalidade do território (KELSEN, 1934)

Já o âmbito material de atuação municipal tem a ver com o tipo de atividade que pode realizar o Município com o seu atuar e que se deve verificar em concreto, devendo estar isento de incompatibilidades com o sistema jurídico total. O conteúdo da norma municipal pode estar “[...] determinado más que en parte por la ley central, que no es más que una “ley de bases”.” (*Ibidem*, p. 235) e também, como visto, pode-se dar o caso em que a matéria corresponde totalmente à competência da legislação local, como é o caso do interesse público local.

O interesse público, “[...] definido pela finalidade relacionada à comunidade [...]” (SCHMIDT-ASSMANN²²¹, 1998, p. 136 *apud* ÁVILA, 1999, p. 121), fim legítimo de atuação estatal, abrange o interesse local²²². Pode-se falar do bem comum como “[...] idéia por detrás das normas e dos fins estatais, mas que representaria a unidade de uma multiplicidade de interesses públicos verificáveis no Direito e na sociedade” (ÁVILA, 1999, p. 121); porém, o *interesse público local* ficaria caracterizado pelo bem comum da sociedade local que está sobrejacente às normas municipais.

Os perfis do âmbito material do “interesse local” partem de um *benefício* que deve alcançar à comunidade local, determinando o Município o *bem comum* da mesma como uns dos fundamentos legítimos da sua atuação, em concordância com bens mais abrangentes inseridos no sistema jurídico nacional. Destarte a determinação do interesse local é uma questão do sistema jurídico, que deixa uma série de disposições procedimentais e materiais com dito objeto. (SCHMIDT-ASSMANN²²³, 1998, p. 137 *apud* AVILA, 1999, 122). Porém, se bem o entendimento de interesse local fica plasmado por meio da lei²²⁴ municipal emitida, esta não deve

²²¹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung**. Berlin u.a., Springer, 1998, p. 136.

²²² O mesmo sentido expressa José Nilo de Castro, em **Morte ou Ressurreição dos Municípios? Estudo comparado da autonomia municipal no Brasil e na França**: “[...] pode-se situar o interesse municipal com relação ao interesse privado (particular) e o interesse público geral. Por aí, pois, o interesse local é, com efeito, um interesse público e nisto, ele se opõe ao interesse privado; ele é também um interesse particular e nisto ele é subordinado ao interesse público geral. Por esta dupla natureza, o interesse local é o liame privilegiado de trocas entre estes dois tipos de interesses.” (p. 48)

²²³ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung**. Berlin u.a., Springer, 1998, p. 137.

²²⁴ Embora em alguns sistemas jurídicos não receba esse nome de lei, mas, como assinala Hans Kelsen em **“Teoría General Del Estado”**, “[...] lo serán, en el fondo, desde el momento que habrán sido establecidas por un cuerpo

esquecer no processo deliberativo o marco jurídico nacional e os interesses “supra-locais”²²⁵ dentro de tais assuntos ou matérias, sob pena de cair em causal de inconstitucionalidade.

Os cargos dos outros governos diferenciados, além do municipal, ficariam, de modo geral, delimitados na função de formular políticas de natureza geral, estimular as autoridades locais, orientá-las no cumprimento dessas políticas e, realmente, proporcionar os serviços que devem estender-se sobre área maior do que o município, ou que estão além dos meios e capacidade atuais das autoridades locais, assim como assegurar que o desempenho dos assuntos locais seja legal, equitativo para todos, e eficiente. Fora dessa área os governos municipais têm prevalência na titularidade e no exercício.

Aquelas matérias de interesse local podem sofrer variações à medida que se modificam as prioridades nacionais, esta seria uma das causas pelas que nos dois países se observa o uso, como dito por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, de “lembretes” sobre certas matérias municipais:

[...] que se trata de previsões até certo ponto desnecessárias e redundantes, ou porque encontram base em outros dispositivos constitucionais [...] ou porque decorrem iniludivelmente da autonomia municipal. (FERREIRA FILHO, 1990, v.I, p. 219-221)

A competência municipal, pois, abrange:

[...] tudo aquilo que for de seu interesse local. É evidente que não se trata de um interesse exclusivo, visto que qualquer matéria que afete uma dada comuna findará de qualquer maneira, mais ou menos direta, por repercutir nos interesses da comunidade nacional. Interesse exclusivamente municipal é inconcebível, inclusive por razões de ordem lógica: sendo o Município parte de uma coletividade maior, o benefício trazido a uma parte do todo acresce a este próprio todo. Os interesses locais dos Municípios são os que entendem imediatamente com as suas necessidades imediatas, e, indiretamente, em maior ou menor repercussão, com as necessidades gerais. (BASTOS, 1998, p. 277)

É claro que o Município está situado dentro de um dado Estado Federado ou Região, e estes dentro da República Federal Brasileira e da República Peruana, respectivamente, formando eles um todo onde não deve haver antinomia entre os interesses locais e os interesses gerais.

colegial representativo, por un consejo municipal o ayuntamiento elegido por los vecinos del municipio. [...] Si no se le da el nombre de “ley del Estado”, es porque este término se reserva a las normas generales dotadas de validez sobre la totalidad del territorio, establecidas por los cuerpos centrales representativos.” (p. 240).

²²⁵ Veja-se, por exemplo, e por ser doutrina jurisprudencial sobre a matéria, o Fundamento 04 da Sentencia do Recurso de Inconstitucionalidade N° 32/1981 do Tribunal Constitucional Espanhol (Disponível em: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1981-0032>) e o Fundamento 08 da Sentencia do Conflito em Defesa da Autonomia Local N° 240/2006, do mesmo tribunal (Disponível em: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2006-0240>).

Assim, o traço que torna diferente o interesse local perante os demais interesses é a sua predominância:

Não existe, portanto, *interesse exclusivo*, seja da União, seja dos Estados ou dos Municípios, em nenhum setor da administração, em nenhuma ordem de problemas ou assuntos governamentais. O que existe e determina a competência de cada ordem de poderes, isto é, da União, dos Estados-Membros e dos Municípios, será apenas uma *predominância* de interesses. Nas matérias de competência federal predomina o interesse *nacional*; nas de competência estadual predomina o *regional*, e, finalmente, nas de competência municipal predomina o *local*. (TEIXEIRA, 1991, p. 654).

Ora para o caso brasileiro, ora para o peruano, são aplicáveis as abordagens precedentes, mas com um acréscimo que é importante distinguir, isto é, que dos dois sistemas jurídicos, sobre a instituição municipal, infere-se o caráter da competência própria dos Municípios em assuntos de “interesse local” com uma prevalência de interesses locais sobre os supra-locais.

Conseqüentemente, tem-se que o interesse local, nos sistemas jurídicos sob comparação, permite uma flexibilidade máxima na demarcação de funções das autoridades locais assim como no seu atuar, permitindo agir contra critérios estancos e uniformizados cujas desvantagens são notórias²²⁶, em vista que se baseiam na aplicação de normas que com o passo do tempo e o desenvolvimento social podem advir em desnecessárias. Os âmbitos de atuação municipal no Brasil e no Peru podem-se resumir nas matérias que têm sido conferidas com palavras expressas, aquelas que são necessária conseqüência das atribuições expressamente outorgadas e as que resultem essenciais e indispensáveis para a realização dos objetivos expressamente assinados aos Municípios.

²²⁶ Por isso José Nilo de Castro assevera a relatividade daquele, porque esse: “[...] interesse, para ser caracterizado e identificado, obedece a critérios mutáveis e empíricos pelo fato da existência das circunstâncias as mais diversas. Ora, estas últimas demonstram, realmente, a relatividade conceitual do conteúdo do interesse municipal.” (**Morte ou Ressurreição dos Municípios? Estudo da autonomia municipal no Brasil e na França**. p. 47).

6 CONCLUSÕES

As bases histórico-jurídicas, em linhas gerais, são iguais para o Peru e o Brasil, até o período da colonização onde adquirem diferentes perspectivas. O pensamento jurídico municipal peruano, desde a colônia, se ancora no reconhecimento, homogeneização e inclusão das comunidades locais. Já no Brasil, não houve necessidade de um reconhecimento e inclusão, numa primeira etapa, sendo estas características do sistema jurídico atual brasileiro.

No Peru, a instituição municipal apresenta variantes tipicamente específicas, situação inexistente na instituição municipal brasileira. Assim, os municípios peruanos caracterizam-se pela adequação da estrutura jurídica municipal, por mandato normativo hierarquicamente superior, à população em quem se fundamenta; no Brasil, a adequação normativa fica sob a iniciativa do próprio órgão municipal.

Os Municípios no Brasil e no Peru *são entidades político-administrativas*, autênticos poderes do Estado, pessoas jurídicas públicas com poder legislante, tendo incumbências amplas, gerais e localizadas; se distinguindo pelo *grau de autonomia*, sendo *maior ou absoluta, para o caso brasileiro, e restringida, para o caso peruano*.

Dentro dos estados descentralizados, pode-se encontrar aos Estados Federativos e aos Estados Unitários Regionais, sendo que a mesma é um fenômeno jurídico “permanente” e comum nas formas federativas de estado, mas não de todas as formas unitárias de estado.

O Município é o componente institucional das estratégias de democratização dos sistemas jurídicos sob comparação e a concretização do processo descentralizador empreendido nos dois países.

No Peru, observam-se várias fontes normativas, todas com âmbitos diferentes de abrangência, ora territorial, ora subjetivo, ora objetivo, dentre as quais não existe hierarquização, e sim, o mesmo nível normativo, por âmbitos de competência, somente guardando inferioridade respeito da Constituição.

O Estado não cria a ordem municipal, reconhece sua importância na estrutura de poder, pela adequada satisfação das necessidades locais, assim como pelo rol no alcance do desenvolvimento integral da nação.

A estruturação, organização e funcionamento dos órgãos de governo municipal, por meio das leis orgânicas aprovadas pelos municípios brasileiros guardam observância simétrica, isto é, que devem guardar analogia, com a forma de organização e funcionamento do governo “central”, salvo exceção prevista na Constituição. Entretanto, no Peru, a forma de estruturação, organização e funcionamento dos órgãos de governo municipal, são assimétricos face do governo “central”, por mandato da lei nacional, NLOM, que desenvolve a Constituição.

O sistema empregado na administração municipal peruana é de tipo Gerencial, sendo o Gerente Municipal a segunda maior autoridade no organograma municipal, substituindo, quando necessário, ao *Alcalde* com exceção da suas atividades políticas.

A descentralização no sistema jurídico peruano adquire faces de “núcleo duro” da Constituição, porém, não seria fatível uma revogação daquela.

A exigência de processos complexos para a modificação dos termos da constituição, especialmente aqueles sobre assinação de competências e a existência de um órgão jurisdicional com competência exclusiva para zelar os mesmos, isto é, um Tribunal Constitucional ou um Supremo Tribunal, são exigências imprescindíveis para a manutenção da forma descentralizada de um estado.

As formas de estado baseiam-se em princípios, estes princípios atuam sobre as outras normas do sistema jurídico brasileiro, especialmente, definindo-lhes o seu sentido e o seu valor. Os princípios das formas de estado são o federativo e unitário.

A diferença entre as formas de estado, federativa e unitária, radica na causa final, especialmente.

O princípio federativo exige a adoção de determinados comportamentos sem cujos efeitos a progressiva promoção da “auto-conservação” do Estado Federado não se realiza

O sistema jurídico brasileiro, no que diz respeito da forma federativa de estado, ancora-se no nível de poder dos estados federados (artigo 1º e artigo 25º parágrafo 1 da CRFB/88).

O princípio unitário exige a adoção de comportamentos que permitam a progressiva promoção da “auto-conservação do Estado ‘Central’” perante a existência de governos político-administrativos diferenciados constitucionalmente.

A diferença entre as duas formas de estado, porém, as do Brasil e do Peru, ancora-se na causa genética do Estado Federal, que pragmaticamente se reflete num *ônus de competências* a favor dos Estados Federados, situação que não vigora para as Regiões.

A repartição de competências é uma característica *inerente* à forma federativa de estado brasileiro, além de se observar em um alto grau, refletindo, porém, na autonomia dos governos dos Estados Federados.

O Brasil teve dois processos que refletiram no seu sistema jurídico, especialmente no que tange à repartição de poderes, assim, teve um processo centralizador, outorgando competências à União, e um processo descentralizador, materializado nos poderes municipais. Já por seu lado, o Peru teve um processo netamente descentralizador materializado especificamente nos Municípios.

A razoabilidade da atenção dos interesses locais, assim como na adequação racional das políticas nacionais, com outorga do poder necessário para executar as mesmas, e a condução daqueles num plano supra-local, visando o desenvolvimento da pessoa, decanta o fundamento legitimador do município, onde subjaz, o princípio da subsidiariedade.

O “princípio da subsidiariedade”, além de sugerir uma função de suplência, também implica uma limitação da intervenção do órgão ou coletividade superior, isto é, a relação entre órgãos centrais, intermediários e locais, verificando-se, por sua vez, o grau de descentralização; porém, o município vem antes da Região ou do Estado Federado, e estes antes do governo “central” ou da União.

O princípio da subsidiariedade, embora não esteja expressamente previsto nos sistemas jurídicos peruano e brasileiro, pode-se inferir dos mesmos, mais ainda se as duas Constituições são Constituições Cidadãs.

O interesse local, nos sistemas jurídicos sob comparação, permite uma flexibilidade máxima na demarcação de funções das autoridades locais assim como no seu atuar, permitindo agir contra critérios estancos e uniformizados.

O *interesse público local* ficaria caracterizado pelo bem comum da sociedade local que está sobrejacente às normas municipais.

Embora o “interesse local” não esteja expressamente previsto do sistema jurídico municipal peruano, ele pode ser inferido conforme as áreas de competências dos municípios e em especial à prescrição do artigo 87 da NLOM peruana.

REFERENCIAS

ALFARO LIMAYA, Javier. **Manual de gestión municipal**. 2. ed. atual. Lima: FECAT, 1997. 596 p.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 170 p.

ALZAMORA VALDEZ, Mario. **Derecho Municipal**. Lima: EDDILI, 1985. 400 p.

ANTUNES, Fernando. **Do município Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria Americana, 1926. 215 p.

ARENDT, Hanna. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. 352 p.

ARIAS SOLIS, Andrés A. **Aylluismo (Doctrina de los Ayllus) Instrumento de Justicia, Progreso y Bienestar**. V. I. Lima: Yauyos, 1978. 113 p.

ASSIES, Willem; VAN DES HAAR, Gemma; HOECKCMA, A. J. **El reto de la diversidad: pueblos indígenas y reforma del estado en América Latina**. Michoacán: Colegio de Michoacán A.C., 1999. 558 p.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O Direito Público em Tempos de Crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 252 p. p. 99-127.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 138 p.

ÁVILA, Marta Marques. **O município frente ao federalismo na Argentina e no Brasil**. 2005. 123 f. – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: José Bushatski, 1980. 248 p.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 95 p.

BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na Constituição**. [São Leopoldo]: Editora UNISINOS, 2005. 214 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. 499 p.

_____. **Curso de teoria do estado e de ciências políticas**. São Paulo: Saraiva, 1986. 161 p.

BAUDIN, Louis. **El imperio socialista de los incas**. 8. ed. Madrid: RODAS, 1978. 588 p.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. **La Constitución de 1993**: análisis comparado. Com a colaboração de Alberto Otárola Peñaranda. Lima: ICS, 1996. 758 p.

BIELSA, Rafael. **Los Conceptos Jurídicos y su Terminología**. 3. ed. Buenos Aires: DEPALMA, 1993. 315 p.

_____. **Principios de Régimen Municipal**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1962. 399 p.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6. ed. rev. ampl.. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. 529 p.

CALOGERAS, Pandiá. **Formação histórica do Brasil**. 7. ed. São Paulo: Nacional, 1967. 388 p.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. 311 p.

CARPIZO, Jorge. **Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina**. 2 ed. Lima: IDEMSA, 2008. 263 p.

CARVALHO, Orlando M. **Política do município**: ensaio histórico. Rio de Janeiro: AGIR, 1946. 166 p.

CASTRO, José Nilo de. **Morte ou ressurreição dos Municípios?** Estudo da autonomia municipal no Brasil e na França. Rio de Janeiro: Forense, 1985. 286 p.

CASTRO-POZO DÍAZ, Hildebrando. **Ley orgánica de Municipalidades**. Lima: RAO, 2003. 862 p.

CIVIS URBANUS. *In*: GUTIÉRREZ-ALVIZ, Faustino. **Diccionario de Derecho Romano**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1948. 637 p. p. 95.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 7. ed. ed. rev. atual. com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 933 p.

COMISIÓN DE DESCENTRALIZACION. **Acta de Sesión N° 9**. Lima: Congreso de la República del Peru, 1998. Disponível em: <<http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1998/descentralizacion/Acta9.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2009.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Traduzido de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: HEMUS, 1975. 310 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 312 p.

_____. **O futuro do Estado**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. 198 p.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 687 p.

DÁVILA PUÑO, Julio. **Perú**: gobiernos locales y pueblos indígenas. Lima: IWGIA, 2005, 176 p.

DE CASTRO NUNES, José. Do **Estado Federado e sua Organização Municipal**: (Historia, Doutrina, Jurisprudência, Direito Comparado). Rio de Janeiro: Leite Ribeiro & Maurillo, 1920. 575 p.

DE ESTEBAN, Jorge; GONZÁLES-TREVIJANO, Pedro J. **Curso de Derecho Constitucional Español**. Madrid: Universidad Complutense, 1994. 3 v.

DE LIRA TAVARES, Ana Lucía; LACOMBE CAMARGO, Margarida Maria, CAVALCANTI MAIA, Antonio (Org.). **Direito público romano e política**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 204 p.

DE TRAZEGNIES, Fernando. **La idea de Derecho en el Perú Republicano del Siglo XX**. 2. ed. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992.

DECLAREUIL, J. **Roma y la organización del Derecho**. 2 ed. Traduzido por José López Pérez. México: Editorial Hispano Americana, 1958. 311 p.

DESCENTRALIZAÇÃO E CENTRALIZAÇÃO. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução: Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. 5. ed. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004. 2 v. v. 1 p. 329-335.

DORIA, Og Roberto. **Município o poder local**. São Paulo: Scritta. 1992. 88 p.

DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. Lima: Gaceta Jurídica, 2005. 2 v. v.1.

DUGUIT, León. **El pragmatismo jurídico**. Madrid: Francisco Beltrán, 1923. 116 p.

_____. **La Transformación del Estado**. Segunda Edición Española, Extranjera corregida y aumentada con un prefacio del autor Francisco Beltrán. Madrid: Francisco Beltrán. 367 p.

ENGISCH, Karl. **La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales**. Granada: Comares, 2004. 457 p.

_____. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 7. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. 393 p.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional Español. **Sentencia 1981-0032**. Madrid, 2006. Disponível em: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1981-0032>. Acesso em: 22 jan. 2009.

ESPAÑA Tribunal Constitucional Español. **Sentencia 2006-0240**. Madrid, 2006. Disponível em: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2006-0240>. Acesso em: 22 jan. 2009.

ESPINOZA SORIANO, Waldemar. **Los Incas: economía, sociedad y estado en la era del Tahuantinsuyo**. 3. ed. Lima: AMARU, 1997. 507 p.

FEDERALISMO. *In*: BOBBIO, Norberto; METTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 2 v. 5. ed. Tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, Joao Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. São Paulo: Editora UnB, 2004. 2 v. v. 1 p. 475-486.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário de língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004. 2119 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 371 p.

_____. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1. 281 p.

FONTES, José. **Teoria geral do estado e do direito**. Lisboa: Coimbra, 2006. 307 p.

GARCIA ROCA, Javier. El Tribunal Constitucional como Tribunal de Conflictos: Los Conflictos Constitucionales. *In*: CASTAÑEDA OTSU, Susana (Coord.). **Derecho Procesal Constitucional**. Lima: Jurista Editores, 2003. 561 p. p. 201-268.

GARCIA, Rodolfo. **Ensaio sobre a História Política e administrativa do Brasil (1500-1810)**. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1975. 168 p.

GEWEHR, Amalia da Silveira. **A autonomia Municipal na Federação Brasileira**. Porto Alegre: PGM, 2008. Disponível em : < <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/> >. Acesso em: 20 jan. 2009

GODOS RÁZURI, Victor. **Derecho Municipal**. Lima: IDEMSA, 2002. 370 p.

HÄBERLE, Peter. **El estado Constitucional**. Traduzido por Héctor Fiz-Fierro. Lima: Editora PUCP, 2003. 510 p.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia – Síntese de um Milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 551 p.

HORTA, Raul Machado. **Repartição de competências na Constituição Federal de 1988**. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1991. V. 315, p. 55-66.

_____. Estado Federal e Estados Descentralizados. As diferenças e semelhanças entre o estado federal e o estado autonômico (Espanha) ou regional (Itália). **Revista de Direito Comparado**., Faculdade de Direito da UFMG, 1999. V. 3, p. 105-118.

_____. **Direito Constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 725 p.

KELSEN, Hans. **Teoría General del Estado**. Traduzido por Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934. 544 p.

LUMBRERAS, Luis Guillermo. **Historia del Perú**. V. II. Perú Antiguo. Lima: Editorial Juan Mejía Baca, 1980. 335 p.

MACDONALD, Austin F. **Gobierno y administración municipal: La experiencia de los Estados Unidos**. México: Fondo de Cultura Económica, 1959. 684 p.

MADDICK, Henry. **Democracia, descentralização e desenvolvimento**. Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1966. 280 p.

MARIATEGUI, José Carlos. **7 ensayos de interpretación de la realidad peruana**. 2. ed. Lima: Amauta, 1943. 305 p.

MARTÍ, José Luis. **La República Deliberativa: Una teoría de la Democracia**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2006. 359 p.

MARTORANO, Dante. **Direito Municipal**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1985. 247 p.

MAURER, Harmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Tradução de Dr. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. 168 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Malheiro, 1997. 658 p.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. 1364 p.

MERINO, Ángel. Gestionar las ciudades desde la participación: El presupuesto participativo. La experiencia de Porto Alegre (Brasil). *In*: FISCHER, Nilton Bueno; MOLL, Jaqueline (org.). **Por uma nova esfera pública: a experiência do orçamento participativo**. Rio de Janeiro: Vozes, 2000. 168 p. p. 103-124.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Lisboa: Coimbra Editora, 2002. 793 p.

MOREIRA, Maria Tarquínia Vieira. **Breves anotações à Constituição de 1988**. São Paulo. Atlas, 1990. 638 p.

MOUSKHELI, M. **Teoría Jurídica del Estado Federal**. Traduzido do Francês por Armando Lázaro y Ros. Madrid: Editora Nacional.

NERY FERRARI, Regina M. Macedo. **O Estado Federal: Estruturas e características**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política., São Paulo, rev. dos Tribunais, 1993. v.2, p. 88-102.

NOGUEIRA, Geraldo Ataliba. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. 216 p.

_____. **Regime Constitucional e Leis Nacionais e Federais.** Revista de Direito Público, ano XIII. Janeiro/junho. Nos. 53-54. Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 68-79.

NUÑEZ BORJA, Humberto. **La Institución Municipal.** Arequipa: Editorial Universitaria Arequipa, 1961. 99 p.

OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes de. **Subsidiariedade e administração Municipal.** Porto Alegre: PGM, 2007. Disponível em: <<http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/>>. Acesso em: 20 jan. 2009.

OSSIO A., Juan M. **Los indios del Perú.** 2. ed. Lima: Editora Abya Yala, 1995. 304 p.

PEGORARO, Lucio, RINELLA, Angelo. **Las Fuentes en el Derecho Comparado: Con Especial Referencia al Ordenamiento Constitucional.** Traduzido por Marta León, Daniel Berzosa y Jhoana Delgado. Lima: Grijley E.I.R.L., 2003. 188 p.

_____. **Introducción al Derecho Público Comparado.** Traduzido por de César Astudillo. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2006. 141 p.

PERU. Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 014-2002-AI/TC. Lima, 2003. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>>. Acesso em: 28 jan. 2009.

PERU. Sentencia do Tribunal Constitucional Peruano. Expedientes N° 00020-2005-PI/TC y 0020-2005-PI/TC (Acumulados). Lima, 2005a. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00020-2005-AI%2000021-2005-AI.html>>. Acesso em: 13 fev. 2009.

PERU. Sentencia do Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 0002-2005-PI/TC. Lima, 2005b. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/0002-2005-AI.html>>. Acesso em: 13 fev. 2009.

PERU. Tribunal Constitucional Peruano. Expedientes N° 00050-2004-PI/TC y 00051-2004-PI/TC (Acumulados). Lima, 2005c. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.html>>. Acesso em: 14 fev. 2009.

PERU. Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional. Lima, 2005**d**. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00042-2004-AI.html>> Acesso em 14 fev. 2009.

PERU. Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 04677-2004-PA/TC. Lima, 2005**e**. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04677-2004-AA.html>> Acesso em 14 fev. 2009.

PERU. Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 6976-2006-PHC/TC. Lima, 2005**f**. Disponível em: <<http://gaceta.tc.gob.pe/jurisprudencia-sentencias.shtml?x=2143>> Acesso em 14 fev. 2009.

PERU. Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 00013-2003-CC/TC. Lima, 2004**f**. Disponível em: <<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00013-2003-CC.html>> Acesso em 14 fev. 2009.

PERU. Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 00033-2005-PI/TC. Lima, 2006**a**. Disponível em: <<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00033-2005-AI.html>> Acesso em 14 fev. 2009.

PERU. Sentencia do Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 0046-2004-PI/TC. Lima, 2006**b**. Disponível em: < <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00046-2004-AI.html> >. Acesso em: 15 fev. 2009.

PERU. Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 02002-2006-CC/TC. Lima, 2006**c**. Disponível em: <<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02002-2006-AC.html>> Acesso em 14 fev..2009.

PERU. Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 0005-2006-PI/TC. Lima, 2007**a**. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00005-2006-AI/TC.html>> Acesso em 14 fev. 2009.

PERU. Sentencia do Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 00007-2006-PI/TC. Lima, 2007**b**. Disponível em: < <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2006-AI.html> >. Acesso em: 15 fev. 2009.

PERU. Congreso da República do Peru. Ley de Indias. Lima, 2009. Disponível em: <<http://www.congreso.gob.pe/ntley/LeyIndiaP.htm>>. Acesso em: 28 jan. 2009.

PIZZORUSSO, Alessandro. **Justicia, Constitución y Pluralismo**. Lima: Palestra, 2005. 287 p.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Federalismo, descentralização e subsidiariedade. *In* SOUZA JÚNIOR, César Saldanha; ÁVILA, Marta Marques (org.). **Direito do Estado: Estudos sobre o Federalismo**. Porto Alegre: Editora Dora Luzzatto, 2007. 366p. p. 39-64.

_____. **O federalismo numa visão tridimensional do direito**. 2008. 137 f. – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

RUIZ ELDREDGE, Alberto. **La Constitución Comentada – 1979**. Lima: Atlántida S.A., 1980. 359 P.

SALGADO, Plinio. **Como nasceram as cidades do Brasil**. 5. ed. São Paulo: Editora Voz do Oeste, 1978. 195 p.

SANTANA, Jair Eduardo. **Competências Legislativas Municipais**. 2. ed. rev., atual. e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey. 1998. 212 p.

SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos. **Democracia e governo local: dilemas e reforma municipal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, FASE, 2001. 248 p.

SCHAUER, Frederick. **Las Reglas en Juego – Un examen Filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el derecho y en la vida cotidiana**. Traduzido por Claudia Orunesu y Jorge L. Rodríguez. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004. 311 p. Título Original: *Playing by the rules – A philosophical examination of rule-based decision-making in law and life*.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1992. 377 p.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966. 424 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. 900 p.

SILVA GALDAMES, Osvaldo. **Civilizaciones prehispánicas de América**. 8. ed. México: Editorial Universitaria, 2006. 204 p.

SOMMA, Alessandro. **Introducción Crítica al Derecho Comparado**. Traduzido por Carlos Agurto Gonzáles, Paúl Abanto Marino, Sintia Pandora Allca, Humberto Campodónico Macazana, Franklin Sierra Vásquez. Lima: ARA Editores, 2006. 260 p.

SOUZA JÚNIOR, César Saldanha. Estudo Introdutório: Em torno do sentido do federalismo. *In*: SOUZA JÚNIOR, César Saldanha; ÁVILA, Marta Marques (org.). *Direito do Estado: Estudos sobre o Federalismo*. Porto Alegre: Editora Dora Luzzatto, 2007. 366p. p. 9-38.

_____. **Autonomia Municipal e Subsidiariedade: Competência Constitucional do Município**. Porto Alegre: PGM, 2007. Disponível em: <<http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/>>. Acesso em: 20 jan. 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Regime Constitucional do Município. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, 1990. N. 34, 230 p. p.-45-70.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. 785 p.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 20. ed. Revista e atualizada de acordo com a EC 45/2004. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 228 p.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 298 p.

VERGARA, Teresa. **Incanato y Conquista del Tahuantinsuyo: El Mundo de los Incas**. Lima: Editora Lexus, 1961. 130 p.

VIDAL PERDOMO, Jaime. **Derecho Administrativo**. 11. ed. Colombia: Editorial TEMIS S.A. 1997. 320 p.

VILLASANTE, Tomás. Porto Alegre en comparación con sus retos. La experiencia de Porto Alegre (Brasil). *In*: FISCHER, Nilton Bueno; MOLL, Jaqueline (org.). **Por uma nova esfera**

pública: a experiência do orçamento participativo. Rio de Janeiro: Vozes, 2000. 168 p. p. 125-142.

WHITAKER, Chico. **O que é vereador**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1992. 84 p.

ZENHA, E. **O Município no Brasil (1532 – 1700)**. São Paulo: Instituto Progresso Editorial, 1948. 172 p.

ZUCCHERINO, Ricardo Miguel; MORENO RITHNER, María Josefina. **Derecho Municipal Argentino y Comparado**. Buenos Aires. La Ley, 2006. 409 p.