



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO

PAULA RAVANELLI LOSADA

**CONSÓRCIO PÚBLICO: O INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DE UM
FEDERALISMO COOPERATIVO E DEMOCRÁTICO NO BRASIL**

ORIENTADOR: DOUTOR MARCUS FARO DE CASTRO

Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Brasília, 2008

PAULA RAVANELLI LOSADA

**CONSÓRCIO PÚBLICO: O INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DE UM
FEDERALISMO COOPERATIVO E DEMOCRÁTICO NO BRASIL**

Dissertação de mestrado em direito, área – DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, como exigência para obtenção do título de Mestre, sob a orientação do Professor Doutor Marcus Faro de Castro

Brasília
2008

BANCA EXAMINADORA:

ORIENTADOR PROFESSOR DOUTOR MARCUS FARO DE CASTRO

PROFESSOR DOUTOR EROS ROBERTO GRAU

PROFESSOR DOUTOR GEORGE BANDEIRA GALINDO

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	7
INTRODUÇÃO	9
CAPITULO 1. QUEM ÉS TU FEDERAÇÃO?	13
1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	14
1.2. ORIGENS DO FEDERALISMO	15
1.3. A EVOLUÇÃO DAS FORMAS DE GOVERNO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO	22
1.3.1. FEDERALISMO DUAL	22
1.3.2. FEDERALISMO CORPORATIVO	25
1.3.3. NEOFEDERALISMO	27
1.4. ORIGEM E EVOLUÇÃO DO FEDERALISMO NO BRASIL	30
1.4.1. O FEDERALISMO DUAL NA REPÚBLICA VELHA	35
1.4.2. O FEDERALISMO COOPERATIVO NO BRASIL	41
1.4.3. FEDERALISMO ORGÂNICO DA DITADURA MILITAR	50
1.4.4. A REDEMOCRATIZAÇÃO DO BRASIL	53
1.4.5. O NEO FEDERALISMO BRASILEIRO	57
CAPITULO 2. A FEDERAÇÃO TRINA: CONFLITOS E POTENCIALIDADES	62
2.1. O ESTADO FEDERAL	64
2.1.1. FEDERAÇÃO E CONFEDERAÇÃO	65
2.1.2. FEDERAÇÃO E DESCENTRALIZAÇÃO	66
2.1.3. PARTICIPAÇÃO E AUTONOMIA	67
2.2. A FEDERAÇÃO TRINA	70
2.2.1. O MODELO CONSTITUCIONAL DE 1988	70
2.2.2. A DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA	73
2.3. O PROCESSO DE DESCENTRALIZAÇÃO NO BRASIL	77
2.3.1. O PERFIL DOS MUNICIPIOS BRASILEIROS	78

2.3.2. CRÍTICAS À DESCENTRALIZAÇÃO BRASILEIRA	85
2.3.3. À GUIA DE CONCLUSÃO	89
2.4. A COMPLEXIDADE DE UMA FEDERAÇÃO TRINA	91
CAPITULO 3. CONSÓRCIOS PÚBLICOS	98
3.1. OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	100
3.2. PREVISÃO CONSTITUCIONAL E REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS	109
3.2.1. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/1998	109
3.2.2. REGULAMENTAÇÃO LEGAL DO ARTIGO 241 DA CRFB/1998	112
3.2.3. O PROJETO DE LEI 3.884/2004	115
3.2.4. A LEI 11.107/2005	120
3.3. O PROBLEMA CONCENTUAL	121
3.4. NATUREZA JURÍDICA DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS	125
3.5. COMPETÊNCIA PARA A EDIÇÃO DA NORMA GERAL	134
3.6. CONSTITUIÇÃO DE CONSÓRCIO PÚBLICO	137
3.7. ÁREA DE ATUAÇÃO	140
3.8. SUPORTE FINANCEIRO	141
3.9. OBJETIVOS DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS	144
3.9.1. GESTÃO ASSOCIADA DE SERVIÇOS PÚBLICOS	146
3.10. POSSIBILIDADES JURÍDICAS CRIADAS PELA LEI 11.107/2005	151
CONCLUSÕES	157
CONSIDERAÇÕES FINAIS	164
BIBLIOGRAFIA	166
ANEXO Lei nº11.107/2005	176

AGRADECIMENTOS

Difícil agradecer a apenas alguns sem ser injusta. Sou grata a generosidade de muitos que, de uma forma ou outra, colaboraram nessa minha pequena caminhada. Porém, devo aproveitar a oportunidade para dirigir alguns agradecimentos especiais.

Aos meus amigos Wladimir Antonio Ribeiro e José Antonio Dias Toffoli, que conduziram a minha vida profissional desde a faculdade, abrindo-me oportunidades de trabalho, confiando-me tarefas e responsabilidades com as quais sempre aprendi com eles e cresci profissional e pessoalmente. E que, sobretudo, marcaram a minha vida com seu exemplo e amizade.

Aos meus colegas safeanos, liderados pelo querido amigo e companheiro de lutas Alexandre Padilha, pois com eles compartilho diariamente as alegrias e as dificuldades de tentar aperfeiçoar e coordenar, a partir da Presidência da República, um sistema federativo tão complexo e desigual como o nosso no Brasil. Ao Professor Vicente Trevas, que iluminou o meu caminho pelas searas do Federalismo, portanto do Direito Constitucional. Logo eu, que me acreditava condenada a ser uma administrativista.

Ao meu orientador Marcus Faro de Castro, que com suas palavras de incentivo não permitiu que eu desistisse ou me acomodasse, ainda que o resultado deste trabalho não esteja a sua altura, tomo-o como o primeiro esboço de um trabalho acadêmico mais robusto que, com seu apoio e orientação, hei de desenvolver. Aos professores José Geraldo de Souza Junior e Luis Alberto Warat, pelo carinho e compreensão que tiveram comigo mesmo diante das minhas faltas.

Agradeço também ao professor Menelick de Carvalho Netto, coordenador do programa de pós-graduação e aos demais professores e aos funcionários da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, sempre atentos e solícitos as minhas necessidades.

Prossigo com um agradecimento especial aos colegas do curso de Mestrado do ano letivo de 2005/2006, pela acolhida carinhosa no “grupo dos baianos”, pelos debates e espírito crítico, que pouco a pouco me empurram até aqui.

Finalmente agradeço a minha família, meus pais, meus irmãos e meu filho, e aqueles que dela já fazem parte, Luciano e Verônica, respectivamente pelo amor e pela paciência que comigo tiveram, fundamentais para que eu concluísse esse trabalho.

Paula Ravanelli Losada

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, ao inovar o desenho federativo brasileiro reconhecendo os Municípios como entes federados, desenhou uma nova ordem institucional e federativa, sem precedentes no direito comparado. No que diz respeito à (re)configuração das relações intergovernamentais, a nova Constituição consagrou o processo de descentralização política e fiscal e administrativa do país: fortaleceu a autonomia e a base tributária dos governos subnacionais, aumentou o volume das transferências de recursos intergovernamentais, bem como redefiniu os papéis dos entes federados, descentralizando competências, sobretudo as relativas às políticas sociais.

A descentralização foi igualmente acompanhada da tentativa de democratizar o plano local. Chama atenção a instituição de canais de participação na gestão pública, que integraram novos atores sociais na formulação e execução de políticas públicas, tanto pela instituição dos conselhos setoriais de políticas sociais, previstos na Constituição, como pela criação de novos mecanismos de participação na gestão pública, cujo exemplo mais conhecido é o “Orçamento Participativo”¹.

Porém, as conquistas democráticas não resolvem os problemas dos governos locais brasileiros e, portanto, não podem nos cegar para os limites da descentralização. No Brasil, como afirma Fernando Abrucio, “no plano intergovernamental ainda não se constituiu uma coordenação capaz de estimular a descentralização ao longo da redemocratização”². Nesse sentido, julgamos de grande importância realizar o presente estudo sobre o **Consórcio Público** como instrumento de realização de um federalismo cooperativo e democrático no Brasil.

Analisando a evolução histórica do federalismo no Brasil, fica nítido que a autonomia municipal não nasceu na história recente do país, e nem decorre simplesmente de ímpeto democrático pós regime militar. Ao contrário, ela é fruto de uma construção histórica e política, cujas raízes vamos encontrar no Brasil colônia, evidentemente influenciado pela cultura Portuguesa.

Como veremos nesse trabalho, sempre existiu uma tradição muito forte no Brasil de dominação a partir do governo local. No processo de colonização, o domínio local serviu à Coroa portuguesa; na República, subordinado ao “coronelismo”, permitiu a manutenção das elites oligárquicas no poder. Portanto, não é de se estranhar que a autonomia federativa que os Municípios receberam no processo de redemocratização do Brasil também sirva ao propósito de dominação das estruturas do poder a partir do governo local.

Tecnicamente, assim veremos, a grande maioria dos juristas brasileiros critica o modelo adotado na Constituinte. Muitos, mesmo em face do disposto na nossa Carta

¹ Orçamento Participativo (OP) é um mecanismo governamental de democracia participativa que permite aos cidadãos influenciar ou decidir sobre os orçamentos públicos, geralmente o orçamento de investimentos de prefeituras municipais, através de processos de participação cidadã.

² ABRUCIO, Luiz Fernando. A Coordenação Federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula. Curitiba: *Rev. Sociologia e Política* nº 24, jun. 2005. p.49

Magna, simplesmente rechaçam a idéia do Município como ente federado afirmando, a luz da experiência norte-americana, que se trata de uma idéia equivocada³.

Mesmo assim, CELINA SOUZA⁴, ao analisar o processo decisório ocorrido na Assembléia Nacional Constituinte relativo às mudanças na Federação e à decisão de descentralizar poder político e financeiro para as esferas subnacionais, conclui que “embora a decisão de descentralizar poder político e financeiro, o que gerou um novo federalismo, tenha sido marcada por conflitos, tensões e contradições, ela favoreceu a consolidação da democracia, tendo tornado o Brasil um país mais ‘federal’, pela emergência de novos atores no cenário político e pela existência de vários centros de poder soberanos que competem entre si.”

De fato, no Brasil (regra que não pode ser transplantada para outros países), a idéia democrática sempre esteve associada à concepção federativa, tanto que quando uma faltou, a outra tampouco de realizou. Não são poucos os exemplos na nossa história de que a Federação ajudou a construir um país mais democrático. Contudo, nos parece que a promessa democrática da Federação trina ainda não foi realizada, ela permanece ameaçada pela tradição da dominação a partir do local, que mantém no poder as elites políticas regionais através da lógica de cooptação das elites locais.

Vivemos no Brasil essa dicotomia: a autonomia municipal é simultaneamente instrumento de dominação e emancipação. Por isso, nessa dissertação optamos por não analisar o modelo federativo brasileiro apenas por meio de argumentos jurídicos (normativos), que poderiam nos levar a soluções politicamente inaceitáveis como a de limitar a autonomia municipal. Neste estudo, e ciente das nossas limitações ao navegar por outras áreas do saber, procuramos incorporar argumentos e análises da História e da Ciência Política.

No primeiro capítulo vamos analisar a doutrina federalista desde sua origem, bem como sua evolução histórica, sobretudo na experiência norte-americana e comparar com a experiência brasileira, com o objetivo de demonstrar como as elites políticas do nosso país se apropriaram dos princípios liberais do Iluminismo, e como estas práticas do passado influenciam as dinâmicas atuais das nossas relações intergovernamentais.

No capítulo dois, analisamos o modelo federativo brasileiro, a luz dos conceitos que conformam o Estado Federal, bem como apontamos as críticas feitas ao desenho institucional da Federação trina, nas quais se reconhecem limites e constrangimentos à descentralização proposta. Contudo, ainda neste capítulo, argumentamos que tais limites não se deve a tridimensionalidade do Pacto Federativo em si, mas ao fato de que ao reforçar o processo de descentralização e de fortalecimento do poder local, a Constituição não se fez acompanhar de mecanismos eficazes de coordenação e cooperação intergovernamentais, como o Consórcio público.

Finalmente, no capítulo três, analisamos o consórcio público, instrumento que acreditamos vem completar o desenho federativo brasileiro, carente de mecanismos de articulação federativa. Em algumas situações, nos espaços metropolitanos, aglomerações ur-

³ Nesta corrente situam-se, entre outros, José Afonso da Silva, Celso Bastos, José Alfredo de Oliveira Baracho e Paulo Bonavides.

⁴ SOUZA, Celina. *Constitutional Engineering in Brazil: The Politics of Federalism and Decentralization*. London/New York, Macmillan/St. Martin's Press, 1997.

banas e micro-regiões, por exemplo, a ausência de formas de pactuação federativa agrava os problemas sociais ali concentrados, demonstrando que a presença de cooperação federativa horizontal e vertical é condição necessária para a viabilidade da gestão de diferentes políticas públicas. Nesse sentido, o consórcio público potencializa a promessa democrática do projeto cooperativo brasileiro de 1.988, qual seja: a construção de um novo ciclo de desenvolvimento, socialmente mais justo e inclusivo, capaz de enfrentar a agenda histórica e estrutural das desigualdades sociais e regionais do Brasil.

Sabemos que o desenvolvimento do país não é um processo que possa ser levado a termo por um único instrumento, mas tendo em vista a necessidade de delimitar nosso objeto de estudo, o que pretendemos discutir nesta dissertação é se e como a criação de um ambiente normativo favorável à formação de *consórcios públicos*, como proposto pela Lei 11.107, de 6 de abril de 2005, pode contribuir para a implementação do federalismo cooperativo e democrático no país.

CAPITULO I

QUEM ÉS TU, FEDERAÇÃO?

“A Federação Brasileira nasceu desfigurada e está ameaçada pela aliança entre o neoliberalismo e globalização. Sua defesa, porém, é um dos fronts onde se trava a batalha democrática”

Francisco de Oliveira, in Quem és tu, Federação?

Publicação da Comissão Nacional para as comemorações do V Centenário do Descobrimento do Brasil, 1999.

CAPITULO I

QUEM ÉS TU, FEDERAÇÃO?

SUMÁRIO: 1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 1.2 ORIGENS DO FEDERALISMO. 1.3 A EVOLUÇÃO DAS FORMAS DE FEDERALISMO NO ESTADO CONTEMPORANEO. 1.3.1 FEDERALISMO DUAL; 1.3.2 FEDERALISMO COOPERATIVO; 1.3.3 NEOFEDERALISMO. 1.4 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO FEDERALISMO NO BRASIL. 1.4.1 O FEDERALISMO DUAL NA REPÚBLICA VELHA; 1.4.2 O FEDERALISMO COOPERATIVO NO BRASIL ; 1.4.3 FEDERALISMO ORGÂNICO DA DITADURA MILITAR; 1.4.4 A REDEMOCRATIZAÇÃO DO BRASIL; 1.4.5 O NEO FEDERALISMO BRASILEIRO.

1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No presente capítulo pretendemos fazer um levantamento histórico das origens do federalismo e demonstrar a evolução de suas formas para assim compreendermos as bases que consolidaram esse sistema, que veio mais tarde a se expandir por outras nações.

A compreensão histórica do Federalismo é a via para construção dessa compreensão, pois se “as normas jurídicas não são idênticas aos textos de suas normas, pois o teor literal não é a lei, mas a forma da lei”⁵, o seu conhecimento só pode ser mais crítico quanto mais global, colocando a norma em contextos comparativos e históricos como tentamos fazer neste primeiro capítulo.

Concentrar-nos-emos na experiência norte- americana por esta ter sido pioneira na implantação deste modelo de organização do Estado, que nos dias de hoje reconhecemos como Estado Federal. Para tanto, utilizaremos apenas algumas categorias, que consideramos as principais, da trajetória histórica do federalismo norte-americano, uma vez que a diversidade de expressões federativas no mundo é enorme e seu levantamento não comportaria nas pretensões dessa dissertação, cujo tema é o consórcio público e não propriamente o federalismo.

Importante mencionar que o propósito dessa comparação não é reforçar a metáfora do mimetismo institucional, de que o Brasil copiou mal o modelo federativo norte-americano. Não obstante algumas deficiências resgatáveis, como a ausência de instrumentos de cooperação e coordenação federativa – hipótese central desse estudo - o conjunto institucional brasileiro comporta elementos bons e originais, como é o caso da autonomia municipal.

⁵ FRIEDICH MÜLLER, Métodos de trabalho do direito constitucional, 2ª edição revista, S. Paulo: Editora Max Limonad, 2000, p. 109.

O intuito dessa introdução é caracterizar as práticas federativas do passado, tanto nos EUA quanto no Brasil, identificando o que delas ainda existe nos dias atuais, o que nos ajuda a compreender os limites e potencialidades da experiência brasileira federativa presente, que reconhece o município como ente da federação.

1.2. ORIGENS DO FEDERALISMO

Embora o gérmen do Federalismo seja encontrado em Platão, em A República, a sua concepção contemporânea é inerente ao Estado Moderno, e tem origem teórica nas idéias de Montesquieu.⁶

Como bem observa MARCUS FARO DE CASTRO, a temática de Montesquieu é quase toda absorvida pelos federalistas da América, Hamilton, Madison e Jay, que enfatizaram o papel da estrutura institucional como responsável pela estabilidade política, independente da qualidade moral da personalidade dos governantes.⁷ Em contraposição, os chamados antifederalistas, entre os quais se destacam George Mason, Richard Henry Lee e Pratick Henry, se aproximaram da visão republicana de Rousseau e acenaram com a exigência de governantes virtuosos.⁸

Interessante observar na análise de CASTRO como os federalistas concebiam o bem comum como resultado e não como ponto de partida, tese esta defendida pelos antifederalistas. Nesse aspecto, a tese federalista, vencedora do debate americano, se filiou ao paradigma do particularismo aristotélico e não ao paradigma do universalismo platônico. O que corrobora a idéia de que o conceito contemporâneo de federalismo pouca identidade guarda com a idéia platônica, onde teve sua origem.

Por isso, no presente estudo, vamos nos concentrar na idéia contemporânea de Federação, que surge com a experiência norte-americana e traduz de forma singular as idéias liberais de Montesquieu.

De acordo com MANUEL GARCIA-PELAYO, o Estado Federal aparece como forma intermediária entre a Confederação e o Estado Unitário, que eram as modalidades conhecidas no final do Século XVIII, quando as treze colônias norte-americanas tornaram-se independentes.⁹

Conta a História que foi a expansão holandesa que motivou quatro das Colônias Britânicas situadas na América do norte a constituírem a Confederação da Nova Inglaterra (1643). Esse modelo de Estado confederativo não era uma novidade na época. De fato, as confederações já eram conhecidas desde a Antiguidade, com a Confederação das Tribos de

⁶ RAMOS, Dircêo Torrecillas. O Federalismo Assimétrico. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 26.

⁷ CASTRO, Marcus Faro de. Política e Relações Internacionais: fundamentos clássicos, Brasília: UnB, 2005, p. 65.

⁸ CASTRO. op. cit, p. 67

⁹ GARCIA-PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado. 7ª edição, Madrid: Manuales de la Revista Occidente, 1964, p. 216.

Israel, no séc. XIII antes de Cristo, e com as ligas helênicas, na Grécia Antiga, passando pela Idade Média, com a Confederação Helvética, no Séc. XIII, e a dos Países Baixos, no Séc. XVI, até pela Idade Moderna, com a Confederação Germânica (1815 – 1871).¹⁰

Com a independência conjunta das treze colônias britânicas da América do Norte em 1776, cada uma delas passou a ser um Estado independente. A necessidade de preservação da independência fez com que as ex-colônias fizessem entre si um tratado de aliança mútua, conhecido como os Artigos de Confederação (1781), passando o Congresso Intercolonial a denominar-se os Estados Reunidos em Congresso.

O artigo 2º dos Artigos da Confederação dos Estados Unidos trazia a seguinte disposição: "cada Estado reterá sua soberania, liberdade e independência, e cada poder, jurisdição e direito, que não sejam delegados expressamente por esta confederação para os Estados Unidos, reunidos em Congresso."¹¹

É de se notar que o governo confederal se constituía apenas como Poder Legislativo (Congresso), formado por número igual de representantes de cada Estado. Não havia Poder Executivo ou Judiciário, esta escolha, segundo ZIMMERMANN, “decorria da preocupação de que o governo central pudesse concentrar muitos poderes, e, com isso, prejudicar a recém adquirida liberdade por uma outra forma de opressão.”¹²

Pouco tempo depois, verificou-se que os laços da Confederação não atendiam mais as necessidades para o desenvolvimento econômico do território, a falta de unidade entre as colônias, que cresciam em ritmos descompassados, provocava entre elas conflitos constantes, sem mediação institucional adequada.

Assim, na cidade de Filadélfia, em maio de 1787, reunido para revisão dos Artigos de Confederação, firmaram-se dois posicionamentos. De um lado havia os que pretendiam a aprovação de uma Constituição única para todos os Estados, com a conseqüente formação de um governo central (federalistas) e outros que buscavam apenas a revisão das cláusulas da Confederação (antifederalistas).

Apesar das diferenças entre as duas correntes de pensamento, elas se tornaram convergentes, afinal nenhuma delas se opunha à revolução americana. Muito pelo contrário, ambas defendiam as conquistas liberais. O debate entre elas se deu pela melhor forma de se garantir as conquistas revolucionárias.

Venceram os federalistas, inaugurando assim a primeira experiência contemporânea de Federação. E a vitória desta tese visivelmente identificada com as idéias ilu-

¹⁰ ZIMMERMANN, Augusto. Teoria do Federalismo Democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 217-223.

¹¹ No original: “each state retains its sovereignty, freedom and independence, and every power, jurisdiction, and right, which is not by this Confederation expressly delegated to the United States, in Congress assembled”.

¹² ZIMMERMANN. op. cit. p.243.

ministas foi decisiva para o desenvolvimento de um país que guarda até os dias de hoje sua raiz liberal¹³.

É, portanto, com a Constituição dos Estados Unidos de 1.787, a partir de uma experiência inicial confederalista, logo após a independência daquele país, que surge o primeiro regime propriamente Federal do mundo. Seguem-se a ela os modelos federalistas da Suíça (1.848) e da Alemanha (1.871), ambos muito influenciados pela experiência americana.

Contudo, se é verdade que o mesmo conjunto de idéias liberais que desencadearam a Revolução Francesa também protagonizou a revolução americana. Também é verdade que existiram diferenças profundas entre o liberalismo europeu e liberalismo norte-americano, que influenciaram de forma diferente as respectivas formas de organização do Estado e explicam porque é nos Estados Unidos que temos a primeira Federação consolidada nos tempos modernos e que traduz a acepção contemporânea desta palavra.

Segundo pertinente análise de ROBERTA BAGGIO, o primeiro ponto de diferenciação dos liberalismos europeu e americano se refere a não existência de um Estado absolutista pré-existente a Federação americana, por isso não existiria ali práticas absolutistas enraizadas. Outro ponto de diferenciação identificado seria sobre a forma de aplicação da teoria da separação dos poderes. Nos EUA, por não existir uma classe social vinculada aos preceitos do absolutismo, como a nobreza européia, a idéia de soberania não foi concebida a partir da lógica da transferência de títulos de poder, mas de uma inédita composição do poder soberano inaugurado pela federação.

Foram justamente essas diferenças que possibilitaram a aplicação da teoria de Montesquieu à criação do Estado Federal, caracterizado pela descentralização político-administrativa do Poder; pela política de equilíbrio dos freios e contrapesos; e pela não hierarquização da relação entre Estados membros e União. Assim, conclui BAGGIO, “a nação norte-americana nasce de uma Constituição que consagra um sistema federalista como forma de convivência de vários centros de poder”¹⁴.

O modelo norte-americano, assim como o suíço e o germânico, caracteriza um federalismo por agregação, em que estados anteriormente soberanos, reunidos numa confederação, se unem por um Pacto Federativo constitucional. É o que ZIMMERMAM chama de Federação por força centrípeta. Ao contrário, da federação brasileira, que surge de um estado unitário e, por uma decisão constitucional sua, confere autonomia às províncias, passando a ser uma Federação.¹⁵

¹³ Sobre a experiência norte-americana, diz MATHIOT: *una nación vinculada a la libre empresa, a la iniciativa privada, que desconfía de la administración, que desea dejar que El capitalismo produzca los beneficiosos efectos económicos que se atribuyen al desarrollo de una producción en masa y a una política de salarios altos. Todo esto implica la abstención de los poderes públicos, considerada como deseable.* [MATHIOT, André. El federalismo em Estados Unidos. In BERGER, Gaston (ORG.) *Federalismo y Federalismo Europeo*. Madrid: Tecnos, 1965. p.231.]

¹⁴ BAGGIO, Roberta Camineiro. *Federalismo no Contexto da Nova Ordem Global*. Curitiba: Juruá, 2006. p.29

¹⁵ ZIMMERMAM. *op. cit.*, p. 54.

É óbvio que a origem histórica de cada federação acaba por influenciar a maior ou menor autonomia dos seus Estados-membros. Geralmente, as federações por agregação conferem uma maior autonomia aos Estados, em relação às experiências por desagregação, mas muitos outros fatores são determinantes do arranjo institucional de cada país federal.

No mundo contemporâneo, assistimos a uma variedade de modelos federalistas. Alguns deles mantendo a autonomia das entidades federadas e outros, onde a adoção do regime é apenas nominal, como ocorreu nos regimes ditatoriais latino-americanos, inclusive no Brasil.

Atualmente, as Nações Unidas reúnem 192 países. Desses, 28 são federativos, mas cada Federação é única, pois cada país tem sua própria história, suas origens, sua evolução territorial e política. Todos esses fatores afetam o funcionamento e o sucesso de diferentes regimes federativos. Não há um modelo que possa ser prescrito com sucesso em todas as circunstâncias, ao contrário, é nessa enorme variedade, característica do federalismo, que reside um de seus pontos mais fortes¹⁶

Com a globalização e a integração regional dos Estados nacionais estamos vendo surgir novos regimes federativos (ou confederativos), mediante a formação de blocos econômicos que agregam Estados Nacionais, como ocorre com a Comunidade Européia, após o tratado de Maastricht.¹⁷ Esta nova forma de federalismo conhecida como “Federalismo Comunitário” mereceria análise em capítulo próprio, mas por razões de enfoque não vamos aqui desenvolver, pois a realidade brasileira pouca influência sofre deste tipo de modelo. Lamentavelmente, a nossa idéia de MERCOSUL ainda está longe de se constituir em união dos Estados –nação que dele fazem parte.

O que queremos demonstrar nas próximas páginas é como, ao longo dos últimos dois séculos, a idéia norte-americana de federalismo permanece viva, porém como processo, em permanente transformação, tendo em vista as exigências do Estado contemporâneo e, ainda hoje, inspirando novas formas de organização do Estado Federal, em especial o brasileiro.

¹⁶ ANDERSON, George. *Federalism: An Introduction*. Canadá: Ed. Oxford p. 07.

¹⁷ O Tratado de Maastricht, concluído no final de 1991 e formalmente assinado em 7 de fevereiro de 1992, deve ser visto na perspectiva do processo de renovação dos instrumentos diplomáticos que guiaram a integração européia a partir de meados dos anos 1980. Com efeito, o Ato Único de 1986, que deu início a uma nova série de modificações aos tratados constitutivos das Comunidades Européias (CECA, CEE, Euratom) e de adições ao Tratado de Roma, constituiu, na verdade, uma proclamação de objetivos integracionistas bastante ambiciosos, no sentido de aumentar a cooperação nas áreas econômica, monetária e política. Foram também reforçados, desde o final dessa década, os capítulos sobre política científica e tecnológica e meio ambiente, dando uma impulsão a políticas ativas nos mais diferentes segmentos industriais e de pesquisa e desenvolvimento. O Ato Único de 1986 modificou o Tratado de Roma, dando maiores poderes às instituições comunitárias e reforçando a construção de um mercado único sem fronteiras internas, a partir do estabelecimento de uma data-alvo: 1992. (v. texto na Internet, na página da Comissão Européia: <http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/>).

1.3. A EVOLUÇÃO DAS FORMAS DE FEDERALISMO NOS ESTADOS UNIDOS

1.3.1 Federalismo Dual

Em sua origem, a concepção de federação se baseou em um modelo dualista ou dual, em que prevalecia uma rígida repartição das competências delegadas à União e as reservadas aos Estados. O exemplo clássico de federalismo dual é o norte-americano, até a segunda década do séc. XX. Assim como a Constituição brasileira de 189, que foi nitidamente inspirada pela experiência norte-americana.

O federalismo dualista é a visão mais conhecida de federalismo, possuindo acentuado lugar na história e na memória. Seria, por assim dizer, o *federalismo puro*, que se fundamenta no princípio da coexistência de duas esferas independentes de estatalidade.¹⁸

Essas duas esferas criadas, porém, conviviam em clima de permanente rivalidade e competição, contudo, a relação de coexistência se tornou possível pela forma como foi regulada a distribuição de competências. A esfera federal teve seus poderes e competências enumerados na Constituição e os Estados ficaram com as competências residuais.

O papel desempenhado pela Corte Suprema na interpretação das competências constitucionais foi extremamente relevante. De acordo com MATHIOT¹⁹, analisando o comportamento da Corte Suprema é possível identificar os momentos de alternância de poder entre as esferas federal e estadual. A primeira fase (até 1800) é um período em que as concepções federalistas estavam em fase de sedimentação, havia, pois o início do reconhecimento das prerrogativas do Governo federal, preservando-se, no entanto, a autonomia dos estados-membros. A segunda fase (1801-1835) é marcada pelo período em que a Suprema Corte foi presidida pelo juiz Marshall, que desenvolveu a teoria dos poderes implícitos em favor do governo federal, fortalecendo a posição deste. Na terceira fase (1836-1864), o Tribunal foi presidido pelo juiz Taney, um democrata, que reequilibrou as decisões da Corte, em favor dos estados-membros. Na quarta fase (1865-1937), o Tribunal passa a ser republicano e, portanto, bastante conservador. Nesta época, que é o período de reconstrução do país após a Guerra Civil, todas as decisões da Corte foram no sentido de diminuir o poder do Governo Federal. Finalmente, na quinta fase (a partir de 1938) a Suprema Corte volta a ser democrata, negando as decisões anteriores e reconhecendo a intervenção do Governo Federal, expressa no ideário do “*New Deal*”.

¹⁸ De se notar que, apesar de amplamente difundida, a tese do *dual federalism* possui notáveis críticos, como ELLIS KATZ: *algumas vezes, esse relacionamento entre governo federal e estadual é chamado de federalismo dualista, sistema no qual cada governo é soberano na sua própria área de atuação. Na minha opinião, federalismo dualista nunca existiu; através de nossa história, União e Estados têm trabalhado coordenadamente para resolver problemas comuns. O conceito de dupla soberania serviu como uma limitação normativa da autoridade do governo federal, obrigando-o a justificar cuidadosamente o ingresso numa nova área política. Hoje, é claro, a intervenção federal é "justificável" quando um problema existe. Não há mais limites constitucionais ou normativos à autoridade do governo federal* ["Aspectos constitucionais e políticos do federalismo americano", RDP 65/97 (jan.-mar/1983), pp. 99-100].

¹⁹ MATHIOT, op. cit p. 231.

Por isso, como explica ROBERTA BAGGIO, o federalismo dual não pode ser tomado como uma fórmula exata de divisão do poder entre a esfera federal e as esferas estaduais. Ao contrário, é possível perceber o fortalecimento de uma ou outra esfera de poder, atendendo às circunstâncias históricas:

“No período em que prevaleceu o federalismo dual, ainda que os Estados – membros tivessem tido esta predominância na maior parte do tempo, ocorreriam vários momentos de alternância do poder. Como ressaltamos anteriormente, tal fato devia-se ao federalismo dual ter, como pano de fundo, o receio de qualquer tipo de centralização de poder, caracterizando-se, portanto, pela não intervenção do poder público nas questões de ordem econômica, fosse por parte de qualquer uma das duas esferas de poder.”²⁰

Contudo, mesmo diante da alternância de poder entre as duas esferas, a principal característica do federalismo dual na experiência norte-americana foi garantir dois princípios muito caros à doutrina liberal: a não intervenção do Estado na economia e a supremacia dos interesses privados mesmo em face do interesse público, que bem se expressa na defesa dos direitos políticos e civis da *Bill of Rights*.

Isso fica muito claro na análise das decisões da Corte Suprema. De um lado o Estado não podia intervir nas questões econômicas e sociais, por outro, o culto à liberdade de mercado acabou por justificar o desrespeito aos direitos humanos. Nesse sentido, são as decisões da Corte Suprema no caso – Hammer versus Dagenhert – que considerou indevida a intervenção federal na regulamentação do trabalho infantil, considerando-o como de interesse local. E ainda, no caso – Plessy versus Fergusso - em que a Corte manteve a legitimidade da segregação racial ao estabelecer a doutrina de “separado, mas igual”²¹

DALLARI, também deixa isso evidente em sua obra, ao comentar uma análise de Corwin,:

“Na segunda metade do século XIX a Suprema Corte negou competência aos Estados para a regulamentação de atividades econômicas, mas ao mesmo tempo, a União se omitia nesse campo, provavelmente porque não havia recebido expressamente a competência para intervir. Em consequência, conclui Corwin, criou-se um “reino de não poder”, uma “zona de penumbra”, uma “terra de ninguém”, em que as grandes empresas puderam agir livremente, fora de qualquer controle”²².

Essa concepção de *laissez-faire* dominou o pensamento político e econômico nos Estados Unidos até a depressão do início dos anos 30, quando o mundo viu surgir um novo modelo de Estado, o Estado de Bem Estar Social, que nos EUA ficou conhecido como “*Welfare State*”.

²⁰ BAGGIO, Roberta Camineiro. Federalismo no Contexto da Nova Ordem Global. Curitiba: Juruá, 2006. p.35

²¹ Ambos os casos são cuidadosamente analisados por ROBERTA BAGGIO, op. cit. p. 39

²² DALLARI, Dalmo de Abreu. O Estado Federal. São Paulo: Ática, 1986. p. 42

1.3.2 Federalismo Cooperativo

Com a crise de 1929, o liberalismo econômico deixou cair sua máscara de auto-suficiência impondo ao Estado um novo papel²³. O federalismo como parte integrante do Estado não fica de fora dessas transformações.

Com a implementação da política do “*New Deal*”²⁴, pelo Presidente Franklin Roosevelt, surge o federalismo cooperativo, caracterizado por uma maior intervenção da União no domínio econômico, a fim de garantir o modelo do Estado de Bem-Estar Social, a partir de uma livre cooperação entre União e as entidades federadas.

Como bem observou SCHWARTZ:

“A doutrina do *laissez-faire*, na qual se baseou o funcionamento da autoridade governamental nos Estados Unidos desde a fundação da República, mostrou-se inadequada para atender aos problemas apresentados pela grande depressão econômica iniciada em 1929. (...) O *New Deal* da Administração Roosevelt significou a própria negação do *laissez-faire*. O *New Deal* envolveu um grau de controle governamental da parte de Washington muito maior do que qualquer outro tentado antes no sistema americano.”²⁵

Portanto, o federalismo cooperativo, comparado com o federalismo dualista, rompe com o princípio de que há duas esferas de poder que não se tocam, substituindo-o pelo de coordenação entre elas. Esta mudança de paradigma, é importante destacar, colocou o federalismo dual “em cheque”, pois na cooperação está presente o conceito de que as decisões políticas sejam centralizadas, cabendo aos entes federados a sua execução administrativa, no que redundaria numa ação descentralizada, mas não federativa. Esse aspecto será melhor desenvolvido no próximo capítulo, que buscará diferenciar os processos de descentralização dos processos propriamente federativos.

De fato, um dos aspectos mais importantes para a análise da decadência do federalismo dual na experiência norte-americana é o das subvenções federais. Através delas, o Governo Federal coordenou a ação administrativa dos Estados membros com total hegemonia, em nome da defesa dos interesses nacionais.

Não por outra razão, ROBERTA BAGGIO afirma que nos Estados Unidos o federalismo cooperativo “não foi pura e simplesmente uma relação de cooperação entre o

²³ Boaventura observa que o Estado Social ou Estado-Providência é “um Estado ativamente envolvido na gestão dos conflitos e concertações entre classes e grupos sociais, e apostado na minimização possível das desigualdades sociais no âmbito do modo de produção capitalista dominante nas relações econômicas”. [SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995. P.165.]

²⁴ O *New Deal* caracterizou-se pelo financiamento do déficit a partir de gastos públicos, implicando em uma rígida e necessária intervenção do Estado em diversos assuntos, tais como: a desvalorização do dólar; a contenção da saída de metais preciosos do país; medidas de protecionismo para a agricultura e indústria; manutenção e restabelecimento dos preços; redução do débito e expansão do crédito; ampliação do trabalho público para deter o desemprego; dentre outras ações. [BAGGIO, op. cit., p. 43]

²⁵ SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984. p.

Governo Federal e Estados –membros. Tratou-se, em ultima instância, da “imposição” federal de sua política a estes Estados em troca de ajuda financeira.²⁶

Diante desta nova situação, os Estados membros apresentaram significativo enfraquecimento político, não só pela necessidade de ajuda federal para o custeio dos programas sociais do *Welfare State*, o que os tornava cada vez mais dependentes e submetidos à vontade do Governo Federal, mas também pelo crescente aumento dos gastos militares, que eram federais, em decorrência da política da Guerra Fria.

Segundo DALLARI:

“O aumento extraordinário dos orçamentos militares, que são federais , só é possível com a redução da participação dos estados na renda nacional. Paralelamente a isso, a expansão das iniciativas federais nos setores ligados à promoção do bem –estar, visando à atenuação da marginalização social e dos conflitos internos, tem o mesmo efeito orçamentário, enfraquecendo os Estados.”²⁷

Essa tendência centralizadora perdurou nos Estados Unidos até o início dos anos 70, quando o *Welfare State* enfrenta a grande crise do petróleo. Neste período, somado a bancarrota do sistema de *Bretton Woods* e a Guerra do Vietnã, o Governo Federal perdeu o poder econômico que sustentava o federalismo cooperativo. Os Estados- membros ressurgem no cenário político sem que isso signifique um retorno ao federalismo dual, mas sim ao modelo que ficou conhecido como *New Federalism*, ou Neofederalismo, como veremos a seguir.

1.3.3 New federalism ou Neofederalismo

O chamado *new federalism* surge nos EUA, com o advento do Governo Ronald Reagan, cuja proposta, à semelhança da proposta apresentada pelo governo igualmente conservador de Margareth Thatcher na Inglaterra, incluía um amplo programa de privatização, baseado principalmente na alienação de ativos públicos.

Como explica RUTH HELENA DWECK: “a estratégia política da época estabelecia como medida fundamental, a introdução de um novo modelo organizacional federalista, através do aumento da transferência de atividades e funções para os governos estaduais e locais, visando em última instância o corte nos gastos federais”.²⁸

²⁶ BAGGIO, Roberta. op. cit., p. 45.

²⁷ DALLARI, op. cit. p. 47.

²⁸ Ainda, segundo DWECK, tal descentralização “foi respaldada pela política neoliberal prevalecente em vários países ocidentais, cujos objetivos eram diminuir o escopo do governo federal, reduzir o déficit público, causado pelas pressões exercidas pelos grupos de interesse e aumentar a eficiência dos serviços públicos. [DWECK, Ruth Helena. Federalismo Fiscal: Experiências distintas: Estados Unidos e Brasil Outubro, 2005. http://www.uff.br/econ/download/tds/UFF_TD182.pdf Acesso em 20.01.2008]

O presidente Reagan deixou muito claro essa estratégia ao afirmar que o governo federal não fazia parte da solução, mas sim do problema. Prometeu reequilibrar o orçamento federal a partir da redução dos programas sociais e do corte de alguns impostos.

Contudo, a atuação de Reagan ficou bastante limitada, pois não foi possível ao seu governo obter maioria parlamentar para transferir a responsabilidade dos programas sociais do governo federal. Foi seu sucessor, Bill Clinton, quem efetivamente conseguiu concretizar a reestruturação pretendida

Como bem observa ROBERTA BAGGIO, “a consolidação das políticas de minimização do Estado norte-americano ocorreu na gestão do democrata Bill Clinton, que, apesar do discurso eleitoral social-democrata, acabou por aderir a algumas idéias neoliberais.”²⁹

Uma das primeiras medida anunciadas pelo governo Clinton, visando diminuir as atividades financiadas e realizadas pelo Governo federal, foi a chamada *Welfare Reform*: uma lei que propunha a transferência de responsabilidades pela execução das políticas sociais para os estados-membros.

Durante o federalismo Cooperativo também os estados-membros contribuíram para a execução de programas sociais, porém a responsabilidade pela elaboração e manutenção de tais programas permanecia com o governo federal. À diferença daquele período, neste cada Estado passou a ser responsável pela elaboração, manutenção e execução dos próprios programas sociais.³⁰

Para oferecer os argumentos necessários à descentralização proposta, houve por assim dizer um conveniente retorno ideológico aos princípios do federalismo clássico de divisão de poderes e funções, mas como esclarece SCHWARTZ, ao analisar uma possível retomada do Federalismo Dual: “o federalismo puro é fundamentalmente incompatível com as tensões da evolução política do século XX. Procurar recriá-lo em sua imagem clássica do século XVIII é entregar-se à busca de uma quimera.”³¹

Os resultados desse processo de descentralização são ainda hoje muito questionados, pois nem todos os Estados teriam a infra-estrutura necessária para atuar com eficiência na realização dos programas sociais, sendo por isso possível verificar o surgimento de uma *underclass*.³²

²⁹ BAGGIO, Roberta. op. cit, p.57.

³⁰ BAGGIO, Roberta. op. cit., p.58.

³¹ SCHWARTZ, op. cit. p. 64

³² HABERMAS discorre acerca do fato, afirmando que “enquanto no plano mundial a economia opera praticamente livre de controles políticos, no plano nacional os governos nacionais(e no caso das Federações, incluem-se os Estados-membros) estão limitados a fomentar a modernização de suas economias. Uma das consequências é a necessidade de adaptar os sistemas nacionais de bem-estar social ao que vem sendo chamado de competitividade internacional. Desse modo, os governos são compelidos a permitir que as fontes de solidariedade social minguem ainda mais. Um inquietante sinal disso é o surgimento de uma *underclass*” [HABERMAS, Jürgen. O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização: o passado e o futuro da soberania e da cidadania. Revista Novos Estudos Cebrap, São Paulo, n. 43, nov. 1995 p.99].

Portanto, a modificação das relações intergovernamentais nos EUA promoveu o aprofundamento das desigualdades sociais, com o agravante de que o Estado Neoliberal, diferente do período do Estado-social (*Welfare State*), não prioriza mais a resolução desse tipo de problema.

1.4. ORIGEM E EVOLUÇÃO DO FEDERALISMO NO BRASIL

No Brasil, o ideal federalista encontra raízes já no período imperial. Esse fato é muito bem demonstrado por MIRIAM DOLHNIKOFF, contrariando interpretações consagradas sobre a história política do Brasil.

“O que se procurará demonstrar nesse livro é que, ao contrário, o projeto federalista, tal qual foi concebido pela elite brasileira na primeira metade do século XIX não morreu em 1824, tampouco em 1840. O projeto federalista saiu vencedor, embora tenha que ter feito, no bojo da negociação política algumas concessões. Se a opção pela monarquia tornava o Brasil uma exceção no continente, a escolha de um modelo de tipo federativo denunciava sua inapelável vocação americana.”³³

Como afirma a autora, apesar da Constituição política do Império (de 1.824) não ter reconhecido o Brasil como federal, a unidade da América lusitana só foi possível graças à implementação de um arranjo institucional pelo qual as elites provinciais se acomodaram ao obter autonomia significativa para administrar suas províncias e, ao mesmo tempo, garantias de participação no governo central, através da Câmara dos Deputados³⁴.

De fato, sabemos que, desde o Brasil- colônia as elites “participaram ativamente das decisões políticas, tanto na sua província, quanto no governo central. E ao fazê-lo constituíram-se como elites políticas.”³⁵ Essa condição que remonta ao período das capitânias hereditárias³⁶, donde originam-se os Estados brasileiros, é ainda hoje muito atual e explica

³³ DOLHNIKOFF, Miriam. O Pacto Imperial, origens do federalismo no Brasil do XIX. São Paulo, Ed. Globo, 2005. p. 14.

³⁴ “A Constituinte de 1.823 recolheu diversas manifestações federalistas, que preconizaram a adoção da monarquia federativa. (...) A dissolução da Constituinte passou a assinalar (...) o berço da concepção federalista, que foi impregnar (...) a fugaz Confederação do Equador, implantada pela revolução pernambucana de 1824, e a mais duradoura República do Piratini, na qual alvoreceu o espírito republicano do Rio Grande do Sul. (...) As idéias federalistas agitaram as reuniões da Câmara e do Senado do Império, durante a discussão da proposição que autorizava a subsequente reforma da Constituição de 25 de março de 1.824. A ‘monarquia federativa’ retornou em emenda aprovada pela Câmara dos Deputados, para ser depurada na Câmara Alta, ciosa defensora da jóia unitária do diadema imperial.” [HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. p.427-8]

³⁵ DOLHNIKOFF. op.cit. p. 14

³⁶ As Capitânias hereditárias, instituídas entre 1534 e 1536, eram “constituídas na base do sistema político-administrativo do reino, com as adaptações sugeridas pela extensão brasileira, assentavam sobre a carta de doação e o foral. “Pela carta de doação fazia el-rei mercê da capitania de determinada porção de território, abrangendo nessa mercê hereditárias e concessão de importantes atributos da autoridade soberana. Posteriormente era dado à capitania um foral, no qual se fixavam, consoante o próprio formulário desses diplomas, os ‘direitos, foros, tributos e coisas’ que na respectiva terra se haviam de pagar ao rei e ao capitão donatário”. A capitania era inalienável e indivisível, sujeita à sucessão mesmo de “fêmeas, bastardos, transversais e ascendentes”, em desvio

como as elites regionais têm imposto determinada dinâmica para o jogo político, impedindo quaisquer reformas fiscais e sociais profundas no Brasil contemporâneo.

Após a Independência do Brasil (1.822), na Constituinte então convocada e instalada, foi apresentado o Projeto de Constituição relatado por Antonio Carlos Ribeiro de Andrada, o qual tomou o seu nome. Nele, em seu artigo 2.º, se arrolavam as províncias e no final dispunha: “e, por federação, o Estado Cisplatino”³⁷.

Conta WLADIMIR RIBEIRO que:

“Ao se iniciar a discussão do 2.º artigo do projeto, Antônio Ferreira França apresentou emenda, tornada célebre pela grande celeuma que causou. Dizia ela: “*Compreende confederalmente as províncias etc..., suprimidas as palavras - por federação - no fim*”. O debate que se seguiu, cujos aspectos mais decisivos foram resenhado por Miguel de Ulhôa Cintra e Maria Carvalho Cruz, mostra que os constituintes brasileiros, quase quatro décadas depois da Constituição norte-americana de 1787, confundiam *federação* e *confederação* - o que inclusive gerava as maiores desconfianças. Em 18 de setembro foi o aditamento rejeitado.”³⁸

No entanto, o Imperador dissolveu a Assembléia Constituinte e nomeou um Conselho de Estado que se incumbiria de elaborar um projeto de Constituição, apresentado aos 11 de dezembro de 1.823. A princípio o projeto seria primeiro apreciado por todas as Câmaras Municipais do país, para ser depois discutido e aprovado por nova Assembléia Constituinte (que D. Pedro afirmava “*que será duplamente mais liberal*”³⁹). Todavia, aos vinte e cinco de março de 1824, promulgou o Imperador o projeto como Constituição, que entrou em vigor imediatamente, como Carta outorgada⁴⁰.

da lei mental. O "capitão e governador" representava os poderes do rei, como administrador e delegado, com jurisdição sobre o colono, português ou estrangeiro, mas sempre católico”[FAORO, op. cit., vol. I, pp. 117-118. Entre as aspas, cita PAULO MÊREA, "A solução tradicional da colonização do Brasil", in *História da Colonização portuguesa no Brasil*, v. 3, p. 174.]

³⁷ BONAVIDES, Paulo. O pensamento político de Frei Caneca” in *A Constituição aberta – temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões*, 2º ed., São Paulo:Malheiros, 1996. p. 340.

³⁸ RIBEIRO, Wladimir. Em busca do Federalismo Perdido, dissertação de mestrado não publicada. Coimbra: 2001. Entre aspas cita os Anais da Constituinte de 1823, *apud* ULHÔA CINTRA e CARVALHO CRUZ, “Fatores Históricos da instituição do federalismo brasileiro” in *Revista de Ciência Política*, Fundação Getulio Vargas, vol22, nº 4, out-dez. 1979.

³⁹ ZIMMERMANN, AUGUSTO, *Teoria geral do federalismo democrático*, cit. p. 359.

⁴⁰ As palavras que imprimiu na Carta de Lei são esclarecedora das razões: “*Dom Pedro Primeiro, Por Graça De Deus, e Unanime Aclamação dos Povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil: Fazemos saber a todos Nossos Súditos, que tendo-Nos requerido os Povos deste Império, juntos em Câmaras, que Nós o quanto antes jurássemos e fizéssemos jurar o Projeto de Constituição, que havíamos oferecido as suas observações para serem depois presentes à nova Assembléia Constituinte; mostrando o grande desejo, que tinham, de que ele se observasse já como Constituição do Império, por lhes merecer a mais plena aprovação, e dele esperar a sua individual, e geral felicidade Política: Nós juramos o sobredito Projeto para o observarmos e fazermos observar, como Constituição, que d’ora em diante fica sendo deste Império; a qual é do teor seguinte:*” (in HILTON LOBO CAMPANHOLE e ADRIANO CAMPANHOLE, *Constituições do Brasil*, S. Paulo: Atlas, 1999, p. 813).

A Constituição de 1824 concebia quatro poderes, dentre eles o Poder Moderador, com várias e importantes atribuições, proclamado como “chave de toda a organização política” (art. 98) para que o Imperador “vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes Políticos” (art. 98), inclusive por meio da dissolução da Câmara dos Deputados (art. 101, V, in fine). Como já se não bastasse, ainda previa que o “Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado” (art. 102), os quais nomeava e demitia livremente (art. 101, VI) e, ainda, instituía um Conselho de Estado, “composto de conselheiros vitalícios, nomeados pelo Imperador” (art. 137), a ser “ouvido em todos os negócios graves, e medidas gerais de Administração” e, bem como, nas hipóteses de uso do Poder Moderador (art. 142).

O Legislativo era exercido por uma Assembléia Geral, com Legislatura de quatro anos (1.^a Legislatura: 1826-1829) e sessão anual de quatro meses (art. 17), com início no dia 3 de maio (art. 18). A Assembléia Geral era dividida em duas Câmaras: Câmara dos Deputados, eletiva e temporária (art. 35), e Senado, escolhido por eleição provincial, por meio de listas tríplices, em que o Imperador escolherá o terço da totalidade da lista (art. 43). O Judiciário era considerado *independente* (art. 151), formado por juízes e jurados que “*somente por sentença poderão estes juízes perder o lugar*” (art. 155), todavia cabendo ao Imperador a capacidade de “*suspendê-los por queixas contra eles feitas, precedendo a audiência dos mesmos Juízes, informação necessária e ouvido o Conselho de Estado*” (art. 154) e, ainda, podiam “*ser mudados de uns para outros Lugares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar*” (art. 153).

Sobre as províncias, a Constituição, além de considerar o Império “*dividido em províncias na forma em que atualmente se acha, as quais poderão ser subdivididas como pedir o bem do Estado*” (art. 2.^o), criou Conselhos Gerais de Província, meio pelo qual “a Constituição reconhece e garante o direito de intervir todo o cidadão nos negócios de sua província e que são imediatamente relativos a seus interesses peculiares” (art. 71), previu que “haverá em cada província um presidente nomeado pelo Imperador, que o poderá remover quando entender que assim convém ao bom serviço do Estado” (art. 165), e, completando, que “a lei designará as suas atribuições, competência e autoridade e quanto convier ao melhor desempenho desta administração” (art. 166).

A participação das elites regionais no governo central foi introduzida pelas reformas liberais da década de 30, especialmente com a aprovação do Ato Adicional de 1834 (Lei 16, de 12 de agosto de 1834), que foi revogado em 12 de maio de 1840, quando da aprovação da chamada Lei de Interpretação do Ato Adicional, que novamente reforçou o centralismo.

Em 1870, nova e importante contestação ao regime monárquico sucedeu com a publicação do Manifesto Republicano, que incluía dentre suas exigências a implantação do federalismo no Brasil. Vemos assim, que a história da construção do estado brasileiro, desde o início, foi marcada pela permanente tensão entre unidade e autonomia.

Todavia, o princípio federal só ingressou mesmo no ordenamento jurídico nacional com a queda do regime monárquico. A República e a Federação surgiram concomitantemente, acolhidas no Decreto inaugural do Governo Provisório, em 15 de novembro de 1889. Desde então, o sistema federativo nunca deixou de figurar como elemento constitucional, porém, ao longo da história, foi moldado de forma a assegurar maior ou menor grau de autonomia aos governos subnacionais.

Uma das principais características do federalismo brasileiro é, justamente, este movimento pendular, que oscila entre a centralização e a descentralização, porém sem nunca romper com os interesses das elites dominantes, consagradas pela expressão de FERNANDO ABRUCCIO como “barões da federação”.⁴¹

Assim, conclui ROBERTA BAGGIO, “no caso brasileiro é possível afirmar que, muito mais do que cumprir o papel de manter a unidade na diversidade, o federalismo permitiu, em todos os nossos momentos históricos, a acomodação de interesses políticos e econômicos. Tal acomodação ocorreu sempre por meio de alianças entre as elites dominantes que ora privilegiaram o setor agrário, ora o setor industrial e comercial.”⁴²

1.4. 1. O Federalismo Dual da República Velha

O federalismo brasileiro, ao reverso do modelo clássico norte-americano, é, portanto, centrífugo, pois surge a partir de formação unitária, criada pela Constituição política do Império. De fato, a formação centrífuga explica, em parte, a centralização do federalismo brasileiro, mas não inteiramente. A prática do coronelismo sobre o qual se assentou a política dos governadores, como se verá a seguir, é a resposta para a artificialidade do federalismo dual brasileiro durante a República Velha.

Em 24 de fevereiro de 1891, com a proclamação da primeira Constituição Republicana, se estrutura normativamente a Federação brasileira, resultado da “união perpétua e indissolúvel das antigas Províncias”, as quais, simultaneamente, se transformaram em Estados.⁴³

Nesta Carta, evidente foi a influência exercida pelo texto constitucional norte-americano de 1787, “modelo, que se nos impunha. Fora dela só teríamos a democracia helvética, intransplável para Estados vastos, e os ensaios efêmeros da França, tipo infeliz, além de oposto às condições de um país naturalmente federativo como o nosso”⁴⁴. RUI BARBOSA chega a confessar explicitamente como esta inspiração no modelo norte-americano se deu, ao afirmar que o Partido Liberal “adotou o regime federativo, copiando o seu programa da Constituição americana, de onde nós declaradamente o copiamos depois, como, há trinta e seis anos, o copiou a Constituição argentina, cujos autores se cingiram tão a letra da lei orgânica dos Estados Unidos, que, sendo o idioma inglês desconhecido na constituinte de 1853, o pacto federal da República espanhola reproduz até erros de tradução, de que se achava eivada a versão francesa, por onde se regeram os constituintes platinos”⁴⁵.

⁴¹ ABRUCCIO, Fernando. Os barões da federação: os governadores e a redemocratização brasileira. Ed Lua Nova, 1994.

⁴² BAGGIO, ROBERTA. Ob. Cit. p.77.

⁴³ “Art 1º - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.”

⁴⁴ BARBOSA, Rui. *Cartas de Inglaterra*, Rio, 1896, p. 212

⁴⁵ BARBOSA, Rui. “Federação, conservação”, artigo do Diário de Notícias colidido por Homero Pires in comentários à Constituição Federal Brasileira, vol.1, S Paulo: Saraiva, 1932. p. 57.

Declaradamente, a nossa primeira Constituição Federal buscou inspiração no modelo norte-americano do Federalismo Dual, que, como vimos, expressava os princípios liberais da época. Consolidou-se assim os ‘Estados Unidos do Brasil’, numa República Federativa bicameral e presidencialista, que estabeleceu ainda o voto para os maiores de vinte e um anos e a repartição de poderes: executivo, legislativo e judiciário, bem como a indissolubilidade da federação.

O diploma constitucional de 1891, leal aos preceitos do federalismo dual, reconheceu também significativa autonomia aos Estados-membros, dentre outras coisas, os Estados poderiam ter suas próprias Constituições, escolher seus representantes e contratar empréstimos externos, sem autorização da esfera federal.

A forma de se dividir as competências entre os Estados e a União seguiu exatamente o modelo norte-americano. Listavam-se as matérias de incumbência da União, sendo facultado aos Estados em “geral todo e qualquer poder, ou direito que lhes não seja negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição” (art. 65, n. 2).⁴⁶

Todavia, na divisão de competência, o dual federalismo não foi exacerbado a ponto de diversificar o direito penal, civil e comercial, que continuaram federais. Porém, aos Estados se deixou a competência para dispor sobre legislação processual, permitindo que cada Estado pudesse ter, por exemplo, o seu Código de Processo Civil.

Ocorre que, as condições históricas norte-americanas não estavam reproduzidas no caso brasileiro, de tal modo que as instituições políticas nacionais se tornaram bem diferentes das norte-americanas. Segundo WOLKMER, o liberalismo brasileiro serviu de suporte aos interesses das oligarquias dos grandes proprietários de terra e do clientelismo vinculado ao monarquismo imperial. “Essa faceta das origens de nosso liberalismo é por demais reconhecida, indubitavelmente, porque a falta de uma revolução burguesa no Brasil restringiu a possibilidade de que se desenvolvesse a ideologia liberal nos moldes em que ocorreu em países como Inglaterra, França e Estados Unidos.”⁴⁷

A incorporação da autonomia municipal como princípio constitucional da Primeira República brasileira também foi artificial. Assim dizia o artigo 68 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891: “Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse”. Contudo, a amplitude dos poderes estaduais submeteu a organização municipal a rígido controle hierárquico, de tal modo que a propalada autonomia dos entes locais, apesar de prescrita na Constituição desde a origem da República, nunca saiu do papel.⁴⁸

⁴⁶ Dispositivo que permaneceu nas Constituições de 1934 (art. 7.º, IV); de 1937 (art. 21, II) e de 1946 (art. 18, § 1.º). A expressão “implícitos” desapareceu no texto de 1967 (cf. o art. 13, § 1.º), retornando na de 1969 (art. 13, § 1.º), voltando a se ausentar no texto constitucional em 1988, que adotou a fórmula, hoje em vigor, de que *são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição* (art. 25, § 1.º).

⁴⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. História do direito no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1999. P. 75

⁴⁸ HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. p. 623

E, muito contribuiu para isso, o fortalecimento do “coronelismo”, prática clientelista a que se refere a clássica obra de VITOR NUNES LEAL⁴⁹, pois, ao instituir o sufrágio universal, a República Velha transformou a população numa massa de eleitores, que se concentrava principalmente no meio rural sob a tutela dos proprietários de terra.

Em sua obra, o autor aponta os problemas do sistema representativo da época, relacionando-os a aspectos econômicos e sociais da estrutura predominantemente agrária do país, que tinha por base a concentração da propriedade da terra. No cenário rural, a sociedade abrigava uma minoria de grandes proprietários ilhados na imensa pobreza da massa popular deles dependentes. O peso político desse eleitorado era bastante significativo na decisão dos pleitos estaduais e federais. Os “coronéis” arregimentavam os eleitores do Município ou do Distrito, fornecendo valioso apoio ao governo do Estado para as eleições. Em consequência disso, os chefes dos partidos tinham de se entender com os chefes políticos locais. O “coronelismo” constitui um compromisso, uma troca de proveitos, entre o Poder público e o poder privado dos “coronéis”.

No relato de NUNES LEAL:

“Qualquer que seja (...) o chefe municipal, o elemento primário desse tipo de liderança é o ‘coronel’, que comanda discricionariamente um lote considerável de votos de cabresto. A força eleitoral empresta-lhe prestígio político, natural coroamento de sua privilegiada situação econômica e social de dono de terras. Dentro da esfera própria de influência, o ‘coronel’ como que resume em sua pessoa, sem substituí-las, importantes instituições sociais. (...) A massa humana que tira a subsistência das suas terras vive no mais lamentável estado de abandono. Diante dela, o ‘coronel’ é rico. (...) O roceiro vê sempre no ‘coronel’ um homem rico, ainda que não o seja. Além do mais no meio rural, é o proprietário da terra ou de gado quem tem meios de obter financiamentos. (...) É, pois, para o próprio ‘coronel’ que o roceiro apela nos momentos de abertura, comprando fiado em seu armazém para pagar com a colheita, ou pedindo dinheiro, nas mesmas condições para outras necessidades. (...). Completamente analfabeto, ou quase, sem assistência médica, não lendo jornais, nem revistas, nas quais se limita a ver as figuras, o trabalhador rural, a não ser em casos esporádicos, tem o patrão na conta de benfeitor. E é dele, na verdade, que recebe os únicos favores que sua obscura existência conhece. Em sua situação, seria ilusório pretender que esse novo pária tivesse consciência do seu direito a uma vida melhor e lutasse por ele com independência cívica. O lógico é o que presenciamos: no plano político, ele luta com o ‘coronel’ e pelo ‘coronel’. Aí estão os votos de cabresto, que resultam, em grande parte, da nossa organização econômica rural.”⁵⁰

Por todas essas razões, durante a República Velha fortaleceu-se a prática do coronelismo e sobre suas bases, como afirma Faoro: “erguia-se o credo partidário com o poder do governador de cancelar, orientar e dominar as eleições municipais, bem como de controlar a comuna por meios financeiros e partidários por via dos coronéis a ele leais, no aliciamento do voto, por parte dos chefes locais, com o emprego dos recursos suasórios e se necessário, da fraude ou da violência.”⁵¹

⁴⁹ LEAL, Victor Nunes . Coronelismo Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil. 3º Ed – Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1997.

⁵⁰ LEAL. op. cit., p.42-44

⁵¹ FAORO, Raymundo. Os donos do Poder: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2000. v. 1. p. 168

Apesar da Reforma Constitucional de 1926 ter sido uma vitória dos centralizadores, pois deu início à tendência centralizadora no nosso federalismo, restringindo a autonomia dos Estados-membros e dilatando a competência da União, acabou ela reduzida a cinco pontos de relevância: a) ampliou os casos da intervenção federal nos Estados que, diminuídas em número na Presidência Campos Sales, ressurgiram adiante; b) restringiu e mudou algumas atribuições do Congresso Nacional, v.g., proibindo matéria estranha a receita e despesa na Lei de Orçamento; c) instituiu o veto parcial; d) restringiu a competência da Justiça Federal; e) limitou o habeas corpus a quando houver constrangimento à liberdade de locomoção, andando em sentido contrário das históricas decisões do Supremo Tribunal Federal conhecidas como "doutrina brasileira do habeas corpus", origem do mandado de segurança⁵².

Paradoxalmente, em relação aos municípios, a Reforma incluiu expressamente a autonomia municipal entre os princípios constitucionais da União (artigo 6º, inciso II, alínea f). A partir daí, "a autonomia local passaria a comportar interpretação federal e não mais, de forma exclusiva, a interpretação que lhe desse o Estado-membro no exercício do poder de organização do Município".⁵³

Contudo, não foi pela Reforma de 1926 que se viram mudanças no regime político da Primeira República, apesar de que as mudanças econômicas advindas da industrialização e o surgimento do movimento tenentista já cuidava de tornar frágeis as estruturas em que se apoiava. Na prática, a política dos governadores, que logo se transformou na política do café com leite, ou seja, uma aliança centrada nos Estados de São Paulo (produtor de café) e Minas Gerais (gado leiteiro), dominou as relações políticas da época.

Talvez por isso mesmo, os movimentos separatistas promovidos pelas demais oligarquias regionais, tenham sido tão freqüentes na época. Se seguirmos a divisão do período em três fases, podemos perceber uma maior concentração das revoltas separatistas nas primeira e segunda fase, sendo a terceira marcada pela acomodação dessas revoltas e o fortalecimento do poder oligárquico, caracterizado pela política coronelista. Nesse sentido, o primeiro período da República Velha vai até 1.983 e caracteriza-se pelos governos militares. O segundo período, de 1.894 a 1.910, é caracterizado pelo presidencialismo civil e a política do 'café com leite', que segue pelo terceiro período.

Ao final da terceira fase da República Velha, o poder político das oligarquias cafeeiras apresenta nítidos sinais de enfraquecimento, decorrentes de fatores internos, como o total descrédito do sistema eleitoral vilipendiando por fraudes e fatos internacionais como a guerra mundial; a queda do preço internacional do café e a crise de 1929. Importante observar que neste mesmo período ocorreu a emergência do *Welfare State* e do Federalismo Cooperativo nos EUA, por razões já expostas.

Ao fim da República Velha, com a ascensão de Getúlio Vargas à presidência da República, fruto da própria quebra de hegemonia das bases cafeeiras, assistimos a tomada do poder por uma parte da elite até então excluída do jogo político, a elite industrial, cujo lócus era urbano e não agrário, diferenciando-se assim das elites oligárquicas que até então dominaram. Essa nova aliança marcou toda a era Vargas e representa também, para

⁵² Pode-se acessar estes julgamentos do STF por meio de seu site (www.stf.gov.br), que possui uma seção de *julgamentos históricos*.

⁵³ HORTA, op.cit. p.624

grande parte da doutrina, a mudança do paradigma do Federalismo dual para o Federalismo Cooperativo no Brasil.⁵⁴

1.4.2. O Federalismo Cooperativo no Brasil

Como vimos na experiência norte-americana, a centralização política foi a essência do Federalismo Cooperativo, porém cuidadosamente contrabalançada por engenhosos mecanismos que garantiram a convivência e a preservação dos diversos núcleos de poder próprios do federalismo, através de mecanismos de coordenação e cooperação que não estão sob o controle de nenhum dos entes federativos.

Segundo WLADIMIR RIBEIRO:

“Esses mecanismos podem ser resumidos em dois modelos: (1) o que a União utiliza as suas competências e recursos para induzir os Estados federados a exercerem as suas competências de uma determinada maneira; (2) o que as competências são centralizadas (ou declaradas como "comuns" ou "concorrentes"), mas no interior de um processo que tanto permite a descentralização nas formas como as condições concretas determinarem, como a larga participação dos entes federados, no exercício destas mesmas competências compartilhadas”.⁵⁵

Tomemos a Revolução de 1.930, que levou Getulio Vargas ao poder, como fato precedente do federalismo cooperativo no Brasil. Naquela época a situação do país era caótica, os reflexos da crise mundial arrasaram o setor agrícola e o desemprego nas grandes cidades crescia. O modelo de desenvolvimento do Brasil precisava mudar daí a necessidade de se introduzir mecanismos da cooperação federativa, que permitissem ao governo central neutralizar o poder das oligarquias regionais (agrárias) e assim modernizar o país por meio da sua industrialização.

Para alcançar seu objetivo, Getulio Vargas fez uma importante alteração do sistema eleitoral, definindo um aumento na representação política dos Estados menores em detrimento dos Estados mais populosos no Congresso Nacional. Essa alteração perdura ainda nos dias de hoje e é motivo de muita polêmica⁵⁶. Além disso, Getulio Vargas enfrentou a Revolução Constitucionalista de São Paulo, em 1.932 e, apesar da sua vitória, o enfrentamento deixou evidente a necessidade de uma nova Constituição para o país que espelhasse o novo pacto político entre os entes federados.

Nasce assim, em julho de 1.934 a segunda Constituição Republicana do Brasil. Dela destacamos algumas das mudanças: a) a grande concentração de competências na União, minuciosamente descritas (art. 5.º); a especificação das competências legislativas da União (art. 5.º, caput, XIX), estabelecendo-se, também, que a utilização desta em determinadas matérias “não exclui a legislação supletiva ou complementar sobre as mesmas matérias” (art. 5.º, § 3.º); b) a atribuição à União da tarefa de “organizar a defesa permanente contra os

⁵⁴ HORTA, Raul Machado. Tendências do Federalismo Brasileiro, in Revista de Direito Público, nº 09.

⁵⁵ RIBEIRO, Wladimir Antonio. op. cit. p. 61.

⁵⁶ SOUZA, Celina. Federalismo e gasto social no Brasil: tensões e tendências. Revista Lua Nova, São Paulo, n. 52 p. 05-28, jan/jul. 2001. p. 12

efeitos da seca nos Estados do norte” (art. 5.º, XV); c) a instituição de normas para preservar a autonomia municipal, fixando expressamente rendas tributárias aos Municípios, garantindo a “organização dos serviços de sua competência” (art. 13, III) e a “eletividade do Prefeito e dos Vereadores da Câmara Municipal, podendo aquele ser eleito por esta” (art. 13, I), com exceção do Prefeito da Capital do Estado e das estâncias hidrominerais, de nomeação do governo do Estado (art. 13, § 1.º).

O espírito unitarista do nosso federalismo já estava presente em diversos dispositivos desta Constituição, como o que proibiu que os Estados adotassem, para funções idênticas, denominação diferente da Constituição Federal (art. 19, I), uniformizando que todos, por exemplo, tivessem que ter Tribunais de Justiça ou ter seus Municípios governados por Prefeitos etc. Essa simetria é, ainda hoje, muito criticada, porque cega o Estado à compreensão dos desníveis socioeconômicos, ou mesmo das dimensões territoriais, dentre os entes políticos federados, como veremos no próximo capítulo.

Fora os aspectos que dizem mais de perto com o Estado Federal, alguns outros aspectos também são de se destacar: a) o reconhecimento do voto feminino (art. 108, caput, constitucionalizando decisão tomada na Revolução de 1930); b) a criação da Justiça Federal; c) o Senado como órgão auxiliar da Câmara dos Deputados (art. 22); d) a criação, ao lado da representação política tradicional, da representação classista, de inspiração fascista (art. 23) e, e) ao lado da “clássica declaração de direitos e garantias individuais, inscreveu um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura com normas quase programáticas, sob a influência da Constituição alemã de *Weimar*”⁵⁷.

Como afirma JOSÉ AFONSO DA SILVA, foi “um documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo”⁵⁸, por isso mesmo marcado de indecisões e ambigüidades, que somente foram solucionadas pela força, num rompimento com a ordem democrática⁵⁹.

Em síntese, relativamente ao pacto federativo a nova Constituição (1.934) enfraqueceu os Estados e fortaleceu os municípios através da especificação do conteúdo da autonomia municipal, nos termos do seu art. 13, que consignou a possibilidade de eleição, direta ou indireta, dos prefeitos e dos vereadores; a autorização para organizar os serviços de sua competência; e, sobretudo, a capacidade financeira e tributária concedida aos municípios. Contudo, a nosso ver, não se realizou efetivamente um federalismo cooperativo no Brasil, pois em nenhum momento se impulsiona a cooperação entre os entes federados, falta à Constituição de 1.934, aquele elemento estruturante da cooperação intergovernamental: o consenso/acordo sobre a oportunidade das decisões discursivamente validadas.

Talvez por isso mesmo, essa ordem constitucional não tenha durado muito. Já em 1935, esta Constituição teve três Emendas, as quais previram a decretação de comoção intestina grave equiparada ao Estado de Guerra, com que viveu o país do final de 1935 (quando ocorreu a chamada Intentona Comunista), até o advento do Estado Novo.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, p. 82.

⁵⁸ *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁵⁹ Cf. Paulo Bonavides e Paes de Andrade, *História Constitucional do Brasil*, S. Paulo: Editora Paz e Terra, 1989, p.p. 320-321. Celso Ribeiro Bastos, que também reconhece o *extremo caráter compromissório assumido pelo Texto ante as múltiplas divergências que dividiam o conjunto de forças político-ideológicas da época* (*op. cit.*, p. 111).

Getúlio Vargas, que havia sido eleito pela Constituinte para o primeiro quadriênio presidencial deu um Golpe de Estado (um "autogolpe"⁶⁰) e implantou a ditadura do Estado Novo, em 1937, alegando “*apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas*”⁶¹. Veio, assim, a "Constituição" de 10 de novembro de 1937, instrumento que instituiu o Estado Novo que, por ter se inspirada na Constituição polonesa, ficou conhecida como *polaca*.

Para que se tenha noção do significado de tal Carta, leve-se em conta que em suas disposições transitórias era “*declarado em todo o país estado de emergência*” (art. 186), durante o qual “*deixará de vigorar a Constituição nas partes indicadas pelo Presidente da República*” (art. 171), situação que veio a ser modificada somente em 1945, com o fim do regime. Além disso, o Presidente da República podia legislar sob a forma de decretos-lei (art. 13), prerrogativa que foi largamente utilizada.

A federação desapareceu, apesar de que, formalmente, a "Constituição" afirmava que o “*Brasil é um Estado Federal*” (art. 3.º). Os Estados foram governados por Interventores, de nomeação do Presidente da República (art. 176), os quais assumiam “*as funções que, pela sua Constituição, competirem ao Poder Executivo, ou as que, de acordo com as conveniências e necessidades de cada caso, lhe forem atribuídas pelo Presidente da República*” (art. 9.º). Com as Assembléias dissolvidas, tais Interventores assumiam também funções legislativas, no que eram auxiliados, a partir de abril de 1939⁶², por um Conselho Administrativo nomeado pelo Presidente da República, sendo que, de suas decisões, cabia recurso para o Presidente da República. Os Municípios, apesar de se prever a “*escolha dos vereadores pelo sufrágio direto dos munícipes*” (art. 26, *a*), tinham o seu Prefeito nomeado pelo Governador (*rectius*: Interventor) do Estado (art. 27). A Constituição de 1937 previa que seria submetida a plebiscito (art. 187), o que nunca ocorreu, com isso os Estados não puderam elaborar suas Constituições. Sequer as bandeiras, escudos e armas dos Estados e Municípios eram permitidos (art. 2.º).

Ainda, de acordo com o Código das Municipalidades (Decreto-Lei 1.202, de 8/4/39, modificado pelo de nº 5.511, de 21/5/43), arquitetado por Francisco Campos, se implantou a estrutura de um Estado unitário com órgãos descentralizados nos Estados, e os prefeitos nomeados pelos Governadores administravam sem a colaboração de nenhum órgão local de representação popular.

Porém, é nesta Constituição (1.937) que aparece pela primeira vez a figura dos Consórcios Públicos. Pelo texto do artigo 29⁶³ daquele diploma se acendeu a possibilidade de os Municípios se agruparem, mediante a adoção de personalidade jurídica, para “*instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns*”. Para esse fim, caberia aos Estados “*regular as condições em que tais agrupamentos poderiam constituir-se, bem como a*

⁶⁰ Esta expressão é a utilizada por AUGUSTO ZIMMERMANN, *op. cit.*, pp. 319-320.

⁶¹ Preâmbulo da Constituição de 10 de novembro de 1937.

⁶² Decreto-lei n.º 1.202, de 8 de abril de 1939.

⁶³ “Art. 29 – Os Municípios da mesma região podem agrupar-se para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns. O agrupamento, assim constituído, será dotado de personalidade jurídica limitada a seus fins. Parágrafo único - Caberá aos Estados regular as condições em que tais agrupamentos poderão constituir-se, bem como a forma, de sua administração.”

forma de sua administração”. Lamentavelmente, a norma aparentemente permaneceu ineficaz, pois não se tem notícia de nenhum consórcio constituído naquela época.

Como após-Guerra, houve o sopro de redemocratização que atingiu também o Brasil. Getúlio Vargas baixou reforma constitucional⁶⁴, estabelecendo eleições diretas para Presidente da República e para o Parlamento, fixando-as para 2 de dezembro de 1945. Em 29 de outubro do mesmo ano foi Vargas deposto do poder pelos Ministros Militares, “*desconfiados de que estaria ele tramando sua permanência no poder*”⁶⁵. Assumiu o governo o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro José Linhares, que baixou a Lei Constitucional 13, de 12 de novembro de 1945, dispondo que os “*representantes eleitos a 2 de dezembro de 1945 para a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão no Distrito Federal, sessenta dias após as eleições, em Assembléia Constituinte, para votar, com poderes ilimitados, a Constituição do Brasil*”⁶⁶.

O subsequente período democrático inaugurado pela Constituição de 1946 reconstrói as bases de um federalismo cooperativo. Sob o ponto de vista do Estado Federal, destaca-se de seu texto que: a) havia concentração de competências na União, especialmente as legislativas (arroladas no art. 5.º, XV), com a previsão de que a competência legislativa da União não excluísse a legislação estadual supletiva ou complementar (art. 6.º); b) revia uma ampla lista de hipóteses de intervenção federal nos Estados, todavia, condicionada muitas vezes pela existência de lei federal autorizadora ou de requisição do Supremo Tribunal Federal (art. 7.º a 14); c) reconhecia a autonomia estadual, que podiam elaborar suas Constituições, e bem como, que aos Estados se reservam todos os poderes que, implícita ou explicitamente, não lhes sejam vedados pela Constituição (art. 18, § 1.º), e d) a autonomia municipal foi assegurada, dispondo a Constituição diretamente sobre: quando os Municípios podiam sofrer intervenção dos Estados (art. 23); previa a eleição dos Prefeitos e Vereadores (art. 28, I), com exceção dos das Capitais e os das estâncias hidrominerais, quando beneficiadas pelo Estado ou pela União (art. 28, § 1.º); e, ainda, atribuía ao Município diversas rendas tributárias (art. 29, art. 20), inclusive que as decrite e arrecade (art. 28, II, a) e, bem como, que organize os serviços públicos locais (art. 28, II, b).

Note-se que o conteúdo da autonomia municipal foi restabelecido aos padrões de 1934. Por outro lado, a possibilidade de intervenção estadual foi restringida pela definição das hipóteses de cabimento na Constituição federal. Além disso, a capacidade financeira e tributária dos poderes locais ganhou reforço e, pelo fato de a autonomia municipal permanecer como princípio constitucional da União, a sua defesa judiciária conquistou a proteção do Supremo Tribunal Federal, conforme ressalta HORTA, ao destacar o papel da Suprema Corte, naquele período, como ‘Tribunal da Federação’.⁶⁷

Ainda, relativamente ao Federalismo Fiscal, segundo Horta:

“A Constituição de 1946, inaugurando os fundamentos do novo federalismo cooperativo, estabeleceu a distribuição de percentual da arrecadação federal do imposto único sobre produção, comércio, distribuição e consumo de lubrificantes e com-

⁶⁴ Lei Constitucional n.º 9, de 28 de fevereiro de 1945.

⁶⁵ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso, cit.*, p. 84.

⁶⁶ Observe-se aqui que se tratou de uma decisão política, não propriamente de uma reforma constitucional pois esta, como observa JOSÉ AFONSO DA SILVA, teve ter por fim manter a Constituição reformada, não a substituir (*Curso, cit.*, p. 87, *in fine*).

⁶⁷ HORTA. *op. cit.* p.629. Segundo o autor: “Naquele período de reconstitucionalização do País, quando se deveria construir o novo edifício constitucional da República Federal, o Supremo Tribunal Federal destacou-se na função revisora das Constituições estaduais, de modo particular, pela energia que colocou na função protetora da autonomia municipal.”

bustíveis líquidos e gasosos (art. 15, § 2.º), para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e a percentual do imposto de renda para os Municípios (art. 15, § 4.º), processo de distribuição que a Emenda Constitucional n. 18, de 1 de dezembro de 1965, ampliou consideravelmente, criando os fundos de Participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 21)”⁶⁸.

Os anos que se seguiram foram marcados pelo esforço do Governo Federal de desenvolver uma política de desenvolvimento regional. Isso porque, já nos anos quarenta, as disparidades econômicas regionais do Brasil eram gritantes. O nordeste concentrava a pobreza e o Sudeste a riqueza, reflexo do processo de desenvolvimento industrial concentrado da era Vargas. Neste contexto, destaca-se a criação da Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Amazônia e a Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE, ambas com o objetivo de consolidar uma política de desenvolvimento para as respectivas regiões. Além disso, é importante registrar a criação de Brasília, que promoveu um importante remanejamento populacional para a região Centro-Oeste do país.

O Estado Social intervencionista operava mudanças fortes no federalismo, seguindo o mesmo fenômeno do *Welfare State* que levou à centralização na federação norte-americana, pois o modelo federativo cooperativo se apresentava como a melhor forma de atender as exigências do projeto nacional-desenvolvimentista desta época.

Contudo, a implementação desse projeto não deu sem resistências, especialmente por parte das elites regionais que sempre dominaram o cenário político nacional. O melhor exemplo disso foi o fracasso do Plano Trienal, elaborado por Celso Furtado, então ministro do planejamento do Governo de João Goulart (Jango), que entre outras medidas propugnava por uma Reforma Agrária.

A gota d’água foi a decisão de Jango de realizar as chamadas reformas de base por meio de decretos-leis, burlando dessa forma o Congresso Nacional (nos dois primeiros decretos-leis foram declaradas desapropriáveis as propriedades rurais não utilizadas). Segundo BAGGIO, a reação se deu com a conservadora “Marcha da Família com Deus pela Liberdade”, que reuniu mais de 500 mil em São Paulo. “Neste contexto, o próximo passo seria caminhar rumo à ‘purificação’ com o golpe militar, em 31.03.1964, empurrando o país ao mais longo período autoritário de sua história.”⁶⁹

Assim, o período do Federalismo Cooperativo deste período é sobrestado pelo regime militar instaurado em 1.964, acabando por se deformar em um centralismo usurpador da autonomia dos Estados-membros, caracterizando o que ZIMMERMANN denomina de federalismo orgânico⁷⁰.

⁶⁸ HORTA. Raul Machado. Tendências do Federalismo Brasileiro, in Revista de Direito Público, nº 09

⁶⁹ BAGGIO, op. cit., p.102.

⁷⁰ ZIMMERMANN. Segundo o autor, no federalismo orgânico: “As leis estaduais acabam então sem relevância alguma, subordinadas que estão ao princípio sufocante da hierarquização das normas jurídicas. Assim, transforma-se a autonomia estadual nesta espécie de princípio desmoralizado, assitindo-se, ademais, à marcha centralizadora que põe termos finais às vantagens democráticas da descentralização política.” [ZIMMERMANN, Augusto, Teoria Geral do Federalismo Democrático, 2ª. ed., Lumen júris Editora. p. 65.]

1.4.3. Federalismo Orgânico da Ditadura Militar

O Regime Militar foi um período de muito autoritarismo e contradições políticas. O instrumento jurídico que o fixa é o Ato Institucional 1, de 9 de abril de 1964, subscrito pelos Comandos em Chefe do Exército, Marinha e Aeronáutica, que arrogava à "Revolução" o Poder Constituinte mas, apesar disso, "mantendo" a Constituição de 1946, com alterações definidas pelo próprio AI- 1, como ficou conhecido.

De acordo com BAGGIO, os militares não pretendia tornar explícito o autoritarismo do regime porque eles contavam com o fundamental apoio dos governadores, especialmente de Carlos Lacerda, da Guanabara; Ademar de Barros, de São Paulo e Magalhães Pinto de Minas Gerais⁷¹. Assim, “o AI-1 não cancelou as eleições diretas para governador em 1965, o Congresso Nacional e as Assembléias Legislativas não foram fechados e, dentre outras coisas, foram chamadas eleições indiretas para a Presidência.”⁷²

Contudo, depois da derrota dos militares, nas eleições diretas para governadores, veio o AI -2, de 27 de outubro de 1965, que modificou a Constituição de 1946 em vários pontos, entre eles, extinguiu os partidos políticos e permitiu a criação de outros, subordinados à nova legislação. O AI- 3 estendeu a eleição indireta aos Estados e estabeleceu que, com exceção dos Prefeitos das Capitais dos Estados, que passaram a ser eleitos por meio da Emenda à Constituição 12, de 8 de abril de 1965, os demais continuariam a ser eleitos diretamente, admitindo-se as sublegendas, ou seja, mais de um candidato por partido, dentro do qual os votos se somam, elegendo, dentre os do partido, aquele com maior número de votos (art. 4.º). O AI-4, de 7 de dezembro, convocou extraordinariamente o Congresso Nacional que havia sido fechado, para regular como se daria o processo constituinte, fixando inclusive o dia de promulgação da nova Constituição (24 de janeiro de 1.967).

Na data marcada veio a lume a Constituição de 1967, e, nos termos que previa (art. 189), entrou em vigor em 15 de março, início de mandato de novo Presidente da República, "eleito" indiretamente, Marechal Artur da Costa e Silva. De seu texto destaca-se que: a) centralizava na União grande número de competências, especialmente legislativas (art. 8.º); b) possuía lista de competências materiais (art. 8.º, incisos I a XVI) e legislativas (art. 8.º, XVII, alíneas a à v), muitas delas limitadas ao estabelecimento de normas gerais; c) previa que cabia aos Estados todos os poderes não conferidos por esta Constituição à União ou aos Municípios; d) instituía um sistema tributário que fazia com que os Estados e Municípios tivessem grande dependência da União; e) previa que os Prefeitos das Capitais, estâncias hidrominerais e Municípios declarados de "segurança nacional" seriam nomeados, dependendo a nomeação dos dois primeiros da Assembléia Legislativa e, do último, do Presidente da República

Verifica-se que, assim, uma total deterioração da autonomia dos governos subnacionais. Relativamente à autonomia municipal, mais uma vez a eletividade dos municípios ficou limitada. Por sua vez, os casos de intervenção do Estado no Município foram ampliados. Quanto à representação parlamentar do Município, o número de vereadores ficou limitado a vinte e um, proporcionalmente ao eleitorado local.

⁷¹ Esse episódio mostra bem como as elites políticas regionais, concentradas no sudeste, sempre se mantiveram no poder e como a democracia para elas tinha um valor meramente instrumental e retórico. [ver ABRUCCIO. Fernando Luiz. (Os descaminhos da Democracia, mar./abr. 1999)]

⁷² BAGGIO. op. cit. 102.

Todavia o dispositivo que mais conflitava com forma federal de Estado era o que previa que “a criação de novos Estados e Territórios dependerá de lei complementar” (art. 3.º). De fato, como leciona ZIMMERMANN, “diferindo o Estado federal dos demais estados unitários exatamente pela característica básica da descentralização política, sobejamente realçada pela autonomia legislativa das unidades federativas, é de se admirar que a própria integridade territorial e, quiçá, a próprias existências das próprias, pudessem ser ameaçadas pela vontade exclusiva do poder central”⁷³

Com a Emenda Constitucional 1/69⁷⁴, o impacto deste novo texto foi ainda mais centralizador, tanto do ponto de vista horizontal como vertical da distribuição do poder. De tal Carta, destaca-se: a) a mudança do nome da Constituição que, contraditoriamente a sua concepção centralizadora, passa a ser designada como Constituição da República Federativa do Brasil e não, como era em 1967, Constituição do Brasil; b) a manutenção de uma lista de competências materiais da União (art. 8.º, I a XVI) e legislativas (art. 8.º, XVII); c) que dispôs sobre a fiscalização financeira e orçamentária dos Municípios (acrescentando o art. 16); e d) que previu a hipótese de intervenção federal para coibir corrupção no poder público estadual.

O art. 3.º da Constituição de 1967, que permitia que lei complementar criasse novos Estados, permaneceu intacto, a ameaçar o federalismo brasileiro, assemelhando-o a um Estado unitário descentralizado. E assim se deu que, através da Lei Complementar nº 20, de 1º julho de 1974, sem qualquer consulta ao povo fluminense ou carioca, foi feita a fusão do Estado da Guanabara com o Rio de Janeiro⁷⁵.

Mesmo neste contexto extremamente centralizador, as práticas “coronelistas” da República Velha continuaram vigentes, o que obrigou o Governo militar a ter de negociar com as elites estaduais. De acordo com ABRUCCIO, “isso se explica pela manutenção de eleições para cargos de fundamental importância para a carreira dos grupos políticos locais. O regime militar criou uma situação paradoxal, com a vigência de instrumentos autoritários ao lado de mecanismos democráticos”.⁷⁶

Como explica BAGGIO, “o regime militar começou a entrar em decadência com a crise do fenômeno chamado ‘milagre econômico’, que, por cerca de cinco anos, conseguiu fazer o país desenvolver-se economicamente [...] No entanto, a política econômica que proporcionou esse crescimento baseava-se nos mecanismos cruéis do capitalismo selvagem”.⁷⁷

⁷³ ZIMMERMANN, AUGUSTO, *op. cit.*, p. 326.

⁷⁴ “Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova Constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil. [SILVA, José Afonso. Curso de direito Constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 1997. p.88.]

⁷⁵ ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 326

⁷⁶ ABRUCCIO, Fernando Luiz. (Os descaminhos da Democracia, mar./abr. 1999) *in* Quem es tú Federação? Publicação da Comissão Nacional para as Comemorações do V Centenário de Descobrimento do Brasil. São Paulo, ano 1 – nº 2- mar./abr. 1999

⁷⁷ BAGGIO, *op. cit.* 105.

1.4.4. A redemocratização do Brasil

Em face da crise econômica vivida pelo país, a oposição crescia elegendo diversos parlamentares nas eleições de 1974 e nas eleições municipais de 1976. Em 1977, vem o famoso "pacote de abril", em que, após se decretar o recesso parlamentar, o Presidente da República se arroga o poder de Emendar a Constituição (com base no AI 5, pela última vez utilizado para modificar texto constitucional), baixando as Emendas 7, de 13 de abril, e 8, de 14 de abril. Dentre as medidas, fixou novo número, máximo e mínimo, de deputados por Estados, estipulou que um dos três senadores de cada unidade federada seria eleito indiretamente pela Assembléia Legislativa correspondente, e aumentou o mandato do Presidente da República para seis anos.

Contudo, a incapacidade dos militares de contornar politicamente a crise só fez agravá-la, tratava-se do próprio esgotamento do projeto de Estado nacional-desenvolvimentista, que não conseguia mais aglutinar os interesses das elites regionais que o sustentavam.

Em vão os militares tentaram dirigir o processo de abertura política como forma de recuperar o comando da situação. A Emenda 15, de 19 de novembro de 1980, restabeleceu as eleições diretas para Governador do Estado e Senador da República. Porém, em 1982, a oposição saiu vitoriosa em diversos Estados brasileiros, inclusive os de maior população, dando ampla legitimidade à atuação política dos governadores que se utilizaram da máquina estatal para recuperar sua autonomia política, financeira e administrativa.

Conforme análise de ABRUCCIO:

“Os grandes erros dos militares foram não ter criado um partido verdadeiramente nacional, capaz de aglutinar de forma consistente as elites regionais, e, principalmente, não ter mudado a lógica oligárquica e não republicana do sistema político estadual. Também pudera: o instrumento centralizador autoritário não era o mais adequado para isso. Mas se abriram as portas da redemocratização, trazendo esperanças quanto a criação de nova relação entre federalismo e democracia no Brasil.”⁷⁸

Em 1984, com o forte apoio dos governadores, ocorreu o maior movimento popular que o Brasil já assistiu. Milhares de pessoas tomaram as ruas na famosa campanha pelas eleições diretas para Presidente da República (Campanha das Diretas). A ação dos movimentos sociais nesta época veio a se refletir na elaboração da nova Constituição, principalmente no título dos direitos sociais, como vamos adiante verificar.

O regime militar chegava ao seu crepúsculo e, numa transação política, por via indireta, nos moldes da Carta de 1969, elegeu-se Tancredo Neves para Presidente, tendo José Sarney como Vice. Enfermo às vésperas, Tancredo não tomou posse, assim José Sarney assumiu a Presidência da República, em 15 de março de 1985, cargo que há 21 anos não era ocupado por um civil.

⁷⁸ ABRUCCIO. Op. cit. p. 18.

Porém, ao contrário do que se poderia pensar, as elites regionais, tanto as agrárias como as industriais, não diminuíram seu poder político após a abertura democrática, na verdade trataram de permanecer no poder através de um novo pacto, representado pela candidatura de Tancredo Neves/ José Sarney, e muito presente nos debates políticos acerca da descentralização. Por ora não vamos aprofundar esse assunto, que é essencialmente o objeto do nosso próximo capítulo.

Assim, dando seqüência ao processo de descentralização do poder político, a Emenda 25, de 15 de maio de 1985, restabeleceu as eleições diretas para Prefeito nas Capitais de Estado e outros municípios, alterando o § 1.º do art. 15 da Carta de 1969, realizando-se eleições em novembro de 1985.

A Emenda 26, de 27 de novembro de 1985, convocou a Assembléia Constituinte, nestes termos:

“Art. 1.º - Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1.º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.

Art. 2.º - O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição de seu Presidente.

Art. 3.º - A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembléia Nacional Constituinte.”

.....

Como se vê, em 1986, foram eleitos deputados e senadores a quem se concedeu poderes constituintes. Tal fato foi muito criticado a época porque, mais uma vez, tratava-se de um Congresso com poderes constituintes, e não de uma Assembléia Nacional Constituinte, convocada exclusivamente para esse fim⁷⁹.

A Emenda 27, de 28 de novembro de 1985, já havendo convocação de Constituinte, não espera por ela e altera o art. 25 da Carta de 1969, destinando 14% dos impostos federais para o Fundo de Participação dos Estados (antes era 9%) e outros 17% para o Fundo de Participação dos Municípios (antes, também de 9%).

Diante desse contexto, em 1.º de fevereiro de 1987, sob a presidência do Ministro José Carlos Moreira Alves, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, instalou-se o Congresso Constituinte, que elaborou a vigente Constituição, promulgada no dia 05 de outubro de 1988, pelo Presidente do Congresso Constituinte, Deputado Ulisses Guimarães, que em seu discurso a batiza como “*Constituição Cidadã*”.

⁷⁹ SILVA, JOSÉ AFONSO. “*ao convocar os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a rigor, o que se fez foi convocar, não uma Assembléia Nacional Constituinte, mas um Congresso Constituinte (Curso, cit., p. 89).*”

Importa observar que, mesmo neste período ditatorial, onde a federação esteve mais ameaçada, as pressões dos Estados e Municípios na defesa da autonomia que lhes era negada, e, a ocupação crescente destes espaços políticos por opositores do regime militar gerou um crescente acúmulo de forças que muito contribuiu para a restauração democrática. Vemos assim que, “mesmo sob as mais fortes pressões, o federalismo colaborou na derrocada do regime autoritário, criando-lhe fissuras por onde se imiscuíram as forças que acabariam por fazê-lo ruir”⁸⁰.

O projeto constitucional de 1988, que será detalhadamente analisado no próximo capítulo, restabelece o modelo do federalismo cooperativo no Brasil, através do estabelecimento de um arranjo complexo de competências exclusivas, privativas, comuns e concorrentes, entre os entes federativos. E protege a autonomia municipal como autonomia federativa, no art. 18, *caput*, da Constituição, ao equiparar o Município aos demais entes da Federação⁸¹.

A chamada “Constituição Cidadã” também repactua a relação entre o Estado e a sociedade, colocando na agenda política os temas da participação e do controle social, e promove um novo sistema de proteção social, sob a forma de políticas sociais de acesso universal e gratuito. Nesse sentido, ela carrega consigo uma promessa democrática, ainda não plenamente realizada, e para a qual o instrumento dos consórcios públicos pode muito contribuir, como procuraremos demonstrar no próximo capítulo.

1.4.5. O neo federalismo brasileiro

Antes, entretanto, merece breve registro, ainda neste capítulo, de que forma o movimento que ficou conhecido nos Estados Unidos como “New federalism”, e que representou a re- descentralização de competências para os entes federados e a privatização dos serviços públicos, influenciou o modelo brasileiro.

Para essa análise, a primeira premissa que deve ser afastada é a idéia de que a alternância entre períodos de centralização e de descentralização na história do Brasil está freqüentemente associada a períodos de autoritarismo e de avanços democráticos, respectivamente.

Ora, o raciocínio, demasiado singelo, é insuficiente para explicar a atual configuração do modelo federativo brasileiro, que sofre nítida influencia do neo-federalismo, e bem assim a oscilação entre abertura e encerramento que o distingue, uma vez que inexiste a presumida regularidade nesse movimento.

Partindo desse pressuposto, EDUARDO KUGELMAS analisa a conjuntura nacional das últimas décadas para a qual, segundo entende, converge aspectos “re-centralizadores e descentralizadores”. Na expressão do autor:

⁸⁰ RIBEIRO Wladimir Antonio. Op.cit. p. 125

⁸¹ Art. 18 A organização político-administrativa da Republica Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

“Se há um movimento pendular, não há simetria neste movimento. Nem o Estado Novo chega a destruir a estrutura federativa, nem a Constituição de 1946 abala o reforço do governo central e sua ampliação de atribuições. Mais perto do momento atual, o regime autoritário controlou ferreamente os níveis subnacionais de poder, principalmente através das eleições indiretas para os governos estaduais e da centralização fiscal, por outro lado não excluiu as elites políticas regionais do pacto de dominação e manteve em boa medida as atribuições administrativas das esferas subnacionais. A célebre metáfora [da sístole / diástole, que simboliza o movimento de contração e de descontração do sistema] pode induzir à crença de uma anulação completa dos mecanismos institucionais anteriores a cada movimento pendular, quando o que de fato ocorre é uma constante redefinição do padrão de relacionamento entre as esferas, através de uma dinâmica de aperto / afrouxamento de controles políticos e fiscais.”⁸²

Fato inusitado no processo de democratização foi a realização de eleições diretas na esfera estadual antes de a mesma conquistar-se no plano nacional. Na avaliação de KUGELMAS, criou-se no país uma situação de “diarquia” (coexistência de duas fontes de legitimação), o Governo federal, de um lado, e os governadores, de outro, pois todos estes, em bloco, e não apenas os eleitos pela oposição, passam a atuar como agentes políticos de especial relevância, demonstrando a capacidade de articulação e de administração mesmo em face da ditadura militar⁸³.

A nova força política não tardou a dar sinais de sua influência. A minuciosa análise do autor revela os ganhos experimentados pelos chamados governos subnacionais, tanto no que concerne a sua participação na receita tributária⁸⁴, como em termos de prestígio e de poder de manobra, exercidos sobre as respectivas bancadas no Congresso Nacional, mercê da notória debilidade do sistema partidário e do relativo enfraquecimento do Executivo nacional, no governo de José Sarney.⁸⁵

A idéia que associa descentralização e democracia iria fortalecer-se durante todo o período de abertura política, o que influenciou sobremaneira os debates do Congresso Constituinte, eleito em 1986 em pleito simultâneo à escolha dos novos governadores. Durante essas discussões, a despeito de algumas divergências, todos os Estados convergiram na pretensão de ver ampliados os seus recursos fiscais. O resultado foi a adoção de um modelo federativo notavelmente descentralizado, marcado pelo fenômeno que ABRÚCIO denominou o “ultrapresidencialismo estadual”.⁸⁶

A estratégia para aumentar recursos e poder político em mãos dos governos estaduais e municipais consistiu em enfraquecer o governo central. Desse modo, o modelo de descentralização, vitorioso ao final do processo constituinte, nasceu antes de uma reação dos

⁸² KUGELMAS, Eduardo. A evolução recente do regime federativo no Brasil'. In: HOFMEISTER, Wilhelm e CARNEIRO, José Mário Brasiliense (Orgs.). Federalismo na Alemanha e no Brasil. p.33-34

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Em 1983, por meio da EC 23 (Emenda Passos Porto), elevaram-se os percentuais dos Fundos de Participação e modificaram-se os critérios de cálculo dos repasses em benefício dos governos subnacionais, de tal sorte que, entre este período e o ano de 1988, inverteu-se a tendência de duas décadas anteriores, com o decréscimo da participação da União no total da receita disponível, que passa de 69,8% a 60,1%. [KUGELMAS, Eduardo. op. cit. p. 35]

⁸⁵ Ibidem, mesma página.

⁸⁶ ABRUCIO, Fernando Luis. Os barões da federação: os governadores e a redemocratização brasileira. p.91-108

governos intermediários e locais contra os excessivos poderes da União, do que de uma ação política concertada para a distribuição planejada de atribuições e de vantagens.

Essa tendência à robustão dos poderes estaduais, no entanto, é revertida em 1994, com a eleição de Fernando Henrique Cardoso (FHC) para a Presidência da República. De início porque, pela primeira vez na história da redemocratização, o pleito presidencial foi concomitante ao proporcional, vinculando os compromissos políticos dos novos congressistas à plataforma eleitoral do candidato majoritário vitorioso. Além disso, vários aliados de Cardoso foram eleitos para os governos estaduais, destacadamente nos Estados de São Paulo (Mário Covas), do Rio de Janeiro (Marcello Alencar) e de Minas Gerais (Eduardo Azeredo), sendo que o sucesso dos novos governadores peessedebistas estava estreitamente ligado ao plano nacional de estabilização econômica, cujo êxito conferia enorme legitimidade política e social ao Presidente da República. Depois, a melhoria das condições financeiras da União em oposição à crise dos Estados contribuiu para o fortalecimento do poder central em detrimento do poder dos governadores. Nessas circunstâncias, as reformas propostas pelo primeiro, com impacto na estrutura federativa, foram amplamente facilitadas.

Para sustentar o ajuste fiscal e obter receitas primárias superiores ao crescimento dos gastos do governo federal, o Governo FHC concentrou novamente a arrecadação tributária nas mãos da União, especialmente pela criação de contribuições sociais não partilhadas com estados e municípios. O ajuste fiscal não se limitou ao esforço da União, estados e municípios também foram compelidos a fazer sua parte, através dos acordos de renegociação da dívida, nos quais a União assumiu e refinanciou as dívidas dos governos estaduais e dos municípios de São Paulo e Rio de Janeiro, por aproximadamente 30 anos.⁸⁷

Com a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), instituída pela Lei Complementar 101, de 2000, o controle da União sobre o ajuste das contas estaduais e municipais ganhou significativo reforço. Por esta lei, em franco desrespeito à matriz constitucional, o Governo Federal priorizou os superávits primários, em prejuízo das prestações positivas da União, Estados e Municípios, como garantidores do exercício dos direitos individuais, sociais, coletivos e difusos assegurados na Constituição Cidadã.

Portanto, a evidencia se vê a influencia do neo-federalismo no novo modelo federativo brasileiro durante os anos do Governo FHC. Ao propor uma agenda de descentralização das políticas públicas para o âmbito local, sobretudo das políticas sociais de educação, saúde e assistência social, mas simultaneamente a re-centralização as receitas públicas tributárias nas mãos da União para a promoção do ajuste fiscal, o Presidente Fernando Henrique Cardoso, cumpriu a agenda internacional da Reforma do Estado, em defesa de um Estado mínimo, mais regulador e menos intervencionista.

Os resultados desse processo de descentralização são, em todo mundo, muito questionados, pois nem todos os Estados-membros e, na sua maioria, os Municípios, têm a infra-estrutura necessária para atuar com eficiência na realização dos programas sociais. Nesse aspecto, mais uma vez, destacamos a importância dos consórcios públicos que, através da associação dos entes federados, permite a criação de escalas econômicas adequadas à presta-

⁸⁷ SILVA, Fernando Antonio Resende da. O dilema fiscal: remendar ou reformar? / Fernando Resende, Fabrício Oliveira, Erika Araujo – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 58.

ção dos serviços, sem comprometer o processo de descentralização de competências para o âmbito local.

Seguindo o movimento pendular, no Governo Lula, desde 2003, essa tendência de concentração da arrecadação na esfera federal começa a se reverter. Nesse sentido, estão sendo empreendidas diversas mudanças na legislação brasileira com a finalidade de aumentar as transferências de recursos para os governos subnacionais, sobretudo para os municípios, bem como para melhorar suas potencialidades de arrecadação próprias como veremos no próximo capítulo.

CAPITULO II

A FEDERAÇÃO TRINA: CONFLITOS E POTENCIALIDADES

“A crise do Estado nacional desenvolvimentista e as reformas liberalizantes nos anos 90 ameaçam, no Brasil, algumas das bases sobre as quais se tem assentado a Federação, que sofre a falta de perspectivas abrangentes para poder se reestruturar”

Rui de Brito Álvares Affonso, *in* Quem és tu, Federação?

Publicação da Comissão Nacional para as comemorações do V Centenário do Descobrimento do Brasil, 1999.

CAPITULO II

A FEDERAÇÃO TRINA: CONFLITOS E POTENCIALIDADES

SUMÁRIO: 2.1 O ESTADO FEDERAL 2.1.1 FEDERAÇÃO E CONFEDERAÇÃO; 2.1.2 FEDERAÇÃO E DESCENTRALIZAÇÃO; 2.1.3 PARTICIPAÇÃO E AUTONOMIA; 2.2 A FEDERAÇÃO TRINA. 2.2.1 O MODELO CONSTITUCIONAL DE 1988; 2.2.2 A DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA 2.3 O PROCESSO DE DESCENTRALIZAÇÃO NO BRASIL 2.3.1 O PERFIL DOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS. 2.3.2. CRÍTICAS À DESCENTRALIZAÇÃO BRASILEIRA 2.3.3. À GUIA DE CONCLUSÃO 2.4 A COMPLEXIDADE DE UMA FEDERAÇÃO TRINA.

Como vimos no capítulo anterior, o Federalismo, herdeiro da experiência americana inaugurada na Convenção de Filadélfia, em 1787, ganhou espaço como forma de Estado em contraposição ao modelo unitário e, ao longo do tempo, vem sofrendo inúmeras adaptações em razão das características históricas do país e interesses econômicos e políticos em questão. Do mesmo modo, o modelo constitucional brasileiro e em especial a autonomia dos Municípios sofreu variação sensível em seus desdobramentos administrativo, financeiro e político, ao longo da história do Brasil.

A Constituição de 1988 trouxe elementos inteiramente novos de reconfiguração do federalismo, apresentando um arranjo nominal *sui generis* no tocante ao Município, o que, antes de pacificar os entendimentos nos domínios teóricos da matéria, vem alimentando polêmicas no âmbito da doutrina pátria e das principais federações do mundo, como Canadá, Austrália, México, Áustria, Alemanha, Venezuela, dentre outras, que não qualificam o Município como ente federativo⁸⁸.

No presente Capítulo vamos analisar o conceito de Estado Federal e o modelo federativo brasileiro, com o objetivo de verificar se esse modelo tridimensional se constitui como uma Federação, na acepção jurídica do termo. Avaliaremos ainda as conseqüências do intenso processo de descentralização promovido pela Constituição de 1988, analise esta que nos levará a compreender a importância dos consórcios públicos como instrumento de coordenação de cooperação federativa do processo de descentralização.

2.1. O ESTADO FEDERAL

Construir uma definição jurídica para Estado Federal não é tarefa simples, em razão das inúmeras experiências federativas no mundo e sua constante evolução histórica, como demonstrada no primeiro capítulo desse estudo. Porém, em qualquer dicionário jurídico podemos encontrar uma definição parecida com essa:

⁸⁸ HORTA. Estudos de direito constitucional. p. 601- 602.

*FEDERAÇÃO. Derivado do latim foederatio, de foederare (unir, legar por aliança), é empregado na técnica do Direito Público, como a união indissolvelmente instituída por Estados independentes ou da mesma nacionalidade para a formação de uma só entidade soberana. Na federação, embora não se evidencie um regime unitário, há um laço de unidade entre as diversas coletividades federadas, de modo a mostrá-las, em suas relações internacionais e mesmo em certos fatos de ordem interna, como um Estado único. Há, assim, um só Estado soberano, embora se indiquem as subunidades federadas, senhoras de uma autonomia administrativa, referente à gestão de seus negócios dentro dos limites jurisdicionais que lhes são atribuídos.*⁸⁹

2.1.1. Federação e Confederação

Talvez a forma mais prática de definir uma Federação é indicar o que ela não é. Nesse sentido, a primeira importante diferenciação deve ser estabelecida entre Federação e Confederação.

Leciona MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, que “no Brasil, a expressão Federação é entendida como significando a forma federal de Estado, o Estado Federal. Esse uso não é rigorosamente correto. A Federação é um gênero que compreende, além do Estado Federal, a Confederação de Estados”.⁹⁰

Também na doutrina alienígena não é incomum encontrarmos o uso destas expressões no mesmo sentido. KARL LOEWNESTEIN, ao distinguir Confederação de Federação, explica:

“(...) o Estado-central ou "Federação" tem uma própria soberania estritamente separada da soberania dos Estados-membros, estando esta última completamente limitada por aquela. O Estado-central exerce através de seus próprios detentores do poder - os órgãos "federais" - um domínio direto sobre os cidadãos de todo o território nacional, sem intervenção dos Estados-membros. A distribuição de competências entre o Estado-central e os Estados-membros se faz de maneira que permita o funcionamento do Estado federal independentemente dos Estados-membros e, por outro lado, outorga a estes últimos um grau de independência frente ao Estado-central, que aparece como desejável para a continuação da personalidade estatal das regiões. E finalmente: os fundamentos essenciais das relações federais estão fixados em um documento constitucional formal”.⁹¹

Assim, procurando evitar confundir as acepções de gênero e espécie, vamos nos referir adiante, preferencialmente, ao conceito de Estado Federal.

⁸⁹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 606.

⁹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Curso de Direito Constitucional*, 26^a ed., S. Paulo: Saraiva, 1999, p. 137.

⁹¹ LOEWNESTEIN, Karl *Teoría de la Constitución*, trad. cast. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1980, pp. 356-357.

Nesses termos, pode-se dizer que, majoritariamente, na doutrina encontramos a seguinte distinção: a Confederação nasce de um pacto, de caráter contratual, mantendo a possibilidade de adesão ou não a certos tópicos pactuados pelos Entes integrantes, preservando a soberania de cada participante. O que não ocorre no Estado Federal, que é disciplinado e ordenado por uma Constituição, onde apenas a União possui soberania, enquanto, os demais entes possuem autonomia.

2.1.2 Federação e Descentralização

Outra importante distinção a ser feita diz respeito aos processos de descentralização. Estados unitários podem ser descentralizados, portanto, Federação e descentralização não são a mesma coisa, ainda que a primeira não exista sem a segunda.

Segundo HANS KELSEN:

“os estados unitários, quando divididos em províncias autônomas, se diferenciam dos federais pelo grau de descentralização. Nesses últimos, existem duas ordens jurídicas: a central, válida por todo o território nacional, e as locais, válidas somente no território dos Estados-membros. O que caracteriza o Estado Federal é a repartição de competências entre a União (poder central) e os Estados (poder local) estabelecida na Constituição Federal, que deve garantir a possibilidade dos Estados participarem da formação da ordem jurídica central e a existência de órgão judiciário de cúpula capaz de garantir o primado do Pacto Federativo estabelecido na Constituição.”⁹²

AFONSO ARINOS acrescenta, "a forma de descentralização colimada e representada pelo Estado federal tem, como mais importante característica, a de ser uma descentralização política e não somente administrativa. A descentralização política tem como consequência a autonomia, isto é, a capacidade de auto-organização da entidade componente, dentro dos limites da competência que lhe é assegurada pela Constituição federal.”⁹³

Nesse sentido, JOSÉ AFONSO DA SILVA afirma que:

"houve muita discussão sobre a natureza jurídica do Estado federal, mas, hoje, já está definido que o Estado federal, o todo, como pessoa reconhecida pelo Direito internacional, é o único titular da soberania, considerada poder supremo consistente na capacidade de autodeterminação. Os Estados federados são titulares tão-só de autonomia, compreendida como governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal.”⁹⁴

Ainda, segundo RUI AFONSO, a descentralização e o federalismo possuem inúmeras interseções: “Constituem ambos, de um ponto de vista mais geral, uma resposta do Estado à necessidade de atender à multiplicidade de demandas territorialmente diferenciadas,

⁹² KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 451.

⁹³ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 161.

⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 9ª edição, 1992, p. 92.

ou seja, de enfrentar o desafio de articular o “geral” com as “particularidades” na gestão pública.”⁹⁵

Porém, no mesmo artigo continua o autor, é possível estabelecer uma nítida distinção entre os conceitos de federalização e descentralização. A Federação caracterizar-se-ia pela difusão dos poderes em vários centros, cuja autoridade resultaria não de uma delegação feita pelo poder central, e sim daquela conferida pelo sufrágio universal. Nestes termos, o processo de descentralização não implicaria, necessariamente, o estabelecimento de uma federação. Esta última, entretanto, suporia algum nível de descentralização.⁹⁶

2.1.3 Participação e Autonomia

Finalmente, para atingir nosso objetivo neste capítulo, necessário se faz apresentar dois conceitos essenciais aos sistemas federativos, que como veremos a seguir se encontram presentes em nosso sistema e por isso mesmo o definem como Federal.

Segundo PAULO BONAVIDES, são duas as leis capitais do sistema federalista: a lei da participação e a lei da autonomia:

“Mediante a lei de participação, tomam os Estados-membros parte no processo de elaboração da vontade política válida para toda a organização federal, intervêm com voz ativa nas deliberações de conjunto, contribuem para formar as peças do aparelho institucional da Federação e são no dizer de Le Fur partes tanto na criação como no exercício da “substância mesma da soberania”, traços estes que bastam já para configurá-los inteiramente distintos das províncias ou coletividades simplesmente descentralizadas que compõem o Estado unitário.

[...]

“Através da lei da autonomia manifesta-se com toda a clareza o caráter estatal das unidades federadas. Podem estas livremente estatuir uma ordem constitucional própria, estabelecer a competência dos três poderes que habitualmente integram o Estado (executivo, legislativo e judiciário) e exercer desembaraçadamente todos aqueles poderes que decorrem da natureza mesma do sistema federativo, desde que tudo se faça na estrita observância dos princípios básicos da Constituição Federal.”⁹⁷

À guisa de conclusão, diríamos que, pressupondo uma Constituição, ou mais literalmente um pacto, consoante a etimologia da palavra *foedus*, federalismo envolve essencialmente a repartição de competências entre a União e os Estados-membros em condomínio,

⁹⁵ AFFONSO, Rui de Brito Álvares. A Federação na Encruzilhada, artigo publicado na revista *Rumos* da Comissão Nacional para as comemorações do V Centenário do Descobrimento do Brasil (ano 1, n. 2, mar./abr. 1999). p. 30

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª edição, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 181.

no qual se reconhecem a integração de cada um e a unidade do conjunto, ou seja, uma estrutura estatal complexa assentada sobre a mesma base territorial.⁹⁸

Vê-se que um mesmo arranjo, expresso de variados modos, sustenta fundamentalmente a pluralidade de esferas governamentais com poderes compartilhados ou, na lição de RUI DE BRITO ÁLVARES AFFONSO⁹⁹, a “coexistência de autonomias dos diferentes níveis de governo e a preservação simultânea da unidade e da diversidade de uma nação”, o que já traz a ínsita contradição ou paradoxo do ordenamento estatal federalista – unidade e diversidade, união e autonomia.

Contudo, como vimos no primeiro capítulo, a evolução do federalismo, que culmina nos acontecimentos contemporâneos da integração regional na União Européia, volta a por em cheque o conceito apresentado, por isso concordamos com DALMO DALLARI quando afirma que, “a noção de federalismo será sempre inevitavelmente fluida, vaga, imprecisa”,¹⁰⁰

O Pacto Federativo constitui, assim, um processo dinâmico que rege e articula as relações intergovernamentais. Inicialmente se encontra inscrito na Constituição (repartição de atribuições e recursos), mas se inscreve em certa cultura política de relações intergovernamentais, e evolui institucionalmente, via rodadas de negociação e pactuação entre os entes federados, para progressiva re-configuração da engenharia institucional de organização do Estado Federativo.

Porém, a despeito desta fluidez é possível perceber algumas características comuns ao Estado Federal. Nesse sentido, RAUL MACHADO HORTA indica os elementos essenciais do regime federativo: a) indissolubilidade do vínculo federativo; b) pluralidade dos entes constitutivos; c) soberania da União; d) autonomia constitucional e federativa dos Estados; e) repartição constitucional das competências; f) intervenção federal nos Estados; g) iniciativa dos poderes estaduais para propor alteração na Constituição Federal; h) poder judiciário estadual distinto em sua organização e competência do poder judiciário federal; i) competência tributária da União e dos Estados, observada a particularização dos tributos de cada um deles.¹⁰¹

Ainda, esclarece o autor:

“Essas características, que servem para identificar o Estado Federal, podem não ser encontradas, no seu conjunto, na totalidade das formas reais de Estado Federal. A ausência de características poderá significar a falta de amadurecimento da experiência federal, a resistência de tradições que dificultam a implementação de um federalismo racionalizado. A atuação desses fatores negativos, quando não removidos no texto da Constituição, dará lugar a um federalismo incompleto, a um federalismo não autêntico, sem que essa deficiência possa acarretar a rejeição do respectivo Estado no conjunto dos Estados Federais. A inclusão, em atenção ao preenchimento de requisitos parciais, será sempre acompanhada do registro identificador da ocorrência de modalidade do federalismo incompleto”.

⁹⁸ SILVA. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9 ed. p. 92.

⁹⁹ AFFONSO. Op. Cit. p. 31

¹⁰⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu, O Estado Federal, S. Paulo: Ática, 1986, p 77.

¹⁰¹ HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 2ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 483.

Sobre esse aspecto, da incompletude do federalismo, vamos discutir mais adiante o modelo federativo brasileiro, que para muitos autores é artificial ou, no mínimo, incompleto. Sobretudo, em relação a participação dos municípios brasileiros como entes da federação, assim reconhecido a partir da Constituição de 1988.

2.2 A FEDERAÇÃO TRINA

2.2.1. O Modelo Constitucional de 1988

A previsão de descentralização política, legislativa e administrativa, com vista ao fortalecimento da autonomia dos entes federados e à aproximação, no plano local, entre governo e cidadãos, consolidou a posição do Município na Federação, por considerá-lo componente da estrutura federativa (artigo 1.º, *caput* e artigo 18 da Constituição).

Na concepção de PAULO BONAVIDES, as inovações a respeito da autonomia municipal "configuram indubitavelmente o mais considerável avanço de proteção e abrangência já recebido por esse instituto em todas as épocas constitucionais de nossa história."¹⁰²

Diz o artigo 1.º da Constituição de 1988: "*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (...)*". Vê-se aí a singularidade do sistema federal brasileiro, que é *federativo* não só em relação aos Estados-membros, a quem se somou o Distrito federal, mas, também, aos *Municípios*.

A autonomia municipal é assegurada constitucionalmente pela possibilidade de eleição do prefeito e dos vereadores, pelo poder de elaborar a própria lei orgânica, pela capacidade de organização e de execução dos serviços públicos e pela competência de legislar sobre assuntos que lhe são reservados exclusiva ou suplementarmente.

A eleição do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores, para mandato de quatro anos, ocorre mediante pleito simultâneo realizado em todo o país, sendo o número de edis proporcional à população do Município, observado o mínimo de nove e o máximo de cinquenta e cinco vereadores, na forma do artigo 29, incisos I e IV da Constituição federal. Os Municípios com mais de duzentos mil eleitores têm seus prefeitos e vice-prefeitos escolhidos em dois turnos de votação (artigo 29, inciso II e artigo 77).

Ao contrário do que também ocorria sob a égide do Diploma político anterior, a Constituição de 1988 conferiu ao Município o poder de editar a própria lei orgânica, que equivale à Constituição do Município. O artigo 29, *caput*, dispõe que o Município se regerá por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara municipal, atendendo aos princípios estabelecidos no Diploma Maior.

A Constituição federal conferiu importante soma de competências aos Municípios, como a de legislar sobre assuntos de interesse local (artigo 30, inciso I); de suple-

¹⁰² BONAVIDES, Paulo. Ob.cit. p.311

mentar a legislação federal e a estadual, no que couber (artigo 30, inciso II); de instituir e arrecadar tributos próprios e de aplicar as suas rendas (artigo 30, inciso III); de organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local (artigo 30, inciso V); de manter programas na área da educação pré-escolar e do ensino fundamental (artigo 30, inciso VI); de prestar serviços de assistência à saúde da população (artigo 30, inciso VII); de promover adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo (artigo 30, inciso VIII, combinado com artigo 182, parágrafo 1.º); de aprovar, mediante lei municipal, seu Plano Plurianual, suas Diretrizes Orçamentárias e seu Orçamento Anual (artigo 165); e de executar a Política de desenvolvimento urbano, com o objetivo de ordenar o desenvolvimento das funções da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (artigo 182, *caput*).

Atribuiu-lhes também competências comuns à União e aos Estados-membros, como: a de cuidar da saúde e da assistência a portadores de deficiência (artigo 23, inciso II); a de proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência (artigo 23, inciso V); a de proteger o meio ambiente e de combater a poluição (artigo 23, inciso VI); de preservar as florestas, a fauna e a flora (artigo 23, inciso VII); a de fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar (artigo 23, inciso VIII); a de promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (artigo 23, inciso IX); e a de combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (artigo 23, inciso X). Estas se referem a tarefas cuja execução há de ser feita sob regime de cooperação entre as pessoas políticas da Federação, por meio de lei complementar (artigo 23, parágrafo único), que até o momento não foi editada.

Ainda, é a própria Constituição quem define os impostos de competência municipal (art. 156) e a quota de participação dos Municípios nos tributos federais e estaduais (art. 158).

2.2.2 A Divergência Doutrinária

Todavia, mesmo ante a clareza do texto constitucional, onde se lê que a *República federativa do Brasil* é formada pela *união indissolúvel* dos Estados e dos Municípios e do Distrito Federal, há doutrinadores reticentes em admitir o Município como ente federativo.

Nesta corrente, situam-se, entre outros, BASTOS, BONAVIDES, BARACHO e SILVA. Aduzem estes, em abono à tese, argumentos como o de que o federalismo não pressupõe o Município como elemento essencial; o da não-participação do ente local na formação da vontade e das decisões do Senado e na prestação jurisdicional; o de que não se lhe reconhece o poder de apresentação de emendas à Constituição; o da ausência de controle concentrado de constitucionalidade de leis municipais em face da Constituição da República; a vinculação direta dos Municípios à entidade regional ou intermediária, pela possibilidade de intervenção do Estado nos Municípios, o que afasta a vinculação dos entes locais à unidade federativa aglutinadora ou central, que é a União.¹⁰³

¹⁰³ BARACHO. Teoria Geral do Federalismo; SILVA. Curso de Direito Constitucional Positivo. p. 408-409.

CELSE BASTOS expressamente não admite o Município como ente federativo, conceituando-o como “*pessoa jurídica de direito público interno, dotado de autonomia assegurada na capacidade de autogoverno e da administração própria.*”¹⁰⁴

PAULO BONAVIDES também não se refere, peremptoriamente, ao Município como ente federativo, apesar de chegar próximo a isso, ao comentar que o art. 18 da CF/88:

*“inseriu o município na organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, fazendo com que ele, ao lado do Distrito Federal, viesse a formar aquela terceira esfera de autonomia, cuja presença, nos termos em que se situou, altera radicalmente a tradição dual do federalismo brasileiro, acrescido agora de nova dimensão básica.”*¹⁰⁵

JOSÉ AFONSO DA SILVA se opõe frontalmente à definição do Município como ente federado, dizendo textualmente que se trata de “*uma tese equivocada, que parte de premissas que não podem levar à conclusão pretendida*”.

Eis os fundamentos de sua crítica:

“Não é porque uma entidade tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o Município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação de Municípios. Existe federação de Estados. Estes é que são essenciais ao conceito de qualquer federação. Não se vá, depois, querer criar uma Câmara de representantes dos Municípios. Em que muda a federação brasileira com o incluir os Municípios como um de seus componentes? Não muda nada. Passaram os Municípios a ser entidades federativas? Certamente que não, pois não temos uma federação de Municípios. Não é uma união de Municípios que forma a federação. Se houvesse uma federação de Municípios, estes assumiriam a natureza de Estados-membros, mas poderiam ser Estados-membros (de segunda classe?) dentro dos Estados federados? Onde estaria a autonomia federativa de uns ou de outros, pois esta pressupõe território próprio, não compartilhado? Dizer que a República Federativa do Brasil é união indissolúvel dos Municípios é algo sem sentido, porque, se assim fora, ter-se-ia que admitir que a Constituição está provendo uma hipotética secessão municipal. Acontece que a sanção correspondente a tal hipótese é a intervenção federal que não existe em relação aos Municípios. A intervenção neles é da competência dos Estado, o que mostra serem ainda vinculados a estes. Prova que continuam a ser divisões político administrativas dos Estados, não da União. Se fossem divisões políticas do território da União, como ficariam os Estados, cujo território é integralmente repartido entre os Municípios? Ficariam sem território próprio? Então, que entidades seriam os Estados? Não resta dúvida que ficamos com uma federação muito complexa, com entidades superpostas.”¹⁰⁶

¹⁰⁴ *Curso, cit.*, p. 311.

¹⁰⁵ “As inovações introduzidas no sistema federativo pela Constituição de 1988”, reunido no *Curso, cit.*, p. 312.

¹⁰⁶ *Curso, cit.*, p.p. 476-477.

De outro lado, podemos citar HORTA, FERRARI e SANTANA.

Referindo-se ao esforço de reconstrução e retificação do federalismo como mérito inegável da Constituição de 1988, HORTA assinala que ele superou o propósito de reconstrução, para introduzir novos fundamentos e elementos de modernização do federalismo constitucional brasileiro, ressaltando, não sem reservas, “a singular inclusão do Município entre os entes que compõem a união indissolúvel da República Federativa, no artigo inicial da Constituição (art. 1º)”:

“Essa eminência do Município não dispõe de correspondência nas anteriores Constituições Federais Brasileiras, nem tampouco nas Constituições Federais dos Estados Unidos, do México, Argentina, Venezuela, Áustria, Alemanha, Canadá, Índia, Suíça e Austrália. A inovação da Constituição adveio da atração sugestionadora do movimento municipalista, que rompeu o quadro da lógica constitucional e erigiu o Município autônomo em componente da República Federativa.”¹⁰⁷

FERRARI, embora reconhecendo que o federalismo se assenta sobre duas idéias fundamentais – a autonomia das entidades federativas e a sua participação na formação da vontade dos órgãos federais e nas suas decisões –, vê no modelo brasileiro arranjo peculiar:

“ [...] na Federação brasileira, conforme determina a Constituição Federal, os Municípios são unidades territoriais, com autonomia política, administrativa e financeira, autonomia essa limitada pelos princípios contidos na própria Lei Magna do Estado Federal e naqueles das Constituições Estaduais.”¹⁰⁸

Na mesma linha, e embora admitindo a relevância dos argumentos contrários à tese da configuração do Município como entidade federativa, encontramos na doutrina, adverte SANTANA:

“ [...] o fato é que não podemos nos esquecer de que os modelos federativos não podem ser transplantados de um Estado para outro. Enfatizamos novamente que cada Estado possui suas próprias características e, assim, tipificam sua estrutura interna. No caso brasileiro é de se dar grande importância a esse aspecto, porque, como sabido, todas essas particularidades que o Município apresenta são, em verdade, notas definidoras dos contornos da nossa fisionomia federativa; são especificidades do ser-federativo-pátrio.”¹⁰⁹

Afora isso, as questões levantadas são, a nosso ver, insuficientes para descaracterizar o Município como ente federativo. Tomando o federalismo conforme a Constituição, não se configura como de suas exigências a participação dos entes federados na vontade da União. Ademais, sobre a questão da superposição de territórios, este sempre é o caso do federalismo, eis que o território da União corresponde também ao território dos Estados-membros. Finalmente, sobre a questão da secessão municipal e do uso da intervenção federal,

¹⁰⁷ HORTA. *op. cit.* p. 523.

¹⁰⁸ FERRARI. Elementos de direito municipal. p. 62- 63.

¹⁰⁹ SANTANA. Competências legislativas municipais. p. 40.

de se ver que a secessão do Município para integrar outro país, ou outro Estado, ou para fora das hipóteses da Constituição formar outro Estado, pode ser tida como fundamento para a intervenção federal, especialmente no caso de inércia do Estado a que pertence o Município. Ficamos, assim, com as opiniões dos doutrinadores que reconhecem a singularidade do modelo constitucional brasileiro e entendem o Município como ente federativo.

Realçando a importância da solução aventada pela nova ordem constitucional, lembra HORTA que “a ascensão do Município desfaz antigas reservas que se opunham às relações diretas entre a União e o Município.”¹¹⁰

Com efeito, a Carta é categórica ao explicitar o Município na configuração da federação. Com tal prestígio, o Município é contemplado com competências oriundas diretamente da matriz constitucional, não ficando à mercê do Estado-membro para a definição de sua autonomia, que não pode ser dilargada ou restringida por ele. Exceção feita à competência dos Estados para a criação, fusão e incorporação de Municípios, contudo limitada por lei complementar federal, nos termos do §4º do art. 18 da Constituição.

Evidentemente que, como "ente federado de segundo grau", a Constituição do Estado-membro do qual faz parte o Município sobre ele também incide, mas nos seguintes termos: devem ser atendidos pela Lei Orgânica do Município “os princípios estabelecidos na Constituição do respectivo Estado” (art. 29, caput).

É por isso que, face ao *status* privilegiado do Município, afirma-se, na doutrina, a caracterização de uma federação trina no Brasil.

2.3 O PROCESSO DE DESCENTRALIZAÇÃO NO BRASIL

A Constituição de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”, repactua a relação entre o Estado e a sociedade, colocando na agenda política os temas da participação e do controle social, e promove um novo sistema de proteção social, sob a forma de políticas sociais de acesso universal e gratuito.

No que diz respeito à configuração das relações intergovernamentais, a redemocratização marcou um novo momento do Brasil. A Constituição de 1988 consagrou o processo de descentralização política e fiscal do país, fortaleceu a autonomia e a base tributária dos governos subnacionais e aumentou o volume das transferências de recursos intergovernamentais. Nesse sentido, é de se destacar que “os municípios tiveram a maior elevação relativa na participação do bolo tributário, apesar de grande parte deles ainda depender dos recursos econômicos e administrativos das demais esferas de governo”¹¹¹

A descentralização política, administrativa e fiscal foi igualmente acompanhada da tentativa de democratizar o plano local pela instituição de canais de participação na gestão pública, que integrou novos atores sociais na formulação e execução de políticas públicas. Porém, as conquistas da democratização não apagam os problemas dos governos locais brasileiros, como veremos a seguir.

¹¹⁰ HORTA. *op. cit.* p. 523

¹¹¹ ABRUCIO, Fernando Luiz. A Coordenação Federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula. Curitiba: *Rev. Sociologia e Política* n° 24, jun. 2005. p.48.

2.3.1. O perfil dos municípios brasileiros

Nos últimos sete anos, a população do Brasil cresceu a uma média anual de 1,21%. Em 2000, eram 169.799.170 milhões de habitantes, alcançando 183.987.291 milhões de habitantes em 2007. Entre os municípios, 2.601 apresentaram população inferior a 10 mil habitantes, concentrados nas regiões Sul, Sudeste e Nordeste. Aqueles com até 20 mil habitantes (4.004) representaram 72,0% do total de municípios do país. Já os com mais de 100 mil habitantes eram 253, e, finalmente, apenas 14 contavam com mais de um milhão de pessoas.¹¹²

Existem, portanto, grandes desigualdades entre os municípios. Convivem, por exemplo, Municípios como São Paulo e Borá, ambos no Estado de São Paulo. O primeiro com mais de 10,6 milhões de habitantes e o segundo com cerca de 800 habitantes.

Contudo, desde a promulgação da Constituição da República de 1988, muitos Municípios têm assumido novas responsabilidades no plano da Federação, ocupando elevado patamar na condução de políticas públicas necessárias à concretização dos direitos fundamentais. Essa assunção de encargos tem-se manifestado tanto pelo alargamento do conceito de 'interesse local', que delimita a esfera constitucional da atuação municipal, quanto pela transferência paulatina de atribuições estaduais e federais às instâncias locais de governo.

O conceito de interesse local se deriva do termo peculiar interesse de Constituições anteriores, sendo que, desenvolvido por HELY LOPES MEIRELLES obteve clássica definição:

“Interesse local não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é o interesse único dos Municípios. Se se exigisse essa exclusividade, essa privacidade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que fez praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que não seja reflexamente da União e do Estado-membro, como, também, não há interesse regional ou nacional que não ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação brasileira. O que define e caracteriza o interesse local, inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União.”¹¹³

No que tange à ampliação das competências municipais, avultam os exemplos de experiências bem sucedidas no gerenciamento de assuntos que os poderes locais, an-

¹¹² Fonte IBGE, contagem populacional realizada em 2007.

¹¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*, 6.ª ed., S. Paulo: Malheiros, 1993, p. 98. O autor cita a lição de ANTONIO SAMPAIO DÓRIA, de que defluiu o clássico conceito de interesse local: *Peculiar não é nem pode ser equivalente a privativo. Privativo, dizem dicionário, é próprio de alguém, ou de alguma coisa, de sorte que exclui a outra da mesma generalidade, uso, direito. A diferença está na idéia de exclusão: privativo importa exclusão, e peculiar não. A ordem pública de um Estado é seu interesse peculiar, mas também é interesse da Nação. Logo, não é privativo do Estado. Uma escola primária que certo Município abra é seu interesse peculiar, mas não exclusivo, não privativo, porque a instrução interessa a todo o País. O entrelaçamento dos interesses dos Municípios com os interesses dos Estados, e com os interesses da Nação, decorre da natureza mesma das coisas. O que os diferencia é a predominância, e não a exclusividade* ("Autonomia dos Municípios", in *Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo*, XXIV/419)

tes, não julgavam de sua competência. Essas instâncias de poder, não raramente, têm surpreendido, ao ultrapassar suas obrigações legais para atrair investimentos, gerar empregos, fomentar pequenos negócios e renovar a base produtiva local. O sítio na internet do Programa Gestão Pública e Cidadania, da Fundação Getúlio Vargas, contém um banco de dados com mais de sete mil iniciativas inovadoras, especialmente na esfera municipal de governo.¹¹⁴

Da mesma forma, observa-se a importância crescente desses entes na execução de políticas sociais nacionais, mediante gestão descentralizada, especialmente nas áreas da saúde, da educação e da assistência social. Como observa MARTA ARRETCHE: “Neste final dos anos 90, a estrutura organizacional do Sistema de Proteção Social Brasileiro vem sendo profundamente redesenhada. À exceção da área previdenciária, nas demais áreas da política social brasileira – educação fundamental, assistência social, saúde, saneamento e habitação popular –, estão sendo implantados programas de descentralização que vêm transferindo paulatinamente um conjunto significativo de atribuições de gestão aos níveis estadual e municipal de governo”¹¹⁵.

Além disso, a maior permeabilidade das administrações locais à interferência popular concorre substancialmente para a valorização do Município, nesse momento de redefinição global do papel do Estado. Muitas experiências, especialmente as que se abrem à participação popular, têm contribuído para o surgimento de formas diferentes de relacionamento entre governantes e governados, caracterizadas pela cooperação e pela coresponsabilidade entre o Poder público e os cidadãos na condução dos negócios da cidade. Por isso mesmo, a disposição em assumir novos compromissos, no campo das políticas que incidem sobre a qualidade de vida das pessoas, decorre, em boa medida, das pressões que os governos locais recebem da sociedade.

Após a Constituição 1988, que redesenhou o federalismo brasileiro, descentralizando recursos e competências, houve expressivo aumento do número de Municípios no Brasil, mas o ritmo do processo de fragmentação territorial e de implantação de novos Municípios variou consideravelmente desde 1940, quando havia 1.587 unidades locais no Brasil. Passados vinte e cinco anos, alcança-se, em 1965, o total de quase 4.000 Municípios. Nas duas décadas seguintes, no entanto, entre 1965 e 1985, durante o Regime Militar, em que o país viveu o auge da centralização, inclusive tributária, praticamente cessou o processo de criação de Municípios, cujo total pouco se alterou.¹¹⁶

No final desse período, devido à crise econômica e financeira do Estado e ao processo de abertura do regime, vai tomando corpo uma gradual distensão dos instrumentos mais rígidos do poder central. Acentua-se a contradição entre a liberdade política e a dependência econômica dos Estados e dos Municípios em relação à União. Surge, na cena polí-

¹¹⁴ A coleção "20 Experiências de Gestão Pública e Cidadania" reúne os textos sobre as iniciativas finalistas de cada um dos ciclos de premiação anual, que ocorre desde 1996. Disponível em: <http://inovando.fgvsp.br>. Acesso em: 20/12/2007.

¹¹⁵ ARRETCHE, Marta Teresa da Silva. Estado federativo e políticas sociais: determinantes da descentralização. Rio de Janeiro: Revan; São Paulo: FAPESP, 2000 p. 15.

¹¹⁶ BRASIL. 'A descentralização do Estado e os Municípios'. Perfil dos Municípios brasileiros: gestão pública 2001, p.18

tica, o movimento municipalista, contribuindo para a discussão e a criação de emendas constitucionais que deram início a certa descentralização fiscal.

No período de 1985 a 2001, após a redemocratização, restabeleceu-se o pacto federativo, a partir de maior descentralização do poder político. Essa mudança resultou num estímulo à emancipação de novas unidades político-administrativas, em particular de novos Municípios. Outros dois fatores contribuíram para isso: o primeiro relativo à arrecadação, com a possibilidade de compartilhamento dos Fundos de Participação entre as unidades novas e as antigas; o segundo de natureza política, já que essas mudanças possibilitariam não só o surgimento de lideranças locais, mas também a acomodação de grupos rivais, resultando num novo formato de repartição dos poderes político e administrativo.¹¹⁷

A consequência imediata do estímulo institucional à descentralização foi a retomada do processo de fragmentação que, ao se acelerar e se intensificar, fez que a quantidade de Municípios atingisse as atuais 5.562 unidades.

No que tange à capacidade financeira, observa-se, nas últimas décadas, o aumento significativo da participação dos Municípios na divisão das receitas tributárias, muito embora as instâncias locais ainda dependam intensamente de recursos provenientes dos Estados e da União.¹¹⁸ Essas transferências constituem condição de viabilidade econômica para boa parte dos Municípios brasileiros, já que grande parcela de sua arrecadação é consumida com o custeio da máquina administrativa.¹¹⁹

¹¹⁷. Segundo ABRUCIO, a multiplicação de Municípios nesse período foi fortemente influenciada pela ação dos governadores de Estado, para aumentar o seu “curral eleitoral”, visando obter mais poder na esfera estadual.

¹¹⁸ GOUVÊA, Ronaldo Guimarães. A questão metropolitana no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005 p.84

¹¹⁹ Segundo reportagem da *Folha de São Paulo*, “Os 5.565 (*sic*) municípios brasileiros gastam por ano cerca de R\$ 10 bilhões para manter atividades consideradas ‘políticas’. Mais da metade das cidades (57%) usa parcelas superiores a 21% da receita para sustentar esse ‘custo político’. Estudo inédito elaborado pelo Iedi (Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial) revela que centenas de municípios seriam absolutamente inviáveis do ponto de vista contábil se tivessem que arcar com esse ‘custo político’ com receitas próprias. Em muitos casos, salários de prefeitos e vereadores só são suportáveis porque as cidades recebem repasses da União. O trabalho mostra que há 1.609 prefeituras que têm um ‘custo político’ superior a 25% das suas receitas líquidas. (...) O Iedi fez o levantamento com base em dados oficiais enviados por mais de 5.000 municípios do país à STN (Secretaria do Tesouro Nacional). Na média nacional, essas prefeituras gastam 21,3% de sua receita com o ‘custo político’. No trabalho, o Iedi considerou como sendo ‘custo político’ os seguintes itens: 1) o total de gastos com o Legislativo; 2) despesas relacionadas ao Judiciário, relações exteriores e ‘essenciais à Justiça’; 3) 30% dos gastos administrativos, incluindo salários de prefeitos, secretários e funções comissionadas e; 4) 10% da despesa contabilizada na função “encargos especiais”. O total desses gastos foi contraposto à receita total das cidades. Ela inclui todos os impostos cobrados (como IPTU, ISS etc.) e as transferências diretas da União. Não foram consideradas receitas e transferências ‘carimbadas’, como os repasses diretos para saúde e educação. (...). Segundo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), entre 2002 e 2004, o número de servidores municipais aumentou 11,1%. As prefeituras empregam 4,6 milhões de servidores no país”. CANZIAN, Fernando. ‘Custo político come receita de municípios’. *Folha de São Paulo*, 01/01/2006, p.A6.

Observa-se a existência de certo consenso nos meios acadêmicos e empresariais, reforçado pela ação da mídia, contra o processo de emancipação de novos Municípios. O principal argumento alude à referida inviabilidade econômica de grande parte dos novos entes locais e ao “custo político” que eles representam para o país, o que, até certo ponto, se justifica pela análise dos números. Mas essa apreciação não parece suficiente. É preciso também considerar o ambiente político que motiva a opção pela transformação de um espaço territorial em unidade autônoma. A emancipação, na maior das vezes, representa, para a comunidade, a possibilidade de acesso a serviços, aos quais, de outra forma, não teriam acesso. Cf. BREMAEKER, François E.J. ‘Evolução do quadro muni-

Outra preocupação freqüente no que concerne ao perfil dos Municípios brasileiros é a deficiência de capacitação técnica da burocracia local. Segundo MARCELO DE FIGUEIREDO TORRES:

“O processo de transferência de responsabilidades e atribuições para os municípios tem encontrado forte estrangulamento na precária, sucateada, ineficiente e desmotivada burocracia pública municipal. Inequivocamente, dos três níveis de governo, o municipal é o que encontra as maiores dificuldades na implantação de uma estrutura burocrática eficiente e apta a desenvolver as importantes políticas públicas que lhe foram atribuídas pela Constituição Federal de 1988.”¹²⁰

O Brasil, então, se distingue pela existência de elevado número de pequenos municípios, com reduzida densidade econômica, dependentes de transferências fiscais e sem tradição administrativa e burocrática. Mas essas observações não se aplicam uniformemente ao conjunto dos Municípios brasileiros, caracterizados, em verdade, pela heterogeneidade. Assim, pondera ARRETCHE, “se, por força da recuperação das bases federativas do Estado brasileiro, União, Estados e municípios passaram a ser autônomos e independentes no plano político-institucional, no plano econômico, social e administrativo, o Brasil é estruturalmente um país marcado por profundas desigualdades.”¹²¹

Nesse panorama, convivem, lado a lado, realidades diversas. De uma parte, Municípios cujos atributos estruturais lhes permitem inovar, alargando o campo das competências de interesse local e assumindo a gestão de políticas sociais nacionais e estaduais descentralizadas, e, de outra, localidades de baixa capacidade econômica, de expressiva dependência de transferências fiscais e de fraca tradição administrativa.

Os primeiros tendem a assumir comportamentos que retratam sua auto-suficiência em relação aos demais membros da Federação, revelando características do que CELSO DANIEL denominou “municipalismo autárquico”:

“Sob o discurso de que os problemas devem ser resolvidos pelo prefeito, porque acontecem no município, foi sendo fortalecido um sentido de autonomia e autogestão municipal que, no mais das vezes, faz com que os prefeitos tenham muita dificuldade em voltar-se para problemas que são mais amplos e que, portanto, não podem ser resolvidos exclusivamente no âmbito do seu território. Esta cultura municipalista dificulta muito o estabelecimento de relações horizontais de cooperação.”¹²²

Os outros, não raro, adotam postura de submissão, especialmente em relação aos governos estaduais, mercê da alta dependência política e financeira das pequenas e das médias localidades frente a essa esfera de poder regional. Para ABRUCIO, tal controle pôde ser obtido pela distribuição mais eficaz de recursos, pela repartição de cargos da burocracia

cipal brasileiro no período entre 1980 e 2001”. Instituto Brasileiro de Administração Municipal (Série Estudos Especiais n° 20), p.9-10

¹²⁰ TORRES, Marcelo de Figueiredo. Estado, democracia e administração pública no Brasil. p.86

¹²¹ ARRETCHE, Marta Teresa da Silva. Estado federativo e políticas sociais: determinantes da descentralização. Rio de Janeiro: Revan; São Paulo: FAPESP, 2000 p.17

¹²² DANIEL, Celso. Autonomia municipal e as relações com os estados e a União. In: HOFMEISTER, Wilhelm e CARNEIRO, José Mário Brasiliense (Orgs.). Ob.cit. p.205

estadual (delegados de polícia, diretores regionais de estatais, diretores de escola etc.) e pelo estabelecimento de diferentes formas de convênios, envolvendo a construção de escolas, de hospitais, de estradas vicinais etc., isso tudo sem que haja estruturas político-administrativas intermediárias que congreguem os interesses das centenas de Municípios junto ao governo estadual. Os governadores, então, se aproveitam da fragmentação das demandas municipais para controlá-las, tendo diante de cada Município, enorme poder de influência.¹²³

A falta de percepção dessas disparidades tem sido a responsável pela adoção de posturas diametralmente opostas em relação à factual situação dos Municípios no Brasil. Os “estadualistas” dizem que eles foram agraciados com recursos abundantes, mas não receberam encargos compatíveis¹²⁴, já os “municipalistas” asseveram que os problemas municipais devem-se à escassez de recursos aliada ao excesso de atribuições.¹²⁵

2.3.2. Críticas ao processo de descentralização no Brasil

De fato, sob a perspectiva do federalismo, a Constituição de 1988 redefine as bases da autonomia, reforça soluções cooperativas mediante relações diretas entre a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, consoante o arranjo de competências adotado, mas ao mesmo tempo acena para a conciliação dessa lógica com a de competição nos moldes da tendência americana.

PAULO FERREIRA, que foi coordenador do Grupo de Trabalho sobre Descentralização e Federalismo do IPEA, critica a solução apresentada pela Constituição:

“Apesar do avanço no reconhecimento da autonomia dos entes federativos, o Texto Constitucional é, porém, falho no que diz respeito a uma definição clara de competências dentro da Federação. (...) a indefinição de perfil da estrutura cooperativa dentro da Federação e a imprecisão das fronteiras de competência faz com que a União dificulte esse processo de descentralização, interferindo na autonomia dos outros níveis de poder”.¹²⁶

Não obstante as imprecisões, o certo é que o municipalismo no Brasil, sob a égide da Constituição de 1988, passa a ser defendido sob enfoques diferentes e sobre bases ideológicas distintas: como *princípio democrático* e como *princípio de engenharia administrativa*, com vistas à construção da eficiência na prestação do setor público. Essas idéias, segundo MARCOS ANDRÉ B. C. MELO, constituem o núcleo de sustentação do *consenso em torno da idéia do neomunicipalismo*.¹²⁷

O autor sustenta, contudo, ser meramente aparente essa unidade em torno do municipalismo, colocando sob foco o aparente consenso relativo à autonomia municipal que, segundo sua advertência, *escamoteia um dissenso muito profundo*. Para ele, o *neomunicipalismo*

¹²³ ABRUCIO op. cit. p.125-34

¹²⁴ Cf. AFONSO, José Roberto Rodrigues *et alii*. ‘Federalismo fiscal no Brasil: a importância dos governos municipais’. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício. E NÓBREGA, Marcos. Administração pública: direito administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas. p.56-7

¹²⁵ Nesse sentido, BREMAEKER, François E. J. ‘Evolução das finanças dos municípios’. In: GIGLIO, Celso (Org.). O município moderno. p.187-212

¹²⁶ FERREIRA, Paulo. O modelo federativo brasileiro: evolução, o marco da Constituição de 1988 e perspectivas.

¹²⁷ MELO, Marcos André B. C. de. O município na federação Brasileira e a questão da autonomia. p. 65.

lismo brasileiro ou o neolocalismo, como discurso recorrente, há de ser apreendido segundo as conotações que lhe emprestam os núcleos filosóficos subjacentes, os quais, por sua vez, inscrevem-se em *genealogias intelectuais distintas*:

“ [...] Dentro de uma tradição neoliberal, a idéia da descentralização, da devolução de funções e competências a entes subnacionais, equivale a uma estratégia maior de retirada de parcela do poder do Governo central. Este é o Leitmotiv da idéia da descentralização.

“Da mesma forma, dentro de uma agenda social democrática, histórica, a idéia de descentralização é inteiramente diversa; aqueles que propugnam pela descentralização e pela autonomia local, em última instância, estão postulando a democratização da gestão e a ampliação do controle social.”¹²⁸

Na realidade, a idéia de descentralização é hoje lugar comum tanto em uma agenda neoliberal quanto em uma agenda histórica, identificada com a esquerda.

O certo é que a descentralização como arranjo político é mecanismo de reequilíbrio de poder por demanda ou por mecanismo inverso, contando especialmente com o Município como elemento neutralizador das profundas dissintonias entre União e Estados e do processo de articulação de forças reciprocamente oponíveis no contexto da federação. Sob o enfoque da teoria econômica, a descentralização pode ser feita para o mercado como mecanismo alocativo e contraponto do poder estatal, na perspectiva de incorporação de métodos, alternativas e recursos privados. Sob a ótica da democratização da gestão, “a estratégia de descentralização das decisões assegurada pela participação do cidadão é condição de equilíbrio da relação Estado-sociedade, conquanto não suficiente”.¹²⁹

O constituinte de 1988, acolhendo as reivindicações dos movimentos organizados, firma compromisso com a efetivação da igualdade, reconhece garantia de acesso dos cidadãos aos serviços públicos sociais, consagra a universalização dos benefícios da seguridade social, entre outros, e traça diretriz de participação da sociedade na concepção, na execução e no controle das políticas públicas, “com vistas a transcender o patamar de materialização de direitos para buscar a construção da igualdade, sobretudo por meio de mecanismos de integração dos cidadãos na política e na processualidade administrativa, como forma de garantir crescente legitimidade às decisões”.¹³⁰

Como consequência do agravamento do quadro social e daquela mobilização, a máquina pública é impactada pela demanda cada vez mais densa e diversificada de benefícios, “o que põe em realce as esferas estadual e local, notadamente esta, tendo em vista principalmente a diminuição da capacidade de investimento do Governo Federal na prestação direta de serviços ou no financiamento das políticas e a proximidade do Município em relação às necessidades do cotidiano”.¹³¹

¹²⁸ *Ibidem*, p. 63.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 63.

¹³⁰ FERREIRA. *op. cit.* p. 9.

¹³¹ *Ibidem*.

Nessa linha, o quadro de múltiplas demandas e o apelo de participação forçaram a precipitação dos processos de descentralização e de cooperação, que têm conduzido, nos últimos anos, à formação de várias políticas setoriais, sob novos moldes, apoiadas em consórcios intermunicipais. Neste contexto, a experiência de cooperação intermunicipal é ainda muito incipiente no país, apesar da multiplicação de “consórcios intermunicipais”¹³² que se observa a partir da década de 90, em grande parte propulsada pelas diretrizes nacionais emanadas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Nota-se que estas experiências se concentram regionalmente no Sudeste e no Sul do país e setorialmente, nas áreas de prestação de serviços de saúde (35% do total dos municípios brasileiros), aquisição e uso conjunto de máquinas e equipamentos (12% dos municípios) e tratamento e disposição final do lixo (em torno de 4% dos municípios).¹³³

Contudo, esses processos de descentralização e de cooperação desenvolveram-se sem os pressupostos das negociações políticas no traspasse dos serviços sociais, o que levou à traumática incorporação de ações, serviços e equipamentos pelos governos locais, sempre queixosos da escassez de recursos que os acompanham.

Entre os fatores negativos do processo de descentralização, está a insuficiência das bases de cooperação federativa nos planos constitucional e infraconstitucional, enfatizando-se a ausência das leis complementares¹³⁴ preconizada pelo § único do art. 23, que deveriam fixar as normas de cooperação entre os entes da federação. “Igualmente problemático para a descentralização é a ausência de pactos sociais legitimadores do processo, já que a condução do vetor da participação popular se fez pelo caráter mais emblemático do que conseqüente, sem sustentar instrumentos efetivos de controle”.¹³⁵

Assim, na prática da descentralização de políticas públicas, não se tem verificado sintonia entre os entes federativos, o que acarreta irracionalidade de gastos públicos e prejuízo na qualidade da prestação, com os gravames sobre a cidadania. De igual modo, as parcerias entre o setor público e o privado fragilizam-se em razão do comprometimento do interesse público e da prevalência do móvel de socialização de ônus e privatização dos benefícios.

A Federação brasileira tem sido marcada pelo seguinte dilema: ou se impõem relações intergovernamentais baseadas em modelo de submissão hierárquica, ou se adotam esquemas de ampla fragmentação dos níveis de governo, que resulta em competição predatória entre os entes federados e em ausência de coordenação das políticas públicas, muito embora outra característica do atual modelo seja o grande número de competências conjuntas (comuns e concorrentes) conferidas aos entes federados. Todavia, sem definição clara dos seus correspondentes limites e possibilidades.

¹³² Os consórcios municipais diferem-se dos consórcios públicos, regulados pela Lei 11.107/05, por serem considerados pactos conveniais, portanto de natureza precária, com ou sem personalidade jurídica própria, que quando existente é de direito privado.

¹³³ Dados levantados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE, Pesquisa de Informações Básicas Municipais: Perfil dos Municípios: gestão pública 2001, Rio de Janeiro- 2003.

¹³⁴ A EC 53/2006, mudou a redação do parágrafo único do art. 23 para que, ao invés da previsão de apenas uma lei complementar para regulamentar todos os instrumentos de cooperação federativa, possa haver diversas leis complementares, cuidando cada uma delas de um ou mais desses instrumentos.

¹³⁵ FERREIRA. *op. cit.* p. 10.

2.3.3. À guisa de Conclusão

O final da década de 90 é marcado por intensos debates em torno das limitações acarretadas pelo processo de municipalização de políticas públicas no Brasil. Dentre estes, destaca-se a falta de um papel mais ativo por parte dos governos estaduais na coordenação regional do processo de descentralização, frente ao aumento de gastos sociais que se observa, principalmente, no âmbito dos governos municipais.

Em verdade, assevera BERCOVICI, “o grande problema da repartição de rendas realizada pela Constituição de 1988 foi ter sido realizada a descentralização de receitas e competências sem nenhum plano ou programa de atuação definido entre União e entes federados”.¹³⁶ Para o jurista, “a descentralização deve ser realizada de maneira articulada, não conflitiva, como vem ocorrendo. O desequilíbrio gerado na descentralização é solucionado com uma política planejada de cooperação e coordenação entre União e entes federados.”¹³⁷

Ainda no âmbito das relações intergovernamentais, critica-se a persistência de uma cultura política localista que se pretende “auto-suficiente” no âmbito dos governos locais, que negligencia o potencial da cooperação intergovernamental para a gestão compartilhada de políticas públicas, sobretudo em face da problemática regional e da interdependência das redes urbanas do país como fator de potencialização da economia local¹³⁸

Outro aspecto importante do federalismo brasileiro é a necessidade de se desenvolver novas soluções para enfrentar a grande heterogeneidade dos municípios brasileiros e a reduzida capacidade técnica-administrativa e financeira, especialmente dos pequenos municípios, que são justamente aqueles que menos apresentam escala adequada para a prestação de determinados serviços públicos e dependem das transferências intergovernamentais para sua sustentabilidade

Finalmente, importa registrar a sobrevivência, no plano local, de uma cultura política anti-republicana, que impede que o processo descentralizador seja também democrático. Isso fica explícito, por exemplo, nos processos de transição governamental em que há rompimento com o poder político local pela eleição de um candidato de oposição. Nestes casos, não é incomum o desmantelamento da máquina administrativa e o desaparecimento de dados e registros municipais. Os novos prefeitos, em geral, tomam posse com pouco, senão nenhum, conhecimento da administração, aumentando o risco de descontinuidade dos serviços públicos prestados à população.

2.4 A COMPLEXIDADE DE UMA FEDERAÇÃO TRINA

A origem histórica do federalismo brasileiro, a ideologia liberal que o inspirou, o modelo *sui generis* de sua estruturação tridimensional, com repercussão no arranjo de competências e de autonomia, e a disparidade socioeconômica entre as unidades federadas

¹³⁶ BERCOVICI, Gilberto. Dilemas do Estado federal brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.65

¹³⁷ Ibidem, p.69

¹³⁸ Cf. RIBEIRO, Luiz César Queiroz. “Para onde vão as cidades brasileiras? Urgência e rumos da reforma urbana” Rio de Janeiro, 2008, mimeo.

influenciam os processos de descentralização e resultam num novo desenho para o sistema federal.

No projeto cooperativo da Constituição de 1988, a União manteve suas competências, inclusive ampliando-as, relativamente às necessidades de intervenção na economia e promoção dos direitos sociais. Assim, o aumento da autonomia municipal se deu por meio de diminuição da esfera de atuação dos Estados, que se vêem premidos em duas frentes (federal e municipal). Com isso, os Estados formam uma estrutura enfraquecida, o que evidentemente fortalece a posição da União, quando tomada em face deles; o Município por sua vez, não fica, como antes, em posição completamente subalterna, quando entendida como unidade política do Estado e não da Federação.

De fato, a questão metropolitana é paradigmática desse processo. A Constituição apresenta, no art. 25, § 3º, topicamente inserido no título “Da Organização do Estado”, as bases normativas de cooperação intergovernamental, a partir do critério de funções públicas de interesse comum no âmbito de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões¹³⁹. Desse modo, ao adotar tais formas organizatórias de funções de interesse intermunicipal, o Estado-membro vincula compulsoriamente os Municípios na relação, sem que isso represente obrigatoriedade de compartilhamento do Município no órgão de gestão regional. Evidente que município, apoiado no discurso do “municipalismo autárquico”, não aceita tais condições.

Na prática, o discurso municipalista e a exagerada defesa da autonomia municipal acabam por desestimular iniciativas do Estado voltadas para problemas que transcendem a territorialidade local ou passam a compor discurso do Estado de proposital afastamento da gestão metropolitana. Contudo, não há como negar a imprescindibilidade da presença também da União e dos Municípios na solução dos problemas metropolitanos, tamanhos os desafios que se colocam nesse plano, onde residem aproximadamente 76 milhões de pessoas (45% da população nacional) que possuem uma renda agregada mensal (ano 2000) de aproximadamente R\$ 31 bilhões, ou seja, 61% da renda nacional.¹⁴⁰

Portanto, as regiões metropolitanas e grandes aglomerações urbanas, pela sua importância, exigem uma maior articulação política e institucional entre os três níveis de governo, sobretudo entre o governo estadual e os governos municipais, para a construção de uma ação conjunta de âmbito sub-regional. Sem a presença suficientemente forte e cooperativa dos três níveis de governo no âmbito da unidade regional administrativa, não se vislumbram perspectivas de reversão dos desequilíbrios e desenvolvimento de uma gestão integrada e eficaz de funções públicas de interesse comum.

Na mesma linha, a partilha de competências entre os entes federativos na Constituição, torna nosso federalismo bastante complexo, uma vez que é feita segundo uma complexa matriz que associa múltiplos critérios de repartição. Nesse sentido, o condomínio dos poderes estatais rege-se por competências privativas da União, com a possibilidade de que

¹³⁹ Art. 25, §3º “Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções de interesse comum.

¹⁴⁰ RIBEIRO, Luiz César Queiroz. Op. cit. p.5.

os Estados recebam, mediante delegação da ordem central, parcela de poder originalmente atribuída àquela (art. 22 da CF); competências comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23 da CF); competências da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar concorrentemente (art. 24 da CF); competências enumeradas exaustivamente para a União (arts. 21 e 22 da CF); competência prevista indicativamente para Municípios, a partir do mote do interesse local e distendida pela possibilidade deferida ao Município para suplementar a legislação federal e estadual, no que couber (art. 30 da CF); competências remanescentes para Estados e para o Distrito Federal (art. 25, § 1º, da CF).

Vê-se, pois, que este complexo modelo de distribuição de competência, ao mesmo tempo em que embasa a construção jurídica da cooperação dos entes federativos, sustenta a centralização do poder no âmbito da União.

Os Estados federados têm um âmbito de competências que é pouco definido na Constituição, em parte como decorrência do debate maior que se travava no processo constituinte entre os dilemas da centralização e descentralização de atribuições. Neste contexto, ‘os governos estaduais estão vivenciando uma “crise de identidade”, tendo que reconstruir o seu papel dentro de uma federação altamente descentralizada, que particularmente na área social, deu-se via municipalização da prestação de políticas sociais’.¹⁴¹

A promoção de uma maior articulação intergovernamental no âmbito sub-regional implica em “potencializar a atribuição constitucional do governo estadual no planejamento e coordenação da gestão e prestação de serviços e políticas públicas no âmbito territorial. Isto deverá certamente envolver o desenvolvimento de uma nova cultura política e administrativa de negociação e colaboração entre as esferas de governo”¹⁴².

Ressalta-se, neste aspecto, a dificuldade de articulação política e institucional entre as esferas subnacionais de governo, onde os municípios tendem a ser percebidos pelos governos estaduais, enquanto meras unidades político-administrativas de seus territórios e uma parcela significativa dos municípios reproduzem sua subalternidade por meio da omissão quanto a arrecadação de tributos municipais e a aceitação de uma excessiva dependência das transferências intergovernamentais.

Vale ainda ressaltar que o potencial de cooperação intergovernamental entre os governos estaduais é ainda pouco explorado tanto na promoção compartilhada do desenvolvimento regional entre Estados contíguos (promoção de um circuito regional de turismo integrado ou projetos compartilhados na área de infra-estrutura que possuem impacto territorial ampliado) como na gestão conjunta da Segurança Pública, por exemplo.

Por isso, outro aspecto bastante conflituoso para a Federação brasileira é o desequilíbrio regional, em especial, o dos entes subnacionais isoladamente considerados, realidade que traz desdobramentos nos planos interpessoal, inter-regionais e intra-regionais, que particularizam o federalismo brasileiro. Segundo AFFONSO: “esse quadro de hierarquização

¹⁴¹ SOUZA, Celina. Federalismo e gasto social no Brasil: tensões e tendências. Revista Lua Nova, São Paulo, n. 52 p. 05-28, jan/jul. 2001. p.12

¹⁴² AFFONSO. Rui. Op. Cit p. 34

de regiões, embora componha um substrato que desafia a cooperação na perspectiva de equalização do todo, com a intermediação da União, gera, sobretudo, efeitos perversos sobre o federalismo, projetando permanente ameaça ao equilíbrio das relações”-¹⁴³

FRANCISCO OLIVEIRA lembra que, numa Federação, a renúncia dos direitos de soberania dos Estados atrai para a União deveres para com as unidades federadas; entre outros, o de partilha do poder federal, o de distribuição equitativa das riquezas produzidas pela formação federal e o de defesa de cada uma das partes. E adverte que, “na medida em que se frustram as expectativas de equalização das diferenças inter-regionais e de participação das unidades na riqueza produzida pelo conjunto, perde relevância a relação de pertinência e de integridade no âmbito da ordem federativa”.¹⁴⁴

Paradoxalmente, o desequilíbrio entre a renúncia de poderes e as compensações é argumento a que se apegam também algumas unidades subnacionais mais desenvolvidas, pretensamente prejudicadas no concerto federativo por suportarem ônus do subdesenvolvimento de outras. Conforme afirma o autor: “sustentando sua auto-suficiência, sobretudo para conectar-se diretamente ao processo de globalização — apesar da ausência de evidências de ganhos nessas estratégias de ligação à revelia dos Estados nacionais — não encontram compensações por sua renúncia de direitos de soberania em favor da Federação, vista, então, como estorvo”.¹⁴⁵

No bojo desses mecanismos de troca com vistas à atenuação das desigualdades fiscais e econômicas inter-regionais, colocam-se, de modo paliativo, as medidas de transferência de capital de regiões mais desenvolvidas para as de economia mais deprimida, as transferências fiscais e parafiscais de caráter compensatório e, ainda, as transferências voluntárias para execução de determinadas políticas públicas. Nesse sentido, por exemplo, regiões menos desenvolvidas são mais bem aquinhoadas com transferências de receitas disponíveis, se comparadas com as mais desenvolvidas, que lidam com receitas próprias significativas.

Na mesma linha, devem ser enfatizadas as disputas entre Estados e entre Municípios, no âmbito da chamada guerra fiscal, como forma de atrair investimentos para superar a diminuição de transferências voluntárias da União e para compensar a retração dos investimentos federais e a ausência de planos regionais de desenvolvimento. Estratégia semelhante desenvolve-se a partir de emancipação de Municípios, como forma de reordenar a distribuição do Fundo de Participação dos Municípios e de outras receitas, como a do Valor Agregado Fiscal, relativo ao ICMS, estimulando a opção por políticas segregadoras e isolacionistas por parte de governos locais.

Compõem ainda o diagnóstico da federação brasileira, a inconsistência de uma política de cooperação para fazer face às disparidades socioeconômicas regionais, articulada ao influxo das pressões do sistema eleitoral que impõe a lógica da intermediação política para repasse de recursos aos entes subnacionais; e, por fim, a participação dos Estados e dos Municípios na crise fiscal, respondendo por gastos elevados, especialmente para fazer face a

¹⁴³ AFFONSO. Rui. *op. cit.* p. 32.

¹⁴⁴ OLIVEIRA. Francisco. *op. cit.* p. 8.

¹⁴⁵ OLIVEIRA. Francisco. *op. cit.* p. 7.

dívidas externas e internas, em posição de fragilidade nos processos de renegociação de débitos e descentralização de políticas sociais.

Vê-se, assim, que o fator das desigualdades regionais, associado ao da carência de motivação dos entes subnacionais para a alimentação processual do pacto federativo, em razão do desequilíbrio entre renúncia de direitos de soberania e compensações redistributivas, militam ao mesmo tempo contra um federalismo competitivo, já que o suposto deste é a própria igualdade entre os entes federativos e a motivação pela pertinência ao conjunto, e contra um federalismo cooperativo eficaz, que se deve apoiar em mecanismos institucionais e contratuais de trocas equilibradas mediadas pela União.

Em contraste com as dificuldades, é de se realçar a importância dos consórcios públicos, como instrumento de gestão e planejamento integrado das políticas públicas no território em suas múltiplas dimensões. Sabe-se que a descentralização responsável de políticas públicas pressupõe processos preparatórios de seleção daquelas passíveis de transferência para outros níveis de governo. Em outras palavras, a adoção de estratégia de descentralização demanda estudos de viabilidade tanto técnica quanto política, de modo a evitar efeitos perversos, como a fragmentação e sobreposição das ações públicas no território.

A ausência desse planejamento e de definição clara de responsabilidades no processo afeta a lógica cooperativa e opõe dificuldades à coordenação e à articulação dos esforços por parte do governo central, com prejuízo para a eficácia dos novos arranjos e do atendimento aos cidadãos de um modo geral.

Igualmente, embora se perceba a potencialidade das estratégias descentralizadoras, não se pode olvidar a impropriedade de soluções uniformes para contextos tão díspares do municipalismo brasileiro, seja no tocante às condições físicas, econômicas e sociais, seja em relação à capacidade técnico-administrativa, financeira e fiscal para a garantia de gestão adequada. Na descentralização, impõe-se a defesa de certa flexibilidade dos arranjos institucionais e contratuais para que possam responder às especificidades das experiências e dos contextos de sua aplicação. Nesse aspecto também os consórcios nos parecem um instrumento mais adequado por permitirem a atuação pública em múltiplas escalas regionais.

CAPITULO III

CONSÓRCIOS PÚBLICOS

“Uma profunda descentralização de poder e recursos é a via para despertar a capacidade criativa da sociedade e traduzir, pelo consenso, as aspirações regionais e vontade nacional.”

Celso Furtado, *in* Quem és tu, Federação?

Publicação da Comissão Nacional para as comemorações do V Centenário do Descobrimento do Brasil, 1999.

CAPITULO III

CONSÓRCIOS PÚBLICOS

SUMÁRIO: 3.1. OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS. 3.2 PREVISÃO CONSTITUCIONAL E REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS. 3.2.1 A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 19/1998; 3.2. 2 REGULAMENTAÇÃO LEGAL DO

ARTIGO 241 DA CRFB/1988; 3.2.3 O PROJETO DE LEI 3.884/2004; 3.2.4. A LEI 11.107/2005. 3.3 O PROBLEMA CONCEITUAL. 3.4 NATUREZA JURÍDICA DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS. 3.5 COMPETÊNCIA PARA A EDIÇÃO DA NORMA GERAL. 3.6 CONSTITUIÇÃO DE CONSÓRCIO PÚBLICO. 3.7 ÁREA DE ATUAÇÃO. 3.8 GESTÃO FINANCEIRA. 3.9 OBJETIVOS DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS. 3.9.1 GESTÃO ASSOCIADA DE SERVIÇOS PÚBLICOS. 3.10 POSSIBILIDADES JURÍDICAS CRIADAS PELA LEI 11.107/2005

O consórcio público é uma das formas mais conhecidas de cooperação entre entes federativos, especialmente entre Municípios. A sua grande característica é o fato de ser uma cooperação acordada, nos termos do que bem identificou FERNANDO MENDES DE ALMEIDA: “o consórcio municipal é cooperação acordada e que, como tal, pressupõe um ato formal, em que as partes revelem o *seu in idem placitum consensus*. Logo, não existindo um tal ato, ou existindo com inobservância do que é permitido nas leis de organização municipal, não procede que se fale em consórcio municipal, no sentido técnico-científico desta expressão.”¹⁴⁶

Mas qual a natureza desse acordo, por meio do qual se estabelece essa cooperação? A questão também é respondida pelo autor: “outro elemento, por assim dizer, intuitivo do consórcio municipal é a existência de um acordo que nenhuma lei impõe às partes que se unem, mas permite, observadas as condições que nela se prescreveram. Então, o de que nele se trata é de um contrato, ou seja, um ato bilateral, ou plurilateral administrativo, de fatoação de efeitos jurídicos, que, para valer, carece de observar os ditames da lei acerca de sua formação”¹⁴⁷.

O que se tem é que o *consórcio*, no direito administrativo, é *uma espécie de contrato*, da mesma forma que o é no direito privado, onde recebeu disciplina, no art. 278 e ss. da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que “*Dispõe sobre as sociedades por ações*”. Ressalte-se que, apesar da mesma natureza contratual, o consórcio tratado nestas linhas não se confunde com o mencionado *consórcio de empresas*, inclusive quando este último é formado para participar de licitações públicas, como previsto e regulado no art. 33 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

3.1. OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.

Permitindo-nos uma breve digressão sobre a evolução histórica do consórcio público no direito brasileiro. Temos que o contrato de *consórcio público*, ao tempo da Constituição Federal de 1891, como ocorria com todas as questões atinentes aos Municípios, era disciplinada pelas Constituições dos Estados-membros que, em geral, adotavam dispositivos semelhantes à da Constituição Paulista de 14 de julho de 1891:

¹⁴⁶ ALMEIDA, Fernando Mendes de. “Consórcio municipal”, in *Revista de Direito Administrativo*, vol 52, abr.-jun 1958, p. 526.

¹⁴⁷ *Op. cit.*, p. 527.

“Art. 60. As municipalidades poderão associar-se para a realização de quaisquer melhoramentos, que julguem de comum interesse, dependendo, porém, de aprovação do Congresso as resoluções que nesse caso tomarem”.

CRETELA JÚNIOR faz menção à Lei paulista n° 2.484, de 16 de dezembro de 1935, como a primeira no país a regular o assunto. Trata-se da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo, que estabelecia, em seu artigo 100: “Os Municípios poderão associar-se para a realização de melhoramentos ou a execução de serviços de interesse comum, dependendo, as respectivas deliberações, de aprovação da Assembléia Legislativa”.¹⁴⁸

Note-se que, por essa época, por ser considerado como ente da administração do Estado-membro, o Município não possuía a autonomia de hoje, pelo que o negócio consorcial dependia da aquiescência do Estado, como pôde se verificar da citação acima (o Congresso mencionado era o *estadual*) e, também, com se deflui da precisa lição de MÁRIO MARSAGÃO:

“Um município contrata com outro, seu vizinho, a feitura em comum de qualquer serviço público que a ambos interessa. Isso, em linguagem técnica, chama-se “Consórcio Municipal”. Semelhante contrato, feito por dois ou mais municípios para execução em comum de serviços que lhe sejam vantajosos não pode entrar em vigor sem a aprovação pelo aparelhamento do Estado”¹⁴⁹.

Atualmente, com o amplo reconhecimento da autonomia municipal, evidente que a intervenção do Estado-membro no pacto consorcial não se justifica.

A Constituição de 1937 trouxe mudanças, reconhecendo a personalidade jurídica de direito público para as associações municipais, sem, contudo, vê-la estabelecer-se de fato¹⁵⁰. Nos termos do artigo 29 daquela Carta, os Municípios da mesma região poderiam reunir-se para a instalação, a exploração e a administração de serviços públicos comuns. Os agrupamentos assim constituídos, cujas condições de constituição e forma de administração seriam estabelecidas pelos Estados (parágrafo único), seriam dotados de personalidade jurídica limitada a seus fins¹⁵¹.

Contudo, o reconhecimento dessa personalidade às associações municipais foi meramente formal, porque a Constituição de 1937 vigeu durante o Estado Novo, período ditatorial e centralizador, em que a autonomia dos entes federativos não era respeitada.

¹⁴⁸ CRETELA JUNIOR **Direito administrativo municipal**. p.87

¹⁴⁹ MARSAGÃO, Mário *Preleções de Direito Administrativo*, S. Paulo: Editora Linotécnica, 1937, págs. 132-133. Acrescente-se que essa intervenção do Estado-membro no pacto consorcial celebrado entre Municípios em verdade se equivalia ao *placet* que o Governo Federal, para a eficácia desses atos, podia conceder ou negar aos ajustes e convenções celebrados entre os Estados-membros (arts. 65, 1º, cc. art. 48, nº 16, da Constituição Federal de 1891).

¹⁵⁰ A fonte de inspiração pode ter sido a Constituição polonesa, que estabelecia, em seu artigo 75: (3) - *As instituições autônomas podem agrupar-se em uniões afim (sic) de preencher as finalidades particulares.* (4) - *A lei pode conferir às uniões autônomas a personalidade de direito público.* LINS, Augusto E. Estellita. **A nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil decretada em 10 de novembro de 1937 pelo Presidente Getúlio Vargas (Sinopses, anotações e repertório)**. p.226

¹⁵¹ Para Pontes de Miranda, “a personalidade jurídica prevista no art. 29 é de direito público”. **Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937**. vol. I, p. 605. A pessoa jurídica de direito público pertenceria à esfera estadual de governo, já que a autonomia municipal não era amplamente reconhecida.

Com o advento da Constituição de 1946, que, contudo, nada dispôs sobre o tema dos consórcios públicos, consolidou-se o processo de redemocratização iniciado em 1945, bem como o resgate do próprio sistema federativo. Inicia-se, então, um amplo debate sobre a cooperação federativa, que se associou ao debate do papel do Estado na promoção do desenvolvimento regional e nacional.

Em 15 de junho de 1961, fruto dessa conjuntura, há a criação do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul (BRDE)¹⁵², uma autarquia interfederativa dos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, que, poderemos dizer, foi o primeiro exemplo brasileiro de consórcio público e que certamente inspirou a elaboração do novo instituto.

Outras experiências concretas dessa natureza ocorreram também a partir de 1960, no Estado de São Paulo. O primeiro foi o Consórcio de Promoção Social da Região de Bauru (CIPS), e, na seqüência, o Consórcio Intermunicipal de Paranapanema (Avaré), o Consórcio de Recuperação de Várzeas – Conchas, Laranjal e Botucatu (Botucatu), o Consórcio Intermunicipal para Aterro Sanitário (Jundiaí, Várzea Paulista), Consórcio Intermunicipal do Vale do Ribeira (Registro/ Itariri), Consórcio Intermunicipal de Transmissão de Sinais de TV da Região Sul (Itapeva / Itaberá) e o Consórcio de Promoção Social do ERG de Rio Claro (Rio Claro / Santa Gertrudes).¹⁵³

Já na década de 1970, merece destaque a criação do Consórcio de Desenvolvimento Integrado do Vale do Paraíba (CODIVAP)¹⁵⁴, fundado em 10 de outubro de 1970, por 25 prefeitos da Região do Vale do Paraíba, com o objetivo de integrar politicamente os Municípios daquela localidade. Naquela oportunidade, já se previa que a Região, no eixo Rio – São Paulo, cortada pela via Dutra e pelo Rio Paraíba se tornaria o maior corredor industrial do país a demandar soluções integradas para os problemas comuns. A entidade resiste até hoje, sob a denominação de Consórcio de Desenvolvimento Integrado do Vale do Paraíba, Mantiqueira e Litoral Norte, e congrega 39 Municípios, sendo considerada pioneira no Brasil e paradigma para experiências posteriores, devido à sua permanência no cenário político estadual.

Mas foi no período 1984-1990, sob o Governo Franco Montoro, que foi instituído o maior número de aglomerações do gênero, especialmente no Estado de São Paulo. O cientista político PEDRO MOTTA DE BARROS atribui esse fato ao contexto político nacional favorável à idéia de cooperação entre Municípios e à delegação de responsabilidades administrativas às prefeituras, promovida pelo governo do Estado. “Aparece também pela primeira vez [complementa o autor] a participação da sociedade civil organizada, bem assim de um escritório regional de representação do governo estadual”.¹⁵⁵

¹⁵² O BRDE é uma instituição financeira pública de fomento, organizado como autarquia interestadual, que conta com autonomia administrativa e personalidade jurídica próprias. Como autarquia, com capital partilhado igualmente entre os Estados-membros, seu acervo integra o patrimônio desses Estados, que são subsidiariamente responsáveis por suas obrigações. Outras informações disponíveis em <http://www.brde.com.br/>

¹⁵³ Fonte: Fundação Prefeito Faria Lima - CEPAM

¹⁵⁴ Como Secretária de Justiça de Caçapava, tivemos oportunidade de assessorar o CODIVAP durante o biênio 97/98, quando o Prefeito de Caçapava, Paulo Roitberg, assumiu sua presidência.

¹⁵⁵ BARROS, Pedro. Motta de. Consórcio intermunicipal: ferramenta para o desenvolvimento regional. p.61

E de fato, no Estado de São Paulo, o Governo Montoro (1983-86), coerente com sua proposta de descentralização e de fortalecimento do poder local, criou novos órgãos na estrutura administrativa estadual: 42 Regiões de Governo, cada uma com um Escritório Regional (ERG) vinculado à Secretaria Estadual de Planejamento. A instituição dessas unidades administrativas permitiu aos Municípios que as integravam tomar medidas coletivas para a resolução de problemas comuns.¹⁵⁶ Despontaram, assim, os consórcios intermunicipais, cuja iniciativa de implantação partiu de um Congresso Estadual dos Municípios, realizado em 1984, sob a justificativa de que os entes locais poderiam, somando esforços e recursos, vencer dificuldades demasiado grandes para a capacidade de qualquer deles isoladamente. Considerados braços executivos dos ERGs, os consórcios intermunicipais, em março de 1987, englobavam o trabalho conjunto de 355 Municípios, num total de 43 entidades existentes.¹⁵⁷

A despeito dessa evolução, os consórcios, para o Direito, eram compreendidos como meros acordos de colaboração, de natureza precária, portanto sem vínculos de permanência ou de cumprimento das obrigações assumidas. Importante lembrar que a Carta política de 1967 não contemplava a figura do consórcio, mas consentia no ajustamento de convênios entre Municípios, *ex vi* do artigo 16, parágrafo 4º: “Municípios poderão celebrar convênios para realização de obras ou a exploração de serviços públicos de interesse comum, cuja execução ficará dependendo da aprovação das respectivas Câmaras Municipais”.

Na avaliação de WLADIMIR ANTÔNIO RIBEIRO, o enfoque restritivo objetivava “impedir que os consórcios públicos fossem focos de poder que competissem com o regime então implantado”.¹⁵⁸ Para ele, a fragilidade jurídico-institucional foi responsável pelo relativo fracasso de importantes iniciativas implantadas no Estado de São Paulo, durante o Governo de Franco Montoro.¹⁵⁹ Com efeito, entre os anos 1983 e 1986, do total de 32 consórcios fundados no Estado de São Paulo, 12 não conseguiram prosperar.¹⁶⁰

Em análise mais ampla acerca do tema, PEDRO MOTTA DE BARROS afirma ter sido a dissonância entre ação e preleção a responsável pelo insucesso de boa parte das iniciativas empreendidas no período:

O descompasso entre o discurso ‘municipalista’ e de apologia do papel das instâncias locais, de um lado, e, de outro, a prática administrativa centralizadora coincidiu com a canalização de investimento para obras vistosas, voltadas para a conquista de notoriedade imediata junto a determinados segmentos da população, em detrimento de políticas públicas básicas de envergadu-

¹⁵⁶ As Regiões de Governo congregavam, cada uma, dois colegiados: o CAE (Colegiado da Administração Estadual) e o CAM (Colegiado das Administrações Municipais). O primeiro, composto por representantes das Secretarias de Estado e de órgãos da administração direta e indireta, tinha como missão a integração dos programas setoriais juntamente com a direção do ERG. O segundo, uma espécie de conselho de prefeitos de cada Região, a quem incumbia a discussão e a indicação das reivindicações prioritárias a serem apresentadas ao Governo do Estado, o que se buscava fazer obedecendo à lógica dos interesses e/ou das necessidades comuns dos Municípios vizinhos. SÃO PAULO. Governo do Estado. ‘A batalha da descentralização e participação no Governo Montoro’. p.39-40

¹⁵⁷ *Ibidem*. p.39-60

¹⁵⁸ ‘A cooperação federativa e a Lei dos Consórcios Públicos’. p.10. Disponível em: http://dtr2002.saude.gov.br/cooperasus/bib/pub/dow/N09mai05_Cartilha_Wladimir.pdf. Acesso em 12.12.07

¹⁵⁹ *Ibidem*, mesma página.

¹⁶⁰ BARROS. op. cit. p.61

ra e de políticas sociais de grande fôlego histórico e significado estrutural mais profundo.¹⁶¹

O aguerrido cientista político pondera que a adoção do discurso municipalista, seja pelos governos militares, seja por aqueles que se lhes seguiram, atendia fundamentalmente a duas pretensões. De um lado, buscava-se patrocinar mecanismos tradicionais de sustentação do governo central mediante alianças com as oligarquias locais. Com o término da ditadura, essa prática prosseguiu, “principalmente mediante a resistência dos governos conservadores em conferir aos consórcios intermunicipais substância institucional, efetiva função regional, explícito papel administrativo descentralizador, adequada finalidade de desconcentração burocrática, participação popular e eficácia jurídica duradoura”, alinhava o autor. De outro, o episódio da abertura democrática motivou o discurso que respondia à mobilização espontânea de prefeitos, estimulando reivindicações locais, para manejar clientelas e obter resultados eleitorais imediatos. Assim, “a retórica apontava numa direção abstrata e a prática governamental concreta seguia na direção oposta”.¹⁶²

Não é por outro motivo que as primeiras propostas de institucionalização normativa dos consórcios públicos, já sob o manto da Constituição da República de 1988, foram tão combatidas. Certamente, é preciso mais do que abertura política¹⁶³ e permissivo jurídico – consubstanciado na ausência de vedações legais, existente na tradição constitucional brasileira, que, como se viu, jamais afastou a opção consorciativa – para a construção de alternativas capazes de realizar o ideal de concretização dos direitos fundamentais inscritos na Constituição de 1988.

Não há dúvida de que a redemocratização do país se revelou favorável às políticas de cooperação federativa, tanto que, malgrado a timidez das previsões normativas, a prática da gestão pública, especialmente, no âmbito local, apresenta diversos e exitosos casos de consorciamento interfederativo.¹⁶⁴

Por isso mesmo, no intuito de se aperfeiçoarem essas experiências, cresceu a demanda pela regulamentação do instituto. Dessa feita, foram as primeiras práticas de consorciamento intermunicipal na área da saúde pública que forneceram elementos para a sua normatização no plano nacional. Em 1990, a Lei 8.080, que instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), estabeleceu:

Art. 10. Os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam.

¹⁶¹ BARROS. op. cit. p.62

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ Nesse sentido, vale lembrar a advertência de PEDRO MOTTA DE BARROS: “para favorecer a cooperação intermunicipal, não basta que haja regime democrático, mas que a razão substantiva na qual ele se assenta seja traduzida em política explícita e resoluta de estímulo à prática em grande escala da cooperação intermunicipal, como compromisso prioritário do estado, e cuja implantação tem na participação direta dos municípios sua estratégia fundamental”. op. cit. p.26

¹⁶⁴ Somente o banco de dados do Programa Gestão Pública e Cidadania, da Fundação Getúlio Vargas, registra a existência de 31 experiências exemplares de cooperação intermunicipal, inscritas entre os anos de 1996 e 2005, abrangendo diversas áreas de atuação, como a saúde, a educação, a recuperação e a proteção ambiental, o desenvolvimento local, o abastecimento alimentar e a informática. Disponível em: <http://inovando.fgvsp.br/>. Acesso em: 20/01/2006

§ 1º Aplica-se aos consórcios administrativos intermunicipais o princípio da direção única, e os respectivos atos constitutivos disporão sobre sua observância.

A expressa referência legislativa à possibilidade de constituição de consórcios na sistemática do SUS foi importante, já que o número de entidades da espécie aumentou significativamente. Uma pesquisa divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE) dá conta de que aproximadamente 1.969, dos 5.560 Municípios existentes, integram algum tipo de arranjo associativo, sob a denominação de consórcio, tendo em vista a realização de ações e/ou de atividades na área da saúde pública¹⁶⁵.

Em meio à profusão de consórcios monotemáticos, que têm como meta resolver problemas setoriais (saúde, educação, meio ambiente, recursos hídricos, transportes, tratamento de resíduos sólidos, cultura etc.), surge, em 1990, o Consórcio Intermunicipal do Grande ABC, que, diferentemente de outras entidades, nasceu sob a perspectiva de uma concepção mais ampla da integração regional.¹⁶⁶

O Consórcio do ABC originou-se na esteira da crise econômica que afetava especialmente a Região e da ascensão de novas lideranças políticas, dentre as quais se destacam Maurício Soares, em São Bernardo do Campo, e Celso Daniel, em Santo André, a quem coube o papel mais ativo na formulação e na execução da articulação política regional. O ex-prefeito de Santo André, cujo preparo técnico na área da gestão pública lhe permitiu, de forma inédita, levantar a questão da cooperação intermunicipal na Região, foi também o primeiro presidente do Consórcio Intermunicipal.

Os esforços empreendidos por Celso Daniel visando à institucionalização normativa dos consórcios públicos são amplamente conhecidos. Já em 1995, em artigo no qual defendia a necessidade de debater a questão regional, o então deputado federal chamava a atenção para a discussão da PEC 173/1995, em curso perante o Congresso Nacional, que contemplava essa pretensão:

O consórcio, tendo sido a primeira iniciativa institucional de articulação regional, com a vocação de buscar soluções para os problemas do Grande ABC a partir de baixo (isto é, por meio da ação conjunta de prefeituras e câmaras), tem mostrado debilidades importantes que seria necessário superar.(...) Ele se sustenta, na prática, em uma figura jurídica frágil, do ponto de vista institucional: trata-se de uma instituição de direito privado, com limitado reconhecimento por parte das esferas superiores de decisão (nacionais e internacionais) e reduzido poderio econômico e de decisão política. Nesse sentido, vem passando aparentemente despercebida uma novidade positiva da proposta de reforma administrativa do governo federal, ora em discussão no Congresso Nacional. O artigo 247 da PEC 173, com seu inciso I, propõe que ‘para o fim de implementar de modo coordenado funções e serviços, a

¹⁶⁵ A pesquisa também indica a existência de grande número de Municípios consorciados nas áreas de educação (241), de habitação (64), de serviços de abastecimento de água (161), de serviços de esgotamento sanitário (87), de limpeza urbana (85), de coleta de lixo (138), de coleta seletiva de lixo (105), de reciclagem de lixo (139), de remoção de entulhos (85), de coleta de lixo especial (105), de tratamento ou disposição final de lixo (216), de processamento de dados (88), e de aquisição e/ou de uso de máquinas e equipamentos (669). BRASIL. Perfil dos Municípios brasileiros: gestão pública 2001

¹⁶⁶ REIS, Regina Célia dos. Articulação política regional: a experiência do Grande ABC (1990-2005). p.19

União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios poderão estabelecer’, entre outros instrumentos, ‘consórcios públicos para a gestão associada de um ou mais serviços, inclusive mediante a instituição de órgãos ou entidades intergovernamentais’. Trata-se, pois, da possibilidade de integrar a figura dos consórcios à própria Constituição Federal, enquanto ente de caráter público, e com uma formulação suficientemente flexível a ponto de permitir a integração da sociedade civil.

A par do empenho de Celso Daniel, é certo que, na segunda metade da década de 1990, o Governo Fernando Henrique Cardoso, em meio aos esforços para promover a reforma administrativa, adotando o modelo gerencial inicialmente rejeitado pela oposição, não ficou indiferente às pressões políticas cujo atendimento pudessem servir como sustentáculo para a aprovação da correspondente emenda constitucional. Nessa medida, teria ocorrido a aprovação do dispositivo que possibilita o reconhecimento jurídico-institucional dos consórcios públicos no bojo da EC 19/1998.¹⁶⁷

3.2 PREVISÃO CONSTITUCIONAL E REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

3.2.1 A Emenda Constitucional nº 19/1998

Em 23 de agosto de 1995, o Poder executivo nacional¹⁶⁸ apresentou à Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda Constitucional nº 173/1995, sugerindo a modificação do Capítulo da Administração Pública, o acréscimo de normas às Disposições Constitucionais Gerais e o estabelecimento de disposições de transição. O projeto – posteriormente aprovado nos termos da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998 – consubstanciou a denominada Reforma Administrativa do Estado.

Na exposição de motivos, submetida ao Congresso Nacional, atribuiu-se à crise do Estado o longo período de estagnação econômica que o país experimentava desde o início da década anterior. As deficiências do aparelho estatal, juntamente com o colapso fiscal e o esgotamento do modelo de intervenção do Estado na economia, seriam algumas das facetas daquele estado de anormalidade. A retomada do desenvolvimento econômico e o atendimento às demandas da população por serviços públicos de qualidade dependeriam do revigoreamento da capacidade de gestão, de formulação e de implementação de políticas públicas pelo corpo administrativo do Estado. Para tanto, a revisão de dispositivos constitucionais não esgotaria a reforma, mas delinearía condições propícias à implantação de novos formatos organizacionais e institucionais necessários a essa recuperação.¹⁶⁹

Nesse sentido, o artigo 9º da PEC 173/1995 acrescentava ao Título das Disposições Constitucionais Transitórias um dispositivo, com a seguinte redação:

¹⁶⁷ Cf. MELLO, Marcus André. ‘As mudanças constitucionais na Administração pública: a reforma *quase negociada*’.

¹⁶⁸ Governo Fernando Henrique Cardoso, tendo como responsável pela elaboração da Proposta o Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira.

¹⁶⁹ Cf. Exposição de Motivos Interministerial nº 49, de 18 de agosto de 1995, incluída na Mensagem nº 886, de 23 de agosto de 1995 ao Congresso Nacional. **Diário do Congresso Nacional**, Seção I, de 18.08.95, p.18849-54

Art. 247. Para o fim de implementar de modo coordenado funções e serviços, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão estabelecer entre si:

I – consórcios públicos para a gestão associada de um ou mais serviços, inclusive mediante a instituição de órgãos e entidades intergovernamentais;

II – convênios de cooperação para execução de suas leis, serviços ou funções;

III – convênios para transferência total ou parcial de encargos e serviços, estabelecendo a lei complementar critérios para incorporação, remuneração ou cessão de pessoal, bens e instalações essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Com relação a um dos resultados da Reforma, apontou-se manifestamente para a expectativa de se viabilizar o “federalismo administrativo”, mediante a introdução de novos formatos institucionais para a gestão, em regime de cooperação, dos serviços públicos, envolvendo todos os entes da Federação. Segundo essa concepção, a excisão de barreiras legais à transferência de bens e de pessoas aprofundaria a atenção aos preceitos do federalismo na Administração pública. De acordo com o texto da Mensagem ao Legislativo:

Como disposição geral a ser incluída no texto constitucional e posteriormente regulamentada em lei complementar, prevê-se a adoção de diferentes formas de cooperação entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para a organização e gestão de funções e serviços. De particular importância será a permissão da incorporação ou cessão, entre as esferas de governo, dos quadros de pessoal, bens e instalações, mediante convênios para transferência total ou parcial de encargos e serviços. A implantação de todas as modalidades de cooperação propostas depende sempre de voluntária adesão das partes envolvidas, respeitando-se a autonomia das unidades da federação.

O dispositivo agilizará, através da remoção de empecilhos legais, o processo de redefinição de encargos e responsabilidades entre as esferas federal, estadual e municipal. No caso específico da União, será possível negociar a transferência de atividades, pessoal e patrimônio afetados pela descentralização da gestão de serviços públicos. Ao mesmo tempo, proporcionará aos Estados e Municípios a possibilidade de imediato acesso aos recursos humanos, imóveis, equipamentos indispensáveis à continuidade dos serviços transferidos.¹⁷⁰

Nada obstante, o Deputado Prisco Viana, relator da PEC 173/1995 na Comissão de Constituição, Justiça e Redação (CCJ) da Câmara dos Deputados, entendeu que as “medidas propostas eram desnecessárias, posto que o direito em vigor já abrigava tais possibilidades”. Para o parlamentar, a questão era de natureza meramente administrativa e não constitucional:

¹⁷⁰ Idem

Trata-se de matéria de natureza puramente administrativa, que se inclui no âmbito da competência e da capacidade de obrigar-se juridicamente, reconhecidas aos entes estatais referidos no artigo em apreço, na qualidade de entidades dotadas de personalidade jurídica e, nessa condição, capazes de obrigar-se, de contratar e consorciar, e de autogerir suas atividades, decidindo o que lhes parecer mais apropriado à realização de suas finalidades institucionais.

Não é preciso regra constitucional para dizer que os entes federados podem pactuar entre si. A formalização de compromissos da espécie insere-se na competência político-administrativa dos entes estatais envolvidos, exigindo, quando for o caso, tão-somente autorização legislativa (caso da transferência de patrimônio).

Ainda do ponto de vista formal, considera-se desnecessária a previsão de lei “complementar” para estabelecer critérios de incorporação ou de cessão de pessoal, bens e instalações, matérias perfeitamente delineadas no campo da legislação ordinária.

Pelos defeitos de técnica legislativa e de juridicidade apontados, exsurge a necessidade de extirpar essa parte da Proposta, o que se faz através da Emenda n° 10, anexa.¹⁷¹

O referido Parecer e as correspondentes emendas, inclusive a que suprimia da Proposta o artigo 247, foram aprovados. Mas, na Comissão Especial instituída pela Câmara dos Deputados para apreciar o projeto, o relator, Deputado Moreira Franco, restabeleceu com nova redação o dispositivo abolido pela CCJ, dando origem ao atual texto do artigo 241 da Constituição Federal:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

3.2.2 Regulamentação Legal do Artigo 241 da Constituição

Em 1998, a reforma administrativa do Estado foi concluída com a promulgação da Emenda Constitucional n° 19, que consagrava a possibilidade de institucionalização dos consórcios públicos. Nada obstante, a experiência concreta de criação e de funcionamento de consórcios entre entes federativos – conforme demonstrado – é anterior ao advento da EC 19/98, que introduziu o artigo 241 na CRFB/88.

Desse modo, parece lícito concluir, em princípio, que tais entidades independem de regulamentação federal para a sua instituição e funcionamento, tendo sido também

¹⁷¹Relatório do Deputado Prisco Viana, acerca da Proposta de Emenda Constitucional n° 173/1995, na Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados. Câmara dos Deputados: CEDI/CELEG/SEDOP, p.44

essa a crítica do Deputado Prisco Viana, relator da PEC nº 173/1995, na Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, acerca da inclusão do dispositivo à Constituição, considerado por ele desnecessário. De fato, a competência das pessoas estatais para a celebração de consórcios decorre do próprio princípio federativo, que pressupõe a autonomia dos entes federativos.

Todavia, do efetivo acréscimo constitucional decorrem duas conseqüências. A primeira é que essa previsão normativa deriva de imperativo capaz de justificar a sua pertinência como dispositivo da Constituição, mercê do princípio de hermenêutica segundo o qual não se presumem, na lei, palavras ou expressões inúteis.¹⁷² A segunda é justamente a necessidade de se regulamentar o comando superior, já que a Emenda, por si só, não altera a situação dos consórcios existentes, nem tampouco estimula a criação de novas entidades da mesma natureza. Vale dizer, o aditamento da Constituição determina a obrigatoriedade de sua complementação infraconstitucional, sob pena de ineficácia do mandamento fundamental, muito embora, a existência mesma de consórcios entre unidades da Federação não seja dependente desse esforço normativo.

É certo que toda a norma possui um escopo, a que – deve-se presumir – pretenderam corresponder os legisladores. Nesse sentido, interessa desvendar qual o móvel indutor da inclusão do artigo 241 no texto constitucional. Quais interesses a medida buscou contemplar?

A possibilidade de se legalizarem os consórcios constituía reivindicação antiga dos Municípios que já se organizavam sob o modelo consorcial. A precariedade institucional e as dificuldades para a obtenção de recursos externos constituem as principais queixas de entidades consorciadas. A regulamentação dos consórcios é um dos pontos da *Carta do ABC*, documento entregue pelos prefeitos da Região ao Presidente Luiz Inácio Lula da Silva em março de 2003.¹⁷³

A disposição política do Governo federal em atender a esse anseio manifestou-se claramente na exposição de motivos do projeto de lei, de autoria do Executivo, que pretendeu regulamentar o artigo 241 da Constituição, *in verbis*:

Uma (...) preocupação, apresentada ao Governo Federal pelas entidades nacionais de representação de prefeitos ao longo do ano de 2003, diz respeito à precariedade jurídica e às limitações institucionais dos instrumentos de consorciamento que os Municípios hoje utilizam. Segundo os prefeitos, é preciso disciplinar a possibilidade de constituição de instrumentos de cooperação

¹⁷² *Verba cum effectu, sunt accipienda* (Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia). Na expressão de Carlos Maximiliano: “*Deve o Direito ser interpretado inteligentemente*: não de modo que a ordem legal (...) prescreva inconveniências, vá a ter conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo”. *Hermenêutica e aplicação do direito*. p.166. Por isso, rejeita-se a respeitável opinião de José Afonso da Silva, para quem o dispositivo do artigo 241 da CRFB/1988, com a redação que lhe deu a EC 19/1998 “era desnecessário (...), porque tudo que nele se prevê poderá ser objeto de lei complementar indicada no art. 23, parágrafo único, da Constituição”. *Curso de direito constitucional positivo*. p.481

¹⁷³ O documento foi publicado na íntegra no INFORMATIVO GRANDE ABC. Ano 5, nº 18, julho/agosto, 2003, p.5

intermunicipal que lhes permita ter segurança jurídica e possibilidade de planejamento e atuação de médio e longo prazo.¹⁷⁴

Algumas das dificuldades enfrentadas pelos consórcios, constituídos em grande parte sob a forma de associações civis, dizem respeito à impossibilidade de desenvolver determinadas atividades, como as fiscalização, por exemplo, inerentes ao poder de polícia administrativa, de competência exclusiva do Poder público, e, portanto, intransferível à iniciativa privada.¹⁷⁵

Mas o comando constitucional, por si só, não alterou a realidade dos consórcios existentes, pelo simples fato de ele ser autorizativo de situações que prescindiam de licença para se constituir regularmente. Qual, então, a eficácia do artigo 241 da Constituição?

A norma, de uma parte, reconhece os consórcios como instituições públicas, e, de outra, consubstancia regra de competência para que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disponham sobre o tema. Ou seja, a Constituição atribui *competência legislativa comum* aos entes federados para que regulamentem a criação, a permanência e o funcionamento de entidades da espécie. Nessa perspectiva, resta atendida a aspiração dos Municípios de obter respaldo jurídico-institucional à organização de consórcios, pela possibilidade que se confere à União de regulamentar o mecanismo, para, inclusive, reconhecê-los como pessoas jurídicas de direito público. Esse aspecto será revisitado em momento oportuno.

3.2.3 O Projeto de Lei 3.884/2004

Embora a Emenda Constitucional de que se cuida tenha sido promulgada em 1998, o mote da regulamentação só ganhou espaço na pauta das discussões políticas em 2003, quando o Governo Federal criou Grupo de Trabalho Interministerial para elaborar o referido projeto de lei. Ao fim dos trabalhos do Grupo, o Executivo enviou o Projeto de Lei 3.884, à Câmara dos Deputados em 30 de junho de 2004.

A aludida Proposta foi, desde a sua apresentação, objeto de severas críticas, baseadas especialmente em parecer elaborado por Miguel Reale, a pedido da Secretaria de Energia, Recursos Hídricos e Saneamento do Estado de São Paulo.¹⁷⁶

Muitos dos pontos polêmicos do Projeto, que terminou por ser arquivado, como se verá adiante, constituíam inovações no modo de se pensar, no Brasil, os consórcios públicos, as quais vinham atender a reivindicações de entidades representativas de prefeitos

¹⁷⁴ Exposição de Motivos nº 18, de 25 de junho de 2004, que acompanhou o Projeto de Lei 3.884/2004.

¹⁷⁵ Veja-se, a exemplo, análise do Parecer SDO nº 515/2002, do Serviço de Desenvolvimento Organizacional da Secretaria Estadual de Saúde de Minas Gerais, referendado pelo Consultor Jurídico do Colegiado dos Secretários Municipais de Saúde de Minas Gerais, que conclui pela “impossibilidade de transferência das atividades de vigilância sanitária e serviço de controle e avaliação para um consórcio intermunicipal”.

¹⁷⁶ Os debates em torno do Projeto de Lei, reputado inconstitucional, tiveram início após a divulgação do Parecer elaborado por Miguel Reale. MARCHI, Carlos. ‘Parecer de Reale arrasa consórcios públicos’. O Estado de São Paulo, 4 de agosto de 2004, p.A6. No mesmo sentido, o artigo de Fernando Henrique Cardoso ‘De marcha à ré’. O Estado de São Paulo, 1 de agosto de 2004. Em defesa do Projeto, o Secretário Nacional de Saneamento Ambiental do Ministério das Cidades, Abelardo de Oliveira Filho rebate críticas de Fernando Henrique Cardoso: ‘Secretário rebate críticas de FHC a projeto’. OTTA, Lu Aiko. O Estado de São Paulo, 4 de agosto de 2004, p.A6

municipais preocupados com a precariedade dos instrumentos de consorciamento administrativo.

MIGUEL REALE destacou, em total desaprovação à medida, que os consórcios não se poderiam constituir como pessoas jurídicas, já que na tradição do Direito brasileiro essas entidades configurariam meros arranjos constituídos para executar determinado empreendimento, destituídos, portanto, de personalidade jurídica. Afirmou, também, que a medida criaria instituição jurídica anômala, capaz de alterar o sentido do federalismo brasileiro, já que promoveria a interferência da União em questões locais, afetando a autonomia de Estados e de Municípios. Argumentou, outrossim, que a constituição de consórcios públicos como entidades da Administração indireta poderia invadir a competência estadual de instituir regiões metropolitanas. Além disso, advertiu que aos consórcios estariam sendo conferidos poderes próprios dos entes federados, de modo a alterar o sentido do federalismo brasileiro. O jurista assim conclui sua avaliação: “Essa proposta legislativa viria constituir um poderoso instrumento de ação em conflito, como vimos, com várias disposições constitucionais, representando uma solução que manifestamente não se harmoniza com a tradição de nosso ordenamento jurídico”.¹⁷⁷

Seguindo a mesma linha de argumentação, Fernando Henrique Cardoso reafirmou que o Projeto de Lei governamental atribuía novo sentido à organização federativa, configurando claro retrocesso na tendência democrática de descentralização política em curso no país:

Embora não se tenha logrado uma redistribuição organizada de recursos e obrigações, a tendência até agora, pelo menos no papel, era a de avançar na descentralização e no respeito à autonomia dos Estados e municípios.

O projeto de lei em causa reverte isso. Os chamados ‘consórcios públicos’ passam a ser uma ‘associação pública’ (uma inovação) que junta dois ou mais entes da Federação e ganha o estatuto de pessoa jurídica de direito público, integrando a administração indireta dos entes associados. Resultado: a União poderá formar com um município qualquer, à revelia dos Estados e dos outros municípios (estes também poderiam, só que não dispõem dos recursos financeiros), uma nova entidade federativa, como se fossem uma autarquia ou uma sociedade de economia mista, e passará a canalizar recursos diretamente a ela.¹⁷⁸

O deputado Walter Feldman também demonstrou preocupação com a possibilidade de o governo central estabelecer vínculos cooperativos diretamente com os Municípios, em detrimento da parcela de poder estadual:

O governo federal parece estar mais empenhado em criar novos problemas do que em sanar os já existentes. O que talvez se justifique pela idéia fixa de tecer um novo pacto federativo, criando uma espécie de linha direta entre o poder central e os municípios e alijando do processo cooperativo os governos estaduais, que, ao menos na área de saneamento básico, são os maiores investidores. A aprovação do referido projeto de lei poderá dar início a uma

¹⁷⁷ REALE. Miguel. Parecer sobre Consórcios Públicos.

¹⁷⁸ CARDOZO. ‘De marcha à ré’. O Estado de São Paulo, 1º de agosto de 2005

política clientelista jamais vista no país, ao colocar de um lado a União (com polpidos recursos financeiros) e do outro os municípios (ávidos por investimentos). Além disso, é certo que sua aprovação desencadeará também uma série de questionamentos legais, já que ele fere claramente o princípio da autonomia dos entes federados, previsto na Constituição Federal de 1988.¹⁷⁹

Em consideração às severas objeções que atingiram a proposição legislativa, o Executivo nacional, por meio do Ministério das Cidades, encaminhou consultas a renomados juristas cujos pareceres, de modo similar, rejeitaram a tese da inconstitucionalidade.

Para DALMO DE ABREU DALLARI¹⁸⁰, a proposta legislativa em comento não pode criar novo ente federativo, nem afetar a autonomia e as competências dos atuais, pois os consórcios nele previstos consubstanciam formas de descentralização administrativa, não compartilhando dos atributos essenciais às unidades da Federação (autonomia, competências exclusivas definidas na Constituição e poder tributário).

A iniciativa do projeto de lei, segundo o jurista, tampouco se exclui da esfera de competência da União, por estabelecer norma cogente a Estados e a Municípios, já que nenhum destes fica obrigado, nos termos da proposta legislativa, a integrar consórcio. Caso isso ocorra, por vontade própria, as unidades partícipes estarão apenas submetendo-se a regras de estruturação e de funcionamento, necessárias em qualquer organização.

Não é correto também afirmar, consoante DALLARI, que o projeto é inconstitucional por introduzir, no ordenamento nacional, regra centralizadora, contrária ao federalismo, admitindo-se a participação da União nos consórcios. O abuso decorrente da superioridade de poder, caso ocorra, será a expressão de situação de fato, contrária à lei e por ela não autorizada. Ao invés – conclui o jurista – as regras de organização e funcionamento dos consórcios públicos criam empecilhos legais à redução das autonomias.¹⁸¹

Finalmente, para DALLARI, a participação em consórcios públicos de Municípios integrantes de Regiões Metropolitanas não é inconstitucional. “A instituição de Regiões Metropolitanas pelos Estados tem caráter genérico, objetivando a organização e o planejamento integrados, para execução de funções públicas de interesse comum, de Municípios limítrofes situados no mesmo Estado”. Trata-se de medida de “racionalização administrativa”, que não comporta a gestão associada de serviços públicos nem autoriza a transferência de encargos, de serviços, de pessoal e de bens.

Da mesma forma, FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, após render justas homenagens ao Professor Reale, refuta-lhe os argumentos que concluía pela inconstitucionalidade do projeto de lei¹⁸², advogando ademais a possibilidade de os consórcios públicos constituírem-se como pessoas jurídicas, por ilação do artigo 241 da Constituição e afirmando ser a prescrição constante da Lei das Sociedades Anônimas “absolutamente irrelevante para a matéria”, por constituir exceção à lógica da conjugação associativa:

¹⁷⁹ FELDMAN. ‘Consórcio intermunicipal’. Diário do Grande ABC, 13/08/2004

¹⁸⁰ DALLARI. Parecer. São Paulo, 14/01/2005

¹⁸¹ No mesmo sentido, a posição de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO. Parecer. p.67

¹⁸² MARQUES NETO. Parecer. São Paulo, 08/03/2005. p.65-70

A reunião de esforços e capacidades entre pessoas jurídicas em torno de um objetivo comum tende a ter por consequência a constituição de uma sociedade. Daí porque no direito societário (...), justamente porque seria natural a personificação do ente consorcial, preocupou-se o legislador (cf. artigo 278 da Lei 6.404/76) em explicitar que o consórcio no direito societário não implicaria a criação de nova pessoa jurídica. Fosse natural a despersonalização e não seria necessário ter o legislador isso determinado.¹⁸³

Contudo, as críticas ao projeto foram contundentes no sentido de que a criação de personalidade jurídica de direito público para o consórcio feriria o pacto federativo.

Nesse sentido registra-se editorial do jornal *O Estado de São Paulo*:

Domingo e ontem, este jornal publicou dois artigos que contêm, cada qual de seu ângulo, seriíssimas advertências sobre o que o autor do primeiro deles, o ex-presidente Fernando Henrique, chamou ‘marcha à ré’ e ‘direita, volver!’, nas relações institucionais entre os entes federados no Brasil, e sobre o que o autor do segundo, o governador da Bahia, Paulo Souto, identificou como a intenção de ‘alijar’ os Estados da execução e gestão na nova Política Nacional de Saneamento Ambiental. A leitura dos dois textos deixa claro que o governo Lula se prepara para devolver ao poder central, isto é, a si, o domínio que o regime militar exercia sobre Estados e Municípios. (...) Essa (...) é a essência do projeto que prevê a criação de ‘consórcios públicos’.¹⁸⁴

A mesma tônica discursiva predominou no Congresso Nacional. Os debates parlamentares em torno do extenso e detalhado Projeto de Lei 3.884/2004 conduziram à realização de acordo político que resultou no seu arquivamento, com o aproveitamento de alguns de seus conceitos, transpostos a outra proposição já aprovada pela Câmara dos Deputados e em tramitação perante o Senado Federal. Assim, o Projeto de Lei 1.071/1999, de autoria do Deputado Rafael Guerra, mais conciso, deu origem à Lei 11.107/2005.

3.2.4. A Lei 11.107/2005

Em 6 de abril de 2005, promulgou-se a Lei 11.107/2005, que “dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências”, com o objetivo de se regulamentar o artigo 241 da CRFB/88.

A Lei não gera obrigatoriedade às entidades anteriormente constituídas nem impõe a sua normatização a novas associações, posto que não exclui a possibilidade de agremiação consorcial despersonalizada, por exemplo. A adesão ao regramento legal é voluntária.

A cooperação entre entes federativos pode concretizar-se de diversas formas, e a Lei de Consórcios Públicos constitui apenas uma delas, sem prejuízo de outras já existentes. É o que se depreende da leitura do artigo 19 da norma em comento:

Art. 19. O disposto nesta Lei não se aplica aos convênios de cooperação, contratos de programa para gestão associada de serviços públicos ou instru-

¹⁸³ Ibidem, nota 21, p.12-13

¹⁸⁴ ‘Mais um lance do projeto de poder do PT’. *O Estado de São Paulo*, 03/08/2004, p.A3

mentos congêneres, que tenham sido celebrados anteriormente a sua vigência.

3.3 O PROBLEMA CONCEITUAL

Tradicionalmente, emprega-se o termo *consórcio administrativo* para designar os agrupamentos despersonalizados entre pessoas públicas de mesma espécie, tendo em vista a prática de ações para a consecução de objetivos comuns das entidades associadas.

Na clássica definição de Hely Lopes Meirelles, “consórcios administrativos são acordos firmados entre entidades estatais, autárquicas ou paraestatais, sempre da mesma espécie, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”. O autor adverte que não se devem confundir os *consórcios administrativos* – desprovidos de personalidade jurídica – com os *consorzi intercomunal* italianos, legalmente personalizados¹⁸⁵, destinados à gestão associada de serviços públicos.¹⁸⁶

¹⁸⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito municipal brasileiro, p.308-9

¹⁸⁶ Curioso observar que, originalmente, Meirelles adotava posição diversa, como se pode depreender da lição publicada na 2ª edição, de 1966, de seu Direito administrativo brasileiro: *Serviços há, de competência local, que interessam ao mesmo tempo a vários municípios vizinhos, mas nenhum deles poderá realizá-los isoladamente, já por falta de recursos financeiros, já pela carência de elementos técnicos e pessoal especializado. Em tais casos é recomendável o grupamento dos municípios interessados, sob a modalidade de consórcio, materializado numa entidade intermunicipal, que ficará incumbida da prestação do serviço, em nome e por conta de todas as municipalidades participantes do acordo administrativo. Para a concretização desse pacto, dever-se-á elaborar previamente o estatuto ou o regulamento da futura entidade, para que cada município interessado o aprove por lei e autorize o acordo final, a ser firmado pelos respectivos prefeitos. O órgão executor do consórcio poderá revestir a forma autárquica ou paraestatal (sociedade de economia mista, empresa pública, fundação, comunidade de serviço etc), ou ter o caráter de simples comissão diretora despersonalizada. Advertimos, todavia, que a falta de personalidade jurídica do órgão executor e diretor do consórcio é que tem respondido pelo insucesso desses acordos, uma vez que ficam sem possibilidade de exercer direitos e contrair obrigações em nome próprio. O ideal, parece-nos, é que os consórcios tenham autonomia para o desempenho de suas atribuições específicas, embora atuem orientados pelas prefeituras interessadas e com responsabilidade subsidiária dos municípios signatários do acordo administrativo. (...) Os consórcios administrativos, embora mais frequentes entre municípios, podem também ser realizados entre unidades federadas, para a execução de obras e serviços interestaduais.* p.337-8. Segundo pesquisa realizada por Wladimir Antônio Ribeiro, o que teria modificado a opinião do autor seria o parecer que elaborou, em 1966, versando sobre a Comissão Intermunicipal de Controle da Poluição das Águas e do Ar (CICPAA), instituída, em 16 de agosto de 1960, pelos Municípios de Santo André, São Bernardo do Campo, São Caetano do Sul e Mauá, *in verbis*: *A questão trazida para a análise do Professor Hely era de saber se a CICPAA era pessoa jurídica que integra a administração municipal e, portanto, sujeita aos mandamentos do Ato Complementar nº 15, que complementou o Ato Institucional nº 2, baixado pela ditadura militar, e que havia: (a) limitado o gasto com servidores municipais; (b) estabelecido teto para vencimentos e proventos e (c) anulado nomeações. A resposta fornecida era a de que a CICPAA “(...) não tem personalidade jurídica própria, não é pessoa jurídica quer de direito público, quer de direito privado. É uma simples coletividade patrimonializada e com objetivos técnicos e científicos de estudos de controle da poluição das águas e do ar da região do ABCM e das bacias dos rios Tietê e Cubatão”. Com isso, o Professor Hely concluiu que as restrições do Ato Complementar nº 15, de 1966, não se aplicavam à CICPAA, até porque “Nem se compreendia que o Estado e o Município desvinculassem serviços e atividades de sua estrutura pública, para a melhor realização sob a forma privada, e ficassem as instituições prestadoras desses serviços submetidas às mesmas normas e restrições da pessoa originária”. Após esse parecer, passou Hely Lopes Meirelles a adotar, a partir da*

Estabeleceu-se, assim, na doutrina, vasto consenso no sentido de se considerarem os *consórcios administrativos* acordos entre pessoas públicas de mesma espécie para a consecução de objetivos comuns. Esse aspecto distinguiria os consórcios dos *convênios administrativos*, que poderiam ser firmados por entidades públicas de diferentes níveis, ou entre estas e organizações particulares, sempre com a mesma finalidade:

A semelhança entre convênio e consórcio é muito grande; só que o convênio se celebra entre uma entidade pública e outra entidade pública, de natureza diversa, ou outra entidade privada. E o consórcio é sempre entre entidades da mesma natureza: dois Municípios ou dois Estados.¹⁸⁷

Em princípio, a lógica da assunção de compromissos comuns entre entidades que detêm as mesmas competências, visando idêntico resultado, garantiu ampla conformidade em torno dessa visão, que se coaduna com a perspectiva do federalismo estático, de atribuições estanques e exclusivas entre os diversos níveis estatais.

Diante desse quadro, a verdadeira disputa pertinente ao tema ficou por conta da possibilidade, ou não, de os consórcios administrativos se constituírem como pessoas jurídicas. Em princípio, grande parte da doutrina, na esteira do posicionamento de Hely Lopes Meirelles, rejeitou a hipótese¹⁸⁸, enquanto a prática da gestão pública cuidou de disseminá-la amplamente.

Ao sabor das alterações funcionais do Estado no curso da história, formam-se institutos específicos para atender às novas demandas que lhes correspondem. Dado o caráter instrumental do direito, quanto maior a utilização prática de determinado instituto, maior a evolução do seu conceito, em razão mesmo do necessário ajustamento das definições jurídicas à realidade a que elas servem. Ao tratar da organização estrutural da Administração Pública, Marçal Justen Filho lembra que “o processo histórico de configuração do Estado não se encerrou. Não é possível interpretar o atual estágio da evolução jurídica como o momento final. A evolução das necessidades sociais e individuais demandará novas formas de organização do poder político”.¹⁸⁹

A expressão *consórcio público*, com a promulgação da Lei 11.107/2005, passou a designar o pacto de cooperação celebrado, não apenas por unidades federativas da mesma espécie, mas, também, por entes políticos de níveis diferentes. A conceituação vai ao

3^a. edição de seu *Direito Administrativo Brasileiro*, a sua posição mais conhecida”. RIBEIRO, Wladimir Antônio. Nota Técnica. Grupo de Estudos Interministerial criado pela Portaria 1.391/Casa Civil/2003. Disponível em: http://dtr2002.saude.gov.br/cooperasus/bib/pub/dow/Nota_PL_Consorcios_Wladimir.pdf. Acesso em: 20/10/2005

¹⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública. p.183. No mesmo sentido: MOREIRA, Mariana. ‘Natureza jurídica dos consórcios intermunicipais’. In: INFORMATIVO CEPAM. Consórcio uma forma de cooperação intermunicipal. p.22 e LEITE, Carlos Corrêa *et alii*. ‘Consórcios intermunicipais: modelo organizacional’. In: INFORMATIVO CEPAM. Consórcio uma forma de cooperação intermunicipal. p.48

¹⁸⁸ Vejam-se, nesse sentido, os posicionamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Parcerias na Administração pública), de Diógenes Gasparini (Direito administrativo), de Ubiratan Laranjeiras Barros (‘Consórcio administrativo intermunicipal’. Boletim de direito municipal) e de Damião Alves de Azevedo (‘A natureza jurídica das associações de municípios e dos consórcios intermunicipais: regime administrativo e autonomia política’.

¹⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. op. cit. p.127

encontro da vontade constitucional, que reafirma o princípio cooperativo, latente no Diploma Maior.

Nesses termos, o *consórcio* pode ser o *consórcio administrativo*, que é apenas um pacto de colaboração, o qual não origina nenhuma pessoa jurídica distinta daquelas que se associam, e o *consórcio público*, que dá origem a nova pessoa jurídica, na forma da legislação que regulamenta o artigo 241 da CRFB/1988. Este, por sua vez, pode adquirir personalidade jurídica de direito público (a denominada associação pública) ou de direito privado, *ex vi* do artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei 11.107/2005. Fala-se, assim, em *consórcios administrativos*, em *consórcios públicos de direito público* e em *consórcios públicos de direito privado*.

Seria interessante buscar também uma distinção nominal entre as entidades constituídas anteriormente à vigência da Lei de Consórcios Públicos, quer sob a forma de pessoa jurídica de direito público, como o BDRE¹⁹⁰, quer como associações de direito privado, como o Consórcio Intermunicipal do ABC (associação de Municípios), tanto mais porque o enquadramento legal das entidades existentes, bem como das futuras, na moldura do consórcio público é facultativa, conforme se verá adiante. Não se vislumbra, entretanto, um modo prático de se aludir a essas distintas realidades, atribuindo-lhes nomes diferentes daqueles já consagrados pelo uso.

Assim, dada a variedade de configurações que essa espécie de acordo comporta, serão utilizadas, nos limites desta pesquisa, as expressões *consórcios públicos*, para designar as entidades instituídas ou enquadradas sob a forma de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, de acordo com a Lei 11.107/2005, e *consórcios administrativos* para denominar os pactos celebrados entre pessoas estatais, sem que o ajuste resulte na formação de novo ente personalizado. Empregar-se-á também o termo *consórcio intermunicipal* para designar as tradicionais associações civis entre Municípios, mediante a instituição de nova pessoa jurídica, ou apenas o vocábulo *consórcio*, de modo mais livre, quando esse uso não comprometer a compreensão adequada do conteúdo que se deseja comunicar.

3.4 NATUREZA JURÍDICA DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

Muito se tem discutido acerca da natureza jurídica dos consórcios. Busca-se conhecer qual a essência, a substância do instituto, a fim de se o incluir, a título de classificação, numa das grandes categorias, ou subcategorias, do Direito.

O que caracteriza esse tipo de abordagem – segundo a lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior – é a preocupação com a completude do sistema, em função da qual se confere aos diferentes conceitos, e à sua classificação em subconceitos, uma forma ordenada, que possibilita a ocorrência de processos seguros de subsunção de conceitos menos abertos a outros mais amplos. A dogmática jurídica se construiria, assim, como um “processo amplo de subsunção dominada por um esquematismo binário”, segundo a qual “ou se trata disso ou se trata daquilo”. Nas palavras elucidativas do autor, “a busca, para cada ente jurídico, de sua

¹⁹⁰ O BRDE se autodenomina autarquia interfederativa, a despeito de decisões do Supremo Tribunal Federal que não reconhece essa qualificação à Entidade, devido à ausência de disposição normativa nesse sentido. Cf. RE 120932-1/210 (DJ 30/04/1992); ADI 175-2 Paraná (DJ 08/10/1993); Ação Cível Originária 503-7 Rio Grande do Sul (05/09/2003). Disponível em <http://stf.gov.br>

natureza (...) pressupõe uma atividade teórica desse tipo, na qual os fenômenos ou são de direito público ou de direito privado, um direito qualquer é real ou é pessoal, assim como uma sociedade ou é comercial ou é civil, sendo as eventuais incongruências ou tratadas como exceções (natureza híbrida) ou contornadas por ficções”.¹⁹¹

O objetivo desse esforço de sistematização diz com a possibilidade prática de se solucionarem conflitos que ocorram socialmente. Nesse sentido, a tarefa de definição da natureza jurídica dos consórcios públicos é das mais intrincadas, de um lado, porque a doutrina não adota posicionamento uniforme, de outro, em razão de a realidade político-administrativa mostrar-se mais dinâmica e flexível do que a moldura imposta pelo Direito.

O advento da Lei 11.107/2005, que regulamenta a figura dos consórcios públicos, classificando-os como espécies contratuais, antes de mitigar a discussão sobre o tema, só fez acender a discórdia, já que desse entendimento – de que é contratual a natureza jurídica dos consórcios – dependeria a própria competência federativa para a edição da norma pela União, nos termos do artigo 22, inciso XXVII¹⁹². Essa problemática será objeto de análise em outra oportunidade.

No que tange à disposição da doutrina, classificam-se os consórcios ora como entes personalizados¹⁹³, ora como contratos, como pactos, acordos ou ajustes, e, por vezes, como atos administrativos.

Para tratar do assunto de maneira objetiva, faz-se mister breve consideração preliminar. Trata-se de estabelecer, desde logo, a distinção entre o ato constitutivo da associação e o ente personalizado que dele resulta, vale dizer, o consórcio público em si. Em primeiro lugar, porque nem todo o agrupamento entre entes federativos, visando à consecução de objetivos comuns, ainda que sob a denominação de *consórcio*, resulta em nova pessoa jurídica.

De outra parte, a personificação da entidade não afasta a possibilidade de discussão acerca da natureza jurídica do seu ato de constituição. Mas não oferece nenhuma dificuldade quanto à sua (da entidade) classificação, caso ela tenha sido previamente definida como *ente personalizado*, exceto, eventualmente, pelo seu enquadramento em regime jurídico de direito público ou de direito privado¹⁹⁴. Isto porque o seu adverso, no “esquematismo binário” a que se refere FERRAZ JÚNIOR, seria considerá-la *ente não-personalizado*. Diferentemente, a rotulação do ato que dá origem ao consórcio proporciona grandes alterações.

¹⁹¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.p.83

¹⁹² “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...) XXVII – 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, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

¹⁹³ DAMIÃO ALVES DE AZEVEDO alude expressamente à natureza jurídica das ‘associações de municípios’ – neste trabalho entendidas como ‘consórcios intermunicipais’ – afirmando que elas são essencialmente pessoas jurídicas de direito público. O autor denomina ‘consórcios intermunicipais’ os acordos de cooperação para organização e prestação de serviços públicos, sem a constituição de nova pessoa jurídica. op. cit.

¹⁹⁴ A propósito dessa discussão, veja-se a opinião de Damião Alves de Azevedo, que não admite a possibilidade de os consórcios públicos serem constituídos sob a forma de direito privado, como prevê a Lei 11.107/2005. op. cit.

O fato de parte da doutrina negar ao consórcio entre pessoas estatais a possibilidade de estabelecer-se como pessoa jurídica, em nome de uma tradição oriunda do direito privado, já não merece acolhida, em face da publicação da Lei de Consórcios Públicos, que reconhece e institucionaliza a realidade vivenciada pelas inúmeras agremiações municipais constituídas sob a forma de associações civis, ou seja, a pretensão de buscar a natureza jurídica do instituto nesse diferencial (pessoa / não-pessoa) já carece de utilidade, no mínimo, porque a Lei cria essa alternativa.

A mesma clareza não se observa em relação ao ato de formação do consórcio público, que, nos termos da novel legislação, “constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado” (artigo 1º, parágrafo 1º), cuja aquisição de personalidade dependerá da vigência das leis que ratifiquem a manifesta pretensão de pelo menos dois dos futuros associados (consórcio público de direito público) ou da inscrição do ato no respectivo registro, nos termos do direito civil (consórcio público de direito privado), consoante o artigo 6º da Lei 11.107/2005. Nesse caso, vale o questionamento acerca da natureza do ato que dá origem às pessoas jurídicas públicas e às privadas, mas também importa lembrar que nem todo o consórcio – já que a Lei assim não obriga – se constituirá sob a forma de ente personalizado, ao menos em tese.

Nos domínios do direito administrativo, especialmente no que concerne à estrutura administrativa, que pode compreender a figura do consórcio, dois conceitos avultam em importância: *desconcentração* e *descentralização*, ambos vinculados à idéia de cessão de atribuições. Segundo MEDAUAR, “existe desconcentração quando atividades são distribuídas de um centro para setores periféricos ou de escalões superiores para escalões inferiores, dentro da mesma entidade ou da mesma pessoa jurídica”. Essa espécie de delegação pressupõe “vínculos de hierarquia entre os órgãos envolvidos”. Já “a descentralização administrativa significa a transferência de poderes de decisão [e não meramente administrativos] em matérias específicas a entes dotados de personalidade jurídica própria”.¹⁹⁵

Em termos gerais, o consórcio é associação de pessoas estatais formada para a execução de atividades ou de serviços públicos de interesse comum dos partícipes. A idéia de criar novo ente, personalizado ou não, para a realização de tarefas específicas que incumbem, num primeiro momento, ao criador, implica a noção de transferência de atribuições, nos moldes da desconcentração ou da descentralização administrativa. Daí a possibilidade de a união consorciativa consubstanciar ajuntamento interestatal de órgãos públicos, simplesmente (desconcentração), ou formar outra pessoa jurídica, dotada de competências próprias, legalmente atribuídas, mediante descentralização de funções.

As pessoas jurídicas que exercem função administrativa podem adotar personalidade de direito público ou de direito privado. As que se submetem ao regime de direito público só podem ser instituídas por lei, bastante para a sua existência. Já as que assumem o caráter de pessoas privadas prescindem de lei para a sua constituição, muito embora devam ter sua criação *autorizada* por lei. No mais, são dependentes do cumprimento de formalidades previstas no direito privado, variadas conforme a modalidade societária escolhida (a inscrição no registro civil, por exemplo).

¹⁹⁵ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. p.54-6 e 64

Destarte, permanece o enigma sobre a origem do consórcio, ou melhor, sobre a natureza jurídica do correspondente ato de constituição. No caso do ente despersonalizado, a transferência de competências intraestatal, na estrutura de cada um dos partícipes, é suficiente para a sua gênese? Na hipótese de pessoa jurídica de direito público, a lei é bastante para configurar a sua existência? No direito privado, qual a “essência” do ato de constituição de uma associação?

As duas primeiras indagações devem ser respondidas negativamente. Em ambos os casos, para a constituição de entidade *interfederativa*, devem concorrer as vontades das pessoas estatais interessadas nesse resultado, ou seja, a formação consorcial não pode prescindir da celebração de acordo bilateral ou multilateral, conforme o caso, como condição de sua *existência* material.

No caso de consórcio administrativo, que não configura nova pessoa jurídica, o acordo é suficiente à sua consubstanciação. Na hipótese de pessoa jurídica de direito público, cuja criação só ocorre por meio de lei, faz-se mister o ajuste de vontades, devido à condição de *pessoa interestatal* do consórcio que se institui nesses termos. Daí o acerto da Lei 11.107/2005 em classificar a entidade de direito público como ‘associação pública’, posicionando-a ao lado da autarquia, sem estabelecer confusão entre elas.¹⁹⁶ Dito de outro modo: a associação pública pressupõe o concurso de vontades, a autarquia, não, por isso são diferentes entre si.

A mesma afirmação se pode fazer sobre a composição de consórcio público de direito privado, cuja *existência legal* começa com a inscrição de seu ato constitutivo no respectivo registro (artigo 6º, inciso II da Lei 11.107/2005 c.c. artigo 45 do Código Civil Brasileiro). Este também implica acordo de vontades, que se materializa, tal qual ocorre com o consórcio de direito público, por meio da lei de cada ente federativo, ratificando a intenção de se associar a outros (artigo 5º, *caput* e seu parágrafo 4º, da Lei 11.107/2005).

Assim, desde que se possa aceitar a definição de contrato como “o acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos”¹⁹⁷, conclui-se que, no caso de instituição de consórcio público, de direito público ou de direito privado, as manifestações de vontade dos entes federados são juridicamente qualificadas pela vigência de leis ratificadoras, que dão substância ao ato de *contratar*. Em qualquer hipótese, a consequência é a formação de nova pessoa jurídica, de caráter associativo. No caso do consórcio administrativo, o concurso de vontades, que, em geral, se manifesta mediante a celebração de convênio, para o qual não se exige autorização legal¹⁹⁸, é suficiente para o estabelecimento do pacto cooperativo.

Mas parte considerável da doutrina costuma estabelecer diferença entre os contratos e os convênios. Segundo antiga lição de EROS ROBERTO GRAU, no contrato, “as partes têm interesses opostos e desejam coisas diferentes: o vendedor quer desapossar-se de

¹⁹⁶ Cf. artigo 16 da Lei 11.107/2005, que altera a redação do inciso IV, artigo 41, da Lei 10.406/2002 (Código Civil).

¹⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. III, p.7

¹⁹⁸ Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “É inconstitucional a exigência estabelecida em Constituição e Lei Complementar Estadual, de autorização de Câmara Municipal para a celebração de acordos ou convênios com a União, os Estados ou os Municípios, ou de sua ratificação ou referendo, quando negociados sem aprovação preliminar, por motivo de urgência”. (Representação de Inconstitucionalidade nº 1.210-RJ). Revista Trimestral de Jurisprudência – RTJ 115/597

um bem com a condição de receber em troca o mais elevado preço possível; o comprador deseja adquirir o mesmo bem, pagando o menor preço possível. No ato coletivo, por outro lado, as partes desejam a mesma coisa: realizar conjuntamente uma ou várias operações comuns; seus interesses, ainda se diferentes, caminham na mesma direção”.¹⁹⁹ HELY LOPES MEIRELLES também adverte que “consórcios administrativos são acordos firmados entre entidades estatais, autárquicas ou paraestatais, sempre da mesma espécie, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”. Para o autor, o consórcio compartilharia da natureza do convênio, que, por sua vez, “é acordo, mas não é contrato”. A especificidade do contrato em relação ao acordo decorreria da oposição de interesses entre as partes sempre presente nas relações contratuais.²⁰⁰ Finalmente, MARIA SYLVIA DI PIETRO, com supedâneo nesses autores, afirma que o convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades, porém com características próprias.²⁰¹

Outros publicistas vêm com maior amplitude o conceito de contrato. MARÇAL JUSTEN FILHO afirma que a natureza do ato constitutivo dos consórcios públicos é sempre contratual, compreendida nesta classificação a figura do convênio. Este, por sua vez, se configuraria como contrato plurilateral ou organizacional, na acepção proposta por Túlio Ascarelli, cujas principais características repousam na pluralidade de partícipes e na “criação de uma organização de bens e esforços visando ao desenvolvimento de certa atividade”. Esse concerto poderia originar nova pessoa jurídica de natureza consensual. Para o autor, a constituição de consórcio público implica não apenas a disposição em participar, mas também “(a) a assunção de obrigações atinentes à composição do patrimônio, (b) a delegação de atribuições e competências determinadas e (c) a transferência de bens e pessoal para a entidade”. Na dicção do autor: “... rigorosamente, o convênio é uma manifestação contratual. Não existe, no campo da Teoria Geral do Direito, uma categoria de ato jurídico específica e autônoma, denominada *convênio*, que seja diversa e distinta do contrato”.²⁰²

Numa terceira linha de argumentação, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO vê no episódio de constituição de consórcio entre entes federativos um *ato administrativo complexo*. O autor distingue os atos administrativos unilaterais dos plurilaterais, também denominados pactos, os quais se subdividem em contratos e em atos complexos. Estes, por sua vez, se desdobram em espécies tradicionais: os convênios e os consórcios. Na definição do jurista, ato administrativo complexo é aquele que se constitui pela manifestação de vontade de mais de uma entidade, cada qual com sua respectiva personalidade jurídica, mantendo autônomas as vontades participantes, tantas quantas sejam os pactuados, desde que todos necessariamente convergentes para a satisfação de um interesse comum. Na outra espécie de pacto, ou seja, no contrato, as vontades se compõem, e não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie de vontade. Nesse caso, os interesses das partes contratantes apresentam-se distintos e opostos, enquanto no ato complexo, os interesses são obrigatoriamente comuns e convergentes.²⁰³

Verifica-se, portanto, a heterogeneidade das linhas de trabalho adotadas por diferentes juristas, sem que umas superem as outras, ou seja, a doutrina de HELY LOPES

¹⁹⁹ GRAU, Eros Roberto. ‘Convênio’. Enciclopédia Saraiva de Direito. v.20, p.379

²⁰⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito municipal brasileiro. p.306-9

²⁰¹ PIETRO, Maria Sylvia. Parcerias na Administração pública. p177

²⁰² JUSTEN FILHO. Parecer. p.29-30. No mesmo sentido, MARQUES NETO, Floriano. Parecer. p.25-35 e PORTO NETO, Benedicto. Parecer. p.18-30

²⁰³ MOREIRA NETO. Curso de direito administrativo. p.184-190

MEIRELLES, por exemplo, não invalida a tese de MARÇAL JUSTEN FILHO, nem o contrário acontece; antes, essas teorias convivem em ambiente no qual a comunicação permanece possível, a despeito da dissensão. Dessa observação, se depreende que os critérios são convencionais, não essenciais. Por certo, as classificações, assim como as definições, não são verdadeiras ou falsas, mas úteis ou inúteis.²⁰⁴

Cabe, então, perguntar: no plano das relações interestaduais, com vistas à efetivação do federalismo cooperativo, qual é a utilidade em se distinguir os contratos dos convênios, ou melhor, os contratos dos consórcios? A complexidade de interesses envolvidos e de obrigações recíprocas – necessariamente estabelecidas entre a pluralidade de partícipes numa relação consorciativa – permite haja clareza quanto à existência, ou não, de interesses contrapostos entre eles, ainda que temporária ou eventualmente? A convergência ou a contraposição de escopos, utilizada como juízo distintivo entre as duas figuras, diria respeito aos objetivos declarados da associação ou se relacionaria a suas atividades-meio?

O cotidiano da experiência burocrática oferece a resposta. A distinção que opõe contratos e convênios (ou consórcios), calcada no critério da convergência ou da divergência de interesses, já não parece suficiente para abrigar as novas práticas negociais perpetradas pela Administração. É o que comprova ODETE MEDAUAR, trazendo à baila vários exemplos de convênios, que, pelo aludido modo de discernir, poderiam caracterizar-se como contratos e vice-versa. Consoante pondera a autora:

Na atualidade, florescem em grande escala as práticas com base em concordância ou consenso entre entes administrativos ou entre estes e particulares. É a época da Administração “concertada”. Disseminam-se acordos de diversos tipos, adotando-se em amplitude, os chamados “módulos contratuais ou convencionais”. Tais fórmulas nem sempre se enquadram exatamente nos paradigmas clássicos dos contratos ou dos contratos administrativos. Daí ser relevante conferir tratamento amplo à figura contratual, para abrigar fórmulas novas, adequadas a novo dinamismo e novos modos de agir da Administração. Nesse contexto se inserem os convênios e consórcios administrativos.²⁰⁵

Em verdade, como observa BENEDICTO PORTO NETO, “a Constituição Federal consagra conceito bastante amplo de contrato, para nele incluir as relações formadas por acordos de vontade”.²⁰⁶ De fato, o preceito contido no artigo 22, inciso XXVII da CRFB/1988 atribui à União competência privativa para legislar sobre normas gerais de contratação “em todas as modalidades”. Em cumprimento desse normativo, editou-se a Lei 8.666/1993, cujo artigo 116 dispõe sobre a celebração de “convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

Conclui-se, portanto, que o ordenamento jurídico positivo reconhece a inclusão dessas figuras jurídicas nas “modalidades de contratação”, referidas na regra constitu-

²⁰⁴ Cf. AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviços públicos. p.87. Esse pressuposto, contudo, explica Aguillar, “não pode ser tido como a negação da comunicação científica (...). Ao contrário, ele põe em evidência o pluralismo ideológico e metodológico que é peculiar ao direito e assimila esse pluralismo como parte integrante da forma de se produzir teórica e doutrinariamente o direito enquanto disciplina universitária”. *Ibidem*.

²⁰⁵ MEDAUAR, Odete. “Convênios e consórcios administrativos”. *Boletim de direito administrativo*. p.457

²⁰⁶ PORTO NETO. Parecer, item V.

cional de competência. Essa tese se afigura mais adequada ao propósito de satisfazer a ordem constitucional.

3.5 COMPETÊNCIA PARA A EDIÇÃO DA NORMA GERAL

A leitura do artigo 1º da Lei 11.107/2005²⁰⁷ revela o esforço dos proponentes em manifestar expressamente que a edição da norma encontra-se na esfera de atribuição legislativa da União, conforme autoriza o artigo 22, inciso XXVII da CRFB/88, que estabelece a sua competência privativa para fixar normas gerais de contratação para a Administração pública, de modo amplo.

Há, todavia, conforme demonstrado, quem entenda ser outra a natureza do ato constitutivo do consórcio, julgando, portanto, inaplicável o referido dispositivo constitucional como regra de competência normativa da União.

A par dessa polêmica, independentemente de se admitir, ou não, a natureza contratual do instituto, é possível, ainda assim, se afirmar, com segurança, a competência da União para a regulamentação do artigo 241 da CRFB/1988, a despeito da existência de forte argumento no sentido de que a matéria, nos termos desse dispositivo constitucional, haveria de ser disciplinada pela lei de cada ente federado, em razão de sua autonomia.²⁰⁸

Ora, a aceitação desse argumento esvaziaria por completo o sentido da norma constitucional. Caso a atribuição de competência operada pelo artigo 241 se restringisse a mera autorização para que os entes da Federação pudessem, isoladamente, disciplinar a constituição de consórcios e de convênios, o dispositivo restaria inútil, pois essa atribuição já decorre da autonomia federativa de cada pessoa política. Na prática, inclusive, verificou-se que a alteração produzida pela EC 19/1998 em nada modificou a situação dos consórcios existentes anteriormente à sua edição. Nesse sentido, a advertência de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO: “não pode o intérprete da Constituição dar à norma constitucional um sentido tal que ela apenas sirva a consagrar o que, na praxe administrativa, já era remansoso. Não se justificaria uma emenda constitucional apenas para autorizar aquilo que já se fazia”.²⁰⁹

O preceito contido no artigo 241 da CRFB/1988 constitui norma de promoção da cooperação interfederativa. Essa a razão explícita que motivou a sua inclusão no texto da Constituição por ocasião da reforma administrativa.²¹⁰ O princípio cooperativo não admite ações descoordenadas. Ao contrário disso, a cooperação exige afinamento entre os diversos atores envolvidos no processo de articulação política. Essa coerência, logicamente, só pode ser alcançada mediante a ação uniformizadora do ente federativo mais abrangente, no caso, da União, que, de resto, possui, tanto quanto as demais pessoas estatais, competência normativa

²⁰⁷ “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências.”

²⁰⁸ O artigo 241 da CRFB/1988 assim dispõe: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

²⁰⁹ MARQUES NETO. Parecer. p.18

²¹⁰ Veja-se a propósito a Exposição de Motivos Interministerial n° 49, de 18 de agosto de 1995, incluída na Mensagem n° 886, de 23 de agosto de 1995 ao Congresso Nacional. Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 18.08.95, p.18849-54 .

para legislar sobre consórcios. Nesse sentido, a norma geral de coordenação não poderia ficar a cargo dos Estados e, menos ainda, dos Municípios. Nem se poderia imaginar, no âmbito da ação coordenada, a competência plena de cada ente federativo para disciplinar parcialmente o assunto (definindo cada um deles cláusulas essenciais ao pacto consorciativo, por exemplo), já que essas normas parciais poderiam implicar conflitos envolvendo aspectos relevantes da matéria, inviabilizando-se a cooperação.

Mas isso não retira das esferas intermediárias e locais a capacidade de também legislar sobre o tema, desde que respeitadas as normas de caráter mais amplo já estabelecidas pela União²¹¹. Conclui-se, portanto, que se trata de competência legislativa comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, inferida a partir da compreensão do próprio artigo 241.

Ressalte-se, por fim que é só aparente a contradição entre a afirmação da origem contratual dos consórcios (item 5) – e conseqüentemente, em princípio, sua submissão à disciplina do artigo 22, inciso XXVII da CRFB/1988 – e a alegação de que União, Estados, Distrito Federal e Municípios possuem competência legislativa comum para regulamentar o assunto em decorrência do artigo 241 da CRFB/1988. Isso porque a adesão àquela tese (da origem contratual) não impõe o reconhecimento de competência privativa da União para regulamentar a matéria. É que, no caso, esse último dispositivo (artigo 241) excepciona os termos do artigo 22, inciso XXVII, pois trata especificamente de determinado instituto, o consórcio público, independentemente da natureza de seu ato de constituição, ou seja, o artigo 241 constitui disposição especial e, nessa medida, prevalece, em relação ao artigo 22, inciso XXVII da CRFB/1988, por isso é perfeitamente possível se afirmar a natureza contratual dos consórcios sem pretender que eles se submetam à regulamentação privativa da União, mas reconhecendo sua especificidade e, assim, sua subordinação integral aos termos do artigo 241 da CRFB/1988, de onde deflui a competência comum para regulamentar as novas modalidades de cooperação interfederativa.

3.6 CONSTITUIÇÃO DE CONSÓRCIO PÚBLICO

Conforme previsão do artigo 3º da Lei 11.107/2005, “o consórcio público será constituído por contrato cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções”. Trata-se de compromisso político formalizado que, ratificado mediante lei pelos entes da Federação interessados, se converte em contrato para a instituição de pessoa jurídica interestatal.

O protocolo não possui natureza jurídica de contrato preliminar nos moldes do direito civil, posto que não vincula as partes à celebração do contrato definitivo²¹². Em

²¹¹ Noutro sentido, ALICE GONZALEZ BORGES entende que a Lei 11.107/2005 não constitui norma geral, o que “pressupõe uma limitação à competência legiferante da União, para que alguma coisa seja deixada à competência das outras ordens federadas, apenas lhes traçando parâmetros (...). Não é o que se quer, na espécie. O que a Lei 11.107/05 pretende, em seu conteúdo, é *regular* a aplicação do texto constitucional por todas as unidades da Federação, com o caráter de *lei nacional*”. ‘Os consórcios públicos na sua legislação reguladora’. Revista eletrônica de Direito do Estado. p.8-9

²¹² O contrato preliminar, ao contrário, pressupõe essa vinculação. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, citando Von Tuhr (*Obligaciones*, vol I), conceitua-o como “*aquela por via do qual ambas as partes ou uma delas se*

verdade, o instrumento não goza de autonomia em relação ao contrato de constituição do consórcio, já que é desprovido de valor jurídico em relação ao partícipe cujo legislativo não o ratificar. A Lei 11.107/2005, inclusive, dispensa desse ato confirmatório a pessoa estatal que, antes de subscrever o documento de intenções, disciplinar por lei a sua participação no consórcio público (artigo 5º, parágrafo 4º).

Nos termos do artigo 4º da Lei federal, o protocolo deve incluir necessariamente cláusulas que contenham: (i) a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio; (ii) a identificação dos entes da Federação consorciados; (iii) a indicação da área de atuação do consórcio; (iv) o enquadramento do consórcio público como associação pública ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos; (v) os critérios para, em assuntos de interesse comum, autorizar a entidade a representar os consorciados perante outras esferas de governo; (vi) as normas de convocação e de funcionamento da assembléia geral, inclusive para a elaboração, a aprovação e a modificação dos estatutos do consórcio público; (vii) a previsão de que a assembléia geral é instância máxima do consórcio público e o número de votos para as suas deliberações; (viii) a forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do consórcio, que, obrigatoriamente, deverá ser Chefe do Poder executivo de uma das pessoas políticas consorciadas; (ix) o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público; (x) as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão ou termo de parceria; (xi) o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplente com suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público; (xii) a definição do número de votos atribuídos a cada consorciado na assembléia geral, sendo assegurado no mínimo um voto a cada partícipe; e (xiii) a autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando: (a) as competências cujo exercício se transfere ao consórcio público; (b) os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados; (c) a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação dos serviços; (d) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um consorciados; e (e) os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão.

Por força do que estabelece o artigo 5º, parágrafo 4º, da Lei de Consórcios, na hipótese de inexistência do instrumento prévio, todos os partícipes deverão regulamentar, em legislação própria, de modo concertado, as condições que o normativo federal determina constem do protocolo de intenções, conforme descritas no parágrafo anterior.

O documento preliminar poderá estabelecer o número mínimo de adesões suficiente à constituição do consórcio público, sendo certo que também a ratificação poderá dar-se com reserva que, aceita nos termos do instrumento prévio, implicará consorciamento

comprometem a celebrar mais tarde outro contrato, que será contrato principal". p.81 O contrato preliminar tem por objeto obrigação de fazer, que se consubstancia na celebração de outro contrato. Não existindo nele cláusula de arrependimento, ocorrendo o descumprimento da obrigação (celebração do contrato definitivo), qualquer das partes poderá notificar a outra, determinando prazo para o adimplemento. Ainda, não sendo cumprida a obrigação, a parte lesada terá dois caminhos, os quais são previstos nos artigos 464 e 465 do Código Civil. No primeiro caso, "esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação", e, na hipótese do artigo 465, "se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos". op. cit., p.81-93

parcial ou condicional (artigo 5º, parágrafo 2º). A ratificação realizada após dois anos da subscrição do protocolo de intenções dependerá de homologação da assembleia geral do consórcio público (artigo 5º, parágrafo 3º).

O artigo 4º, parágrafo 5º, da Lei determina que o protocolo de intenções seja publicado na imprensa oficial. Nesse caso, embora não haja indicação legal específica, compreende-se que a publicação deva ocorrer em órgão de comunicação de cada um dos entes federativos que subscrevem o documento.

O passo seguinte é a convocação da assembleia geral do consórcio público, composta pelos chefes dos Executivos das pessoas estatais consorciadas, tendo em vista a elaboração e a aprovação dos estatutos da entidade, os quais, em se tratando de pessoa de direito privado, deverão ser levados ao correspondente registro, para a produção de efeitos civis.

A constituição de consórcio público, portanto, obedece a três etapas: a preparação e a assinatura de protocolo de intenções, a sua ratificação mediante leis dos entes consorciados, e a elaboração, aprovação e registro, se o caso, pela assembleia geral, dos estatutos da entidade. Estes, por sua vez, deverão conter as normas de organização e de funcionamento da entidade, respeitadas as disposições estabelecidas no protocolo de intenções e nas leis ratificadoras dessas disposições.

3.7 ÁREAS DE ATUAÇÃO

Considera-se como área de atuação do consórcio público, independentemente de figurar a União como consorciada, a que corresponde à soma dos territórios: i) *dos Municípios*, quando o consórcio público for constituído somente por Municípios ou por um Estado e Municípios com territórios nele contidos; ii) *dos Estados ou dos Estados e do Distrito Federal*, quando o consórcio público for, respectivamente, constituído por mais de um Estado ou por um ou mais Estados e o Distrito Federal; ou iii) *dos Municípios e do Distrito Federal*, quando o consórcio for constituído pelo Distrito Federal e os Municípios. É o que dispõe o artigo 4º, parágrafo 1º da Lei 11.107/2005.

Diante da explicitação normativa, não há dúvida quanto à importância da dimensão espacial no ajuste de cooperação estabelecido entre entes federativos por meio de consórcio público. Essa espécie de associação está inserida numa estratégia de planejamento regional, que implica a reorganização territorial dos poderes de gestão administrativa.

Os dispositivos legais são claros e não deixam margem a dúvidas. Todavia, cabem algumas observações, a fim de se ressaltarem notas características dessas espécies de agrupamentos. Em primeiro lugar, vê-se que é admissível a constituição de consórcio público entre Municípios localizados em diferentes Estados da Federação. Essa possibilidade denota o caráter flexível do arranjo administrativo, bem como a autonomia dos Municípios face aos Estados, para promover a integração regional.

A Lei também não estabelece a obrigatoriedade de esses territórios serem contíguos, muito embora seja mais lógico e bastante desejável eles sejam próximos entre si o

suficiente para favorecer as condições do planejamento físico-territorial e das ações regionais. Vislumbra-se, assim, a possibilidade de existirem associações entre Municípios não caracterizados pelos traços da vizinhança. Essa fresta legal é necessária, em face do eventual desinteresse que um Município, no exercício de sua autonomia, pode manifestar em estabelecer vínculo associativo com outras unidades políticas. A descontinuidade territorial, nesse caso, poderia inviabilizar a constituição do consórcio entre as localidades interessadas.

Outra observação interessante refere-se à impossibilidade de Municípios se associarem a Estados que não os contenham totalmente em seus quadrantes. Essa preocupação denota o cuidado a fim de que um Estado não interfira no plano territorial de outro, o que poderia gerar conflitos e colocar em risco a paz federativa.

3.8 GESTÃO FINANCEIRA

A Lei 11.107/2005 prevê que a manutenção econômico-financeira do consórcio público seja efetivada exclusivamente mediante a celebração de contrato de rateio pelos membros da associação (artigo 8º), determinando mesmo a nulidade de cláusulas do contrato de constituição que prevejam outros aportes financeiros ou econômicos à entidade, salvo as contribuições em bens ou em direitos, realizadas por força de gestão associada de serviços públicos (artigo 4º, parágrafo 4º) e a eventual cessão de servidores, que poderá ocorrer na forma e nas condições previstas na legislação de cada associado.

O contrato de rateio será formalizado a cada exercício financeiro e seu prazo de vigência não poderá ultrapassar o das dotações orçamentárias que o suportam, com exceção dos acordos que tenham por objeto exclusivamente projetos consistentes em programas ou ações contemplados em plano plurianual, ou gestão associada de serviços custeados por tarifas ou outros preços públicos.

A finalidade do contrato de rateio é conferir estabilidade e segurança às atividades consorciativas. Diante de um tal constrangimento, dificulta-se a qualquer associado negligenciar o pagamento da contribuição, na hipótese de alternância política decorrente de eleições, por exemplo. Nesse caso, o grau de comprometimento é bastante alto, já que os entes consorciados, em conjunto ou isoladamente, bem como o consórcio, são partes legítimas para exigir o cumprimento das prestações estipuladas.

Fora da sistemática estabelecida pela Lei 11.107/2005, os entes consorciados contribuem espontaneamente com a associação, o que torna muito frágil a sua base econômico-financeira. O ajustamento de quotas-parte de contribuição fica no plano político, tornando difícil a exigibilidade dos valores necessários à satisfação de compromissos assumidos perante terceiros, inviabilizando também o recebimento de investimentos externos de maior vulto, devido à insegurança quanto à capacidade, da instituição, de oferecer contrapartidas.

Em função desse objetivo, o ente consorciado que não consignar, em sua lei orçamentária ou em créditos adicionais, as dotações suficientes para suportar as despesas assumidas por meio de contrato de rateio poderá ser excluído do consórcio, após prévia suspensão.

Tendo em vista o atendimento dos dispositivos da Lei Complementar n° 101, de 4 de maio de 2000²¹³, o consórcio público deve fornecer as informações necessárias para que sejam consolidadas, nas contas dos entes consorciados, todas as despesas realizadas com os recursos entregues em virtude de contrato de rateio, de forma que elas possam ser contabilizadas nas contas de cada ente da Federação, na conformidade dos elementos econômicos e das atividades ou projetos atendidos. Nesses termos, é vedada a aplicação dos recursos entregues por meio de contrato de rateio para o atendimento de despesas genéricas, inclusive transferências ou operações de crédito.

Essa última disposição não interdita aos consórcios a contratação de operações de crédito, porém impede que recursos fiscais dos entes consorciados sejam utilizados no pagamento de tais negócios, o que, na prática, produz o mesmo resultado, exceto pela possibilidade de os consórcios produzirem receita própria, mediante cobrança pela prestação de serviços públicos, tornando-se auto-sustentados.

Com efeito, além dos aportes obtidos por meio dos contratos de rateio, a Lei 11.107/2005 prevê a possibilidade de os consórcios serem contratados pela Administração direta ou indireta dos entes consorciados, para a prestação de serviços, mediante remuneração.

Eles poderão também emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e de outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos que estejam sob sua administração, ou, mediante específica autorização, sob a administração de ente da Federação consorciado (artigo 2º, parágrafo 1º, inciso III e parágrafo 2º).

Igualmente constituem fontes alternativas de recursos as contribuições que os consórcios podem receber de outras entidades e órgãos governamentais, não pertencentes ao seu quadro de associados (artigo 2º, parágrafo 1º, inciso I). É o caso, por exemplo, de consórcio intermunicipal que celebra convênios pontuais com a União para o recebimento de verbas do orçamento federal.

O consórcio público está sujeito às fiscalizações contábil, operacional e patrimonial do Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder executivo representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade das despesas, dos atos, dos contratos e da renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio (artigo 9º, parágrafo único da Lei 11.107/2005).²¹⁴

²¹³ A execução das receitas e das despesas do consórcio público deverá obedecer às normas de direito financeiro aplicáveis às entidades públicas, especialmente aquelas atinentes à responsabilidade fiscal.

²¹⁴ Eventualmente, poderá ocorrer sobreposição de atribuições em relação às atividades de fiscalização exercidas pelo Tribunal de Contas competente nos termos da Lei 11.107/2005 e aquelas desenvolvidas em razão de outros dispositivos normativos. No caso de associação entre União e Estados, por exemplo, caso a presidência da entidade recaia sobre um dos governadores, ainda assim a competência para fiscalizar a aplicação de recursos repassados pela União, sob qualquer modalidade de acordo, aos entes da Federação, será a do Tribunal de Contas da União, em decorrência do disposto no artigo 70, parágrafo único, combinado com o artigo 71, inciso VI da CRFB/1988.

3.9 OBJETIVOS DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

Nos termos do artigo 2º da Lei 11.107/2005, os objetivos de um consórcio público são determinados pelo interesse comum entre os entes da Federação que o compõem, observados os limites constitucionais.

Dentre as principais finalidades dos consórcios destacam-se: a articulação regional entre unidades políticas de pequeno ou de médio porte, com vistas à melhoria de sua capacidade técnica, gerencial e financeira; a prestação de serviços de interesse comum, mediante atuação integrada que possa resultar em economia de escala; a criação de espaço suprapartidário para a discussão de temas de interesse regional; a redução de ociosidade no uso de máquinas e de equipamentos; a otimização de recursos humanos, com a conseqüente redução de custos operacionais e a ampliação da oferta de serviços; a formação e a capacitação da burocracia administrativa; a gestão de espaços metropolitanos, que demandam solução uniforme para os problemas comuns; e a atuação conjunta em regiões, como bacias hidrográficas ou pólos regionais de desenvolvimento, nas quais a ação isolada seria inútil.

Esses mecanismos oferecem um rol inesgotável de opções em virtude das características de que se podem revestir, especialmente no que concerne às suas possíveis áreas de atuação: saúde, assistência e inclusão social, habitação, educação, cultura, lazer, esporte, informática, planejamento regional, capacitação administrativa, produção agrícola e abastecimentos alimentar, obras e infra-estrutura, saneamento básico, manejo de resíduos sólidos, desenvolvimento econômico, proteção ambiental, turismo, aquisição de bens e/ou de equipamentos etc.

Uma finalidade manifesta dos consórcios públicos é viabilizar o federalismo cooperativo. No Brasil, tem-se admitido a reunião de esforços federativos por meio de reuniões informais, pela celebração de convênios e de consórcios administrativos, pela participação de pessoas estatais em órgãos colegiados de outros entes, pela constituição de empresa cujo capital pertença a mais de uma unidade federativa, pelas associações interfederativas privadas, e, mais recentemente, pelos convênios de cooperação e pelos consórcios públicos.

Uma maior institucionalização da cooperação intergovernamental para a gestão consorciada de atribuições compartilhadas deve permitir contribuições diferenciadas de financiamento e poder de decisão entre as esferas de governo consorciadas no âmbito do território nacional, de forma a levar em consideração as desigualdades na capacidade administrativa e financeira dos entes federados.

Há uma grande diversidade de políticas públicas, que além de apresentarem uma melhor resolução e efetividade por meio da ação intergovernamental no âmbito territorial, podem produzir ganhos de escala consideráveis, uma maior racionalização na utilização de recursos públicos e promover o fortalecimento dos entes federados na realização de suas atribuições. Destaca-se entre outros, a questão da recuperação e proteção ambiental, a gestão de bacias hidrográficas, o tratamento e a destinação de resíduos sólidos, a gestão associada de serviços públicos como o saneamento e transporte urbano e a gestão compartilhada de serviços sociais e a execução conjunta de obras de infra-estrutura.

A cooperação entre esferas de governo permite igualmente a prestação compartilhada de assistência técnica, e o compartilhamento de bens e pessoal qualificado entre as administrações públicas associadas. Além do mais, a criação de novos arranjos institucionais de articulação e pactuação entre os entes federados poderia pavimentar a construção de um novo projeto nacional de desenvolvimento. Nota-se neste sentido, que a promoção do desenvolvimento local está cada vez mais sendo colocada como uma tarefa a ser realizada no âmbito do espaço sub-regional, onde podem ser articulados e fortalecidos os fluxos econômicos e sociais.

3.9.1 GESTÃO ASSOCIADA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Segundo o artigo 241 da Constituição, os consórcios públicos, tanto quanto os convênios de cooperação, prestam-se à gestão associada de serviços públicos. A dificuldade em se estabelecer, no âmbito do direito administrativo, uma definição precisa do que sejam os serviços públicos embaraça a compreensão imediata do mandamento constitucional. Na dicção de AGUILLAR:

A longa controvérsia doutrinária a respeito do conceito de serviço público tem sua razão de ser não apenas nas dificuldades de se oferecer uma definição precisa de serviço público ou de fornecer uma lista acabada deles, mas também da própria complexidade da compreensão do problema. Não se questiona apenas o que é serviço público, mas também porque não se consegue evitar uma extenuante e improfícua batalha sobre a noção de serviço público. Essa a questão que vem atormentando os juristas há décadas.²¹⁵

A expressão – conforme observa MEDAUAR – às vezes, é utilizada em sentido muito aberto, “para abranger toda e qualquer atividade exercida pela Administração pública”. A jurista exemplifica: “quando se fala ‘ingresso no serviço público’ é atribuído sentido amplo ao termo”.²¹⁶

A preocupação em se definirem balizas mais estreitas à compreensão do conceito justifica-se sob o ponto de vista técnico-jurídico. Mas, no caso do artigo 241 da CRFB/1988, o esforço parece ser baldado. É que a Constituição, em primeiro lugar, não define um conceito jurídico de serviço público.²¹⁷ Além disso, o Diploma Maior, na condição de documento jurídico que inaugura o ordenamento normativo, distingue-se por seu caráter político. “Serve à organização do Estado, ao tempo em que se constitui um instrumento da cidadania. É dirigida aos indivíduos e não propriamente aos iniciados em direito”. Nessa medida, “surge (...) a questão da convenção lingüística a ser utilizada, a saber: aquela fundamentada no uso científico ou aquela ancorada no uso normal”. Para LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO E VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, aplica-se à hipótese o *princípio da coloquialidade*, norma de interpretação constitucional segundo a qual os termos da Constituição “devem ser utilizados em seu significado idiomático, coloquial, sem tecnicidade”.²¹⁸

²¹⁵ AGUILLAR. op. cit. p.111

²¹⁶ MEDAUAR> op. cit. p.340

²¹⁷ Cf. AGUILLAR, Fernando Herren. op. cit. p.134

²¹⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Ob. cit. p.88-9

A norma do artigo 241 não escapa à inteligência desse comando. Logo, a expressão *serviço público* nela contida deve ser tomada em sentido amplo, para abranger toda a atividade desempenhada pela Administração pública, no âmbito do Poder executivo.

A gestão associada de serviço público pode ocorrer mediante a celebração de convênio de cooperação ou a contratação de consórcio público. Trata-se de duas figuras novas – previstas pela Constituição da República e regulamentadas pela Lei 11.107/2005 – na justa medida em que se alteram, a partir da promulgação legal que complementa a eficácia da norma constitucional, os sentidos em que a doutrina comumente empregava esses termos.

De acordo com a visão tradicional, o convênio é celebrado entre duas entidades públicas de natureza diversa, ou entre uma entidade pública e outra privada, enquanto o consórcio é sempre firmado entre entidades públicas da mesma natureza: dois Municípios ou dois Estados.²¹⁹ A nova Lei, modificando esse critério, estabelece o diferencial no fato de o consórcio constituir-se como pessoa jurídica e o convênio, não.

No caso do convênio de cooperação, não se estabelece novo ente personalizado, por isso as possibilidades desse instrumento, em matéria de assunção de competências, são bem menores do que as propiciadas pela instituição de consórcio público. A principal diferença é que muitas funções administrativas, como as de planejamento, as de regulação e as de fiscalização do serviço, não podem ser delegadas no âmbito da cooperação convencional. De fato, as competências constitucionais são indelegáveis, exceto na hipótese de serem admitidas no próprio texto constitucional.²²⁰

Mas a transferência, por entes federativos a consórcio público, dos poderes de regular, de fiscalizar e de executar serviços significa apenas descentralização administrativa, já que a associação interestatal integra a administração indireta de todas pessoas que dela participam (6º, parágrafo 1º da Lei 11.107/2005). Logo, não há falar em delegação de funções. Na expressão sintética de PORTO NETO, “o consórcio público é instrumento que, sem delegação de competências constitucionais, posto que ele integra a Administração Indireta do titular do serviços, viabiliza o compartilhamento de sua gestão com outros entes da Federação (que também participam do consórcio)”.²²¹

Já na gestão associada de serviços mediante convênio de cooperação, como se disse, o que se delega é apenas a prestação, vale dizer, a execução do serviço, expressamente autorizada aos particulares, na forma do artigo 175 da CRFB/1988. De tal modo, “se a Constituição admite a delegação da prestação de serviços públicos a particulares, tanto menos poderia impedir a delegação entre entes integrantes da Administração Pública”,

²¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ob. cit. p.183. MOREIRA, Mariana. Ob. cit. p.22 e LEITE, Carlos Corrêa *et alii*. Ob. cit. p.48

²²⁰ Exemplo disso é o artigo 175 da CRFB/1988, que prevê a possibilidade de delegação a particulares da prestação de serviço público, sob o regime de concessão ou de permissão, nos termos da lei. Vê-se, portanto, que Constituição admite a possibilidade de delegação da *prestação* de serviço público. No mesmo sentido, mas adotando outra linha de argumentação, MARQUES NETO assevera que as competências constitucionais não são indelegáveis, mas tão-somente irrenunciáveis. Em matéria de serviços públicos, haveria indelegabilidade da titularidade e delegabilidade da prestação até mesmo a particulares, na forma do artigo 175 da CRFB/1988. Parecer. p.51-4

²²¹ MARQUES NETO. Parecer. p.42

poderia impedir a delegação entre entes integrantes da Administração Pública”, conclui MARQUES NETO.²²²

A extensão dos poderes compreendidos na gestão associada deverá estar prevista, caso a caso, no protocolo de intenções ou na lei que autorize a constituição do consórcio público (artigo 4º, inciso XI da Lei 11.107/2005).

A nova entidade poderá assumir, como visto, atividades de planejamento, de regulação, de fiscalização e de prestação de serviços públicos (gestão associada plena). Mas pode ocorrer que seja conveniente delegar a execução do serviço a outro órgão ou a outro ente federativo consorciado. Nesse caso, entre o titular e o prestador do serviço faz-se necessária a celebração de um contrato. Até a promulgação da Lei dos Consórcios, o instrumento mais adequado a esse mister era a concessão ou a permissão, que, na sistemática da Lei 8.987/1995, disciplina as relações entre Poder público e particulares.

Como disciplina original da Lei 11.107/2005, mais apropriada aos propósitos específicos da cooperação federativa, surge o contrato de programa para regular, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro, ou para com o consórcio no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços.

A Lei prevê a nulidade de cláusula eventualmente existente no contrato de programa que atribua ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, de regulação e de fiscalização dos serviços por ele próprio prestados, já que a delegação deve se restringir à finalidade de execução do serviço público.

O contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou de direito privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados, desde que haja essa previsão no contrato de constituição do consórcio ou no convênio de cooperação. No caso de o contratado deixar de integrar a administração indireta do ente da Federação que autorizou a gestão associada, a correspondente delegação será automaticamente extinta.

O contrato de programa deverá atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, às normas de regulação dos serviços a serem prestados, bem como prever procedimentos que garantam a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares.

A Lei prevê que o novo instrumento de delegação de serviços permanecerá em vigor mesmo em caso de extinção do consórcio público ou do convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos. O objetivo é colocar fim à precariedade das relações cooperativas. Nesse caso, até que haja decisão que indique os responsáveis por cada obrigação assumida, os entes consorciados respondem solidariamente pelas obrigações remanescentes (artigo 12, parágrafo 2º da Lei 11.107/2005).

²²² Ibidem. p.52

3.10 POSSIBILIDADES JURÍDICAS CRIADAS PELA LEI 11.107/2005

A Lei 11.107/2005 é fruto de longo processo de construção institucional do federalismo cooperativo no Brasil, que começou a dar sinais de importância nos primeiros anos da década de 1980, justamente quando surgiram numerosas experiências de consórcios intermunicipais para a realização de atividades de interesse comum. O fato coincidiu com o crepúsculo do período autoritário e, conseqüentemente, com os primeiros sinais de redemocratização no país.

Nesse contexto, o discurso municipalista ganhou espaço e a conquista, pela oposição, de importantes postos governamentais desencadeou o processo de construção de instrumentos voltados à satisfação dos compromissos políticos assumidos, tendo em vista o ideal de fortalecimento dos poderes locais. Em São Paulo, os Escritórios Regionais de Governo (ERGs), a despeito da breve permanência, contribuíram para o alvorecer de uma cultura associativista entre os Municípios, que se revelou importante para o posterior aperfeiçoamento de novas experiências. O sucesso de algumas práticas de consorciamento na área da saúde pública forneceu elementos para o seu reconhecimento jurídico no plano nacional. Em 1990, a abrangência do exemplo do Grande ABC fez crescer a demanda pela regulamentação desses mecanismos de cooperação.

Em 1995, teve início, no Brasil, um processo de reforma administrativa, no bojo da qual se concedeu a normatização da figura dos consórcios públicos, em sede constitucional. Mas a promulgação da EC 19/1998, que introduziu o artigo 241 ao texto da Constituição, não foi suficiente para alterar a situação de precariedade institucional dos consórcios, reclamada pelos gestores públicos municipais. Durante seis anos, a matéria não mereceu mais nenhum cuidado, até que, em junho de 2004, o Poder executivo nacional, em atenção a renovadas pressões dos Municípios interessados, enviou projeto de lei de regulamentação do assunto ao Congresso Nacional, para a tramitação em regime de urgência. A partir daí o tema passou a ser objeto de grandes disputas que redundaram no arquivamento da proposta legislativa do Executivo e na aprovação de um substitutivo do projeto, aprovado em 6 de abril de 2005.

A Lei 11.107/2005 constitui, assim, a primeira lei brasileira de cooperação federativa. Seu objetivo imediato é regulamentar o artigo 241 da CRFB/1988, que prevê a possibilidade de integração entre os entes federativos para a gestão associada de serviços públicos. De acordo com o texto constitucional, a associação poderá se materializar por meio de convênio de cooperação ou pela constituição de consórcio público.

Dentre as principais inovações da Lei destaca-se a atribuição de personalidade jurídica aos consórcios públicos, mediante a constituição de associação pública ou de pessoa jurídica de direito privado. Como associação pública, o consórcio terá personalidade jurídica de direito público e, portanto, estará sujeito ao mesmo regime imposto às autarquias. A par disso, poderão os consórcios públicos adotar personalidade jurídica de direito privado, bastando, para tanto, o atendimento dos requisitos da legislação civil. Nessa modalidade, eles se constituirão como associações civis ou como fundações – pessoas jurídicas sem fins econômicos – devendo observar as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, à celebração de contratos, à prestação de contas e à admissão de pessoal, que será regida pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Os consórcios poderão desenvolver muitas políticas setoriais, de saúde, de educação, de cultura, de saneamento, de desenvolvimento econômico, de proteção ambiental, de inclusão social etc., mas também poderão integrá-las regionalmente. Não há objetivos pre-estabelecidos legalmente. Os entes federativos deverão defini-los por ocasião da constituição do consórcio.

Outra novidade da Lei é que os consórcios públicos poderão assumir a gestão associada plena de serviços, o que inclui as atividades de planejamento, de regulação e de fiscalização, acompanhadas ou não de sua prestação. Na condição de pessoas jurídicas de direito público, poderão também promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou de necessidade pública, ou de interesse social, realizada pelo Poder público.

A possibilidade de os consórcios públicos delegarem a prestação de serviços a eles atribuídos na forma do contrato de constituição da entidade constitui mais uma originalidade da Lei 11.107/2005. A outorga poderá ser feita por meio de concessão, de permissão ou de autorização a particulares, observado o procedimento licitatório, ou, mediante contrato de programa, para entes da administração indireta de qualquer dos consorciados.

A Lei conferiu aos consórcios públicos o poder de emitir documentos de cobrança e de exercer atividades de arrecadação de tarifas e de outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos por eles administrados.

Trouxe também a Lei 11.107/05 a possibilidade de que um consórcio público seja integrado por entes federativos de diferentes níveis governamentais. Assim, numa mesma entidade, poderão se encontrar União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A determinação legal contraria a antiga orientação doutrinária segundo a qual os consórcios administrativos poderiam ser formados apenas por entes federativos da mesma espécie, residindo nesse aspecto a principal diferença entre eles e os convênios, que admitiriam pessoas de níveis federativos diversos.

Portanto, a previsão é de consórcios públicos e de convênios entre entes federados, independentemente de sua espécie, o que afasta a tese de que apenas os convênios poderiam ser constituídos por entes de diferentes níveis federativos.

A primeira diferença entre consórcios públicos e convênios de cooperação está na atribuição de personalidade jurídica aos primeiros enquanto os segundos existirão como simples acordos temporários de atuação conjunta. Tanto o convênio quanto o consórcio público admitem, na esteira do disposto no artigo 241, *in fine*, da Constituição, que os entes federativos lhes transfiram, total ou parcialmente, encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

No entanto, no convênio, as relações jurídicas com terceiros são efetivadas em nome de um dos entes signatários, e não em nome do próprio convênio, uma vez que este não pode ser sujeito de direitos e obrigações. Logo, apenas o signatário que contratou em nome próprio poderia ser responsabilizado.

Já o consórcio público responde por si, uma vez que adquire personalidade jurídica e, portanto, se obriga em nome próprio, por conta própria, e implica responsabilidade subsidiária dos consorciados. Assim, os consorciados responderão apenas no caso de o patrimônio do consórcio não ser suficiente para responder pelas obrigações.

A segunda distinção entre convênios e consórcios públicos é que apenas entes federativos poderão compor o consórcio, na forma da Lei 11.107/2005. A autorização para contratá-lo, constante do artigo 1º, é exclusiva para a União, para os Estados, para o Distrito Federal e para os Municípios. Outros órgãos e entidades poderão participar eventualmente de convênios e de contratos de gestão ou de termos de parceria, jamais de consórcios públicos.

Por fim, a Lei 11.107/2005 põe fim à fragilidade institucional dos consórcios, pois estabelece que a retirada de qualquer associado não prejudicará as obrigações já constituídas, inclusive os contratos de programa, cuja extinção dependerá do pagamento de indenizações eventualmente devidas (artigo 11, parágrafo 2º). No caso de extinção da entidade, a Lei prevê que, enquanto não houver decisão indicando os novos responsáveis, os consorciados responderão solidariamente pelas obrigações remanescentes.

A disciplina financeira das entidades também contribui para a segurança das relações consorciativas. De acordo com o artigo 8º, parágrafo 3º da Lei, os associados, em conjunto ou isoladamente, são partes legítimas para exigir o cumprimento das obrigações assumidas por força do contrato de rateio.

A despeito de a Lei não ter contemplado a possibilidade de os consórcios públicos contraírem obrigações financeiras em nome próprio, envolvendo recursos recebidos das contribuições dos consorciados – o que constituía antiga e importante reivindicação das entidades existentes – ela tem sido recebida como um avanço substancial, que atende ao imperativo constitucional de concretização do federalismo cooperativo no Brasil, ao mesmo tempo em que privilegia alternativas de articulação regional.

CONCLUSÕES

1. Em contraposição ao modelo do estado unitário, onde toda autoridade emana do governo central, os estados federais são formados por uma divisão territorial do poder, onde convivem a autonomia dos governos subnacionais e a necessária interdependência e unidade que decorre do pacto constitucional. Neste sistema de organização compartilhada do poder no âmbito do Estado nacional, adquire maior importância a repartição de competências e recursos entre as esferas de governo e os aspectos formais e informais que estruturam as relações intergovernamentais.

2. Não existe um modelo único ou ideal de organização federativa, posto que a forma de repartição de atribuições e recursos, a autonomia concedida a cada esfera de governo e o grau de institucionalização das relações intergovernamentais tem variado historicamente na própria evolução do desenho institucional de cada país federativo.

3. Nota-se, no entanto, que houve uma evolução marcante na organização e funcionamento dos Estados Federais, partindo inicialmente da experiência originária dos Estados Unidos (1787), na organização de um sistema compartimentalizado e estanque de repartição de atribuições entre as diferentes esferas de governo (modelo do Federalismo Dual), para um maior compartilhamento na execução de atribuições entre os entes federados (modelo do Federalismo Cooperativo), que se difunde no pós-guerra, junto ao crescimento da intervenção econômica e social do Estado. E, mais recentemente, se como um modelo cujas competências são descentralizadas, mas os recursos Chegando ao modelo atual de

4. De forma mais ampla, observa-se que a lógica federalista de articulação e coordenação das ações entre diferentes esferas de governo tem-se difundido no mundo, devido ao processo generalizado de descentralização de atribuições que se observa a partir da década de 80, até mesmo em países marcados por uma forte tendência centralizadora e unitária.. Neste sentido, a valorização atual da estrutura federativa de organização do Estado reside em sua flexibilidade para institucionalizar e pactuar novas instâncias de governança regional e modelos de concertação territoriais, com geometria variável, diversos objetivos compartilhados entre esferas de governo e participação de uma grande variedade de atores públicos, sociais e privados.

5. O efetivo fortalecimento da federação brasileira deu-se de forma intimamente associada ao processo de redemocratização no país a partir do final da década de 1970. Este se manifesta por uma forte oposição política á tutela centralizadora e autoritária exercida pelo regime militar sobre a população e a Federação brasileira. Neste processo, a estrutura do Estado brasileiro foi profundamente alterada nos últimos dezessete anos (1988- 2005), tanto do ponto de vista das relações intergovernamentais como da relação entre o poder público e a sociedade. Neste ultimo aspecto, a chamada Constituição Cidadã repactua a relação entre o Estado e a Sociedade, colocando na agenda política os temas da participação e do controle social na elaboração e implementação das políticas sociais e promove uma novo conceito do sistema de proteção social, sob a forma de políticas sociais de acesso universal e gratuito.

6. No que diz respeito à re-configuração das relações intergovernamentais, a constituição de 1988 consagra o processo de descentralização político-administrativo e fiscal do país, fortalece a autonomia e a base tributária dos governos subnacionais, e aumenta o volume das transferências de recursos intergovernamentais. A repactuação federativa que emana da Constituição de 1988 reflete a transição de um *Federalismo centralizado*, onde os entes subnacionais operavam como meras “*repartições administrativas do governo central*”, para a construção de um pacto federativo renovado, que implica em um maior compartilhamento de responsabilidades públicas e no conseqüente fortalecimento da articulação intergovernamental na elaboração e implementação de políticas públicas.

7. Além do mais, cria-se uma Federação trina, com a elevação constitucional dos municípios à condição de entes federados. Vale lembrar que uma estrutura federativa composta por três esferas autônomas e interdependentes de governo, constitui um desenho particular de Federação, entre o conjunto de países que se organizam sob a estrutura institucional e política de distribuição territorial do poder. De forma geral, as Federações se organizam por meio da articulação entre o governo federal e os órgãos intermediários de poder, (Províncias, Regiões ou Estados). Assim, a maior autonomia colocada aos governos municipais favoreceu um ciclo de inovação na elaboração e implementação de políticas públicas no âmbito local. Neste sentido, nota-se que vários programas desenvolvidos no âmbito municipal, foram em seguida adotados por outras esferas de governo.

8. Ressalte-se ainda que a instituição de canais de participação na gestão pública integrou novos atores sociais na formulação e execução de políticas públicas tanto pela instituição dos Conselhos Setoriais de políticas sociais que já estavam previstos na Constituição de 1988, como pela criação de novos mecanismos de participação na gestão pública, cujo exemplo mais conhecido é o Orçamento Participativo.

9. Contudo, o final da década de 90 é marcado por um debate em torno das limitações acarretadas pelo processo de descentralização e municipalização de políticas públicas. Destaca-se a falta de um papel mais ativo por parte dos governos estaduais na coordenação regional do processo de descentralização, frente ao aumento de gastos sociais que se observa principalmente, no âmbito dos governos municipais.

10. É ressaltada ainda, a necessidade de desenvolver novas soluções para enfrentar a reduzida capacidade técnica-administrativa e financeira dos pequenos e micro-municípios, que não possuem escala suficiente para a prestação de serviços públicos e dependem das transferências intergovernamentais para sua sustentabilidade. Nota-se ainda, uma negligência marcante em torno do imperativo da gestão intergovernamental, sobretudo nas grandes aglomerações urbanas, que exigem uma maior articulação política e institucional entre municípios e o governo estadual, para a construção de uma ação compartilhada de âmbito sub-regional.

11. A falta de um quadro legal e institucional apropriado para a cooperação intergovernamental no Brasil, tem levado a uma fragmentação de políticas públicas no território e a um desperdício de recursos públicos. De fato, o país é caracterizado por uma insuficiente articulação e integração de seus territórios na escala sub-regional, isto é, acima da esfera municipal e intra-regionalmente no âmbito dos estados federados. A “despactuação territorial” é grave porque cada vez mais, a resolução de problemas locais transcende as fronteiras político-administrativas de um ente federado. Neste contexto, o debate atual em

torno da consolidação do processo de descentralização deveria ser colocado, em termos de uma maior articulação e cooperação intergovernamental no âmbito do espaço sub-regional.

12. Destaca-se ainda a persistência de uma cultura política localista que se pretende “auto-suficiente” no âmbito dos governos locais. O denominado “municipalismo autárquico” negligencia o potencial da cooperação intergovernamental para a gestão compartilhada de políticas públicas e não leva devidamente em consideração a problemática do entorno regional e da interdependência das redes urbanas do País como fator de potencialização da economia local.

13. Os estados federados têm um âmbito de competências que é ainda pouco definido na Constituição Federal, em parte como decorrência do debate maior que se travava no processo Constituinte entre os dilemas da centralização e descentralização de atribuições.

14. O papel do governo federal como moderador e coordenador da dinâmica federativa também deve ser fortalecido, no que diz respeito à redução das desigualdades regionais do país, a uma maior institucionalização do pacto federativo entre as esferas de governo, ao fortalecimento da capacidade técnica, administrativa e financeira dos entes federados, e a um maior levantamento de informações sobre o funcionamento da federação brasileira.

15. Ressalta-se ainda a necessidade de modificar a tradição de uma certa cultura político-administrativa centralizadora no âmbito do aparato governamental federal, que se expressa, sobretudo na implementação de políticas públicas nacionais sem a devida articulação e pactuação junto aos entes subnacionais.

16. Finalmente, alerta-se para os obstáculos colocados à consolidação e coordenação do processo de descentralização frente à marcada centralização de recursos que se observa na década de 90, em grande parte decorrente da prioridade concedida às políticas de ajuste fiscal.

17. A Lei dos Consórcios Públicos dá nova regulamentação à cooperação horizontal e vertical entre as três esferas de governo para gestão compartilhada de políticas públicas e institui um arcabouço legal e institucional para a concretização do Federalismo Cooperativo no país, cujos princípios enunciados na própria constituição de 1988 careciam de regulamentação.

18. A fundamentação jurídica da Lei dos Consórcios Públicos está diretamente vinculada à emenda constitucional nº19 de 1998, que modificou a redação do art. 241 para os seguintes termos:

“Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem com a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.”

19. O Consórcio Público constitui essencialmente um novo instrumento de gestão intergovernamental que possibilita uma maior articulação das iniciativas e políticas públicas entre as diferentes esferas de governo. Colocou-se assim, a disposição dos entes federados, um arranjo institucional que possibilita uma nova prática de pactuação e cooperação intergovernamental no espaço sub-regional. De fato, a instituição de um consórcio público requer todo um processo de debate, articulação e negociação política em torno da definição da articulação institucional e financiamento da gestão compartilhada, que devem igualmente ser apreciados pelas respectivas casas legislativas.

20. O novo estatuto do Consórcio Público constitui um instrumento flexível para formalizar uma gestão intergovernamental capaz de assumir diversas finalidades e objetivos comuns, em diversas escalas de atuação do poder público e com formas diferenciadas de contribuição entre os entes consorciados.

21. Desta forma, a Lei dos Consórcios Públicos busca compatibilizar o respeito à autonomia dos entes federados com o fomento de uma maior interdependência e articulação entre as esferas de governo, levando em consideração as grandes desigualdades regionais e assimetrias existentes entre as administrações públicas que compõe a Federação brasileira.

22. A regulamentação da instituição de Consórcios Públicos respondeu igualmente à demanda de entidades nacionais de municípios e prefeitos gestores de consórcios intermunicipais já constituídos, de suprir a fragilidade jurídica, institucional e financeira dos instrumentos existentes de consorciamento intermunicipal.

23. Assim, a Lei dos Consórcios Públicos consolida o quadro administrativo e legal da cooperação federativa que vem se intensificando a partir da década de 90, sobre tudo no âmbito municipal e setorial, num quadro jurídico institucional insuficiente para sua consolidação. De fato, o novo estatuto dos Consórcios Públicos dá maior segurança jurídica aos entes federados consorciados, tanto no fortalecimento do efeito de vinculação do acordo de cooperação intergovernamental, tanto no ato de formação, extinção do consórcio, ou retirada voluntária de um ente consorciado, como na maior formalização das contribuições financeiras e das responsabilidades assumidas. Além do mais, a figura do consórcio público favorece uma maior institucionalização da cooperação intergovernamental por meio do cumprimento dos preceitos da administração pública e da gestão fiscal, que irá facilitar a prestação de contas dos entes consorciados frente aos Tribunais de Conta e o Ministério Público e permitir a transferência de recursos fiscais e de financiamentos intergovernamentais.

Considerações finais:

A criação de um novo instrumento de cooperação federativa e de gestão inter-governamental de políticas públicas no país constitui, portanto, uma estratégia fundamental frente à escassez de recursos financeiros, às diferenciações regionais na capacidade gerencial e fiscal dos entes federados, a profundidade das desigualdades sociais e a natureza cada vez mais complexa dos problemas urbanos e ambientais, que exigem soluções intersetoriais e intergovernamentais.

O Consórcio Público, como expressão desta maior articulação e cooperação intergovernamental para a gestão compartilhada de responsabilidades públicas entre os entes da Federação, poderá fortalecer as três esferas de governo na realização de suas atribuições e viabilizar a consolidação do processo de descentralização político-administrativo do país, garantindo desta forma, uma prestação de serviços públicos de qualidade para o conjunto da população brasileira.

Trata-se na realidade de dar uma maior institucionalidade à cooperação e articulação entre as três esferas de governo. Neste sentido, a Lei dos Consórcios Públicos constitui um instrumento de reforma do Estado que irá fortalecer a Federação brasileira em sua engenharia institucional, constituindo um mecanismo de cooperação intergovernamental que tem a potencialidade de re-pactuar a Federação em diversas escalas territoriais e para uma grande diversidade de políticas públicas.

BIBLIOGRAFIA

ABRUCIO, Fernando Luiz. A Coordenação Federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula. Curitiba: *Rev. Sociologia e Política* nº 24, p.41-67, jun. 2005.

_____; e SOARES, M. M. Redes Federativas no Brasil: Cooperação intermunicipal no Grande ABC. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, Série Pesquisas, n. 24, 2001.

_____; e COSTA, V. M. F. *Reforma do Estado e o Contexto Federativo Brasileiro*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, Série Pesquisas, n. 12, 1998.

_____. "Os barões da Federação". *Lua Nova*, 33: 165-83, 1994.

AFFONSO, Rui de Brito Álvares. A Federação na Encruzilhada, artigo publicado na revista *Rumos* da Comissão Nacional para as comemorações do V Centenário do Descobrimento do Brasil (ano 1, n. 2, mar./abr. 1999)

_____. e SILVA, P. L. B. (organizadores). *A Federação em Perspectiva: Ensaios Selecionados*. São Paulo: FUNDAP, 1995.

AFONSO, José Roberto Rodrigues *et alii*. 'Federalismo fiscal no Brasil: a importância dos governos municipais'. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício. E NÓBREGA, Marcos. **Administração pública: direito administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.55-79

AGUILLAR, Fernando Herren F. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999

ALMEIDA, Fernando Mendes de. "Consórcio municipal", *in Revista de Direito Administrativo*, vol 52, abr.-jun 1958.

ANDERSON, George. Federalism: an introduction. *Forum of Federations*. Canadá: Oxford University Press, 2008.

ARRETCHE, Marta Teresa da Silva. Estado federativo e políticas sociais: determinantes da descentralização. Rio de Janeiro: Revan; São Paulo: FAPESP, 2000

_____. *Federalismo e relações intergovernamentais no Brasil: a reforma de programas sociais*. Dados/Revista de Ciências Sociais, 45 (3). IUPERJ - Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 2002.

AZEVEDO, Damião Alves de. 'A natureza jurídica das associações de municípios e dos consórcios intermunicipais: regime administrativo e autonomia política'. Disponível em: http://www.mj.gov.br/snj/oscip/publicacoes/natureza_juridica2.pdf. Acesso em: 20/11/2005.

AZEVEDO, Sérgio de e GUIA, Virgínia Rennó dos Mares. 'Os dilemas da gestão metropolitana no Brasil'. In: RIBEIRO, Luiz César de Queiroz. **Metrópoles: entre a coesão e a fragmentação, a cooperação e o conflito**. São Paulo: Perseu Abramo; Rio de Janeiro: FASE, 2004, p.97-110

BAGGIO, Roberta Camineiro. Federalismo no contexto da nova ordem global. Curitiba: Juruá, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira, A Federação e a Revisão Constitucional. As novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as relações financeiras. A cláusula federativa e a proteção da forma de Estado na Constituição de 1988, in: Scientia Iurídica, n° 253/255, 1995.

_____, Teoria Geral do Federalismo, Belo Horizonte, FUMARC/UCMG, 1982.

BARROS, Pedro Motta de. **Consórcio intermunicipal**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1995

BARROS, Ubiratan Laranjeiras. 'Consórcio administrativo intermunicipal'. **Boletim de direito municipal**. São Paulo: NDJ, Ano XV, n° 8, agosto de 1999, p.427-36

BONAVIDES, Paulo. O pensamento político de Frei Caneca" in A Constituição aberta – temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões, 2° ed., São Paulo:Malheiros, 1996

_____; Curso de Direito Constitucional, 17° edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. 'A descentralização do Estado e os Municípios'. **Perfil dos Municípios brasileiros: gestão pública 2001**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia Estatística – Coordenação de População e Indicadores Sociais. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2001/munic2001.pdf>> Acesso em: 20/05/2008

BRASIL. **Constituições do Brasil (de 1824, 1891, 1934, 1946, e 1967 e suas alterações)**. Brasília: site da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm> Acesso em: 20/05/2008

BRASIL. **Diário da Câmara dos Deputados**, de 24/08/1999. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/intnet/sileg/prop_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=1999&Numero=1071&sigla=PL> Acesso em: 14/03/2007

BRASIL. 'Exposição de Motivos Interministerial n° 49, de 18 de agosto de 1995, incluída na Mensagem n° 886, de 23 de agosto de 1995 ao Congresso Nacional'. **Diário do Congresso Nacional**, Seção I, de 18/08/1995

BREMAEKER, François E. J. 'Evolução das finanças dos municípios'. In: GIGLIO, Celso (Org.). *O município moderno*. 2 ed. Brasília: M H Comunicação, 1998, p.187-212

_____; *Evolução do quadro municipal brasileiro no período entre 1980 e 2001*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Administração Municipal (Série Estudos Especiais n° 20). Disponível em: <<http://www.ibam.org.br/publique/media/ESP020P.pdf>> Acesso em: 20/12/2007

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Editora Almedina, Coimbra, 1998.

CARDOSO, Fernando Henrique. 'De marcha à ré'. *O Estado de São Paulo*, 1° de agosto de 2004

CASTRO, Marcus Faro de. *Política e Relações Internacionais: fundamentos clássicos*, Brasília: UnB, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo municipal**. Rio de Janeiro: Forense, 1981

CRUZ, Maria do Carmo M. T. *Consórcios Intermunicipais: uma alternativa de integração regional ascendente*. São Paulo: Pólis, Programa Gestão Pública e Cidadania / EAESP-EGV, 2001

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 20 ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998

_____. **Parecer**. São Paulo, 14/01/2005. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/sri/consorcios/ParecerDalmoAbreuDallari.pdf>> Acesso em: 10/01/2008

_____. **O Estado federal**. São Paulo: Ática, 1986 (Série Princípios)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 1999.

DWECK, Ruth Helena. *Federalismo Fiscal: Experiências distintas: Estados Unidos e Brasil* Outubro, 2005. http://www.uff.br/econ/download/tds/UFF_TD182.pdf Acesso em 20.01.2008

DOLHNIKOFF, Miriam. *O pacto Imperial: as origens do federalismo no Brasil do século XIX*. São Paulo: Globo, 2005.

FAORO Raymundo - *Os donos do Poder - formação do patronado político brasileiro*, 10ª ed., volumes I e II S. Paulo: Editora Globo/Publifolha, 2000.

FELDMAN, Walter. 'Consórcio intermunicipal'. Diário do Grande ABC, 13/08/2004. Disponível em: <http://www.walterfeldman.com.br/opiniaio/conteudo.php?codnoticia=128>. Acesso em: 16/01/2005

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Elementos de Direito Municipal*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 26ª ed., S. Paulo: Saraiva, 1999.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1958

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1989

GARCIA-PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado. 7ª edição, Madrid: Manuales de la Revista Occidente, 1964.

GOUVÊA, Ronaldo Guimarães. A questão metropolitana no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005

GRAU, Eros Roberto, Regiões Metropolitanas. Regime Jurídico, São Paulo, José Bushatsdy Editor, 1974.

_____; Direito Urbano. São Paulo: RT, 1983.

_____; 'Convênio'. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, v.20, 1977

HABERMAS, Jurgen. O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização: o passado e o futuro da soberania e da cidadania. Revista Novos Estudos Cebrap, São Paulo, n. 43, nov. 1995

HELLER, Herman, Teoria do Estado, São Paulo, Editora Mestre Jou, trad. Lycurgo Gomes da Motta, 1968.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição, editora Sérgio Fabris, porto Alegre, 1991.

HILTON LOBO CAMPANHOLE e ADRIANO CAMPANHOLE, Constituições do Brasil, S. Paulo: Atlas, 1999

HORTA, Raul Machado, A autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro, Belo Horizonte, 1969.

_____; Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____, Direito Constitucional -2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

Direito Constitucional, Belo Horizonte, Del Rey, 1999, 2ª ed.

_____; Organização Constitucional do Federalismo, in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1985/1986, nº 28/29.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA- IBGE, Pesquisa de Informações Básicas Municipais: Perfil dos Municípios. Rio de Janeiro- 2006

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005

_____. Parecer. Curitiba, fevereiro de 2005. Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br/sri/consorcios/ParecerMarcalJustenFilhoUFPR.pdf>> Acesso em: 10/01/2008

KATZ, Ellis; Aspectos legais e judiciais do federalismo americano, *in* *Revista de Direito Público XV* (out.-dez/1982), pp. 97-104

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUGELMAS, Eduardo. ‘A evolução recente do regime federativo no Brasil’. *In*: HOFMEISTER, Wilhelm e CARNEIRO, José Mário Brasiliense (Orgs.). *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, Série Debates nº 22, vol. I, abril 2001.

LEAL, Vitor Nunes. Coronelismo Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil – 3º ed. - Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1997.

LEITE, Carlos Corrêa *et alii*. Consórcios intermunicipais: modelo organizacional. *In*: INFORMATIVO CEPAM. Consórcio uma forma de cooperação intermunicipal. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima - CEPAM, vol. 1, nº 2, 2001, p.48-58

LINS, Augusto E. Estellita. A nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil decretada em 10 de novembro de 1937 pelo Presidente Getúlio Vargas (Sinopses, anotações e repertório). Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1938

LOEWNESTEIN, Karl Teoría de la Constitución, trad. cast. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1980

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Parecer**. São Paulo, 08/03/2005. Disponível: <<http://www.presidencia.gov.br/sri/consorcios/ParecerFlorianoAzevedoMarquesNeto.pdf>> Acesso em: 10/01/2008

MARSAGÃO, Mário Preleções de Direito Administrativo, S. Paulo: Editora Linotécnica, 1937.

MATHIOT, André. El federalismo em Estados Unidos. *In* BERGER, Gaston (ORG.) *Federalismo y Federalismo Europeo*. Marid: Tecnos, 1965.

MEDAUAR, Odete. “Convênios e consórcios administrativos”. *Boletim de direito administrativo*. São Paulo: NDJ, Ano XI, nº 8, agosto de 1995, p.451-461

_____. Direito administrativo moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996

MEEKISON, J.P. *Relações Intergovernamentais em Países Federais: Uma Série de Ensaio sobre a Prática de Governança Federal*. Ottawa: Fórum das Federações, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes; *Direito Administrativo Brasileiro*. (2ª. edição) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966. e *Direito Administrativo Brasileiro*. (16ª. edição). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

_____, *Direito Municipal Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.

MELLO, Marcus André. 'As mudanças constitucionais na Administração pública: a reforma quase negociada'. Disponível em: <http://www.cienciapolitica.org.br/encontro/instpol2.1.doc> Acesso em: 20/01/2008.

MOREIRA, Mariana. 'Natureza jurídica dos consórcios intermunicipais'. In: INFORMATIVO CEPAM. Consórcio: uma forma de cooperação intermunicipal. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima - CEPAM, vol. 1, nº 2, 2001, p.21-31

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

MÜLLER Friedrich, Métodos de trabalho do direito constitucional, 2ª edição revista, S. Paulo: Editora Max Limonad, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. III (Contratos). Atual. por Regis Fichtner. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

PORTO NETO, Benedicto. Parecer. São Paulo, 26/01/2005. Disponível em: <https://www.presidencia.gov.br/sri/consorcios/ParecerBenedictoPortoNeto.pdf>. Acesso em: 10/05/2005

RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O Federalismo Assimétrico*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

REALE, Miguel. Parecer sobre Consórcios Públicos. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br> Acesso em: 21/09/2005

REIS, Regina Célia dos. *Articulação política regional: a experiência do Grande ABC (1990-2005)*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005, mimeo.

REZENDE, F.; OLIVEIRA, F. A. *Descentralização e Federalismo Fiscal no Brasil: Desafios da Reforma Tributária*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2003.

RIBEIRO, Luiz César Queiroz. "Para onde vão as cidades brasileiras? Urgência e rumos da reforma urbana" Rio de Janeiro, 2008, mimeo.

RIBEIRO, Wladimir Antonio. Em busca do federalismo perdido. Dissertação de mestrado em ciências jurídico políticas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – 2001, *mimeo*.

SANTANA, Jair Eduardo. **Competências Legislativas Municipais**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey. 2ª Ed. Rev. Atual e amp. 1998.

SANTOS, Boaventura de Souza. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós modernidade. São Paulo: Cortez, 1995.

SANTOS, L. Consórcio Administrativo Intermunicipal. In *Boletim de Direito Municipal*, nº 1/Ano XVII, Rio de Janeiro: Editora Nova Dimensão Jurídica, jan./2001.

SCHEINOWITZ, A. S , A Descecentralização do Estado, Brasília, Brasília Jurídica, 1993.

SCHWARTZ, Bernard. O federalismo norte-americano atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária ,1984

SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional Positivo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Fernando Antonio Resende da; O dilema fiscal: remendar ou reformar? / Fernando Resende, Fabrício Oliveira, Erika Araujo – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA, Celina; *Constitutional Engineering in Brazil: The Politics of Federalism and Decentralization*. London/New York, Macmillan/St. Martin's Press, 1997.

_____; Federalismo e gasto social no Brasil: tensões e tendências. Revista Lua Nova, São Paulo, n. 52 p. 05-28, jan/jul. 2001.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004

WOLKMER, Antonio Carlos. História do direito no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ZIMMERMANN, Augusto. Teoria Geral do federalismo Democrático, 2o. ed. Lúmen Júris editora. Rio de Janeiro, 2005.

Sítios consultados na Internet:

Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo: <http://al.sp.gov.br>

Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul: <http://www.brde.com.br>

Câmara dos Deputados: <http://camara.gov.br>

Consórcio de Desenvolvimento Integrado do Vale do Paraíba: <http://codivap.org.br>

Consórcio Intermunicipal do Grande ABC: <http://consorcioabc.org.br>

Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM: <http://cepam.sp.gov.br>

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: <http://www.ibge.org.br>

Presidência da República: <https://www.planalto.gov.br>

Programa Gestão Pública e Cidadania da Fundação Getúlio Vargas: <http://inovando.fgvsp.br>

Supremo Tribunal Federal: <http://stf.gov.br>

Target Marketing: <http://www.targetmark.com.br>

Anexo – Lei 11.107, de 6 de abril de 2005

LEI Nº 11.107, DE 6 DE ABRIL DE 2005.

Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências.

O Presidente da República Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências.

§ 1º O consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado.

§ 2º A União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados.

§ 3º Os consórcios públicos, na área de saúde, deverão obedecer aos princípios, diretrizes e normas que regulam o Sistema Único de Saúde – SUS.

Art. 2º Os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais.

§ 1º Para o cumprimento de seus objetivos, o consórcio público poderá:

I – firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo;

II – nos termos do contrato de consórcio de direito público, promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público; e

III – ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação.

§ 2º Os consórcios públicos poderão emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos por eles administrados ou, mediante autorização específica, pelo ente da Federação consorciado.

§ 3º Os consórcios públicos poderão outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma específica o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender, observada a legislação de normas gerais em vigor.

Art. 3º O consórcio público será constituído por contrato cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções.

Art. 4º São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam:

I – a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio;

II – a identificação dos entes da Federação consorciados;

III – a indicação da área de atuação do consórcio;

IV – a previsão de que o consórcio público é associação pública ou pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos;

V – os critérios para, em assuntos de interesse comum, autorizar o consórcio público a representar os entes da Federação consorciados perante outras esferas de governo;

VI – as normas de convocação e funcionamento da assembleia geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público;

VII – a previsão de que a assembleia geral é a instância máxima do consórcio público e o número de votos para as suas deliberações;

VIII – a forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do consórcio público que, obrigatoriamente, deverá ser Chefe do Poder Executivo de ente da Federação consorciado;

IX – o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

X – as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão ou termo de parceria;

XI – a autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando:

a) as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público;

b) os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados;

c) a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação dos serviços;

d) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados;

e) os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão; e

XII – o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplente com suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público.

§ 1º Para os fins do inciso III do *caput* deste artigo, considera-se como área de atuação do consórcio público, independentemente de figurar a União como consorciada, a que corresponde à soma dos territórios:

I – dos Municípios, quando o consórcio público for constituído somente por Municípios ou por um Estado e Municípios com territórios nele contidos;

II – dos Estados ou dos Estados e do Distrito Federal, quando o consórcio público for, respectivamente, constituído por mais de 1 (um) Estado ou por 1 (um) ou mais Estados e o Distrito Federal;

III – **(vetado)**;

IV – dos Municípios e do Distrito Federal, quando o consórcio for constituído pelo Distrito Federal e os Municípios; e

V – **(vetado)**.

§ 2º O protocolo de intenções deve definir o número de votos que cada ente da Federação consorciado possui na assembleia geral, sendo assegurado 1 (um) voto a cada ente consorciado.

§ 3º É nula a cláusula do contrato de consórcio que preveja determinadas contribuições financeiras ou econômicas de ente da Federação ao consórcio público, salvo a doação, destinação ou cessão do uso de bens móveis ou imóveis e as transferências ou cessões de direitos operadas por força de gestão associada de serviços públicos.

§ 4º Os entes da Federação consorciados, ou os com eles conveniados, poderão ceder-lhe servidores, na forma e condições da legislação de cada um.

§ 5º O protocolo de intenções deverá ser publicado na imprensa oficial.

Art. 5º O contrato de consórcio público será celebrado com a ratificação, mediante lei, do protocolo de intenções.

§ 1º O contrato de consórcio público, caso assim preveja cláusula, pode ser celebrado por apenas 1 (uma) parcela dos entes da Federação que subscreveram o protocolo de intenções.

§ 2º A ratificação pode ser realizada com reserva que, aceita pelos demais entes subscritores, implicará consorciamento parcial ou condicional.

§ 3º A ratificação realizada após 2 (dois) anos da subscrição do protocolo de intenções dependerá de homologação da assembléia geral do consórcio público.

§ 4º É dispensado da ratificação prevista no *caput* deste artigo o ente da Federação que, antes de subscrever o protocolo de intenções, disciplinar por lei a sua participação no consórcio público.

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;

II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

§ 1º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.

§ 2º No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

Art. 7º Os estatutos disporão sobre a organização e o funcionamento de cada um dos órgãos constitutivos do consórcio público.

Art. 8º Os entes consorciados somente entregarão recursos ao consórcio público mediante contrato de rateio.

§ 1º O contrato de rateio será formalizado em cada exercício financeiro e seu prazo de vigência não será superior ao das dotações que o suportam, com exceção dos contratos que tenham por objeto exclusivamente projetos consistentes em programas e ações contemplados em plano plurianual ou a gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outros preços públicos.

§ 2º É vedada a aplicação dos recursos entregues por meio de contrato de rateio para o atendimento de despesas genéricas, inclusive transferências ou operações de crédito.

§ 3º Os entes consorciados, isolados ou em conjunto, bem como o consórcio público, são partes legítimas para exigir o cumprimento das obrigações previstas no contrato de rateio.

§ 4º Com o objetivo de permitir o atendimento dos dispositivos da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2004, o consórcio público deve fornecer as informações necessárias para que sejam consolidadas, nas contas dos entes consorciados, todas as despesas realizadas com os recursos entregues em virtude de contrato de rateio, de forma que possam ser contabilizadas nas contas de cada ente da Federação na conformidade dos elementos econômicos e das atividades ou projetos atendidos.

§ 5º Poderá ser excluído do consórcio público, após prévia suspensão, o ente consorciado que não consignar, em sua lei orçamentária ou em créditos adicionais, as dotações suficientes para suportar as despesas assumidas por meio de contrato de rateio.

Art. 9º A execução das receitas e despesas do consórcio público deverá obedecer às normas de direito financeiro aplicáveis às entidades públicas.

Parágrafo único. O consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio.

Art. 10. **(vetado).**

Parágrafo único. Os agentes públicos incumbidos da gestão de consórcio não responderão pessoalmente pelas obrigações contraídas pelo consórcio público, mas responderão pelos atos praticados em desconformidade com a lei ou com as disposições dos respectivos estatutos.

Art. 11. A retirada do ente da Federação do consórcio público dependerá de ato formal de seu representante na assembléia geral, na forma previamente disciplinada por lei.

§ 1º Os bens destinados ao consórcio público pelo consorciado que se retira somente serão revertidos ou retrocedidos no caso de expressa previsão no contrato de consórcio público ou no instrumento de transferência ou de alienação.

§ 2º A retirada ou a extinção do consórcio público não prejudicará as obrigações já constituídas, inclusive os contratos de programa, cuja extinção dependerá do prévio pagamento das indenizações eventualmente devidas.

Art. 12. A alteração ou a extinção de contrato de consórcio público dependerá de instrumento aprovado pela assembléia geral, ratificado mediante lei por todos os entes consorciados.

§ 1º Os bens, direitos, encargos e obrigações decorrentes da gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outra espécie de preço público serão atribuídos aos titulares dos respectivos serviços.

§ 2º Até que haja decisão que indique os responsáveis por cada obrigação, os entes consorciados responderão solidariamente pelas obrigações remanescentes, garantindo o direito de regresso em face dos entes beneficiados ou dos que deram causa à obrigação.

Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.

§ 1º O contrato de programa deverá:

I – atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados; e

II – prever procedimentos que garantam a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares.

§ 2º No caso de a gestão associada originar a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos, o contrato de programa, sob pena de nulidade, deverá conter cláusulas que estabeleçam:

I – os encargos transferidos e a responsabilidade subsidiária da entidade que os transferiu;

II – as penalidades no caso de inadimplência em relação aos encargos transferidos;

III – o momento de transferência dos serviços e os deveres relativos a sua continuidade;

IV – a indicação de quem arcará com o ônus e os passivos do pessoal transferido;

V – a identificação dos bens que terão apenas a sua gestão e administração transferidas e o preço dos que sejam efetivamente alienados ao contratado;

VI – o procedimento para o levantamento, cadastro e avaliação dos bens reversíveis que vierem a ser amortizados mediante receitas de tarifas ou outras emergentes da prestação dos serviços.

§ 3º É nula a cláusula de contrato de programa que atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados.

§ 4º O contrato de programa continuará vigente mesmo quando extinto o consórcio público ou o convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos.

§ 5º Mediante previsão do contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados.

§ 6º O contrato celebrado na forma prevista no § 5º deste artigo será automaticamente extinto no caso de o contratado não mais integrar a administração indireta do ente da Federação que autorizou a gestão associada de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação.

§ 7º Excluem-se do previsto no *caput* deste artigo as obrigações cujo descumprimento não acarrete qualquer ônus, inclusive financeiro, a ente da Federação ou a consórcio público.

Art. 14. A União poderá celebrar convênios com os consórcios públicos, com o objetivo de viabilizar a descentralização e a prestação de políticas públicas em escalas adequadas.

Art. 15. No que não contrariar esta Lei, a organização e funcionamento dos consórcios públicos serão disciplinados pela legislação que rege as associações civis.

Art. 16. O inciso IV do art. 41 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 41.,.....

IV – as autarquias, inclusive as associações públicas;

..... “(NR)

Art. 17. Os arts. 23, 24, 26 e 112 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 23.

§ 8º No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no *caput* deste artigo quando formado por até 3 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número.”(NR)

“Art. 24.

XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.

Parágrafo único. Os percentuais referidos nos incisos I e II do *caput* deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.”(NR)

“Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

..... “(NR)

“Art. 112

§ 1º Os consórcios públicos poderão realizar licitação da qual, nos termos do edital, decorram contratos administrativos celebrados por órgãos ou entidades dos entes da Federação consorciados.

§ 2º É facultado à entidade interessada o acompanhamento da licitação e da execução do contrato.”(NR)

Art. 18. O art. 10 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, passa a vigorar acrescido dos seguintes incisos:

“Art. 10.

.....

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.”(NR)

Art. 19. O disposto nesta Lei não se aplica aos convênios de cooperação, contratos de programa para gestão associada de serviços públicos ou instrumentos congêneres, que tenham sido celebrados anteriormente a sua vigência.

Art. 20. O Poder Executivo da União regulamentará o disposto nesta Lei, inclusive as normas gerais de contabilidade pública que serão observadas pelos consórcios públicos para que sua gestão financeira e orçamentária se realize na conformidade dos pressupostos da responsabilidade fiscal.

Art. 21. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, abril de 2005.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA