



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

*Diretoria de Controle Externo dos Municípios
2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios*

Processo n.: 1.171.056
Natureza: Representação
Relator: Conselheiro Agostinho Patrus
Órgão/ Entidade: Município de Raposos
Autuação: 3/7/2024
Ano Ref.: 2024

Análise Inicial

I – Relatório

Trata-se de Representação formulada pelo Ministério Público de Contas, em face de supostas irregularidades no sistema de cabeamento elétrico do Município de Raposos.

O Representante alega, em síntese, que a exposição da fiação elétrica através de postes aéreos causa poluição visual no município, perigo à segurança dos cidadãos e traz impacto negativo na preservação e promoção do meio ambiente.

Devidamente autuados como Representação, os autos foram distribuídos à relatoria do Conselheiro Agostinho Patrus (peça n. 7), o qual determinou o encaminhamento a esta 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios para exame dos fatos narrados.

II – Fatos e Fundamentos

II.1 – Exposição da fiação elétrica de forma suspensa sobre postes causa poluição visual, perigo à segurança dos cidadãos e impacto negativo na preservação e promoção do meio ambiente

a) Alegações do representante

A presente representação foi deflagrada em razão da constatação, pelo órgão ministerial de contas, de que a estrutura de cabeamento elétrico adotada pelo Município de Raposos – e pela quase totalidade do território nacional – traz consigo diversos ônus à segurança dos munícipes e, em especial, ao meio ambiente.

Na inicial, o *Parquet* sustenta “que a presença em larga escala de cabeamento elétrico aéreo nos centros urbanos vai de encontro com o visado desenvolvimento sustentável, em razão de seus impactos ambientais negativos”. Também adverte que o cabeamento aéreo possui maior exposição a fatores externos, como desastres naturais, contato com arborização e animais, bem como a impactos decorrentes da própria ação humana, podendo prejudicar a segurança da população, interferir na saúde pública e comprometer o bem-estar das comunidades urbanas, além de prejudicar a paisagem urbana e afetar a qualidade estética do meio ambiente.

Ao final, requer o seguinte:

- a) o recebimento e processamento da presente Representação;
- b) a citação do Município representado, no endereço acima indicado ou no cadastrado na base de dados da Receita Federal, a fim de que, caso queira, defenda-se quanto aos fatos tratados nesta Representação;
- c) a determinação, ao Município de Raposos (Poder Executivo), para que realize inspeção em todo o sistema de transmissão com autuação de empresas responsáveis pela fiação, a fim de que providenciem a retirada de fios em desuso e excedentes;

d) a determinação, ao Município de Raposos (Poder Executivo), para que apresente plano de remoção dos fios aéreos e implantação do sistema subterrâneo, no prazo a ser fixado pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais;

e) a determinação, ao Município de Raposos (Poder Executivo), para que condicione a expedição de licença ambiental somente para aqueles projetos de ampliação ou substituição de rede elétrica que objetivem instalar o sistema subterrâneo.

Delimitados os contornos sobre os quais o presente feito controverte, passa-se, agora, à análise técnica da Representação.

b) Análise técnica

b.1) Da competência legislativa para tratar da matéria

O dever de proteção e promoção do meio ambiente detém índole constitucional e impõe ao Poder Público diversas obrigações com vistas a garantir esse direito fundamental. Naturalmente, a matéria também recai sobre a competência municipal, consoante dispõe o art. 30, incisos I, II e VIII da CRFB/88, *in verbis*:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

(...)

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

Nesse sentido, o STF¹ já decidiu que políticas de controle da poluição ambiental é matéria que se insere na esfera de competência legislativa dos municípios, observado o interesse local e desde que as medidas não transgridam nem conflitem com o âmbito de atuação que a Constituição atribuiu à União e aos Estados-membros.

Considerando todo esse arcabouço constitucional e jurisprudencial, o Ilustre *Parquet* fundamenta a legitimidade passiva e, por conseguinte, a competência municipal para a resolução da questão com base, especialmente, no art. 30, VIII, da Constituição da República, bem como nos arts. 182 e 23, VI, *in verbis*:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

¹ STF. Plenário.RE 194704/MG, rel. orig. Min. Carlos Velloso, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgado em 29/6/2017 (Info 870).

Acontece que, embora o município detenha competência para atuar no sentido de proteger o meio ambiente e ordenar a ocupação de seu solo, a matéria em debate possui interlocução direta com a competência da União para legislar sobre energia elétrica.

Ao analisar o conteúdo de cada competência e definir as entidades federadas que podem exercer as respectivas atribuições, o constituinte realiza a distribuição de tarefas de acordo com critérios lógicos, à luz de determinados princípios.

Na CRFB/88 há a aplicação de, pelo menos, dois critérios lógicos de distribuição de competências entre os entes da Federação, quais sejam, a predominância do interesse e a necessidade de conferir tratamento uniforme à matéria em todo o território nacional.

Considerando esses critérios, o art. 21, XII, da CRFB/88 atribui competência material exclusiva à União para explorar os serviços de energia elétrica e o art. 22, IV, dispõe ser competência legislativa privativa da União para tratar de energia.

Outrossim, o art. 175 da CR/88, analisado em conjunto com os dispositivos legais supramencionados, atribui à União a competência para legislar sobre a adequada manutenção dos serviços e instalações de energia elétrica explorados mediante concessão. Veja-se:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Nessa toada, a competência municipal para promover a ordenação do solo, prevista no art. 30, VIII, da Carta Magna, no que se refere à disposição da rede elétrica, acaba por esbarrar na competência da União para legislar sobre energia e explorar o respectivo serviço.

O embate entre essas duas esferas de atribuição já ensejou a intervenção do Poder Judiciário, de modo que o STF teve a oportunidade de se debruçar sobre a contenda em algumas ocasiões.

Na ADI 4925/SP², por exemplo, a Corte entendeu inconstitucional lei estadual que determinava que os postes de sustentação à rede elétrica que estivessem causando transtornos ou impedimentos aos proprietários de terrenos fossem removidos, sem qualquer ônus para os interessados. Isso porque essa lei tratava sobre energia elétrica, matéria de competência privativa da União (art. 22, IV, da CF/88), além de interferir nos termos da relação contratual estabelecida entre o poder federal e as concessionárias que exploram o serviço de fornecimento de energia elétrica no Estado-membro.

Em outra assentada, a Light – Serviços de Eletricidade S/A, concessionária de energia elétrica no Estado do Rio de Janeiro, ajuizou no STF Ação Cautelar (AC 3420), com pedido de liminar, requerendo efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 764029), no qual questionava decisão do Tribunal de Justiça fluminense (TJ-RJ) que impôs a transferência para

² STF. Plenário. ADI 4925/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 12/2/2015 (Info 774).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

*Diretoria de Controle Externo dos Municípios
2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios*

a rede subterrânea de toda fiação aérea do município do Rio de Janeiro. A Ilma. Ministra Cármen Lúcia, na ocasião, concedeu a liminar pleiteada, consignando que o STF assentou a impossibilidade de interferência dos entes da federação nas relações jurídico-contratuais estabelecidas entre a União e as empresas concessionárias, especificamente no que se refere a alterações das condições do contrato de concessão de serviço público federal por lei local. Na avaliação da magistrada, o legislador municipal interferiu no contrato celebrado entre a União e a Light. Na decisão, consignou-se que:

Portanto, para efeito de liminar, tem-se como plausível que o legislador municipal tenha interferido nas condições estabelecidas entre a União Federal e a concessionária de serviço público, alterando o equilíbrio econômico e financeiro do contrato administrativo, em contrariedade ao artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República, o que impõe exame aprofundado e prioritário da matéria.

Em outros precedentes análogos, o STF manteve o entendimento pela inconstitucionalidade de leis locais que interferiram nas relações jurídico-contratuais entre poder concedente e concessionárias. Confira-se:

Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a expressão "energia elétrica", contida no caput do art. 1º da Lei nº 11.260/2002 do Estado de São Paulo, que proíbe o corte de energia elétrica, água e gás canalizado por falta de pagamento, sem prévia comunicação ao usuário. 2. Este Supremo Tribunal Federal possui firme entendimento no sentido da impossibilidade de interferência do Estado-membro nas relações jurídico-contratuais entre Poder concedente federal e as empresas concessionárias, especificamente no que tange a alterações das condições estipuladas em contrato de concessão de serviços públicos, sob regime federal, mediante a edição de leis estaduais. Precedentes. 3. Violação aos arts. 21, XII, b, 22, IV, e 175, caput e parágrafo único, incisos I, 11 e III da Constituição Federal. Inconstitucionalidade. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 3729, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 17/09/2007, Publicação em 09/11/2007).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. INTERNET. COBRANÇA DE TAXA PARA O SEGUNDO PONTO DE ACESSO. ART. 21, INC. XI, E 22, INC. IV; DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TELECOMUNICAÇÕES. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI DISTRITAL N. 4.116/2008. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Lei distrital n. 4.116/2008 proíbe as empresas de telecomunicações de cobrarem taxas para a instalação do segundo ponto de acesso à internet. 2. O art. 21, inc. IX, da Constituição da República estabelece que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, enquanto o art. 22, inc. IV, da Constituição da República dispõe ser da competência privativa da União legislar sobre telecomunicações. 3. Ainda que ao argumento de defesa do consumidor, não pode lei distrital impor a uma concessionária federal novas obrigações não antes previstas no contrato por ela firmado com a União. Precedentes. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 4083, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 25/11/2010, Publicação em 14/12/2010).

Assim, ao interferir nas relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o Poder concedente federal e as empresas concessionárias do serviço de energia elétrica, eventual lei



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

*Diretoria de Controle Externo dos Municípios
2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios*

municipal que trate sobre a matéria extrapola os limites do disposto nos incisos I, II e VIII do artigo 30 da Lei Maior e invade a competência da União para legislar sobre energia elétrica (artigos 21, inciso XII, alínea "b"; e 22, inciso IV).

Portanto, considerando a indissociabilidade entre a proteção ambiental e a definição da forma de disposição da estrutura da rede elétrica, esta Coordenadoria, à luz do critério da predominância do interesse para a aferição da competência legislativa acerca da matéria, entende que o município é incompetente para legislar a respeito da fiação subterrânea, tendo que vista que os impactos da medida assumem caráter transversal e não apenas local.

Nesse sentido, inclusive, foi a decisão proferida por este Tribunal no *leading case* (Processos n. 1.170.925 e 1.170.943) julgado na sessão da 1ª Câmara do dia 15/10/2024, conforme trecho abaixo colacionado:

Dado o caráter indissociável entre a existência da rede elétrica e de telecomunicações, em sua forma aérea ou subterrânea, e seus impactos ambientais, entendo, em consonância com a Unidade Técnica, que não é possível aos municípios normatizarem de maneira impositiva a forma de instalação, substituição, ampliação e manutenção da rede, sem que seja extrapolada a esfera de competência exclusiva da União para legislar sobre o tema, nos termos dos supracitados arts. 21, XII, e art. 22, IV da CR/88.

Ante o exposto, a Unidade Técnica conclui que não cabe a esta Corte de Contas impor ao ente municipal a edição de ato normativo sobre o tema, sobretudo no que se refere à instituição de condicionantes ao licenciamento ambiental de empreendimentos elétricos.

b.2) Da capacidade institucional das agências reguladoras e da discricionariedade administrativa na forma de prestação do serviço em questão

Noutro giro, a discussão ventilada pelo Ministério Público de Contas nos autos tem como objetivo demonstrar a necessidade de realização de política pública por parte do município, no sentido de mitigar a poluição visual que o cabeamento suspenso de energia elétrica causa e proteger a comunidade local e os animais de eventuais riscos inerentes ao modelo de prestação de serviço atual. Nesse sentido, propõe que a municipalidade promova o cabeamento de forma subterrânea, o denominado “enterramento da rede elétrica”.

Assim, como ponto de partida, no entender desta Unidade Técnica, o enfrentamento da matéria perpassa pela análise de dois planos: inicialmente, pelo reconhecimento da capacidade institucional das agências reguladoras de delimitar os contornos normativos sobre a questão, com o consequente dever de deferência e autolimitação pelos demais poderes; na sequência, pela aferição da discricionariedade administrativa municipal diante da regulamentação do tema.

Em um primeiro aspecto, a questão posta envolve a compreensão acerca do exercício do poder normativo das agências reguladoras, que, dotadas de capacidade institucional e baseadas em conhecimentos técnicos específicos, detêm competência para editar atos normativos relacionados ao respectivo objeto de regulação.

Segundo ensina Luís Roberto Barroso³, a noção de capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria, de modo que temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade

³ BARROSO, Roberto. O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

podem não ter no juiz de direito (ou, no caso, no próprio controle externo) o “árbitro” mais qualificado para a solução da controvérsia, em razão da falta de informações ou conhecimento específico.

Nessa tônica, como corolário dessa capacidade institucional e da competência normativa atribuída às Agências Reguladoras, a Resolução n. 1.000/2021 da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) traz como uma mera possibilidade - e não como imposição - a realização de obras para implantação de rede subterrânea, nos seguintes termos:

Art. 110. O consumidor, demais usuários e outros interessados, incluindo a Administração Pública Direta ou Indireta, são responsáveis pelo custeio das seguintes obras realizadas a seu pedido:

(...)

V - obras adicionais para implantação de rede subterrânea em relação ao padrão técnico da distribuidora para o local, nos casos de conexão nova;

VI - conversão de rede aérea existente em rede subterrânea, incluindo as adaptações necessárias nas instalações afetadas;

Em outro dispositivo, a sobredita Resolução também estabelece competir ao município a escolha pela instalação e conexão dos ativos de iluminação pública, com as seguintes possibilidades:

Art. 452. Compete ao poder público municipal decidir pela forma de instalação e conexão dos ativos de iluminação pública, a exemplo de:

I - instalação em postes e estruturas da distribuidora local, com conexão na rede de distribuição aérea de tensão menor que 2,3 kV; ou

II - instalação por meio de circuito exclusivo, em postes da distribuidora local ou ativos próprios.

Assim, considerando o feixe de competências normativas atribuído à Agência, denota-se, pela mera leitura dos dispositivos, que o próprio órgão dotado de expertise técnica no assunto não veda ou traz quaisquer impedimentos para a instalação de postes e transmissão suspensa da energia elétrica. Inclusive, dados da área demonstram que essa forma de transmissão energética é a mais comum adotada pela maioria dos municípios do país, sendo que a fiação subterrânea corresponde a aproximadamente 1% da malha elétrica⁴.

Trazendo esses aspectos para o campo jurídico, cumpre destacar que, no âmbito do Poder Judiciário, o reconhecimento da capacidade institucional das agências reguladoras tem ocasionado um reconhecimento da autolimitação jurisdicional (*judicial self-restraint*), de modo a impedir uma indevida interferência em matérias específicas onde não se detém expertise técnica suficiente.

Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁵ já suscitou a doutrina *Chenery*⁶, segundo a qual o Judiciário não pode anular um ato adotado pela Administração sob o argumento de que ele não se valeu de metodologia técnica. Isso porque, “em temas envolvendo questões técnicas e complexas, os Tribunais não gozam de expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos ou não”.

⁴ NAKAGUISHI, M. I., HERMES, P. D., 2011. Estudo comparativo técnico/financeiro para implantação de redes de distribuição subterrâneas. Disponível em: <https://www.eletrica.ufpr.br/p/arquivostccs/199.pdf>

⁵ STJ, CE, AgInt no AgInt na SLS 2.240-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, d.j. 7/6/17 - Info 605.

⁶ Provém de decisão da Supreme Court de 1943 no caso SEC versus *Chenery Corp.*

Em outro caso, o STJ⁷ entendeu que ao Judiciário não cabe se imiscuir na decisão administrativa da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) acerca da realocação de *slots* e *botrans* (horários de transporte), serviço prestado por empresa aérea em recuperação judicial, a ponto de impor a observação absoluta do princípio da preservação da empresa, quando inexistirem vícios objetivos na decisão, mesmo em prejuízos à concorrência do setor e aos usuários do serviço público concedido.

O Supremo Tribunal Federal (STF), por sua vez, já adotou a doutrina *Chevron* (*Chevron deference*)⁸, segundo a qual ao juiz cabe inicialmente verificar se a lei é clara quanto ao assunto em discussão. Se a lei é clara, é dever do juiz aplicá-la. Caso contrário, dá-se um segundo passo: não caberá aos tribunais fornecerem a solução para aquela vagueza, mas sim apenas verificar se a solução posta pela agência é razoável. No caso concreto, o STF pontuou:

Definidos na legislação de regência as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (*Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council*). (STF, ADI 4874/DF. Rel., Min. Rosa Weber. J. 01/02/2018) (g. n.)

Embora sejam discussões que envolvam, predominantemente, um embate entre a atuação jurisdicional e a administrativa, os postulados da deferência e da autolimitação também podem ser importados para o exercício do controle externo, através do que doutrina⁹ aponta como “*self restraint* de contas”, no sentido de que cabe às Cortes de Contas reconhecer as limitações institucionais no escopo de suas competências e privilegiar uma postura de autocontenção e deferência às escolhas públicas.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso¹⁰, mais uma vez, esclarece o seguinte:

(...) deve-se cuidar para que juízes e tribunais não se transformem em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação, exorbitando de suas capacidades institucionais e limitando impropriamente o debate público. Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor a eles sua própria valoração política.

Dessa forma, como consectário lógico dos deveres de deferência e autocontenção, a opção pela realização do enterramento da fiação elétrica se apresenta como uma política pública que se

⁷ STJ, 2ª T, REsp 1287461/SP, Rel. Min. Og Fernandes, dj. 21/06/22, info 745.

⁸ Cunha da no precedente *Chevron U.S.A. Inc versus Natural Resources Defense Council*, julgado pela SCOTUS em 1984.

⁹ CABRAL, Flávio; SARAI, Leandro; IWAKURA, Cristiane. Tribunal de Contas da União (TCU) e as Agências Reguladoras: limites e excessos da accountability horizontal.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Disponível em

http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

*Diretoria de Controle Externo dos Municípios
2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios*

insere na órbita da discricionariedade administrativa, tendo em vista que cabe ao gestor público, dentro da margem de liberdade conferida pela legislação pertinente, eleger um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis ao caso concreto, quais sejam, a fiação suspensa ou subterrânea.

Tradicionalmente, sabe-se que a criação e a execução de políticas públicas pelos entes federados são entendidas como matérias adstritas ao poder discricionário da Administração, cuja ingerência externa resta, em regra, obstaculizada pelo princípio da Separação dos Poderes. Nesse sentido, cabe aos próprios agentes administrativos elegerem, dentre as várias políticas públicas necessárias e aclamadas pela sociedade, a que melhor atende ao interesse público no período de gestão governamental, tendo em vista que os recursos públicos são limitados e as necessidades sociais são inúmeras.

No âmbito da jurisprudência afeta ao controle externo, o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro já enfrentou controvérsia que, embora não seja idêntica, tangencia o escopo tratado no presente feito e enaltece a importância da deferência à discricionariedade administrativa em termos de políticas públicas. Na Representação n. 106.906-3/22, a Eminente Conselheira Marianna Montebello Willeman se pronunciou no seguinte sentido:

REPRESENTAÇÃO FORMULADA PELA SECRETARIA GERAL DE CONTROLE EXTERNO DESTA TRIBUNAL. IMPUGNAÇÃO DO EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 002/2022, TENDO POR OBJETO A CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO PARA FINS DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA, GESTÃO, OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO DO COMPLEXO MARACANÃ, COM PRAZO PREVISTO DE 20 (VINTE) ANOS PARA A CONCESSÃO. (...). POSTURA DE AUTOCONTENÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DIANTE DE CIRCUNSTÂNCIAS QUE TANGENCIAM ESCOLHAS ADMINISTRATIVAS DISCRICIONÁRIAS. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO GESTOR PÚBLICO, QUE RESPONDE POLÍTICA E JURIDICAMENTE POR SUAS DECISÕES. (...) Conforme já mencionei em outras oportunidades, entendo que este Tribunal deve ser muito cauteloso na análise de opções políticas, sob pena de invadir o mérito administrativo e imiscuir-se em avaliações de conveniência e oportunidade que devem recair sobre o agente público competente, eleito democraticamente para essa finalidade. Sem dúvidas, há hipóteses em que a violação ao interesse público é cristalina, dando azo à necessária intervenção das esferas de controle. Nas zonas de penumbra, porém, entendo que as escolhas administrativas discricionárias merecem a deferência desta Corte de Contas.

Dessa forma, não cabe a esta Corte interferir na decisão administrativa relacionada à matéria, cabendo-lhe agir com deferência às escolhas públicas, de forma a reconhecer a legitimidade e a expertise da Administração Pública na tomada de decisões de sua alçada.

b.3) Das repercussões financeiras e econômicas da medida pleiteada

Para além da abordagem do tema sob os enfoques aventados acima, a questão em apreço também assume contornos econômicos e financeiros importantes.

Como se sabe, a efetivação de direitos fundamentais, como é o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, exige significativo dispêndio de recursos públicos, que são escassos diante das necessidades humanas ilimitadas.

Nesse sentido, a doutrina destaca que o Direito, ao estabelecer as regras de conduta que regem as relações, deverá considerar os impactos econômicos que serão resultados dessas

transações, tais como a distribuição ou alocação de recursos e os incentivos que influenciam determinado comportamento dos agentes econômicos.

No caso em tela, as repercussões financeiras e orçamentárias de eventual imposição de alteração da forma de distribuição de energia elétrica são significativas, especialmente quando se leva em consideração municípios de pequeno e médio porte.

Isso porque a própria Resolução Normativa Aneel n. 1.000/2021 possui redação muito clara quanto ao custeio de redes que fujam ao padrão da concessionária, dispondo expressamente que a adoção de redes subterrâneas de distribuição de energia elétrica será custeada pelos interessados, incluindo-se o próprio poder público solicitante das obras. Veja-se:

Art. 110. O consumidor, demais usuários e outros interessados, incluindo a Administração Pública Direta ou Indireta, são responsáveis pelo custeio das seguintes obras **realizadas a seu pedido**:

(...)

VI - conversão de rede aérea existente em rede subterrânea, incluindo as adaptações necessárias nas instalações afetadas;

Na peça inicial da Representação, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas sugere que a mudança da estrutura de cabeamento seja custeada pelo próprio município, razão pela qual a questão assume contornos que merecem ponderação a nível de planejamento financeiro e governamental.

Nesse contexto, a título exemplificativo, é imprescindível sublinhar que, recentemente, em novembro de 2023, a cidade de São Paulo passou por intensas chuvas e diversos prejuízos causados por quedas de árvores, que repercutiram diretamente no rompimento do fornecimento de energia elétrica. Diante do caos que se instaurou na capital paulista, os debates sobre o enterramento da fiação ganharam eco e passaram a ser discutidos publicamente em diversas instâncias institucionais.

Nada obstante, mesmo em se considerando o elevado porte econômico e a qualificada estrutura municipal, a conclusão de especialistas na questão foi a de que a alteração do modelo aéreo para o subterrâneo demandaria investimentos bilionários, tornando a medida pouco eficaz quando sopesada com os obstáculos práticos à sua efetivação.

Na ocasião, Nivalde de Castro, professor do Instituto de Economia da UFRJ, ponderou que o custo para instalar redes subterrâneas é cerca de 10 vezes maior do que o custo de instalação das aéreas, já que o empreendimento exige despesas com obras que envolvem abertura de valas, construção de poços de inspeção e recomposição de calçadas, bem como um cabeamento mais caro, tendo em vista que ele deve ser revestido e impermeável¹¹.

A própria Aneel, naquela circunstância, advertiu que “as redes subterrâneas são uma alternativa a ser estudada para evitar que cenários como esse voltem a ocorrer, mas ressalva que é preciso adotar a solução em casos em que os benefícios justifiquem os altos custos”¹².

¹¹ Custo e escala dificultam fiação elétrica subterrânea no Brasil. Disponível em: <https://istoe.com.br/por-que-o-brasil-nao-investe-em-fiacao-eletrica>

subterranea/#:~:text=Especialistas%20apontam%20que%20o%20custo%20para%20instalar,po%C3%A7os%20de%20inspe%C3%A7%C3%A3o%20e%20recomposi%C3%A7%C3%A3o%20de%20cal%C3%A7adas. Acesso em 22 de julho de 2024.

¹² Por que é tão difícil substituir as redes de energia aéreas por subterrâneas no Brasil? Disponível em: <https://epbr.com.br/por-que-e-tao-dificil-substituir-as-redes-de-energia-aereas-por-subterraneas-no-brasil/>. Acesso em 22 de julho de 2024

O Presidente da Enel, rede que atende a 24 municípios no Estado de São Paulo, apontou, no mesmo sentido, que “A solução de enterramento, do ponto de vista técnico, é uma boa solução. Mas para situações específicas, não indiscriminadamente. É uma ilusão pensar assim. As redes no Brasil continuarão majoritariamente aérea por muitos anos”¹³.

Debruçando-se sobre as repercussões práticas dessas mudanças estruturais a nível tributário e financeiro, Ruy Campos e Natália Takeda¹⁴ aventaram as seguintes possibilidades para o cenário paulista, que podem ser replicadas para a realidade de todos os entes federados:

(...) caso seja a prefeitura a responsável pelas obras, em tese, é possível a cobrança de taxa ou contribuição, desde que haja regulamentação do novo tributo municipal por lei municipal ou medida provisória convertida em lei. Além disso, a cobrança somente poderá ocorrer no próximo exercício, o que deve ser, pelo menos, 90 dias depois da publicação da referida lei. A taxa e a contribuição são espécies de tributos e, para a cobrança de qualquer tributo, é necessária a obediência dos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade tributária (art. 150, da Constituição Federal).

Outrossim, tanto a taxa quanto a contribuição jamais poderão ser voluntários, uma vez que a definição dada pelo artigo 3º, do Código Tributário Nacional (CTN) de tributo é de pecuniária compulsória, logo, obrigatória a todos que a lei considerar como sujeito passivo da obrigação tributária (contribuinte ou responsável).

Destaca-se, contudo, que para a exigência de taxa, é necessária a demonstração de que o serviço público é específico e divisível e que já foi prestado ao contribuinte ou que este serviço será posto à sua disposição, ou seja, a referida taxa não poderia ser cobrada de todos os contribuintes (pessoa física ou jurídica), mas somente do contribuinte cujo aterramento do fio elétrico já tenha ocorrido no seu domicílio ou na sua sede jurídica ou daquele cujo serviço está prestes a ocorrer.

Pontua-se também que, o custeio do aterramento dos fios poderá ocorrer por meio de contribuição, mas não aquela prevista na Constituição, para subsidiar a iluminação da via pública, que é geralmente cobrada junto à tarifa de energia elétrica, mas sim através da contribuição decorrente de serviços de melhoria.

(...)

Em resumo, o custeio do serviço de aterramento de fios poderia ser custeado por meio de taxa ou contribuição de melhoria, cuja natureza é de prestação pecuniária obrigatória (logo, não facultativa), desde que os serviços sejam realizados pela prefeitura e que sejam comprovados requisitos específicos, quais sejam: a prestação de serviço público específico e a valorização imobiliária em virtude da realização da obra pública, respectivamente.

Por fim, salienta que, caso a distribuidora de energia elétrica realize os serviços de aterramento dos fios elétricos, os custos destes serviços podem ser repassados a todos contribuintes de energia elétrica por meio da tarifa paga mensalmente, desde que haja previsão no contrato de concessão.

¹³ Presidente da Enel afirma que enterrar rede elétrica custaria R\$ 320 bilhões: “absolutamente inviável”. Disponível em: https://cultura.uol.com.br/noticias/62601_presidente-da-enel-afirma-que-enterrar-rede-eletrica-custaria-r-320-bilhoes-absolutamente-inviavel.html. Acesso em 22 de julho de 2024.

¹⁴ CAMPOS, Ruy; TAKEDA, Natália. Contribuinte não pode ser onerado por aterramento de fios. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-22/contribuinte-nao-pode-ser-onerado-por-aterramento-de-fios/>

Sob qualquer ângulo em que se analise a questão, observa-se, pois, um risco significativo de maior oneração ao contribuinte, ainda que por via transversa, porquanto a medida demanda gastos públicos que acabam sendo transferidos aos cidadãos por meio da instituição ou majoração de tributos.

Por conta disso é que, para a realização de um direito – no caso, a promoção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, impõe-se a realização de escolhas, a partir dos fundamentos e valores sociais definidos pela legislação e por políticas públicas, bem como a avaliação das consequências práticas da medida, de modo a determinar as prioridades a serem realizadas em cada segmento.

Nessa linha, também é importante trazer à lume a problemática apresentada sob o enfoque da aplicabilidade dos direitos prestacionais. Consoante ensina a doutrina¹⁵, a aplicabilidade desses tipos de direitos fundamentais enfrenta dificuldades adicionais para a sua concretização, porque os direitos prestacionais: I) estão vinculados a uma incidência maior de normas programáticas; II) estão vinculados à necessidade de políticas públicas mais complexas para sua implementação (exige medidas de caráter normativo e material); e III) finalmente, exigem, para sua concretização, um dispêndio de recursos financeiros e humanos mais significativo.

Diante disso, há entendimento no sentido de que esses direitos em que se exigem prestações positivas do Estado são aplicáveis na medida do possível e do razoável, isto é, considerando-se as limitações orçamentárias e financeiras do Estado, à luz da teoria da reserva do possível.

De acordo com Ingo Sarlet¹⁶, quando se fala na reserva do possível, deve-se levar em conta três possibilidades:

- I) Possibilidade fática: envolve a disponibilidade de recursos financeiros e humanos necessários à satisfação das prestações;
- II) Possibilidade jurídica: consiste na existência de autorização orçamentária para cobrir as despesas e na análise das competências federativas. Segundo o autor, essa dimensão da reserva do possível tem íntima relação com o princípio da legalidade, eis que a Administração só pode fazer o que a lei permite;
- III) Razoabilidade da exigência e proporcionalidade da prestação: nesse segmento, indaga-se se é razoável exigir do ente determinada prestação e se ela é razoável e proporcional, tendo em vista as inúmeras demais que o Estado é chamado a atender.

Assim, a mencionada teoria aduz que, ao se exigir do Estado a implementação de direitos sociais e fundamentais, é necessário que se obedeça às possibilidades fáticas e jurídicas, bem como a proporcionalidade.

No caso aqui ventilado, depreende-se que nenhuma das vertentes do princípio se subsume à situação fática objeto da Representação. Primeiro, porque, em que pese a sugestão de que o município arque com o empreendimento solicitado, não há qualquer demonstração de que há disponibilidade financeira e autorização orçamentária para anto.

Além disso, não houve avaliação efetiva do custo benefício da medida pretendida com relação ao Município de Raposos em específico, de forma que não cabe ao Tribunal de Contas impor a adoção de determinada política pública em detrimento de tantas outras, considerando-se a escassez dos recursos públicos, sob pena de indesejável ativismo de controle.

¹⁵ BRAGA, Francisco. Direito Constitucional Grifado. Salvador: Juspodivm, 2021.

¹⁶ SARLET, Ingo; Figueiredo, Mariana. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça, 1(1), 171–213.

Nesse contexto, cabe destacar trechos da decisão proferida por esta Corte nos Processos n. 1.170.925 e 1.170.943, julgados na sessão da 1ª Câmara do dia 15/10/2024, *in verbis*:

Com efeito, percebe-se que a rede aérea de eletricidade e telecomunicações não configura, por si só, uma irregularidade, sendo tão somente uma infraestrutura subótima em relação ao desejável aterramento da fiação, que reduz as falhas do sistema ao mesmo tempo em que elimina a poluição visual.

Assim, não obstante vislumbre a necessidade de o município promover um adequado ordenamento da estrutura elétrica e de telecomunicações dentro do espaço público urbano, entendo que, dada a escassez de recursos, tal incumbência deve ser sopesada perante as demais demandas da sociedade, para se avaliar comparativamente tanto o benefício auferido em relação ao custo, quanto a ordenação de prioridades.

Tal avaliação insere-se, como defendido pela Unidade Técnica (peça nº 10), na esfera de discricionariedade do gestor público, a quem compete tal ponderação, uma vez que, como já salientado, não se está diante de uma desconformidade legal, mas apenas uma opção que não é o “padrão ouro” disponível no mercado.

(...)

Com efeito, percebe-se que o alto valor associado ao aterramento dos cabos é, no mais das vezes, o fator determinante para a não adoção da política, inclusive em países ricos. Nas últimas duas décadas, as comissões de serviços públicos na Virgínia, Carolina do Norte, Oklahoma, Texas e no Distrito de Columbia, nos Estados Unidos, examinaram a possibilidade de escavação, mas todas concluíram que a transformação provou-se proibitivamente cara.

Em razão disso, o enterramento das redes de energia e telecomunicações não é feito de forma generalizadas na maior parte das localidades, sendo adotado apenas pontualmente em zonas onde o benefício da medida é capaz de superar os custos, tais como áreas centrais de grande circulação, praças, calçadões, zonas turísticas, áreas históricas ou aquelas em que a confiabilidade da rede deve ser máxima: zonas hospitalares etc.

(...)

Dessa forma, considerando que a rede elétrica e de telecomunicações na forma aérea, como majoritariamente utilizada hoje, não configura, em si, uma irregularidade na prestação dos serviços, mas apenas uma forma subótima de instalação, ante a alternativa ideal de aterramento, não vislumbro qualquer disfunção sob o aspecto formal da conformidade. Pelo contrário, o contexto narrado, sugere evidente inexistência de proporcionalidade entre os gastos necessários para o aterramento da rede elétrica e de telecomunicações e os benefícios auferidos, em especial diante das disponibilidades orçamentárias para o atendimento de outras demandas mais relevantes à sociedade: melhoria no atendimento à saúde e educação, por exemplo.

Dado o contexto, entendo que não há apontamento de fato ou ato administrativo ilegal *in concreto*, apenas referência ao dever de o município harmonizar sua política urbanística com a ambiental. Logo, por não tratar-se de uma irregularidade *per se*, mas apenas de um estado subótimo das coisas, deve ser considerada que a adoção de uma política de aterramento infraestrutura elétrica e de telecomunicações insere-se dentro da esfera de discricionariedade política, não cabendo ao Tribunal de Contas, ao pretexto de controle das diretrizes urbanísticas e ambientais, impor ao município apresentação de plano de remoção dos fios aéreos e implantação do sistema subterrâneo, sob pena de exercer um intolerável ativismo de controle.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

*Diretoria de Controle Externo dos Municípios
2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios*

Por fim, não custa rememorar que a própria Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (Lindb) encampou, em seu art. 20, a necessidade de uma análise consequencialista das decisões tomadas nas esferas judicial, controladora e administrativa. Os influxos dessa análise na perspectiva dos Tribunais de Contas são expostos pela doutrina no seguinte sentido:

Esse é um imperativo para que juízes, membros do Ministério Público e órgãos de controle (tribunais de contas e controles internos dos Poderes) pautem suas próprias decisões e sua análise dos atos praticados pelos gestores públicos não apenas pela legalidade estrita, mas também pelas consequências práticas da decisão a ser adotada.

Nesse contexto, os tribunais de contas devem considerar, em seu exame de legalidade dos atos administrativos, também as consequências práticas da decisão tomada pelo gestor. E, a depender das circunstâncias do caso concreto, deverão considerar lícitas condutas que, apesar de ilegais, geram consequências cujos benefícios se sobrepõem àqueles gerados pelo cumprimento da legalidade estrita da norma.

Nesse diapasão, caso seja apurado pelo Tribunal de Contas que as alternativas disponíveis tinham potencial para gerar consequências piores do que aquelas decorrentes da decisão adotada pelo gestor público, o ato deve ser considerado de acordo com o ordenamento jurídico, ainda que contrário a um texto legal. Assim, as consequências também passaram a integrar a avaliação de juridicidade dos atos administrativos pelos órgãos de controle externo.

Ante todo o exposto, esta Coordenadoria entende que é inviável a determinação, pelo TCEMG, de remoção dos fios aéreos e implantação do sistema subterrâneo, considerando as suas repercussões econômicas e financeiras e o campo de discricionariedade conferido ao gestor quanto à alocação dos recursos públicos limitados para consecução de políticas públicas, razão pela qual se manifesta pela improcedência do apontamento.

III – Conclusão

Ante o exposto, esta Unidade Técnica se manifesta pela improcedência e consequente arquivamento da Representação, por não ter sido apurada transgressão a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial (art. 138, I, do Regimento Interno do TCEMG).

Por fim, remeto o processo em epígrafe ao Conselheiro Relator, em cumprimento à determinação constante do despacho de peça n. 8.

Belo Horizonte, 23 de outubro de 2024.

Marina Pimenta Fraga Maselli
Coordenadora
TC 3196-5