

**LILIAN MARIA SALVADOR GUIMARÃES CAMPOS**

**CONSÓRCIOS PÚBLICOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA:  
Em busca de uma Administração Pública Consensual**

Pouso Alegre – MG

2006

**LILIAN MARIA SALVADOR GUIMARÃES CAMPOS**

**CONSÓRCIOS PÚBLICOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA:  
Em busca de uma Administração Pública Consensual**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado no curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dra. Ângela Cássia Costaldello

Pouso Alegre – MG

2006

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

LILIAN MARIA SALVADOR GUIMARÃES CAMPOS

**CONSÓRCIOS PÚBLICOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA:**

Em busca de uma Administração Pública Consensual

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

---

Orientadora: Professora Doutora Ângela Cássia Costaldello – UFPR

---

Professora Doutora Regina Maria Ferrari - UFPR

---

Professor Doutor Alvacir Corrêa dos Santos – UNIFAE e UNIANDRADE

Curitiba - PR, setembro de 2006.

Aos meus amores, Edésio, João e Bento.  
A vocês meu eterno carinho, respeito e  
admiração.

A minha orientadora Prof<sup>a</sup>. Dra. Ângela Cássia Costaldello, o meu agradecimento pelo incentivo, apoio e sobretudo pela confiança.

“As pessoas entram em nossa vida por acaso, mas não é por acaso que elas permanecem.”  
(Lilian Tonet)

A todos os professores do Mestrado que, direta ou indiretamente, tornaram possível a realização deste trabalho, o meu agradecimento pela compreensão.

“O sonho começa, a maior parte das vezes, com um professor que acredita em você, que o puxa, empurra para o próximo estágio, às vezes até o aguilhoando com um bastão profundo chamado verdade.” (Sérgio Martins)

## SUMÁRIO

Resumo .....	01
Abstract .....	02
INTRODUÇÃO .....	03
CAPÍTULO I – SOCIEDADE, ESTADO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: TRANSFORMAÇÕES JUSPOLÍTICAS .....	
1.1 Estado e Direito Administrativo .....	05
1.2 A evolução do Estado .....	08
1.2.1 Realidade Feudal: berço histórico do Estado Moderno .....	08
1.2.2 Estado do século XIX – O Estado Abstencionista .....	13
1.2.3 Estado da segunda metade do século XX – Estado Social e Democrático de Direito .....	21
1.2.4 Estado dos primórdios do século XXI – O Estado Neoliberal .....	30
1.3 Administração Pública em transformação .....	35
1.3.1 Administração Patrimonial .....	36
1.3.2 Administração Burocrática: A Administração garantidora da ordem .....	37
1.3.3 Administração Gerencial: A Administração provedora de prestações .....	40
1.4 Estado Pluriclasse .....	46
1.4.1 Valores que orientam o Estado Pluriclasse .....	49
1.4.1.1 Garantia da Liberdade .....	49
1.4.1.2 Parceria do progresso .....	52
1.4.1.3 Subsidiariedade .....	55
1.4.1.4 Consensualidade .....	59
1.4.2 A governabilidade .....	61

1.5 Atuação de Fomento .....	64
<b>CAPÍTULO II – FEDERALISMO COOPERATIVO .....</b>	<b>69</b>
2.1. Federalismo e relações intergovernamentais .....	69
2.2. A organização federativa do Estado brasileiro .....	74
2.2.1. A origem e a evolução do federalismo brasileiro .....	74
2.2.2. O federalismo na Constituição de 1988 .....	77
2.3 A cooperação federativa por meio dos consórcios públicos .....	81
<b>CAPÍTULO III – CONSÓRCIOS PÚBLICOS .....</b>	<b>84</b>
3.1 Conceito .....	84
3.2 Consórcios Públicos e a realização de objetivos de interesses comuns .....	85
3.3 Personalidade jurídica .....	92
3.4 A natureza contratual e a operacionalização do consórcio público .....	98
3.4.1 O protocolo de intenções .....	99
3.4.2 A autorização legislativa para a instituição dos consórcios públicos .....	103
3.4.3 A constituição, alteração e extinção do consórcio .....	104
3.4.4 O contrato de rateio .....	106
3.4.5 O contrato de programa .....	107
3.4.6 O controle dos consórcios públicos .....	110
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>114</b>
<b>ANEXO .....</b>	<b>117</b>
1. Lei 11.107, de 6 de abril de 2005 .....	118
2. Projeto de Lei 3.884, de 2004 .....	129
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>158</b>

## **RESUMO**

A presente dissertação de mestrado tem por objetivo identificar as causas e os rumos das mutações da Administração Pública, mormente àquelas ocorridas nas relações Administração Pública-Administração Pública, que promovem a coordenação administrativa, conferindo maior eficácia e eficiência à atuação do Estado; e, a sua aplicação à realidade brasileira. Inicialmente é realizada uma análise temporal das transformações do Estado e seus reflexos nos modelos de gestão administrativa presentes no Ocidente, quais sejam: a patrimonialista, a burocrática e a gerencial. Num segundo momento, destaca-se o Estado Pluriclasse, no qual a organização política reflete a pluralidade de interesses que passaram a existir e a reclamar espaços na sociedade contemporânea. Na seqüência, é feita uma análise da organização federativa do Estado brasileiro e da cooperação federativa por meio dos consórcios públicos. Por fim, analisando os contornos da Lei n.º 11.107/2005, conclui-se que consórcios públicos são meros instrumentos da Administração Consensual.



## ABSTRACT

The present master's degree dissertation has for objective to identify the causes and the routes of the mutations of the Public Administration, mainly to that occurred in the relations Administration Public Pública-Administração, that promote the coordination administrative, conferring bigger effectiveness and efficiency to the performance of the State; e, its application to the Brazilian reality. Initially a secular analysis of the transformations of the State is carried through and its consequences in the models of administrative management gifts in the Ocidente, which are: the patrimonialista, bureaucratic and the managerial one. At as a moment, the Pluriclasse State is distinguished, in which the organization politics reflects the plurality of interests that had started to exist and to complain spaces in the society contemporary. In the sequence, an analysis of the federative organization of the Brazilian State and the federative cooperation by means of the public trusts is made. Finally, analyzing the contours of the Law n.º 11,107/2005, concludes that public trusts are mere instruments of the Soft Administration.

## INTRODUÇÃO

Até o início do século XX, os modelos de sociedade existentes eram formados por um reduzido número de classes sociais, cujos interesses eram nitidamente caracterizados e sua capacidade de atuação bastante limitada.

A expansão das comunicações, propiciada pela Revolução Científica e Tecnológica, permitiu a valorização da cultura do “saber” e a aceleração dos processos de transformação do homem, a sociedade e o Estado, bem como da multiplicação e diversificação dos interesses.

Com a multiplicação de interesses e, em consequência, de centros de poder, o mais importante, em síntese, foi a mudança de percepção política que a sociedade passou a ter do Estado e da administração pública, que de instrumentos de grupos ou de classes, passam a garantir e executar interesses gerais.

Diante da necessidade de se adaptar às novas demandas sociais, que reclamam novas posturas da Administração Pública, percebe-se nítida tendência de evolução do direito administrativo, que busca se atualizar, aparelhando-se com institutos jurídicos modernos e já consagrados pelas nações mais desenvolvidas do planeta, como os consórcios públicos, visando à prestação de serviços públicos cada vez mais efetivos, eficazes e eficientes.

Nesse sentido, muito mais importante do que definir as mudanças da atuação do Estado, é identificar suas causas e seus rumos. Esse é o objetivo do presente trabalho: indagar as razões históricas do processo para, a partir delas, tentar encontrar a orientação das mutações da Administração Pública, mormente aquelas ocorridas nas relações Administração Pública-Administração Pública, que promovem a coordenação administrativa, conferindo maior eficácia e eficiência à atuação do Estado; e, a sua aplicação à realidade brasileira.

No primeiro capítulo é apresentado um dos pressupostos do trabalho: a digressão histórica que parte da realidade feudal, berço histórico do Estado Moderno, cujo objetivo é analisar, desde a Idade Média até a atualidade, várias fases do Estado e seus reflexos na redefinição das tarefas da Administração Pública.

A despeito de na evolução da sociedade e do Estado não haver solução de continuidade, para fins didáticos, as transformações juspolíticas foram apresentadas segundo os modelos de Estado predominante no tempo.

Em seguida são exploradas as mutações da Administração Pública, dando destaque à Administração Pública Consensual, que tem como alicerce a idéia de um Estado Pluriclasse que assente suas bases na subsidiariedade, na participação e na consensualidade.

A apresentação da concepção de consórcios públicos como instrumento de cooperação federativa é a tarefa do segundo capítulo. Partindo da definição de federação, procurou-se entender as formas pelas quais os governos brasileiros se relacionam para equilibrar autonomia e interdependência, para processar situações decorrentes das tensões e dos conflitos entre o local e o nacional, entre a unidade e a diversidade, entre competição e cooperação.

É com a idéia de que os consórcios públicos são instrumentos de relações intergovernamentais cooperativas, com potencial para superar assimetrias de capacidades e permitir o exercício das novas responsabilidades dos entes governamentais, que se construirá o capítulo terceiro, o qual tem por objetivo a análise dos Consórcios públicos na Administração Pública brasileira. Para tanto, apresentam-se os contornos da Lei 11.107/2005, marco legal regulatório da gestão associada de entes federativos.

## CAPÍTULO I – SOCIEDADE, ESTADO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: TRANSFORMAÇÕES JUSPOLÍTICAS

### 1.1 Estado e Direito Administrativo

O constitucionalismo<sup>1</sup> e o desenvolvimento das idéias sócio-políticas articuladas a partir da ruptura da cosmovisão medieval constituem arcabouço para compreender e interpretar o Estado Moderno e, por conseqüência, a racionalidade moral-prática materializada no Direito Administrativo. Com efeito, a partir do paradigma da modernidade – suas proposições, antagonismos e desdobramentos nos campos político e social – defluem-se os elementos inevitáveis para uma análise social, suas opções históricas e metodológicas, com inserção de subsídios indeclináveis para a compreensão e concepção do Direito Administrativo Brasileiro na contemporaneidade.

Nesse sentido, entende-se por modernidade, na concepção de Boaventura de Sousa Santos<sup>2</sup>, o projeto sócio-cultural construído entre o século XVI e final do século XVIII, dotado de infinitas possibilidades e alta complexidade, sujeito a desenvolvimento contraditório – haja vista sua amplitude –, que norteou o conhecimento do mundo contemporâneo. O paradigma da modernidade – balisador

---

<sup>1</sup> Canotilho apresenta duas definições de constitucionalismo. Pela primeira, histórico-descritiva, enfatiza-se o movimento histórico do constitucionalismo inserido no contexto filosófico da modernidade, livre de aspectos valorativos ou apropriações ideológicas. Segundo esta definição: “(...) fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII.” A segunda definição contextualiza o constitucionalismo moderno no momento ideológico vivido na época de seu surgimento. Neste aspecto, não podemos separar os postulados do constitucionalismo do contexto de fortalecimento da burguesia e da ideologia que apregoava, qual seja, o liberalismo. Sendo assim: “Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p.45-46.

<sup>2</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice – o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1997, p. 76 e seguintes.

das concepções político-jurídicas – identifica-se com a adoção do capitalismo como modo de produção nos países centrais e, por decorrência, a burguesia como classe hegemônica.

O Estado Nacional<sup>3</sup>, como anota Boaventura de Sousa Santos, “parece ter perdido em parte a capacidade e em parte a vontade política para continuar a regular as esferas da produção (privatização, desregulação da economia) e da reprodução social (retração das políticas sociais, crise do Estado-Providência)”.<sup>4</sup> Percebe-se que a globalização econômica subtrai dos Estados o controle sobre suas próprias economias, passando a uma dependência cada vez mais intensa aos desígnios do mercado mundial, com o seu capital de natureza especulativa que, através da mobilidade surpreendente sobre os mercados nacionais<sup>5</sup>, encontra-se à procura constante daquele que lhe ofereça a melhor condição de investimento e rentabilidade. Não obstante a volatibilidade do capital especulativo, os Estados são obrigados a se submeterem às determinações do mercado mundial, em virtude da necessidade e, *a posteriori*, da dependência desse tipo de recursos para a promoção e funcionamento de suas próprias economias em nível interno. Em verdade, o Estado Nacional cada vez mais ocupa um lugar marginal na política e na economia mundial.

Como mecanismo de contraposição à perda do efetivo controle e poder de regulamentação de seus mercados, os Estados aumentam o controle sobre a sociedade, através de microdespotismos burocráticos<sup>6</sup> de ordens variadas, de forma a minimizar contestações ao seu obsolescimento. Transfere – para convalidar interesses do

---

<sup>3</sup> O enfraquecimento do Estado Nacional, em sua argumentação original, é uma tese que surgiu às vésperas da terceira fase da modernidade, elaborada pelo teórico John H. Herz, que em 1957 desenvolveu sua concepção a partir dos impactos que a invasão das forças do Pacto de Varsóvia na Hungria causaram no contexto internacional. MAGNOLLI, Demétrio. **Globalização – Estado Nacional e Espaço Mundial**. São Paulo: Moderna, 1999, p. 33.

<sup>4</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice – o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1997, p. 89.

<sup>5</sup> Noam Chomsky, em abordagem da crise econômica global, aponta como um dos fatores “a grande explosão do capital financeiro não submetido à regulação, desde que o sistema de *Bretton Woods* foi desmantelado há mais de duas décadas, com talvez um trilhão de dólares fluindo diariamente. A sua constituição também mudou radicalmente. Antes de o sistema ser desmantelado por Richard Nixon, cerca de 90% do capital em trocas internacionais eram para investimento e comércio, e apenas dez por cento para especulação. Por volta de 1990, esses percentuais foram invertidos. Um relatório da Unctad estima que 95% desses capitais destinam-se atualmente à especulação”. CHOMSKY, Noam. **Democracia e mercados na nova ordem mundial. Globalização Excludente – Desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial**. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 37.

<sup>6</sup> Expressão utilizada pelo sociólogo português Boaventura de Sousa Santos; e, que expressa o autoritarismo engendrado pelo Estado e implantado na sociedade por meio de uma administração com excesso de formalidades.

mercado – à sociedade civil prerrogativas antes a seu cargo, oriundas da desregulamentação de setores produtivos estatais através das políticas de privatização<sup>7</sup>.

À vista desse quadro, desenvolve-se o mundo contemporâneo, com seus excessos e déficits, em uma sociedade profundamente racionalizada pelas concepções consumistas advindas do princípio do mercado.

Em síntese, o projeto da modernidade, forjado nos séculos pretéritos revelou-se em excesso de promessas inatingíveis, carências e omissões em todas as esferas, responsáveis pelas infindáveis mazelas em nível social e político no mundo contemporâneo, não obstante consignar, no nível formal, um grande avanço na seara dos direitos do homem.

Não obstante, trata-se de uma realidade contra a qual é inútil insurgir-se, mas, ao contrário, é necessário compreendê-la para retirar o máximo de proveitos possível.

Ao tratar das mutações do direito administrativo Odete Medauar observa que:

“Assim, da concepção do Estado decorrem conseqüências no contexto das instituições públicas, sobretudo governamental e administrativa. Se a disciplina jurídica da Administração pública centraliza-se no direito administrativo e se a Administração integra a organização estatal, evidente que o modo de ser e de atuar do Estado e seus valores repercutem na configuração dos conceitos e institutos desse ramo do direito. [...] As raízes do direito administrativo e as linhas fundamentais de sua sistematização o vinculam, nas formulações originárias, precipuamente ao Estado do século XIX. Daí a importância de buscar as características e fundamentos desse Estado, que certamente repercutiram na elaboração do direito administrativo; e a importância de verificar as transformações que sofreu para concluir se vão afetar ou não as linhas conceituais desse ramo.”<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> SANTOS, Boaventura Sousa de. **Pela Mão de Alice** – o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1997, p. 89.

<sup>8</sup> Cassese observa, em seu artigo *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*. *Riv. Tr. Dir. pubblico*, n. 1, p. 27-40, 2002, que: “o forte vínculo entre o direito administrativo e o Estado vem sendo afetado em virtude da internacionalização, ou seja, de decisões tomadas, na matéria, por diversos organismos internacionais; e vem sendo afetado, nos Estados europeus, também pelas decisões oriundas da União Européia.” MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. Ver., atual e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 77-78.

Dessa forma, é necessário um breve estudo sobre os diversos modelos de Estado, ainda que brevemente, para a compreensão dos ideais culturais do direito e da atuação administrativa pátria.

## 1.2 A evolução do Estado

### 1.2.1 Realidade Feudal: berço histórico do Estado Moderno

Na Idade Média<sup>9</sup> ainda não estão presentes os elementos necessários de uma organização política nos moldes do Estado. A vida política no medievo é caracterizada por dois aspectos: o patrimonialismo<sup>10</sup> e feudalismo<sup>11</sup>.

Durante a Idade Média, na Europa, prevaleceu a dominação patrimonial, gerando interdependência entre os súditos e o senhor, de modo a converter aqueles à condição de participantes do mesmo interesse<sup>12</sup>.

A administração patrimonial era regida por interesses eminentemente privados, que tinham como objeto a gestão do patrimônio do senhor, de modo que era difícil distinguir as obrigações originadas do poder político do rei ou do seu poder patrimonial.

---

<sup>9</sup> Apesar de ser possível identificar uma administração peculiar nas Roma e Grécia antigas, o presente estudo se iniciará a partir da realidade feudal, por ser este o berço histórico do Estado Moderno e da moderna administração pública. Segundo CRETELLA Jr. sempre existiu uma administração, com intuito de assegurar “ao grupo condições de sobrevivência pela unidade de direção e funcionamento coordenado dos serviços públicos”, pois, “por simples e rudimentar que seja um aglomerado humano, nunca podem estar ausentes as funções administrativas, desenvolvidas por órgãos administrativos que as executam”. CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 15ª ed., 1997, p. 147-150.

<sup>10</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília: Ed. UnB; São Paulo: Imprensa Oficial, 1999, p. 288.

<sup>11</sup> O feudalismo é caracterizado por um conjunto de instituições das quais as principais são a vassalagem e o feudo. Nas relações feudo-vassálicas, a vassalagem é o elemento pessoal: o vassalo é um homem livre comprometido para com o seu senhor por um contrato solene pelo qual se submete ao seu poder e se obriga a ser-lhe fiel e dar-lhe ajuda e conselho (*consilium et auxilium*), enquanto o senhor lhe deve proteção e manutenção. A ajuda é geralmente militar, isto é, o serviço a cavalo, porque a principal razão de ser do contrato vassálico para o senhor é poder dispor duma força armada composta por cavaleiros. O feudo é o elemento real nas relações feudo-vassálicas; consiste numa tenência, geralmente uma terra, concedida gratuitamente por um senhor ao seu vassalo, com vista a garantir-lhe a manutenção legítima dar-lhe condições para fornecer ao seu senhor o serviço requerido”. GILISSEN, Jonh. **Introdução Histórica ao Direito**. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 189.

<sup>12</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade**, p. 239.

O rei desempenhava um duplo papel: era patriarca e governante. Enquanto patriarca possuía autoridade sobre os súditos, mas também carregava consigo a responsabilidade da garantia do bem-estar deles. Já enquanto governante, seu poder de governar possuía origem divina, a cujas leis também se sujeitava. Assim, no contexto monárquico feudal, o rei é representante de Deus, e, diante dessa santidade, o povo não participava das decisões políticas.

Diante da realidade de um território extenso e da necessidade de reforçar o poder régio sobre esse território, surge como opção política à administração real, a adoção do sistema feudal, o qual se caracteriza pela concessão do rei, de uma porção de terra ao vassalo, a quem cabia a administração do feudo, sob o juramento de fidelidade ao soberano. Contudo, o rei não exercia qualquer autoridade sobre os subvassalos.

A divisão de poder existente no feudalismo “conduziu a um estilhaçamento dos poderes em numerosos direitos senhoriais particulares, apropriados sobre fundamentos jurídicos diferentes e reciprocamente limitados pela tradição.”<sup>13</sup>

Cientes de que a administração monárquica feudal estava toda concentrada em suas mãos, os vassalos passam a se associar com fins de organização política frente ao rei. Com a manutenção por parte dos vassalos, de poderes praticamente autônomos do rei, a administração política acaba por ser centralizada nas mãos da associação feudal.

Por outro lado a submissão dos vassalos ao rei legitimava a posse da terra e os direitos a eles concedidos. Dessa forma fica evidenciado, no sistema feudal patrimonial, um paradoxo: a co-existência do poder régio e do poder dos vassalos.

Ao longo dos séculos a forma feudal de organização do poder cedeu espaço ao sistema de governo absolutista, que, por sua vez, mantém o modo patrimonialista de administrar.

O comércio tipicamente feudal deixa de atender às ambições da classe burguesa, surgindo a necessidade da formação de um mercado nacional aberto, o que levou a burguesia a apoiar a realeza em suas pretensões centralizadoras contra a poderosa nobreza feudal, possuidora de privilégios seculares. A associação dos

---

<sup>13</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade**, p. 300.



interesses entre monarcas e burgueses, cujo único objetivo comum era o dinheiro, acelerou o processo de concentração de poderes nas mãos do rei.

Surge o Estado Absolutista, por meio do qual há a prevalência pela organização concentrada do poder. No estado absolutista a soberania foi o instrumental jurídico capaz de legitimar o poder do monarca<sup>14</sup>. Trata-se de uma relação de poder centrada no binômio “dever-obediência”<sup>15</sup>.

A soberania passa a ser um elemento essencial à definição de Estado. O conceito de soberania foi concebido por Jean Bodin, em sua obra *Os Seis Livros da República*<sup>16</sup>. Tal concepção reforçou a idéia do poder absoluto dos monarcas dentro do âmbito de seu reino, não admitindo, portanto, que qualquer outro poder viesse a interferir na sua jurisdição.

As concepções do Estado tiveram como precursor Thomas Hobbes. A obra do contratualista inglês constitui-se em um marco na Ciência Política, como referencial da passagem de uma visão medieval ao pensamento político moderno<sup>17</sup> através da sistematização de um modelo conceitual do papel do Estado e seus determinantes na formação das sociedades humanas.

Como postulante maior do absolutismo, Hobbes preconizou que os homens não são seres sociáveis por natureza – em sentido contrário ao pensamento aristotélico<sup>18</sup> –, mas seres vivendo em um estado de natureza, dominados pelo medo e

---

<sup>14</sup> Conforme ensina Clèmerson Merlin CLÈVE: “ A soberania é a corporificação discursiva dos fundamentos legitimadores dos direitos do príncipe, e dos deveres de obediência dos súditos. Trata-se da legitimação de uma relação assimétrica de poder que estabelece uma dominação centrada no binômio dever-obediência.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos** – elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 118.

<sup>15</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos**. p. 118.

<sup>16</sup> Dalmo de Abreu Dallari, em **Elementos de teoria geral do Estado**. 19 ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 65-66, apresenta o conceito de soberania concebido por Bodin: “[...] soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República, palavra que se usa tanto em relação aos particulares quanto em relação aos que manipulam todos os negócios de estado de uma República.”

<sup>17</sup> RÊGO, João. **Poder, Estado e Sociedade em Hobbes e Freud**: Reflexões sobre Leviatã e o mal-estar na civilização, p. 02.

<sup>18</sup> Para Aristóteles o Estado existe antes dos indivíduos. Para demonstrar a revolução que a concepção política de Hobbes constitui em relação ao pensamento político de Aristóteles, Abili Lázaro Castro de Lima, na obra **Globalização Econômica Política e Direito**: Análise das Mazelas Causadas no Plano Político-Jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 39-40, transcreve os dizeres de Aristóteles: “O Estado, ou uma sociedade política, é até mesmo o primeiro objeto a que se propôs a natureza. [...] O mesmo ocorre com os membros da Cidade: nenhum pode bastar-se a si mesmo. Aquele que não precisa dos outros homens, ou não pode resolver-se a ficar com eles, ou é um deus, ou um bruto. Assim, a inclinação natural leva os homens a este gênero de sociedade”. Como visto “Aristóteles identificava esta condição humana de animal político com a situação vivenciada por outros animais, tais como as abelhas e as formigas, as quais desenvolviam suas ações em prol de um fim comum, agregando-se espontaneamente.”

insegurança, decorrentes de suas paixões e desejos, que os levam à busca constante pelo poder, em uma conseqüente “guerra de todos contra todos”, assumindo a morte como destino final.

O mecanismo para superar o impasse intermitente do estado de natureza encontrava-se na reunião dos homens, através de um pacto, em que a renúncia absoluta e simultânea dos seus direitos daria ensejo à criação de uma nova figura: o Estado, institucionalizado como “uma decisão racional a qual viabiliza a troca de uma liberdade ilimitada do estado de natureza, porém de pouco valor, por uma liberdade controlada, entretanto com segurança, existente no estado de sociedade”<sup>19</sup>.

Nota-se que na formulação teórica de Hobbes a proteção da vida humana é a justificativa que contempla a necessidade da transferência dos direitos – liberdade total e igualdade – de todos os homens, através de um contrato, a um ente (o Estado) que, por dever, protege a vida e a segurança dos participantes do pacto.

Nas palavras do próprio Hobbes:

O fim último, causa final e desígnio dos homens que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros, ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com a sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a conseqüência necessária das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza que foram expostas nos capítulos décimo quarto e décimo quinto.<sup>20</sup>

O que se vê em Hobbes é a renúncia ao estado de natureza para se criar uma sociedade civil fundada na soberania absoluta do Estado, com a figura do soberano garantidor da proteção de suas vidas e do cumprimento do próprio pacto. Nesse contexto, desenvolve-se, como traço característico do Estado Absolutista, o fisco<sup>21</sup> e a utilização de armas.

<sup>19</sup> RÊGO, João. **Poder, Estado e Sociedade em Hobbes e Freud: Reflexões sobre Leviatã e o mal-estar na civilização**, p. 02.

<sup>20</sup> HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural, s. d., p. 148.

<sup>21</sup> NOVAIS, JORGE REIS; UNIVERSIDADE DE COIMBRA. Faculdade de Direito. **Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 29.

O poder, assim como no Estado Patrimonialista, encontra-se nas mãos do monarca. Entretanto, no Estado Absolutista o poder do rei deixa de ser legitimado por fundamentos divinos e passa a ser justificado racionalmente: poder em troca de bem comum.

A idéia de onnipresença do Estado na persecução do bem público deu ao Estado Absolutista a característica de Estado de Polícia<sup>22</sup>. Canotilho aponta que o Estado de Polícia tem como características fundamentais: a afirmação da idéia de soberania concentrada no monarca; a extensão do poder soberano ao âmbito religioso, reconhecendo-se ao soberano o direito de decidir sobre a religião dos súditos; e, a assunção da promoção do bem estar e da felicidade dos súditos<sup>23</sup>.

Neste contexto, o Estado de Polícia passou a legitimar a violação da privacidade dos indivíduos sob o argumento da realização da felicidade, do bem comum. Por monopolizar o poder e a soberania; e, ser o aplicador da coação incondicionada, o Estado da vontade deliberada e consciente dos indivíduos que o compõe, como o aparelho que serve ao Homem para realizar os seus fins, acaba voltando-se contra os seus criadores, os próprios indivíduos.

Carmem Lúcia Antunes da Rocha assevera que no Estado de Polícia a administração pública se caracterizava pela ausência de limites jurídico-normativos para os administradores públicos e a restrição do comportamento administrativo do Estado ao serviço de policiamento dos indivíduos<sup>24</sup>. Por considerar que os indivíduos tinham ciência de seus direitos, o Estado abstinha-se de qualquer interferência nas relações sociais, trabalhistas e econômicas. Qualquer investida do Estado na vida privada era considerado uma intromissão<sup>25</sup>.

Diante da insegurança em que se colocavam os indivíduos, sujeitos a um Estado que não tutelava as relações privadas, em nome do bem comum, adveio a

---

<sup>22</sup> Na lição de Jorge Reis Novais o Estado Absoluto divide-se em duas fases: Estado patrimonial e Estado de Polícia. No Estado patrimonial, o conceito de soberania é justificador dos poderes conferidos ao monarca, sendo considerada a resposta adequada à manutenção das relações entre autoridade e súditos. Já no Estado de Polícia predomina o fundamento racional do poder, cabendo ao Príncipe, a tarefa de prover a felicidade de seus súditos. NOVAIS, JORGE REIS. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. p. 27.

<sup>23</sup> CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 85.

<sup>24</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p.76.

<sup>25</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**, p.76.

reação da burguesia, não mais acostumada ao paternalismo da Administração. Instituiu-se, assim, uma crise de legitimidade do representante do poder.

### 1.2.2 Estado do século XIX – O Estado Abstencionista <sup>26</sup>

Cansada do antigo regime e tomada pelas idéias e ideais iluministas, a classe burguesa utiliza-se da luta política para aniquilar a insegurança de sua vida privada, característica do Estado de Polícia, para garantir direitos fundamentais possibilitadores do sistema capitalista<sup>27</sup>.

A dicotomia histórica e secular, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca, faz nascer a primeira noção de *Estado de Direito*, que evolui e se completa com a filosofia de Kant, para quem o “Estado é armadura de defesa e proteção da liberdade”, como um ordenamento abstrato e metafísico, neutro e abstencionista, a fim de proclamar uma regra definitiva, consagradora do papel fundamental do Estado, na defesa da liberdade e do direito<sup>28</sup>.

O primeiro Estado de Direito é essencialmente formalista, de modo que lhe retira a substantividade ou conteúdo, sem qualquer força criadora, refletindo a luta da liberdade contra o despotismo que imperava no continente europeu.

Essa luta se concretiza com o movimento de 1789, momento em que o direito natural da burguesia investe no poder o Terceiro Estado.<sup>29</sup>

Destarte, com o advento da Revolução Francesa, a burguesia funda o primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais. De classe dominada para dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social, que alguns

<sup>26</sup> Nas palavras de Odete Medauar “ Inúmeras expressões aparecem na doutrina para designar o Estado do século XIX: Estado liberal, Estado censitário, Estado burguês, Estado nacional-burguês, État *gendarme*, Estado legislativo, Estado guarda-noturno, Estado neutro, Estado-máquina, Estado-aparato, Estado mecanismo, Estado catedral, Estado da potência e da razão, Estado garantista, Estado autoridade, Estado abstencionista”. MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 78.

<sup>27</sup> NOVAIS, JORGE REIS. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. p. 33.

<sup>28</sup> BONAVIDES. Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2004, 7ª ed., 2ª tir. p. 41.

<sup>29</sup> Ao narrar a situação da França pré-revolucionária, no panfleto denominado *Qu'est-ce que lê Tiers État?*, SIEYÉS distingue os três estamentos existentes: o primeiro Estado formado pela nobreza (aproximadamente de 110.000 pessoas); o segundo Estado pelo clero (aproximadamente 84.000) e o terceiro Estado pela plebe – artesãos e camponeses – (próximo a 25.000.000), pela burguesia e por nobres empobrecidos. In: LIMA, Abili Lázaro Castro de, **Globalização Econômica Política e Direito**: Análise das Mazelas Causadas no Plano Político-Jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 73.

pensadores a entendem como uma soma de átomos, entre os quais Schmit, para quem correspondem apenas a concepção burguesa da ordem política<sup>30</sup>.

Tem-se, portanto, a consolidação do Estado de Direito Liberal<sup>31</sup>, caracterizado pela proteção dos direitos dos cidadãos, pelo limite do poder e pela segurança jurídica.

A legitimação política, fundada na crença da existência de um contrato social<sup>32</sup>, adota as idéias de John Locke e de sua teoria do consentimento<sup>33</sup>. Ao contrário do que preconizado por Hobbes, o contrato social não é uma abdicação aos direitos naturais (à vida, à liberdade, à propriedade, à família, etc.), mas a delegação a alguns do encargo de velar pelo direito de todos<sup>34</sup>. Assim, a legitimidade dessa autoridade é extraída do consentimento de todos.

Segundo as lições de Odete Medauar:

---

<sup>30</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, p. 42.

<sup>31</sup> Norberto BOBBIO, referindo-se aos Estado Liberal como um Estado cujos limites estão bem traçados, assevera que tal expressão: “compreende dois aspectos diversos do problema (...): a) os limites dos poderes; b) os limites das funções do Estado. A doutrina liberal compreende a doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções. A noção corrente que serve para representar o primeiro é Estado de direito; a noção corrente para representar o segundo é Estado mínimo.” BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1997, p. 17.

<sup>32</sup> Celso LAFER, em sua obra **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 122, ao destacar a tese do contrato social como explicação da origem do Estado, da Sociedade e do Direito, afirma que “a explicação contratualista ajusta-se à passagem de um Direito baseado no *status* para o Direito baseado no indivíduo, numa sociedade na qual começa a surgir o mercado e a competição. Com efeito, no contratualismo a relação autoridade-liberdade fundamenta-se na auto-obrigação dos governados, resolvendo-se desta maneira um dos problemas básicos da Filosofia Jurídica individualista, que é o de explicar como é que o Direito, que deve servir aos indivíduos, pode também vinculá-los e obrigá-los. Esta vinculação provém de uma auto-obrigação no momento da celebração do contrato social, na passagem do estado de natureza para a vida organizada em sociedade. Afirma-se, desta maneira, que o Estado e o Direito não são prolongamento de uma sociedade natural originária e orgânica, como a família, mas sim uma construção convencional dos indivíduos, ao saírem do estado de natureza. Por outro lado, o contratualismo oferece uma justificação do Estado e do Direito que não encontra o seu fundamento no poder irresistível do soberano ou no poder ainda mais incontestável de Deus, mas sim na base da sociedade, através da vontade do indivíduo”. Nas palavras do próprio Boaventura de Sousa Santos “o contrato social é a expressão de uma tensão dialética entre regulação social e emancipação social que se reproduz pela polarização constante entre vontade individual e a vontade geral, entre o interesse particular e o bem comum. O Estado nacional, o direito e a educação cívica sustentam o desenrolar pacífico e democrático dessa polarização num campo social que se designou por sociedade civil”. SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: **OS SENTIDOS da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global**. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2000. 335p.

<sup>33</sup> Segundo LOCKE “Se todos os homens são [...] livres, iguais e independentes por natureza, ninguém pode ser retirado deste estado e se sujeitar ao poder político de outro sem o seu próprio consentimento. Sem nisso consentir. A única maneira pela qual alguém se despoja de sua liberdade natural e se coloca dentro das limitações da sociedade civil é através de acordo com outros homens para se associarem em uma comunidade [...]”. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 139.

<sup>34</sup> HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural, s. d., p. 148.

“O Estado do século XIX agrupa indivíduos autônomos, independentes, livres, dotados de igualdade política e jurídica. Como oposição ao Estado absoluto, consagram-se liberdades e garantias de liberdades e direitos dos indivíduos; estes, de súditos, deveriam ascender ao grau de cidadão. Daí os valores desse Estado: garantia da liberdade, da convivência pacífica, da segurança, da propriedade: o Estado é o instrumento de garantia dos direitos individuais, disso decorrendo sua utilidade e necessidade.”<sup>35</sup>

Como se vê, o poder continua sendo legitimado pela soberania, porém, agora, com vistas à construção de uma democracia parlamentar, modelo alternativo ao autoritarismo das monarquias. As decisões políticas passam, então, a serem tomadas pelo povo<sup>36</sup>, por intermédio do legislativo, composto por homens eleitos.

A técnica da divisão dos poderes<sup>37</sup>, nos moldes propostos por Montesquieu<sup>38</sup>, se resume em uma forma de controle do poder pelo próprio poder. Reconhece-se a existência de três diferentes poderes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, cada qual desempenhando, preponderantemente, as funções legislativa,

---

<sup>35</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 80.

<sup>36</sup> Retomando os ensinamentos de Friedrich MÜLLER, é possível afirmar que o povo, em Locke, é composto apenas por aqueles que tinham direito de voto, os detentores de propriedades, ficando os não proprietários à margem do conceito de povo. MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental de democracia**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 55 e ss.

<sup>37</sup> Para BONAVIDES “a teoria da tripartida dos poderes, ‘como princípio de organização do Estado constitucional’, é uma contribuição de Locke e Montesquieu.” Este se apoia naquele e, equivocadamente, no que supõe ser a realidade constitucional inglesa: um Estado onde os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) estariam modelarmente separados e mutuamente contidos, de acordo com a idéia de que “o poder detém o poder”. Embora sendo técnica do liberalismo, a divisão de poderes, objetiva acautelar os direitos do indivíduo perante o organismo estatal, de modo que não pertence necessariamente a uma forma de governo, podendo compatibilizar-se tanto com o Estado democrático quanto com a monarquia constitucional. Segundo BONAVIDES, Locke, por ser menos radical que Montesquieu, vê a divisão de poderes apenas como “princípio da limitação do poder entre o monarca e a representação popular”. O poder do rei não sai tão diminuído quanto possa parecer. Cabe ao rei o poder executivo da nova monarquia antiabsolutista, bem como criar outros poderes de suma importância. Entre esses poderes se inclui o federativo, nome não considerado muito preciso por Locke, e de somenos importância, porque esta reside no seu correto entendimento. Para ele, tal poder é o pertinente às questões de ordem externa; de guerra e paz, tratados e alianças entre diferentes comunidades, que, evidentemente, deveria ficar nas mãos do poder executivo, caso contrário se estabeleceria a *desordem e dano*. BONAVIDES. Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, p. 45-46.

<sup>38</sup> Como afirmou MONTESQUIEU, “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.” In: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 23.

administrativa<sup>39</sup> e jurisdicional.<sup>40</sup>

O principal objetivo do referido controle através do sistema de freios e contrapesos, era a garantia dos direitos individuais frente ao Estado<sup>41</sup>.

O aparelho estatal organizado racionalmente, como uma figura tipicamente tão abstencionista quanto a requerida pelo Estado Liberal, é colocado sob a pressão de ter que responder a anseios até antes desconhecidos. O liberalismo político exige a proteção do cidadão contra o poder.

Com o Estado de Direito nasce o princípio da legalidade<sup>42</sup>, que teve como propulsora a idéia dos revolucionários burgueses, movidos pela lógica racional, de que a lei era o resultado da vontade geral. A legitimidade, antes contida no poder divino do monarca, é transferida para a vontade geral transformada em lei.

As leis, emanadas pelos representantes legítimos do povo, predominantemente compostos por burgueses, passam a refletir os interesses desta nova classe dominante. A luta contra a insegurança jurídica a que todos se sujeitavam desencadeou a submissão ao império da lei.

Nas palavras de Odete Medauar:

“Para maior certeza e segurança dos indivíduos, os direitos na esfera privada e na esfera pública adquirem consagração constitucional; adota-se sistema jurídico unificado e certo, também mediante a elaboração de códigos.

Além do mais, a ‘garantia de segurança, que no fundo expressa a noção de Estado de Direito, pode ser obtida por normas gerais e impessoais destinadas a eliminar o arbítrio dos detentores do poder’”<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Para Odete Medauar “Uma das obscuridades ou ponto fraco da concepção clássica de separação de poderes diz respeito à ausência da Administração Pública, que vem escondida dentro do Poder Executivo; o Estado e a própria separação vêm concebidos como salvaguarda dos direitos dos indivíduos.” MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 124.

<sup>40</sup> Se antes das revoluções liberais, o monarca centralizava o poder de julgar, poder este que podia ser delegado, agora, com a tripartição dos “poderes”, reconhece-se, conforme assevera Clèmerson Merlin CLÈVE, neutralidade política a esta função. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos – elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 121.

<sup>41</sup> NOVAIS, JORGE REIS; UNIVERSIDADE DE COIMBRA. Faculdade de Direito. **Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 82.

<sup>42</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia, **Direito Administrativo**. 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2005. p. 67.

<sup>43</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 80.

Conforme ressalta Cretella Jr.<sup>44</sup>, o princípio da legalidade também opera mudanças nas relações entre os indivíduos e o Estado, pois se reconhece a sujeição do poder executivo às normas estatuídas pelo poder legislativo, impondo aos governantes a busca do interesse público através de meios legalmente previstos, fator determinante da consagração da segurança jurídica.

Contudo, faltava ao Estado Liberal, a qualidade de democrático<sup>45</sup>. Somente em 1848, com a vitória das armas revolucionárias, o princípio democrático do sufrágio universal<sup>46</sup> se completa, embora efêmero<sup>47</sup>. O homem dá um grande passo em direção à democracia, com o crescer da representação e da soberania popular, rompendo os laços da ideologia do passado, com a autoridade decaída do *ancien regime*<sup>48</sup>.

Constata J. J. Gomes Canotilho que a introdução do elemento democrático não se deu apenas para limitar o poder, mas pela necessidade de legitimação do poder<sup>49</sup>.

A igual participação na formação da vontade popular democrática só é garantida pelo princípio da soberania popular, segundo o qual “todo poder vem do povo”.

---

<sup>44</sup> CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 15ª ed. 1997.. p. 154.

<sup>45</sup> Retomando a lição de Paulo BONAVIDES, é possível afirmar que, antes da Revolução liberalismo e democracia se uniram para derrotar o inimigo comum: o binômio absolutismo-feudalidade. Após a Revolução surge outro binômio: democracia-burguesia ou democracia-liberalismo. Antes o poder político pertencia ao rei, que tinha ascendência sobre o econômico (o feudo). Depois se inverte a posição, passando o econômico (a burguesia, o industrialismo) a dominar a política (a democracia), gerando uma das mais furiosas contradições do século XIX: a liberal-democracia. O equilíbrio desse binômio se rompe com o descrédito do princípio liberal, tornando que a idéia da democracia (igualdade) viesse a preponderar, com a chamada democracia das massas, como vem ocorrendo em nossos dias. BONAVIDES. Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, p. 54-55.

<sup>46</sup> A associação entre democracia e direitos individuais tem o seu início na segunda fase do Estado Liberal, quando então se substitui o voto censitário (onde o valor do voto é medido pela riqueza do indivíduo e quem não tem riqueza em um patamar constitucional mínimo não pode votar nem ser votado) pelo sufrágio universal. Conforme assevera Celso Antônio Bandeira de Mello: “Embora o número de novos votantes não seja tão grande, pois excluem-se as mulheres e as pessoas sem relativa escolaridade, a inserção de novos cidadãos (em sentido estrito utilizo esta palavra), faz com que mudanças ocorram na legislação infra-constitucional, com o surgimento das primeiras leis trabalhistas e previdenciárias (em geral na segunda metade do século XIX na Europa) e da primeira lei liberal anti-truste nos Estados Unidos: a Lei Sherman em 1890.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2290>>. Acesso em: 27 jun. 2006.

<sup>47</sup> BONAVIDES. Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, p. 43.

<sup>48</sup> BONAVIDES. Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, p. 44.

<sup>49</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 93-94.



Inicia-se, neste momento, a associação de princípios de natureza conceitual e causal dicotômicas. Apesar da existência de regimes com denominação “liberal-democrática” e “democrático-liberal”, o fundamento que justifica a articulação destes conceitos está na condição de ambos, em primeira instância, promoverem a idéia de supremacia do indivíduo – com ressalva, porém, para a visão democrática que visa a expressão fática da maioria. Destarte, elege-se neste debate dois princípios que estão a nortear todo Estado moderno: a liberdade, abarcada pela índole liberal, e a igualdade, fundamento final da democracia.

Contudo, verifica-se o antagonismo finalístico desses princípios e, por conseqüência, dos próprios regimes, como aduz Norberto Bobbio:

“Para o liberal, o fim principal é a expressão da personalidade individual, mesmo se o desenvolvimento da personalidade mais rica e dotada puder se afirmar em detrimento do desenvolvimento da personalidade mais pobre e menos dotada; para o igualitário, o fim principal é o desenvolvimento da comunidade em seu conjunto, mesmo que ao custo de diminuir a esfera da liberdade dos singulares.”<sup>50</sup>

A idéia da igualdade, porém, não é abstraída pelo liberalismo, ao contrário, contempla-se, mas circunscrita a dois elementos basilares: a igualdade perante a lei e a igualdade de direitos. Não é, porém, a igualdade democrática, na defesa de Rousseau.

Neste sentido, vê-se o princípio da comunidade reduzido pela supremacia liberal, compreendido em delimitação como sendo a sociedade civil, interpretada como a simples conjugação das aspirações do indivíduo – seu componente formal. Essa visão dá ensejo ao surgimento do maior dualismo do pensamento político moderno: o dualismo Estado *versus* sociedade civil, com atuação do Direito como mediador em todo o desenrolar da modernidade.

A visão ideal de atuação do Estado, no período, pode ser sintetizada pelas linhas de Wilhelm Von Humboldt:

---

<sup>50</sup> BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1997, p. 39.

“O homem verdadeiramente razoável não pode desejar outro Estado que não aquele no qual cada indivíduo possa gozar da mais ilimitada liberdade de desenvolver a si mesmo, em sua singularidade inconfundível, e a natureza física não receba das mãos do homem outra forma que não a que cada indivíduo, na medida de suas carências e inclinações, a ela pode dar seu livre-arbítrio, com as únicas restrições que derivam dos limites de suas forças e de seu direito.”<sup>51</sup>

Em linhas gerais, trata-se de opção ao individualismo, aprumada pelas liberdades negativas em restrição à atividade estatal.

O conceito de soberania popular de Rousseau, por sua vez, é substituído pela teoria fiduciária, de concepção conservadora, inserida por Edmond Burke. O recorte histórico da teoria da representação é o famoso discurso do político inglês aos seus eleitores em Bristol, no qual criticou a idéia de representação mandatária<sup>52</sup>. Ademais, destacou em seu discurso que o eleitor só é representado no momento das eleições; findo o processo, não há necessidade de fidelidade do eleito em face do eleitor ou do seu distrito, mas exclusivamente à Nação ou ao Estado<sup>53</sup>. A teoria fiduciária ou da representação, em verdade, permeou o espírito liberal e jogou por terra o conceito rousseaniano.

Como reação ao domínio absolutista que editava regras de preços e padrões de mercadorias, controlava as inovações e concorrências, com o objetivo de assegurar uma balança comercial positiva, no Estado Liberal prevalece a autonomia da atividade econômica em relação à ingerência do Estado<sup>54</sup>. Consagra-se a

---

<sup>51</sup> HUMBOLTD, Wilhelm Von. **Os Limites da Ação do Estado**. Porto: Res Jurídica, 2001, p. 23.

<sup>52</sup> Maria D’Alva Gil Kinzo, em sua obra **Representação Política e Sistemas Eleitorais no Brasil**. São Paulo: Símbolo, 1979, p. 31, transcreve uma importante passagem do discurso de Edmond Burke, a saber: “(...) Se governar fosse tão-somente, em cada setor, uma questão de vontade, não há dúvida de que a vossa deveria ser superior. Mas governar e fazer leis são questões de raciocínio e de julgamento; e que espécie de razão seria aquela na qual a decisão precede a discussão; aquela na qual um grupo de pessoas delibera e um outro decide...? Expressar uma opinião é o direito de todo homem; a dos eleitores é uma opinião que pesa e deve ser respeitada, que um representante deve estar sempre pronto a ouvir; e que ele deverá sempre ponderar com grande atenção. Mas instruções imperativas; mandatos os quais o membro (dos Comuns) deva expressa e cegamente obedecer, para os quais deve votar e em favor dos quais deve discutir...; essas são coisas totalmente desconhecidas pelas leis desta terra, e que derivam de um fundamental erro sobre a inteira ordem e o teor da nossa constituição. O Parlamento não é um congresso de embaixadores de interesses opostos e hostis; interesses estes que cada um deva tutelar, como agente e advogado, contra outros agentes e advogados; o Parlamento é, ao contrário, uma assembléia deliberante de uma nação, com um único interesse, o de todos; onde não deveriam influir fins e preconceitos locais, mas o bem comum...”

<sup>53</sup> ALVIM, José de Rezende. Você decide: qual representação. **A Comarca**, Caldas, julho de 1994, p. 02.

<sup>54</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 81.

“absolutização do princípio da livre iniciativa”<sup>55</sup>, que tinha valor positivo, como a liberdade de empreender, mas também valor negativo, como a abstenção dos Poderes Públicos acerca de intervenções limitativas<sup>56</sup>.

A concepção liberal, em todos os seus núcleos, sobretudo no individualismo, confere um impulso sem precedentes aos princípios de mercado. A condução do *laissez faire* avança em escala global, em especial com o descobrimento de novos mercados, a industrialização inédita, etc.

O domínio do mercado, no capitalismo liberal, é tão acentuado que o próprio Estado, preconizado como mínimo, quando intervém no mercado assim o faz para a defesa dos interesses liberais em nível econômico. Em outra direção, não permite reivindicações e o fortalecimento da comunidade, em uma concepção limitada e reducionista do conceito de sociedade civil.

Para Odete Medauar as concepções do Estado Burguês além de contribuir para a valorização da liberdade do indivíduo e para o desenvolvimento econômico, técnico e científico acentuados; levou, em muitos casos, à evolução pacífica para a democracia; impôs idéias do poder legal em lugar do poder pessoal; transformou os valores de reconhecimento e proteção da pessoa humana, com exigência de liberdade e igualdade, separando-os da origem, para convertê-los em valores conexos a toda uma civilização<sup>57</sup>.

Por outro lado, as críticas mais amenas ao Estado Liberal apontam para as contradições que o cercam, como, por exemplo, o fato desse modelo de Estado deter força coercitiva absoluta, mas não dirigir o mercado e a sociedade civil; ser expressão de máxima potência, pois detém o monopólio da força e coação e, ao mesmo tempo, ser a expressão da máxima impotência em relação à sociedade, pois não decide os conteúdos dos conflitos<sup>58</sup>. Apreciações mais exasperadas atribuem ao Estado do século XIX a origem de tragédias duras e sangüíneas e da exploração do

---

<sup>55</sup> A partir das teorizações de Massimo Severo Giannini, Odete Medauar elenca as seguintes conseqüências “destrutivas” do princípio da livre iniciativa: “a) foram liquidados os enormes patrimônios de terrenos apreendidos anteriormente como bens não privados do monarca; b) foram extintas empresas em mãos públicas, sobretudo no setor de defesa, como laboratórios, arsenais militares e navais; c) foi proibido todo tipo de auxílio público a empreendimentos privados como auxílio financeiro direto ou auxílio administrativo indireto.”

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 81.

<sup>56</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 81.

<sup>57</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 82.

<sup>58</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 83.

trabalho humano (também de crianças e mulheres) no período da Revolução industrial; a criação de estruturas de dominação de uma classe sobre toda a coletividade; a pregação dos valores de liberdade, a garantia de direitos e a submissão do Estado ao direito para ocultar a verdadeira intenção de domínio<sup>59</sup>.

Dentro desse contexto social, portanto, o *status* negativo de sujeitos de direito não podia ser garantido apenas através do direito geral a liberdades subjetivas iguais. Era necessário, portanto, a introdução de uma nova categoria de direitos fundamentais, consistentes em prestações positivas do Estado, capazes de corrigir ou compensar as injustiças sociais produzidas pelo mercado, ou seja, capaz de efetuar uma distribuição mais justa da riqueza produzida socialmente.

### **1.2.3 Estado da segunda metade do século XX<sup>60</sup> – Estado Social<sup>61</sup> e Democrático de Direito**

Após as duas Grandes Guerras<sup>62</sup> as relações entre o Estado e a Sociedade sofreram profunda alteração.

O mercado mantém a pujança e o crescimento do período anterior, agora com o acréscimo na conquista de mercados emergentes, a concentração e centralização do capital, o surgimento dos cartéis, as grandes cidades industriais, etc. O processo de especialização do trabalho, por seu turno, consolida o modo capitalista

---

<sup>59</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 83.

<sup>60</sup> Na tentativa de traduzir em um único adjetivo ou substantivo a característica principal do modelo de Estado da segunda metade do século XX, diversas são as nomenclaturas que o intitulam. Eis as arroladas por Odete Medauar: Estado intervencionista, Estado-providência, Estado de bem-estar, Estado assistencial, Estado pluriclasse, Estado social, Estado social-democrata, Estado de associações, Estado distribuidor, Estado nutriz, Estado empresário, *Welfare State*, Estado *manager*, Estado de prestações, Estado de organizações, Estado neocorporativo, Estado neocapitalista, Estado promocional, Estado responsável, Estado protetor, Estado pós-liberal, Estado telocrático. Segundo a autora a diversidade terminológica acabou por gerar a manifestação de preferências ou rejeições que envolvem aspectos mais profundos da compreensão desse Estado. MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 84-85.

<sup>61</sup> Ressalte-se que o objetivo deste tópico não é o estudo dos Estados socialistas totalitários, que rompem com a economia liberal e o liberalismo, que garantem a propriedade coletiva e não reconhecem a individual, que limita os direitos individuais. Os Estados Socialistas sob esse ponto de vista, não podem ser considerados um tipo de Estado Social que ora se apresenta, vale dizer: que tem a tarefa de realizar a justiça social.

<sup>62</sup> Primeira Guerra Mundial (1915-1918) e Segunda Guerra Mundial (1945-1947).

de produção; a produção em série, o fordismo<sup>63</sup> e a diversificação de produtos, articulados à lógica da moda, dão início a uma cultura que permanece nos dias atuais: o consumismo. Por outro lado, em sentido contrário ao período precedente, o mercado, como forma de manter-se, aceita as pressões dos princípios do Estado e da comunidade<sup>64</sup>, com atuações antes minimizadas.

Ocorre, assim, a reorganização da comunidade, com novos contornos e desafios antes subjugados pela economia. Vê-se o surgimento de classes operárias, partidos de natureza proletária e uma política de classes, com início às discussões frente às exigências patronais, que dialogam e atendem às reivindicações dos nascedouros sindicatos.

Este processo de (re)materialização social e política é um dos aspectos mais característicos deste período e o seu dinamismo deve-se, em boa parte, às transformações na composição das classes trabalhadoras, a sua crescente especialização interna, às mudanças constantes dos setores produtivos privilegiados pela lógica da acumulação do capital, à importância progressiva do setor de serviços e à conseqüente ampliação e fortalecimento social e político das classes médias.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> Segundo Robert Kurz, o fordismo é a “designação sociológica moderna para a fase de desenvolvimento mais recente da produção moderna de mercadorias, que se estende de 1920 até 1980. Denominação em homenagem a Henry Ford, que inventou a esteira rolante na montagem de automóveis. Com isto podiam ser eliminados dos processos de trabalho industrial os últimos restos de competência artesanal. Os “fundamentos da direção científica de empresas”, do engenheiro americano Taylor, isto é, a decomposição de processos de produção e sua recomposição sintética, sob o comando da lógica econômica do entrelaçamento “ótimo”, somente pode ser realizados em grande escala em virtude da produção na esteira rolante de Ford. Assim tornou-se possível, para muito além da indústria automobilística, a produção em massa em muitos setores que até então escaparam ao cálculo de valorização da administração de empresas”. KURZ, Robert. **O Colapso da Modernização**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, p. 236/237.

<sup>64</sup> Dentro do contexto histórico, não se pode deixar de relacionar que as concessões do mercado deram-se, em boa parte, ao panorama econômico nas décadas de vinte e trinta do século XX. Alberto Tosi Rodrigues, em seu artigo **Neoliberalismo: gênese, retórica e prática**, p. 03, aborda questão destacando que “o desenvolvimento de mercados de capitais em escala mundial e os progressos verificados tanto na esfera produtiva quanto na distribuição provocaram uma forte concentração de poder industrial em empresas gigantescas, trustes e cartéis. A partir daí, a concorrência sem qualquer regulamentação passou a tornar-se muito cara e aleatória para estes grandes conglomerados. Além do mais, a concentração de poder decisório em empresas tão grandes agravou a “anarquia” do mercado, uma vez que reduziu significativamente sua flexibilidade e a capacidade de ajuste que pudesse ter. Resultado: aumentou a instabilidade geral do capitalismo e as depressões cíclicas, que foram agravando-se e amudando-se ao longo dos oitocentos, culminaram com a Grande Depressão de 1929. Passou então a ficar mais claro, mesmo para muitos dos economistas neoclássicos, que o mito do mercado auto-ajustável tinha perdido sua eficácia ideológica. A crise geral de superprodução que se abateu sobre a economia mundial nos anos trinta demonstrava que a anarquia desregrada do mercado podia não só ter custos altíssimos como inclusive colocar em risco a própria sobrevivência do capitalismo. De modo que faziam-se necessárias medidas drásticas de regulamentação dos mercados e de reordenação da produção que só poderiam ser postas em prática pelo Estado, dado o processo autófago em que estavam mergulhados os agentes privados”.

<sup>65</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice – o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1997, p. 84.

Assim, deixa de existir a presunção de igualdade entre os homens, afirmada no período anterior, quando a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, afirmava que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”.<sup>66</sup> Assim, a preocupação maior desloca-se da legalidade para a igualdade; e, atribui-se ao Estado a missão de buscar essa igualdade.

Para tanto o Estado passa a intervir na ordem econômica e social, adquirindo, portanto, uma nova configuração, representada pela ascensão do *Welfare State*<sup>67</sup> ou Estado Providência. Esta nova formulação estatal deu-se com a constatação que o individualismo e o neutralismo do Estado Liberal tiveram o condão de gerar inúmeras injustiças sociais<sup>68</sup>.

Para José Luiz Quadros Magalhães, a partir da primeira guerra, consolidou-se um novo paradigma de Estado, o qual foi consubstanciado em dois textos normativos: a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

“A mudança tardia de comportamento do Estado não é capaz de solucionar a grave crise que resulta na primeira grande guerra (1914-1918), marco divisor de águas entre o Estado abstencionista e o novo Estado Social assistencialista. Em 1917 no México o mundo assiste a primeira Constituição Social, que mantendo o núcleo liberal de direitos individuais políticos, amplia o catálogo de direitos fundamentais acrescentando dois novos grupos de direitos: os direitos sociais relativos ao trabalho, saúde, educação, previdência e os direitos econômicos que marcam a postura intervencionista do Estado que passa a regular a economia e em alguns casos a exercer atividades econômicas. Embora cronologicamente a Constituição Mexicana de 1917 tenha sido a primeira, a Constituição matriz do constitucionalismo social será a de Weimar, Alemanha em 1919.”<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 27.

<sup>67</sup> Claus Offe, em digressão singular, afirma que o conceito de *Welfare State* é vago o bastante para permitir, a cada um, sua própria definição. Na leitura do teórico, o Estado de Bem-Estar Social não representa uma mudança estrutural básica da sociedade capitalista, parece ser mais uma fase transicional no desenvolvimento das sociedades ocidentais após a Segunda Grande Guerra mundial. Sua atuação não versa das necessidades humanas básicas, mas compensa os novos problemas criados em consequência do crescimento industrial. CARDOSO, Fernando Henrique *et al* (org). **Capitalismo Avançado e Welfare State. Política & Sociedade**, vol. II. São Paulo: Companhia Editora Nacional, s.d., p. 211 e seguintes.

<sup>68</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 105.

<sup>69</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Tipos de Estado: Globalização e Exclusão**. Revista Direito e Cidadania. Ano II, n. 7. Praia. Cabo Verde. 1998/1999, p. 37.

Tem-se, portanto, o início do chamado Estado Social, que se caracteriza pela intensa intervenção do Estado nas relações econômicas no intuito de implementar as garantias sociais arroladas nos textos constitucionais. O Estado, antes ausente na realização de políticas públicas, toma para si a responsabilidade de efetivar novas atividades.

Para Pablo Lucas Verdù o Estado de Direito, que já não poderia se justificar como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade sem renunciar ao primado do Direito<sup>70</sup>. O Estado de Direito deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, adotando uma dogmática com intuito de realizar a justiça social.

É esse processo que marca o alvorecer do Estado Social de Direito, tornando o Estado também um agente econômico. Sua intervenção passa de limite à liberdade individual para instrumento de realização de justiça social.

A assunção da realização da justiça social acarreta um considerável aumento das tarefas públicas, alterando também a concepção de interesse público. A Administração Pública abandona o abstencionismo para se converter em intervencionista.

Ressalte-se que a nova relação estabelecida entre sociedade e Estado decorrente da assunção, por este, do princípio da socialidade<sup>71</sup>, da intervenção estatal sistemática na economia e do reconhecimento de que o cidadão é acima de tudo participante, impôs ao Estado e ao seu aparato administrativo constante tensão.

A socialização, que não se confunde com socialismo, mas designa a preocupação com o bem comum, com o interesse público, foi identificada como uma das tendências em substituição ao individualismo imperante no período do Estado Liberal.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo. **Curso de Derecho político**. vol. II, 3ª edición, revisada, reimpresión. Madrid: Editorial Tecnos, 1986. p. 239-240.

<sup>71</sup> O princípio da socialidade diz respeito à preocupação com o coletivo, destarte, os valores coletivos deverão prevalecer sobre os individuais. Para Jorge Reis Novais o conteúdo do princípio da socialidade é a busca da realização da justiça social. NOVAIS, JORGE REIS. **Contributo para uma teoria do estado de direito**, p. 193-194.

<sup>72</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 27.

Citando os ensinamentos de Mariano Baena del Alcazar, Maria Sylvia Zanella Di Pietro pondera ser possível que:

“o fator chave dessa transformação seja a passagem do estado monoclasa para o Estado pluriclasa<sup>73</sup>, com tudo o que significa em termos de necessidade de satisfazer às demandas crescentes que se colocam perante o Estado, no terreno econômico e social, pela totalidade da população e não só pelas classes privilegiadas. Já não se fala mais em interesse público apenas, mas em vários interesses públicos, representativos dos vários setores da sociedade civil.”<sup>74</sup>

Estado e comunidade articulam-se para criar uma legislação social, regular as relações de natureza trabalhista, estabelecer políticas de saúde, educação, transportes, segurança, habitação, com destino teleológico em promover as exigências da denominada justiça social. Ocorre, destarte, a (re)concepção dos direitos humanos<sup>75</sup>, com objetivo de efetivar os direitos antes proclamados pelas declarações de direitos do homem. A materialidade dos direitos sociais<sup>76</sup>, não se questiona, é fruto do próprio sistema capitalista, com o seu surpreendente crescimento e complexidade, com o aumento, por reflexo, das exigências da sociedade em prol de direitos antes relegados à formalidade, com efetividade adstrita a uma classe exclusiva: a burguesa.

Se no Estado liberal, cabia a política garantir o consenso sobre a ação administrativa, com a nova configuração a tarefa de gerir as políticas de intervenção é atribuída ao Estado, razão pela qual a busca da legitimação das decisões políticas passa a ser tarefa da própria administração.

Com a superação do liberalismo e a instauração do Estado Social, o indivíduo que antes não queria a ação do Estado passa a exigí-la. Assim, as relações

---

<sup>73</sup> Expressão de Massimo Severo Giannini, que busca atender a pluralidade de interesses, já reconhecidos na sociedade atual, e cujos pilares são a garantia da liberdade e a parceria do progresso.

<sup>74</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 27.

<sup>75</sup> Alexandre de Moraes define os direitos humanos como aqueles direitos fundamentais da pessoa humana – considerada tanto em seu aspecto individual, quanto comunitário – que correspondem a esta em razão de sua própria natureza (de essência ao mesmo tempo corpórea, espiritual e social) e que devem ser reconhecidos e respeitados por todo poder e autoridade, inclusive as normas jurídicas positivas, cedendo, não obstante, em seu exercício, ante as exigências do bem comum. MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 41.

<sup>76</sup> Segundo Jorge Reis Novais: “a consagração constitucional dos chamados direitos sociais não é uma descoberta do século XX, na medida em que já as Declarações de Direitos da Revolução Francesa estabeleciam obrigações positivas do Estado nos domínios do ensino e da assistência social.” NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**, p. 190.



entre Administração e administrado multiplicam-se e tornam-se muito mais complexas.

Diante da extensa gama de responsabilidades atribuídas ao Estado, a idéia de centralização das decisões cedeu espaço a descentralização<sup>77</sup>. Algumas atribuições, como serviços públicos, foram assumidas pelo Estado, entrando, na categoria de serviços públicos comerciais, industriais e sociais, o Estado passou a criar maior número de empresas estatais e fundações; outras atividades, também de natureza econômica, o Estado deixou na iniciativa privada, mas passou a exercê-las a título de intervenção no domínio econômico, por meio de sociedades de economia mista, empresas públicas e outras empresas sob controle acionário do Estado; finalmente, outras atividades, o Estado nem definiu como serviço público nem passou a exercer título de intervenção no domínio econômico, ele as deixou na iniciativa privada e limitou-se a fomentá-las, por considerá-las de interesse para a coletividade. Desenvolve-se, então, o fomento como uma atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de interesse público.<sup>78</sup>

As ações idealizadas para um Estado mínimo tornam-se inadequadas para um Estado que atua nos mais variados setores da ordem jurídica, econômica e social. Por sua vez, as formas de controle, inclusive o judicial, não conseguiram acompanhar a evolução e o crescimento da função administrativa.

Entretanto, o excessivo intervencionismo do Estado passou a pôr em perigo a liberdade individual, uma vez que a sua intervenção vai desde a simples limitação ao exercício de direitos até a atuação direta no setor da atividade privada,

---

<sup>77</sup> José Cretella Júnior conceitua a descentralização como “transferência de atribuições, em maior ou menor número, de entidades, organismos ou aparelhos ‘centrais’ para unidades ‘periféricas’ ou ‘locais’ ou, em suma, ‘descentralizar’ é ‘erradicar’ algo peculiar e inerente ao ‘centro’, deslocando esse algo para a periferia”. CRETELLA JÚNIOR, José. **Dicionário de direito administrativo**. 3. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 180-181. In **Sociedade, estado e administração pública**. Perspectivas visando ao realinhamento constitucional brasileiro. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995, p.110-111., Diogo de Figueiredo Moreira Neto elabora a seguinte retrospectiva: “Até certa fase histórica, o Estado antigo não havia apresentado senão os singulares exemplos persa e romano de organização complexa, dotada de descentralização segundo moldes definidos. O Estado medieval antigo, neste ponto, retrocedeu, com a centralização de poderes em mãos do senhor feudal e nem mesmo a segunda fase da Idade Média, que proporcionou o desenvolvimento das monarquias absolutas, voltou a repetir a experiência romana. Coube às grandes revoluções da História moderna e contemporânea, para fazer face aos desafios da administração cada vez mais complexa, acelerar os processos de descentralização. Hoje, a descentralização não é só tecnicamente imprescindível, como uma tendência observável universalmente, para permitir ao Poder Político atender às crescentes demandas setoriais e locais com eficiência.”

<sup>78</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 27.

com a agravante de não alcançar a realização do objetivo inerente ao Estado Social de Direito, o de assegurar o bem comum, pela realização dos direitos sociais e individuais nos vários setores da sociedade.

Constata-se, portanto, que a efetiva implementação dos direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente, passa a ser o germe para a nova transformação do modelo de Estado. Inicia-se, deste modo, a terceira fase do Estado Moderno, o Estado Democrático de Direito, por meio do qual se pretende não apenas tutelar os direitos sociais de forma clientelista, tal qual se deu no modelo Social, mas efetivar direitos através de políticas democráticas que assegurem o acesso e poder decisório aos cidadãos para, assim, influir nos rumos da Administração Pública.

Neste contexto, o oferecimento de direitos sociais, tais como a saúde e educação públicas, permitirá o acesso à população de instrumentos fortes capazes de instruí-la e, por conseguinte, organizar-se na luta da inclusão dos marginalizados no sistema econômico e social do Estado.

Nesse sentido, José Luiz Quadros Magalhães afirma que:

“Esta combinação de fatores transformará o Estado Social, que de uma perspectiva clientelista, de manutenção de exclusão social, transforma-se em um Estado Social incluyente, pressionado pela população cada vez mais organizada e informada.”<sup>79</sup>

Destarte, o interesse público, prisma da atuação do Estado Democrático de Direito, ganha nova conotação, não apenas com aspecto da tutela à liberdade individual, mas também com outros valores materialmente considerados, para, assim, alcançar a almejada justiça social entre os indivíduos.

Introduzindo o tema na sua obra “Parcerias na Administração Pública”, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, registra que:

“As conseqüências negativas produzidas pelo Estado Social e pelo positivismo jurídico reclamavam novas transformações no papel do Estado e elas vieram mediante a introdução de um novo elemento à concepção do Estado de Direito Social. Acrescentou-se a idéia de Estado Democrático. Por outras palavras, o Estado, sem deixar de ser

---

<sup>79</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Tipos de Estado: Globalização e Exclusão**. p. 38.

Estado de Direito, protetor das liberdades individuais, e sem deixar de ser Estado Social, protetor do bem comum, passou a ser também Estado Democrático. Daí a expressão Estado de Direito Social e Democrático. Não que o princípio democrático já não fosse acolhido nas concepções anteriores, mas ele passa a ser visto sob nova roupagem. O que se almeja é a participação popular no processo político, nas decisões do Governo, no controle da Administração Pública.”<sup>80</sup>

Partindo dessa premissa, a ilustre administrativista deixa assente que o interesse público, também, assume nova roupagem, passando a confundir-se com a idéia de bem comum, voltando-se para o interesse da coletividade, do cidadão e não mais para o interesse puro e simples do aparelhamento da Administração Pública. De igual sorte, o princípio da legalidade passa a congregar conceito mais amplo: a Administração submete-se à lei sob a sua concepção formal, e, também, principiológica (ao Direito).

O gigantesco crescimento do Estado, sob a concepção do chamado Estado Social, por atuar em quase todos os setores da sociedade em nome da isonomia entre os homens (a igualdade do Estado Liberal estava comprometida pela exacerbção da liberdade individual) passou a congregar uma estrutura administrativa de igual tamanho, com a agravante de não distinguir o tipo de atividade que estava sendo por ele desempenhada. Todas as atividades, sociais, econômicas ou industriais, tomadas para desenvolvimento pelo Estado, detinham igual forma de organização, o que acabou por gerar uma burocracia ineficiente para a prestação dos serviços públicos.

Nesse contexto, e premido pela crise financeira, o Estado entrou em colapso na medida em que não mais possuía capacidade para gerir a sua máquina, deficiente pelo agigantamento das atividades que abarcou para si e perdido em sua identidade.

Como a administração não demonstra desempenho suficientemente ágil e economicamente viável à realização de todas as demandas, deparando-se com tarefas impraticáveis, o princípio da socialidade<sup>81</sup> se mostrou inexecutável.

---

<sup>80</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**, p. 32.

<sup>81</sup> O princípio da socialidade é definido na nota de rodapé n.º 71.

Ressalte-se que, a partir da constatação de que, ao lado da democracia política, social e econômica, deve ser efetivada a “democracia administrativa”<sup>82</sup>, as formas de atuação unilateral da Administração passaram a ser repensadas. Ademais as concepções de democracia não se coadunam com o modo unilateral de agir do Estado.

Certo é que o pressuposto de um Estado Democrático deve influir também na Administração Pública, pois os princípios que asseguram a democracia não podem se limitar à regência da atividade legislativa e da jurisdicional, devendo também informar a função administrativa. Em suma, deve-se concordar com a afirmação de Umberto Allegretti, para quem “inexiste democracia sem democracia da Administração”<sup>83</sup>.

Nessa senda, assistiu-se nos idos do século XX ao refluxo da atuação do Estado e a busca de um papel protagônico mais acentuado da sociedade na escolha de seu próprio destino<sup>84</sup>.

O momento “consenso-negociação”<sup>85</sup> entre poder público e sociedade ganha relevo de identificação e definição de interesses públicos, tutelados pela Administração. A Administração assume o papel de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Disto decorrer uma nova maneira de agir do Estado, na qual a imperatividade dá lugar à ascensão da consensualidade e a imposição unilateral e autoritária de decisões passa a valorizar tanto a participação dos administrados quanto à formação da conduta administrativa.

---

<sup>82</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 100.

<sup>83</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 169.

<sup>84</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 647.

<sup>85</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. p. 648.

### 1.2.4 Estado dos primórdios do século XXI<sup>86</sup> – O Estado Neoliberal

O que se percebe nessa fase é que sob pressão do mercado, as concepções sociais e seus avanços colapsam, com o surgimento de novas formas de organização, em superação às conquistas e paradigmas do *Welfare State* e dos movimentos de origem social e dos trabalhadores.

A hipertrofia do mercado, por fim, esfarela o que existia do equilíbrio preconizado nos primórdios da modernidade e que se revestiu de pontualidade no período predecessor.

Nesse sentido, sua ação na comunidade provoca sensível enfraquecimento das relações capital-trabalho, em retorno forçado à fase do capitalismo liberal. No Estado, a influência evidencia-se com a importância das empresas multinacionais, que se opõem ao controle nacional na regulamentação de suas respectivas economias, através da limitação e conseqüente minimização em sua atuação macroeconômica.

Vigora, em nuances inéditas, o capitalismo de contornos extremos, através de uma teoria econômica denominada de neoliberalismo<sup>87</sup>, a qual provoca o colapso nas relações organizacionais, com a assunção de suas práticas nos mercados econômicos.

O marco teórico do neoliberalismo pode ser encontrado nos escritos do economista Friedrich Von Hayek<sup>88</sup>, em especial a obra *The Road to Serfdom*

---

<sup>86</sup> Na tentativa de abarcar em um único vocábulo a feição de Estado contemporâneo, a literatura do direito público aponta as seguintes terminologias: Estado regulador, Estado subsidiário, Estado controlador, Estado ativador, Estado animador, Estado incitador, Estado catalizador, Estado mediador, Estado reflexivo, Estado cooperativo, Estado contratante, Estado negociador, Estado-rede. MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 93

<sup>87</sup> A expressão neoliberalismo designa “um conjunto de idéias em favor da economia de mercado, sintetizadas no seguinte: disciplina macroeconômica, economia de mercado, abertura comercial. Ligadas ao neoliberalismo resultaram as diretrizes de: fortalecimento dos mercados privados, desregulamentação da economia, privatização das empresas estatais; liberalização dos mercados, livre comércio internacional, redução da atuação do Estado, controle da inflação, redução do déficit público, corte das despesas sociais. Adotado pelos Governos de Reagen, nos Estado Unidos, e de Margareth Thatcher, na Inglaterra, na década de 80 do século XX, expandiu-se para a Europa e países em desenvolvimento, incentivado por organismos internacionais, como FMI e Banco Mundial. MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 97.

<sup>88</sup> Conforme Hilary Wainwright, em sua obra **Uma Resposta ao Neoliberalismo**, Jorge Zahar Editor, p. 38, “O economista e filósofo austríaco é o mais importante dos pensadores neoliberais, não só por sua longevidade e produção fértil, como também pela força dos argumentos intelectuais com que fundamenta a economia política neoliberal. Abrangendo seis décadas, o alcance e o volume da obra de Hayek por si sós já são vastos, envolvendo

(1944). Para o ideólogo neoliberal, o excessivo controle do Estado em questões econômicas e o crescente poder de pressão dos sindicatos de trabalhadores limitavam o pleno desenvolvimento do mercado, que se encontrava sufocado pelas exigências sociais e trabalhistas.

O neoliberalismo nasceu logo depois da II Guerra Mundial, na região da Europa e da América do Norte onde imperava o capitalismo. Foi uma reação teórica e política veemente contra o Estado Intervencionista e de bem-estar, que surgiu, em 1944, com a publicação de *O Caminho da Servidão*, de Friedrich Hayek.

Trata-se de um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciadas como uma ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também, política. Hayek acusa ainda o planejamento e o Estado Providência de levarem à tirania<sup>89</sup>. Neste verdadeiro tratado político, Hayek enquadra o mercado e o progresso numa moldura evolucionista. Hayek apresenta o mercado como um sistema de informação sem rival, vale dizer: preços, salários, lucros altos e baixos são mecanismos que distribuem informação entre agentes econômicos das mais diversas formas, já que a massa colossal de fatos economicamente significantes está fadada a escapar-lhes.

Para Hayek a intervenção do Estado é má porque faz com que a rede de informações do sistema de preços emita sinais enganadores, além de reduzir o escopo da experimentação econômica. Quanto ao progresso, este ocorre através de um número incontável de tentativas e erros feitos pelos seres humanos, pois a evolução social procede mediante “a seleção por imitação de instituições e hábitos bem-sucedidos”<sup>90</sup>.

---

quase todas as disciplinas de ciências humanas. Depois de escrever 34 livros, 25 panfletos e 235 artigos até 1984, Hayek continuou escrevendo até a sua morte, em março de 1992”.

<sup>89</sup> “se o resultado é tão diverso dos nossos objetivos- se ao invés de liberdade e prosperidade, é miséria e servidão o que temos pela frente- não está claro que forças funestas devem ter frustrado as nossas intenções, e que somos vítimas de algum poder maligno que deve ser dominado antes de retomarmos o caminho para melhores coisas”. HAYEK, Friedrich. **O Caminho da Servidão**. Rio, Ed. Globo, 1946, p. 33.

<sup>90</sup> HAYEK, Friedrich. **Os Fundamentos da Liberdade**. Brasília, Ed. UNB, 1983. p. 59.

A solução, destarte, estaria na existência de um Estado forte que controle a expansão e emissão monetária, o poder dos sindicatos e a minimização dos gastos de ordem social e abstendo-se de intervenções na ordem econômica<sup>91</sup>.

A onda hegemônica neoliberal que tomou conta dos países capitalistas avançados da Europa expandiu-se para os países em desenvolvimento, onde o Estado do Bem Estar Social ainda não havia se realizado. Nas economias periféricas<sup>92</sup>, a tomada Neoliberal ocorre com maior velocidade e facilidade, o que possibilita a flutuação do capital globalizado, apátrida por excelência, o que enfraquece o Estado Nacional, não lhe permitindo controlar a economia.

Na América Latina, a implantação verificou-se ao término da década de 1980 e no início de 1990, após o Consenso de Washington<sup>93</sup>.

O neoliberalismo trouxe consigo o crescimento das taxas de desemprego e o enfraquecimento das conquistas da comunidade no período antecedente. Os sindicatos, responsabilizados pelo colapso estatal, vêem seu poder de pressão e de negociação reduzidos, com reflexo direto na perda de filiados e representatividade decorrente. Os partidos de esquerda, por seu turno, pressionados pela queda dos regimes do Leste Europeu, para se viabilizarem na esfera eleitoral atenuam os conteúdos programáticos de suas plataformas políticas. O que se percebe é

---

<sup>91</sup> José Luiz Quadros de Magalhães, em sua obra **Direito Constitucional** - Tomo I. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 71/72, ao abordar as soluções dos neoliberais para a crise do Estado Social, destaca que para eles a superação da crise “era necessário criar-se as condições para acumulação e expansão do capital, com a posterior criação de riquezas e empregos”. Para tanto, era necessário que o Estado criasse as seguintes situações ideais, as quais destaca-se três, a saber: “1. Diminuição do Estado com processos de privatização, permitindo que o setor privado pudesse atuar naqueles setores onde o Estado era concorrente ou único ator. 2. Com a diminuição do Estado, inclusive nas suas prestações sociais fundamentais, é possível a diminuição ou eliminação dos tributos do capital, deixando que a classe assalariada arque com o que subsiste dos serviços públicos. 3. Enfraquecimento dos sindicatos para que não haja pressão eficiente sobre o valor do trabalho ameaçando os lucros crescentes (...)”. Quadros de Magalhães enumera outras situações, que podem ser resumidas na diminuição dos direitos sociais, em especial os direitos constitucionais do trabalho.

<sup>92</sup> Denominação utilizada por Boaventura de Souza Santos tanto na obra intitulada **Pela Mão de Alice** – o social e o político na pós-modernidade, quanto em **A crítica da razão indolente – contra o desperdício da experiência**, para se referir aos países em desenvolvimento, chamados de terceiro mundo.

<sup>93</sup> Conforme Boaventura de Sousa Santos, Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: **A Crise dos Paradigmas em Ciências Sociais e os Desafios para o século XXI**. Rio de Janeiro: Contraponto/Corecon-RJ, 2000, p. 46/47, “o Consenso de Washington diz respeito à organização da economia global, incluindo a produção, os mercados de produtos e serviços, os mercados financeiros, e assenta em liberalização dos mercados, desregulamentação, privatização, minimalismo estatal, controle da inflação, primazia das exportações, cortes nas despesas sociais, redução do déficit público, concentração do poder mercantil nas grandes empresas multinacionais e do poder financeiro nos grandes bancos transnacionais. As grandes inovações institucionais do consenso econômico neoliberal são as novas restrições à regulamentação estatal, os novos direitos internacionais de propriedade para investidores estrangeiros e criadores intelectuais e a subordinação dos Estados nacionais a agências multilaterais, como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e a Organização Mundial do Comércio”.

que os movimentos e atores sociais das fases anteriores, em especial do capitalismo organizado, perdem de modo substancial a sua força e capacidade referencial como representantes de suas áreas temáticas.

David Harvey, a esse respeito, faz as seguintes anotações no que se refere às relações trabalho-mercado:

“Diante da forte volatilidade do mercado, do aumento da competição e do estreitamento das margens de lucro, os patrões tiraram proveito do enfraquecimento do poder sindical e da grande quantidade de mão de obra excedente (desempregados ou subempregados) para impor regimes e contratos de trabalho mais flexíveis.”<sup>94</sup>

Por outro lado, com o advento de novos movimentos sociais, há um novo conceito de comunidade, com preocupações em âmbito global, exemplificado pelas organizações ambientais e antinucleares, com o *Greenpeace* como expoente primário; os movimentos sexistas da década de 1960, com a tônica da liberação sexual como matriz; o anti-racismo, representados pelos movimentos civis dos negros norte-americanos, com o ativista Martin Luther King à frente; a terceira onda e as organizações do terceiro setor, que constituem em entidades sem fins lucrativos em ações em prol dos cidadãos em situações mais vulneráveis no seio societal; e a defesa dos direitos humanos, em exemplo a Anistia Internacional. Esses movimentos, em suma, tentam conceber uma re-significação do princípio da comunidade e o seu âmbito de abrangência.

O Estado Nacional<sup>95</sup>, como anota Boaventura de Sousa Santos, “parece ter perdido em parte a capacidade e em parte a vontade política para continuar a regular as esferas da produção (privatização, desregulação da economia) e da reprodução social (retração das políticas sociais, crise do Estado-Providência)”<sup>96</sup>. O que se percebe é que com a globalização econômica subtrai dos Estados o controle

<sup>94</sup> HARVEY, David. **Condição Pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 1996, p. 143.

<sup>95</sup> O enfraquecimento do Estado Nacional, em sua argumentação original, é uma tese que surgiu às vésperas da terceira fase da modernidade, elaborada pelo teórico John H. Herz, que em 1957 desenvolveu sua concepção a partir dos impactos que a invasão das forças do Pacto de Varsóvia na Hungria causaram no contexto internacional. MAGNOLLI, Demétrio. **Globalização – Estado Nacional e Espaço Mundial**. São Paulo: Moderna, 1999, p. 33.

<sup>96</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice – o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1997, p. 89.



sobre suas próprias economias, passando a uma dependência cada vez mais intensa aos desígnios do mercado mundial, com o seu capital de natureza especulativa que, através da mobilidade surpreendente sobre os mercados nacionais, encontra-se à procura constante daquele que lhe ofereça a melhor condição de investimento e rentabilidade.

Não obstante a volatilidade do capital especulativo, os Estados são obrigados a se submeterem às determinações do mercado mundial, em virtude da necessidade e, *a posteriori*, da dependência desse tipo de recursos para a promoção e funcionamento de suas próprias economias em nível interno. Em verdade, o Estado Nacional cada vez mais ocupa um lugar marginal na política e na economia mundial.

Como mecanismo de contraposição à perda do efetivo controle e poder de regulamentação de seus mercados, os Estados aumentam o controle sobre a sociedade, através de microdespotismos burocráticos<sup>97</sup> de ordens variadas, de forma a minimizar contestações ao seu obsoletismo. Para convalidar interesses do mercado o Estado transfere à sociedade civil prerrogativas antes de sua responsabilidade, oriundas da desregulamentação de setores produtivos estatais através das políticas de privatização<sup>98</sup>.

A legitimidade do Estado e do aparelho administrativo também sobre mutação diante dos ideais neoliberais. O Estado Neoliberal encontra fundamentação legítima por basear-se na crítica ao Estado de Bem Estar Social e suas mazelas, não atendidas, fundando-se na crença de que cada indivíduo é capaz de encontrar, sozinho, a felicidade. Já a administração pública arquitetada gerencialmente, é legítima na medida em que apresenta procedimentos diametralmente opostos à administração burocrática, reconhecidamente lenta.

Ao se reportar às necessárias adaptações dos aparelhos administrativos à situação global, Carlos Ari Sundfeld afirma que com a privatização das empresas estatais e o regime de exploração dos serviços sofrendo sucessivos choques de alta

---

<sup>97</sup> Expressão utilizada pelo sociólogo português Boaventura de Sousa Santos; e, que expressa o autoritarismo engendrado pelo Estado e implantado na sociedade por meio de uma administração com excesso de formalidades.

<sup>98</sup> SANTOS, Boaventura Sousa de. **Pela Mão de Alice** – o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1997, p. 89.

tensão, os velhos serviços públicos, de regime aforçado, e, explorados diretamente pelo Estado, estão desaparecendo<sup>99</sup>.

A mutação imposta pelo neoliberalismo é sentida pelo cidadão, que tem o seu reconhecimento reduzido, assim, se no Estado Liberal, o homem conquistou sua condição de sujeito de direito e no Estado do Bem Estar, foi-lhe reconhecida a titularidade de sujeito de direitos sociais<sup>100</sup>, no Estado Neoliberal, a condição de sujeito é assumida por outro elemento, o mercado e a administração pública passa a atender tão-somente aos anseios dos cidadãos-consumidores.

Contudo, o mercado desregulado não permitiu que o neoliberalismo atingisse sua principal meta, a instauração de um capitalismo avançado, uma vez que as condições criadas pela desregulamentação financeira foram mais propícias para a inversão especulativa do que para a produtiva.

Outro quesito responsável pela não realização de todos os programas neoliberais foi o tamanho do Estado de Bem Estar, que, apesar da contenção de despesas nas áreas sociais, não teve a demanda reduzida dado o aumento de gastos sociais com desempregados e aposentados.

### **1.3 Administração Pública em transformação**

Imperioso ressaltar que a evolução da atividade administrativa deu-se concomitantemente à transformação dos modelos de Estado, isto porque as mudanças constitucionais indicam o modo com que a Administração Pública se posiciona frente aos administrados, bem como o modo com que executa suas funções precípuas.

Com a normatização constitucional a Administração Pública recebe o seu arcabouço técnico com que é reconhecida até os dias atuais, qual seja, a submissão do Estado Administrador às normas, conferindo aos indivíduos direitos subjetivos contra o próprio Estado e evitando arbitrariedades na atuação administrativa. Caio Tácito elucida essa evolução histórica:

---

<sup>99</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 196.

<sup>100</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **A defesa do cidadão e da res pública**. Revista do Serviço Público. Ano 49, número 2, 1998. p. 127-128.

“Os direitos do homem geram os deveres do Estado. Nos regimes absolutistas, o administrador – instrumento do poder ilimitado – é, como este, irresponsável. O Estado de Direito, ao contrário, submete o poder ao domínio da lei; a atividade estatal arbitrária se transforma em atividade jurídica.”<sup>101</sup>

Como visto, com a implementação do Estado de Direito consagra-se, tal como se dá com os indivíduos, a sujeição da Administração Pública às diretrizes e obrigações constitucionalmente traçadas.

### 1.3.1 Administração Patrimonial

Durante a Idade Média, prevaleceu, na Europa, a dominação territorial, tipicamente patrimonial, gerando, pois, interdependência entre os súditos e o Senhor.<sup>102</sup>

Destarte, a administração patrimonial era regida por interesses eminentemente privados, que tinham como objeto a gestão patrimonial do senhor. Era difícil distinguir se as obrigações eram originadas do poder político do rei ou do seu poder patrimonial.

Da necessidade de reforçar o poder real sobre extenso território, surge como opção à administração real, a adoção do sistema feudal, caracterizado pela concessão do rei, de uma porção de terra ao vassalo, a quem, de agora em diante, sob o juramento de fidelidade ao soberano, cabia a administração do feudo.<sup>103</sup>

Embora Max Weber apontasse a existência de uma organização administrativa principesca<sup>104</sup>, faltava à administração feudal, a separação entre a

---

<sup>101</sup> Tácito, Caio. **Transformações do direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo. São Paulo, n.º 214, p. 28, out./dez. 1998.

<sup>102</sup> WEBER, Max. **Economia e Sociedade**, vol. 2, p. 303 e ss.

<sup>103</sup> WEBER, Max. **Economia e Sociedade**, vol. 2, p. 303.

<sup>104</sup> Max Weber ressalta que era inevitável a existência de “uma relação associativa dos detentores individuais de poderes na forma de uma união corporativa regulamentada. E é precisamente esta relação associativa que entra noutra relação associativa com o príncipe ou transforma os grupos dos privilegiados em ‘estamentos’ fazendo com que nasça da mera ação consensual dos diversos detentores de poderes e das relações associativas ocasionais um complexo político perene”, dentro do qual a evolução de novas tarefas administrativas provoca o desenvolvimento da burocracia principesca. WEBER, Max. **Economia e Sociedade**, vol. 2, p. 303.

pessoa do vassalo e a sua profissão; e, por conseqüência, a separação do patrimônio pessoal do vassalo e os recursos destinados ao exercício do seu cargo<sup>105</sup>.

Para Max Weber a agregação de negócios políticos à administração doméstica, que deu origem ao desenvolvimento de cargos específicos e representados por um único funcionário político representa uma estrutura transitória<sup>106</sup>. Para o sociólogo alemão esta estrutura precede a burocracia, permitindo a transição do cargo patrimonial ao burocrático.

Ao longo dos séculos a forma feudal de organização do poder cedeu espaço ao sistema de governo absolutista, o qual apresenta uma organização administrativa subordinada ao soberano, como uma organização privada do soberano, sendo a atividade administrativa deficitária e parcialmente regulada por normas de direito privado<sup>107</sup>.

Segundo Max Weber, o Estado de Polícia dispensava a burocracia em razão de o poder público minimizar o âmbito de suas funções.<sup>108</sup>

Para Carmen Lúcia Antunes Rocha, durante o Estado de Polícia, a administração pública se caracterizava por dois traços primordiais: a ausência de limites jurídico-normativos a submeter os administradores públicos, e a restrição do comportamento administrativo do estado ao serviço de policiamento dos indivíduos<sup>109</sup>.

Em síntese, a atividade estatal neste período é regulada por normas privadas, assentando-se na vontade do Monarca, uma vez que não reconhecia direitos políticos e conferia aos cidadãos a condição de meros súditos.

### 1.3.2 Administração Burocrática: A Administração garantidora da ordem

A primeira manifestação da Administração Pública, tecnicamente

---

<sup>105</sup> WEBER, Max. **Economia e Sociedade**, vol. 2, p. 303

<sup>106</sup> WEBER, Max. **Economia e Sociedade**, vol. 2, p. 303.

<sup>107</sup> NOVAIS, JORGE REIS; UNIVERSIDADE DE COIMBRA. Faculdade de Direito. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Almedina, 1987. p.29.

<sup>108</sup> WEBER, Max. **Economia e Sociedade**, vol. 2, p. 210.

<sup>109</sup> ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 76.

considerada, desenvolveu-se no contexto histórico correspondente ao Estado Liberal cuja característica marcante era a omissão do Estado nas relações econômicas individualmente celebradas. Portanto, nesta fase, dá-se a atuação administrativa, tão-somente, através de funções relacionadas à segurança que permitissem o desenrolar das práticas mercantis, demonstrando, um Estado cuja preocupação única era a manutenção da ordem pública e a proteção de sua soberania<sup>110</sup>.

Além do mais, perdura nesse cenário práticas clientelistas, pois o patrimônio sob gestão da Administração Pública não era considerado público, mas do Estado.

Como resultado do processo de racionalização formal da vida política surge o que se denominou de Estado Burocrático<sup>111</sup>. Para a realização de uma administração burocrática, Max Weber relaciona três conceitos: o tipo de domínio<sup>112</sup>, a legitimidade e o aparelho administrativo.

Segundo os ensinamentos de Max Weber a administração burocrática só tem sua caracterização máxima num Estado racional, regido por leis legítimas, uma vez que a burocracia serve como braço executor dessas leis.<sup>113</sup> Como visto, o objetivo da burocracia, em Max Weber, é a gestão do poder. Diante da maior racionalização do Estado, sua atuação passa a ser previsível e a Administração limitada por regras gerais e abstratas.<sup>114</sup>

Inserida em uma nova realidade a administração pública, agora considerada parte do poder executivo estatal, sujeita-se à limitação legal e ao controle de metas a perseguir, prevalecendo o seu aspecto organizativo. A Administração separa-se, definitivamente, da sociedade civil.

Ao tratar da Administração Pública no século XIX, Odete Medauar assevera:

---

<sup>110</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 79.

<sup>111</sup> WEBER, Max. **Economia e Sociedade**, p. 239.

<sup>112</sup> Max Weber considera que existem três tipos ideais de dominação: a tradicional, a carismática e a legal. O tipo de dominação tradicional típico é o patriarcalismo. A dominação carismática é encontrada nos domínios dos profetas e heróis, e a legal é típica da realidade burocrática. Todos os tipos de domínio têm seu fundamento no fato de que os dominados crêem na legitimidade da sua autoridade. WEBER, Max. Os três tipos de dominação legítima. In: WEBER, Max. **Metodologia das ciências sociais**. vol. 2. São Paulo: Cortez; Campinas: Ed. da UNICAMP, 1993-1995. p. 349 e ss.

<sup>113</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade**. vol. 2, p. 207.

<sup>114</sup> NOVAIS, JORGE REIS. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. p. 33.

“Figurando o Poder Executivo como cumpridor da lei votada pelo Parlamento, a Administração aparece como instrumento de execução da lei, sem vontade própria, subordinada, agindo de modo neutro; tratava-se da função marginal e subsidiária. ‘A Administração era o agir da autoridade governamental no âmbito da lei e tinha por função essencial, segundo a típica concepção do Estado do século XIX, assegurar a ordem pública estabelecida pelas leis’. Ao Estado mínimo correspondia a Administração mínima, a burocracia guardiã.”<sup>115</sup>

Diante da necessidade de consolidação, de unificação política, a organização administrativa passa a ser centralizada<sup>116</sup>. A organização administrativa é informada pelo princípio da hierarquia, que, ao invés de ser visto como relação de coordenação, na prática, manifesta-se como processo de desresponsabilização dos funcionários<sup>117</sup>.

Na esteira da burocratização, o administrador público abandona, em tese, o caráter político, vez que é reconhecido pelas virtudes técnicas, já que são essas as qualidades capazes de satisfazer o interesse do ente estatal, qual seja a moralização da Administração Pública. Essas idéias são elucidadas por Luiz Carlos Bresser Pereira em discurso proferido no Senado:

“Surge assim a administração burocrática moderna, racional-legal. Surge a organização burocrática capitalista, baseada na centralização das decisões, na hierarquia traduzida no princípio da unidade de comando na estrutura piramidal do poder, nas rotinas rígidas, no controle passo a passo dos processos administrativos. Surge a burocracia estatal formada por administradores profissionais especialmente recrutados e treinados, que respondem de forma neutra aos políticos.”<sup>118</sup>

A preocupação exacerbada, da Administração, com a legalidade faz com que o resultado dos atos seja deixado para segundo plano. Sobre o assunto Odete Medauar assevera que: “Do excessivo formalismo resultou a Administração ‘por documentos’: o que não é documento não existe.”<sup>119</sup>

<sup>115</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 124.

<sup>116</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 124.

<sup>117</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 125.

<sup>118</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, (Cadernos MARE da reforma do estado; v. 3), 1997, p. 11-12.

<sup>119</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 125.

Sobre o Direito Administrativo contemporâneo, Carmen Lúcia Antunes Rocha afirma que:

“A socialização das formas de atuação política do homem timbrou o Direito Administrativo de novo matiz, mais engajado na matéria-prima do seu conceito, qual seja, o administrado. O Estado passou a ser um Estado prestador de bens, tanto quanto de serviços públicos, estes, inclusive, mais extensos que anteriormente se concebia. A relação de administração neste novo Direito Administrativo não é uma relação distanciada do que não é senhor, é antes a relação direta do titular do poder público em sua contingência do momento com o gosto do seu sangue e a cor do seu sonho. A administração pública é a Vicência da lei, é a prática pela qual se torna vida o que antes é apenas palavra, e a vida faz-se da verdade que a sociedade quer resgatar do plano ideal e torná-la experiência.”<sup>120</sup>

Embora todo o ideário norteador das instituições estatais do século XIX valorizasse o indivíduo e seus direitos, a Administração manteve o indivíduo na condição de súdito<sup>121</sup>. Assim, diante da autonomia da Administração a comunicação entre Estado e sociedade quase desaparece.

A despeito de ter se mostrado eficiente e adequada aos anseios estatais, o modelo burocrático entra em declínio em decorrência das novas tendências do Estado moderno, que apontam para um decréscimo do intervencionismo do Poder Público na atividade econômica, para concentrar-se nas funções que lhe eram originárias, quais sejam, aquelas voltadas para o bem-estar social, haja vista que as mudanças estatais não mais suportam o excesso de formalismo que imperava na Administração Burocrática.

### **1.3.3 Administração Gerencial: A Administração provedora de prestações**

Acompanhando as transformações históricas, com a eclosão das grandes Guerras Mundiais e com o surgimento do Estado Social, a Administração

---

<sup>120</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Aspectos sociais do direito administrativo contemporâneo**. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, v.27, n.106, (abr./jun. 1990), p. 75-80.

<sup>121</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 126.

Pública muda de roupagem encampanando novas funções a fim de efetivar a ampla legislação social e econômica então consagrada.

Com o Estado de Bem Estar Social a administração pública abandona o abstencionismo para se converter em intervencionista. Se antes sua atuação se restringia à exceção, agora, é cobrado, do aparelho administrativo, a satisfação de necessidades essenciais, impondo-se à administração, um campo de atuação mais abrangente. O crescimento da atividade administrativa ocorreu em dois sentidos: na estrutura e nos campos de atividade<sup>122</sup>.

Além da multiplicação de órgãos centrais, a estrutura Administrativa ganhou entes dotados de personalidade jurídica própria para atuar em setores específicos<sup>123</sup>.

Assim, a concepção de Administração unificada, típica do século XIX, dá lugar à Administração desagregada<sup>124</sup>.

Em virtude das mudanças havidas no modo de atuar do Estado, ampliaram-se as atividades da Administração Pública, que, de garantidora da ordem, passa a provedora de prestações. “À burocracia-guardiã segue-se a burocracia prestacional.”<sup>125</sup>

A transição da administração burocrática clássica, com seu corte hierárquico e autoritário, para a administração gerencial moderna, fortemente influenciada pela postura pragmática das mega-empresas assim como pela exigência de transparência, desloca o foco de interesse administrativo do Estado para o cidadão, do mesmo modo que, antes, a transição da administração patrimonialista, que caracterizava o absolutismo, para a administração burocrática, já havia deslocado o foco de interesse do Monarca para o Estado.

Em conseqüência dessa mudança, o Estado não administra nem, como no passado remoto, para o Rei, nem, como no passado recente, para o próprio Estado,

---

<sup>122</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 127.

<sup>123</sup> Intensificou-se a chamada descentralização administrativa por meio da qual ao lado do Estado, como promotor direto da atividade destinada à Administração Pública, encontram-se pessoas jurídicas, seja de direito público ou privado, que por meio da transferência de atribuições passam a prestar, também aquela atividade.

<sup>124</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 127.

<sup>125</sup> Wolff. Fundamentos del derecho de prestaciones. **Perspectivas del derecho público em la segunda mitad del siglo XX**. In: MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 127.



ele passa a administrar para o cidadão, e apenas para ele, os interesses públicos que lhe são confiados pela ordem jurídica.

A diversificação das atividades administrativas obriga a Administração a “olhar para fora de si mesma”<sup>126</sup>; e, o aparato administrativo torna-se cada vez mais plurirrelacionado com o entorno social.

O recuo da intervenção estatal na economia impõe o acompanhamento da Administração Pública nas diretrizes das prioridades que o Estado assume. Isto implica mudanças nas próprias estruturas organizacionais e administrativas dos órgãos, entidades e agentes públicos. Implica outrossim, na aproximação substancial entre o cidadão e a autoridade administrativa na gestão e no controle da atividade pública, implementando, por conseguinte, como elucidou Luiz Carlos Bresser Pereira, a administração “baseada em uma concepção de Estado e de sociedade democrática e plural”.<sup>127</sup>

Para Luiz Carlos Bresser Pereira esse novo modelo de Administração Pública se apresenta de diversas formas: (1) descentralização, do ponto de vista político, transferindo recursos e atribuições para as esferas políticas regionais e locais; (2) descentralização administrativa, por meio de delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos; (3) organizações com poucos níveis hierárquicos, ao invés de estruturas piramidais; (4) organizações flexíveis ao invés de unitárias e monolíticas, nas quais as idéias de multiplicidade, de competição administrada e de conflito tenham lugar; (5) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total; (6) controle por resultados, *a posterior*, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; (7) administração voltada para o atendimento ao cidadão, ao invés de auto-referida.<sup>128</sup>

O Estado, segundo os ensinamentos de Caio Tácito, deve ser o elemento condutor do progresso da sociedade, mas não será necessariamente o agente ativo ou exclusivo no oferecimento de serviços à comunidade. Segundo o autor, neste período o Estado estimula a dinâmica da iniciativa privada. O direito público restaura a

---

<sup>126</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 128.

<sup>127</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração, p. 12.

<sup>128</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração**, p. 12.

presença do empresário na economia e valoriza a participação popular na gestão e mesmo no controle da atividade administrativa e o direito administrativo tende ao abandono da vertente autoritária com a acolhida da participação democrática da sociedade.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro a administração pública gerencial emerge na segunda metade do século XX, como resposta, de um lado, à expansão das funções econômicas e sociais do Estado e, de outro, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial, uma vez que ambos deixaram à mostra os problemas associados à adoção do modelo anterior<sup>129</sup>.

A necessidade de restringir custo e aumentar qualidades dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário, torna-se então essencial. A reforma do aparelhamento do Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações.

Os poderes da Administração Pública têm sido rediscutidos, não basta mais definir de quem é o poder, mas para que o detém e como vai exercê-lo para atender aos mais diversos interesses na sociedade, que cada vez mais se organiza em grupos para reivindicar as atenções da Administração Pública.

Destarte, a sociedade antes passiva, assume uma postura ativa, contribuindo para a construção de um novo modelo que satisfaça o interesse público. Os cidadãos passam a opinar, a gerir, a controlar, fiscalizar, isso através de mecanismos eficientes que permitem a inclusão dos indivíduos na realização da eficiência da Administração Pública. Estabelecem-se, assim, parcerias entre o Estado e os administrados com vistas não apenas na consecução de serviços, mas de esforços mútuos para alcançar o bem comum.

Diante da integração do Estado e da sociedade, multiplicaram-se os conselhos deliberativos e consultivos, com representação da sociedade civil. A sociedade, por intermédio de grupos e associações, passa a interferir na tomada de decisões ao participar de comissões e conselhos que definem diretrizes de atuação da Administração.

---

<sup>129</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**, p. 40.

Contudo, há um visível descompasso entre as transformações ocorridas na sociedade e no Estado e o modo de atuar da Administração Pública.

Citando o autor espanhol Mariano Baena de Alcazar, Odete Medauar assevera que “[...] apesar das transformações ocorridas, não se alterou a visão da estrutura administrativa estatal, que sofreu simples retoques, como se nada tivesse acontecido no mundo nos últimos cinquenta anos.”<sup>130</sup>

Como a administração não demonstra desempenho suficientemente ágil e economicamente viável à realização de todas as demandas, deparando-se com tarefas verdadeiramente irrealizáveis, mostra-se impotente na realização do princípio da socialidade<sup>131</sup>.

Daí a necessidade de se modernizar a Administração. Segundo Odete Medauar, Araña Muñoz Rodriguez “refere-se à modernização como atualização permanente da Administração conforme as exigências do momento e do lugar, não sendo processo acabado, mas contínua adaptação às funções e responsabilidades que a sociedade demanda.”<sup>132</sup>

A sociedade passa, então, a exigir que a Administração seja, ao mesmo tempo, transparente e eficaz; participativa e imparcial; legal e eficiente; as escolhas devem ser razoáveis, eqüitativas, eficazes e baseadas no consenso dos destinatários.

O empenho em mudar antigas estruturas e atuações existe há décadas, com bons resultados, sobretudo no que diz respeito à transparência da Administração<sup>133</sup>. Em alguns países o processo de modernização da Administração iniciou em meados dos anos 80, como Estados Unidos - na Era Reagan - e Inglaterra -

---

<sup>130</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 129.

<sup>131</sup> O princípio da socialidade é definido na nota de rodapé n.º 71.

<sup>132</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 133.

<sup>133</sup> “[...] o caso da Suécia, tida como exemplo em matéria de livre acesso a documentos públicos; da Bélgica, nos procedimentos de consulta pública nas desapropriações de certa amplitude e nos projetos urbanísticos; e a França, que a partir de 1978 iniciou a edição de leis destinadas a modernizar a Administração (por exemplo, a que estabeleceu a obrigação de motivar, a que previu mais independência para as comunas, a que estabeleceu medidas severas nos casos de descumprimentos, pela Administração, de decisões jurisdicionais).” MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 130.

na Era Thatcher -, mas adquiriu força na década de 90 em grande parte da Europa<sup>134</sup> e da América do Sul<sup>135</sup>, inclusive como uma das conseqüências da globalização.

No tocante à estrutura, destaca-se que a privatização propiciou a criação de entes de regulação; e, a descentralização acentuou-se, transferindo competências de órgãos centrais para órgãos locais. Assim diversos sujeitos, cada qual dotado de competências e poderes de decisão, encontram-se ligados por força dos princípios, permitindo, assim, a ponderação de valores, sem impor uma predeterminada ordem de prioridade e de hierarquia. É a Administração fragmentada, a Administração em rede<sup>136</sup>.

A despeito das privatizações, as atividades Administrativas não se reduziram. Ao contrário, ampliaram-se, na medida em que ao Poder Público couberam as atividades de regulação.

Por derradeiro e de modo sucinto, já que esta matéria não é objeto de estudo do presente trabalho, cumpre asseverar que esta nova proposta de Administração Pública, denominada gerencial, vem sendo implementada, no Brasil, às custas da chamada reforma administrativa, cujo marco normativo reside nas emendas constitucionais n.º 19 e 20.

Em que pese a necessidade de se instaurar novo modelo organizacional e institucional e as benesses que desse pode decorrer, não se pode fechar os olhos aos riscos aos quais o Estado se expõe. Isso porque o modelo implementado foi adotado, à risca, por moldes estrangeiros inseridos no ordenamento pátrio sem o cuidado de adequá-los às realidades normativas nacionais.

Neste sentido, no intuito de salientar tal peculiaridade, apenas menciona-se que a reforma do aparelhamento do Estado tal qual se implementou, em especial, o administrativo, em que pese os avanços advindos da participação popular, pode acarretar supressão de garantias constitucionais, violando o interesse público que é a baliza para a atuação estatal.

---

<sup>134</sup> “Na Europa, houve influência da União Européia quanto às diretrizes da reforma, para atender aos objetivos dos seus tratados, em especial a livre circulação das mercadorias, serviços e pessoas e a crescente integração dos Estados-Membros. MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 132.

<sup>135</sup> “[...] nestes países tiveram como eixos, ao menos num primeiro momento, o controle da inflação e a busca de equilíbrios macroeconômicos, com redução do aparelhamento administrativos e controle de despesa pública. MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 132.

<sup>136</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 135.

## 1.4 Estado Pluriclasse <sup>137</sup>

A pluralidade de interesses, de todos os tipos, desde os políticos até os artísticos, muitas vezes desarmônicos e até conflitantes, é uma característica sociológica marcante da sociedade contemporânea.

Até o início do século XX, os modelos de sociedade existentes eram formados por um reduzido número de classes sociais, cujos interesses eram nitidamente caracterizados e sua capacidade de atuação bastante limitada.<sup>138</sup> Normalmente, os indivíduos eram submetidos a grupos sociais como a família, o clã, o clero e os estamentos (como por exemplo a nobreza, a burguesia, o campesinato, o operário, o militar, o funcionário público, etc.); e, esses grupos detinham parcelas definidas de poder sob a hegemonia de um deles.

Nas palavras de Diogo de Figueiredo:

“Os membros de cada classe social detinham um *status* determinado na sociedade e em seu respectivo estamento e, como isso lhes caracterizava a identidade, tornava-se extremamente difícil e improvável a mobilidade social.”<sup>139</sup>

A expansão das comunicações, propiciada pela Revolução Científica e Tecnológica, permitiu a valorização da cultura do “saber” e a aceleração dos processos de transformação do homem, da sociedade e do Estado.

A elevação e a ampliação da consciência individual e coletiva trazem como consequência a percepção mais nítida dos interesses de toda ordem e a necessidade de diversificação das articulações sociais de todas as esferas para satisfazê-los, tornando a sociedade cada vez mais pluralista e organizada.

---

<sup>137</sup> Segundo Odete Medauar o autor Gianini adota a expressão Estado pluriclasse no sentido de que no Legislativo não estão representantes de uma só classe e no sentido de que nele todas as classes sociais concorrem ao governo político ou buscam introduzir instituições para tutela dos próprios interesses. Para ele desse aspecto derivam todas as consequências que outros autores consideram como notas essenciais do estado contemporâneo. MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 85.

<sup>138</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sociedade, estado e administração pública**: perspectivas visando ao realinhamento constitucional brasileiro. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995, p. 33-34.

<sup>139</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sociedade, estado e administração pública**, p. 34.

A revolução das comunicações e da tecnologia tornou o mundo, de certa forma, menor, aproximando os países e permitindo maior troca de informações e experiências de toda ordem. A redução das distâncias geográficas, em razão desses avanços tecnológicos e do primado da informação célere, foi sofrendo uma profunda intensificação, assumindo ares de marcha eminentemente econômica. A esse fenômeno de expansão de interesses das sociedades humanas tem-se denominado “globalização”, cujo efeito de maior marca é a influência de um país ou grupo de países sobre outro.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto o século XXI poderá ser batizado de Era das Comunicações, Era do Conhecimento ou Era das Mobilidades, dependendo da ênfase que se queira dar às causas, aos efeitos ou à velocidade dos próprios acontecimentos que estão mudando vertiginosamente o homem, a sociedade e o Estado<sup>140</sup>. Destacam-se, assim, a mobilidade da informação, que altera os referenciais de tempo e de distância; a mobilidade da produção, que se revela no comércio de insumos, em substituição ao comércio de produtos e de matérias primas; a mobilidade financeira, com o seu fluxo internacional incessante de capitais autônomos, em substituição aos capitais bancários e aos capitais industriais; a mobilidade social, que se mostra na multiplicação inesgotável de relações interpessoais e de interesses de toda ordem e, naturalmente, como corolário, a mobilidade institucional, que se patenteia na pluralização, na flexibilização e na desestatização das fontes do direito.

O grande número de interesses diversificados e coexistentes na sociedade - todos reclamando e disputando a afirmação política, a proteção jurídica e a ação administrativa para satisfazê-los - sintetiza a sociedade pluralista<sup>141</sup>.

Os indivíduos passam a se aliar simultaneamente a mais de um grupo e, dependendo da extensão de sua gama de interesses – individuais, coletivos ou difusos -, torna-se difícil ligar alguém a um só grupo<sup>142</sup>. A expansão do nível de

---

<sup>140</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Transformações juspolíticas do fim do século**: remodelagem do direito público, *in* Genesis-Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba, (10), julho/setembro de 1996, p. 665-666.

<sup>141</sup> GIANNINI, Massimo Severo. **Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo**. Tradução de M. Baena del Alcázar e J. M. Garcia Madaria. Título Original: Diritto Amministrativo. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, p. 65-68.

<sup>142</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sociedade, estado e administração pública**, p. 34.

consciência dos diversificados interesses que coexistem nesta nova concepção de sociedade prolifera o desejo de participação de seus membros.

Na sociedade pluriclasse a mesma pessoa pode ser titular de interesses bem diversificados. Diogo de Figueiredo Moreira Neto elenca exemplos de interesses que, por vezes, parecem difíceis de conciliar:

“[...] o interesse cívico de tornar o Estado mais eficiente, com o interesse financeiro de pagar menos tributos; o interesse do consumidor em pagar bens e serviços mais baratos, com o interesse de cidadão de preservar a indústria nacional; o interesse ecológico de manter o meio ambiente, com o interesse econômico de desenvolver atividades industriais potencialmente poluidoras; e assim por diante.”<sup>143</sup>

Ressalte-se que a sociedade pluralista transmite a idéia de uma constelação de centros de decisão individuais e coletivos.

Com a multiplicação de interesses e centros de poder na sociedade civil, a configuração simplista de luta de classes dá lugar a uma complexa trama de interesses<sup>144</sup>.

Segundo os ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto a sociedade pluralista transcendeu a sociedade individualista, “com a diferença de que ela não negou a sacralidade do indivíduo, como o fizeram as fracassadas sociedades coletivistas experimentadas nos Estados totalitários e autoritários.”<sup>145</sup>

Por essas características, a sociedade pluralista valoriza a tolerância e o consenso e proscree o dogmatismo e a indiscriminada imperatividade estatal.

E foi o pluralismo da sociedade<sup>146</sup>, que, na consagrada expressão de Massimo Severo Giannini, transformou o Estado monoclasse, tradicionalmente

<sup>143</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sociedade, estado e administração pública**, p. 49.

<sup>144</sup> “[...] a tradicional classificação romanista, que havia prevalecido no Direito por toda a Antigüidade, Idade Média, Renascença e havia chegado intacta à Idade Moderna, consagrada na *suma divisio*, entre interesses **públicos** e **privados**, se tornou insuficiente para enquadrar uma nova tipologia de interesses em expansão; a princípio, com a definição de interesses **coletivos** e, logo depois, dos **difusos**, evolução essa que, por certo, proporcionará novos e mais ricos desmembramentos.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sociedade, estado e administração pública**, p. 34.

<sup>145</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Transformações juspolíticas do fim do século**, p. 666.

<sup>146</sup> Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *in* Genesis-Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba, (10), julho/setembro de 1996, p. 666, a sociedade pluriclasse sintetiza um sistema social diversificado quanto aos interesses nele coexistentes e, por isso mesmo, quanto aos centros de poder que produzem ... e transmite a idéia da existência de uma constelação de centros de decisão individuais e coletivos, que interagem e

manifestação de dominação hegemônica, em Estado pluriclasse, um pólo de poder representativo pela busca de consensos construídos a partir dessa imensa riqueza emergente de miríades de interesses políticos, econômicos e sociais em permanente interação<sup>147</sup>.

### 1.4.1 Valores que orientam o Estado Pluriclasse

Em função da expansão destas idéias e ideais, surge como criatura da sociedade pluralista o Estado Pluriclasse, que busca atender a pluralidade de interesses, já reconhecidos na sociedade atual, e cujos pilares são a garantia da liberdade, a parceria do progresso, a subsidiariedade e a consensualidade<sup>148</sup>.

#### 1.4.1.1 Garantia da Liberdade

Na Antigüidade, a liberdade era uma qualidade do cidadão, do homem considerado livre na estrutura da *polis*. A expressão da liberdade era, sobretudo, política. Estava mais próxima do *status libertatis*, adquirido entre privilégios estamentais. Os antigos não conheciam a liberdade individual como autonomia ou determinação.

Poder e liberdade eram palavras praticamente sinônimas. Compreendia-se a liberdade como o poder de se movimentar sem impedimentos, seja em razão da debilidade do corpo, seja em razão da necessidade ou mesmo em razão do impedimento oposto por ordem de um senhor.

---

se agregam em formas e cambiância caleidoscópicas, ora disputando a predominância, ora limitando-se a adaptarem-se uns aos outros.

<sup>147</sup> Sobre o tema ver GIANNINI, Massimo Severo. **Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo**. Tradução de M. Baena del Alcázar e J. M. Garcia Madaria. Título Original: Diritto Amministrativo. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987. Consulte, ainda, a retrospectiva elaborada por Sabino Cassese, “Lo stato pluriclasse in Massimo Severo Giannini”, em *L’ Unità del Diritto – Masimo Severo Gianini e ia Teoria Giuridica*, Bolonha, II Mulino, 1994, pp.11-50.

<sup>148</sup> GIANNINI, Massimo Severo. **Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo**. p. 65-68.



No Iluminismo, a liberdade de consciência ganhou importância no campo político. Transpareceu o paradoxo de se admitir que um Estado fundado na inviolabilidade da personalidade exercesse coação sobre os cidadãos para que agissem de forma contrária às suas consciências. O Estado era o fantasma que atemorizava os indivíduos.<sup>149</sup>

O Estado se manifesta como criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos que o compõem, consoante as doutrinas do contratualismo social.<sup>150</sup>

A liberdade como autonomia e autodeterminação passou a ser considerada como um dado político, fundacional do Estado. A liberdade começou a existir no Estado, e apenas nele, conforme aquilo que foi pactuado.

A liberdade foi focalizada para estabelecer limites de interferência do Estado na vida individual. Em desdobramento, reconheceu-se um direito individual de se submeter apenas à lei, de não ser preso, morto ou maltratado.

Outra classificação, essencial para a compreensão da liberdade, foi concebida a partir da teoria do *status*, desenvolvida no final do século XIX por Georg Jellinek<sup>151</sup>. Ao considerar, de forma simplificada, uma teoria analítica das situações do indivíduo perante o Estado, Jellinek considerou quatro situações: o *status subiectiones* (passivo), correspondente à situação de absoluta submissão dos indivíduos ao Estado, em razão dos deveres a eles impostos; o *status negativus* (*status libertatis*), estado de liberdade natural, esfera de liberdade individual onde não se permite intervenção do Estado; o *status positivus* ou *status civitatis*, que consiste na capacidade de exigir do Estado prestações positivas conforme o interesse individual e, em complemento, o *status* de cidadania ativa, consistente na capacidade de votar leis, de integrar órgãos públicos e de participar na formação da vontade estatal.

O *status subiectiones* e o *status libertatis* foram considerados em linha direta, ou seja, de forma que a ampliação do âmbito dos deveres implicava redução do

---

<sup>149</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, p. 40.

<sup>150</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, p. 41.

<sup>151</sup> QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. **Direitos Fundamentais & Direito Comunitário**, Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 24 e ss.

âmbito de liberdades. Ou existia sujeição ou existia liberdade. Sem composição entre as duas esferas, o espaço concedido à liberdade poderia ser pouco ou nenhum.

Peter Häberle acrescentou à teoria do *status* de Jellinek, o *status activus processualis*<sup>152</sup>, um reforço dado à liberdade individual frente aos interesses coletivos. O procedimento aparece como direito fundamental diferenciado, que é, ao mesmo tempo, garantia de liberdade e limitador do poder estatal. Projeta-se na ordem jurídica como proteção antecipada de direitos e liberdades, capaz de garantir posições em que a autodeterminação e a liberdade de vontade são relevantes.

O procedimento funciona como fórmula extensora do espaço de liberdade ameaçado quando do exercício das funções prestacionais do Estado. Nas declarações de direitos do século XVIII, predominaram as liberdades negativas, correspondentes a deveres de abstenção por parte do Estado. Enfatizava-se a autonomia moral do indivíduo. Refletiu o significado desta liberdade a expressão “aquilo que não for obrigatório, nem proibido, delimita o que é lícito e, portanto, permitido”.

Como podemos constatar das lições de Paulo Bonavides:

“o Estado é o monopolizador do poder, o detentor da soberania, o depositário da coação incondicionada, torna-se, em determinados momentos, algo semelhante à criatura que, na imagem bíblica, se volta contra o Criador.

Daí o zelo doutrinário da filosofia jusnaturalista em criar uma técnica da liberdade, traduzida em limitação do poder e formulação de meios que possibilitem deter o seu extravasamento na irresponsabilidade do grande devorador, o implacável Leviatã<sup>153</sup>”<sup>154</sup>.

<sup>152</sup> QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. **Direitos Fundamentais & Direito Comunitário**, p. 24 e ss.

<sup>153</sup> “A denominação vem da Bíblia, do livro de Jô (caps. 40-41), no qual o Leviatã (literalmente, significa crocodilo) é descrito como um monstro invencível. Giovanni Reale e Dario Antiseri, explicam os motivos da utilização desse nome: “Hobbes adota precisamente o nome ‘Leviatã’ para designar o Estado e também como título simbólico da obra que sintetiza todo o seu pensamento. Mas, ao mesmo tempo, ele também designa o ‘deus mortal’, porque a ele (abaixo de Deus imortal) devemos a paz e a defesa de nossa vida. Mas a dupla denominação é extremamente significativa: o Estado absolutista por ele concebido é verdadeiramente metade monstro e metade deus mortal, [...]” in LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização Econômica Política e Direito: Análise das Mazelas Causadas no Plano Político-Jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 42.

<sup>154</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, p. 41.

Após a Primeira Guerra Mundial, as Constituições, legislações e declarações de direitos, no plano internacional, incorporaram duplicidade de direitos: garantias e liberdades, de um lado, e direitos sociais<sup>155</sup> de outro.

As Constituições contemporâneas deram ênfase à liberdade positiva, condicionada à intervenção do poder público, concebida para realização de fins públicos, objetivos predeterminados pelo Estado. Tal liberdade foi pensada como garantia de condições para o desenvolvimento do potencial humano em sociedade.

Como organização política que é o Estado Pluriclasse limita e condiciona o exercício das liberdades na vida social, permitindo uma convivência harmônica. Ao refletir sobre o exercício da liberdade, na sociedade contemporânea, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, aduz que “o mínimo de sacrifício individual delas corresponde ao máximo de gozo para todos.”<sup>156</sup>

Para o renomado administrativista, “as liberdades, expressões específicas da **liberdade** ôntica da pessoa humana, devem ser objeto de proteção do Estado em tudo o que não prejudique, em seu exercício, o uso e gozo assegurado a cada um.”<sup>157</sup>

Contudo, necessário se faz notar que, para assegurar a efetividade das regras destinadas a estabelecer esse equilíbrio, o Estado Pluriclasse limita-se a uma atuação normativa.

#### 1.4.1.2 Parceria do progresso

Inicialmente, o Estado concentrava em suas mãos a satisfação de todas as necessidades da população, no que se refere à prestação de serviços públicos. Com o passar do tempo, verificou-se que essa concentração o sobrecarregava, já que não possuía agilidade necessária para desempenhar todas as tarefas que lhe eram cometidas. E com a sobrecarga, os serviços prestados à sociedade, pelo Estado, mostravam-se ineficientes, insuficientes e insatisfatórios.

---

<sup>155</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**, p. 190.

<sup>156</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Transformações juspolíticas do fim do século**, p. 668.

<sup>157</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Transformações juspolíticas do fim do século**, p. 668.

Ademais, o regime jurídico público caracteriza-se pela rigidez. Assim, além de sobrecarregado, o Estado via-se amarrado a um regime rígido, que restringia a sua autonomia na hora de escolher os meios e estratégias a serem utilizadas na entrega do serviço.

Como corolário das transformações estatais, a Administração Pública adequou-se aos novos moldes do Estado implementando políticas públicas que evitassem o excessivo rigor na condução das práticas administrativas, bem como possibilitassem a retirada do Estado em determinados ramos econômicos.

Foi nesse cenário que surgiram também as várias espécies de acordos de interesse firmados entre particulares e o Poder Público, com vistas a recuperar a eficiência necessária e a satisfação da sociedade pelo recebimento de um serviço bom e adequado às suas necessidades.

Ao assumir o papel de parceiro no progresso, o Estado Pluriclasse renova o seu papel, deixa de ditar regras de atuação econômica e social, e o intervencionismo dá lugar à exploração das vias consensuais<sup>158</sup>.

Uma das modalidades que se demonstrou bastante eficaz na consecução de tais interesses foram as denominadas parcerias administrativas, por meio das quais o Estado, somando apoio financeiro e, as vezes operacional, celebra ajustes de vontade com particulares no intuito de satisfazer o interesse público.

Segundo as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro o vocábulo parceria<sup>159</sup> tem a seguinte acepção:

“ (...) o vocábulo parceria é utilizado para designar todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público. Nela existe a colaboração entre o poder público e a iniciativa privada nos âmbitos social e econômico, para satisfação de

---

<sup>158</sup> GIANNINI, Massimo Severo. **Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo**. p. 67.

<sup>159</sup> Para melhor compreensão do tema, vale citar a conceituação do termo parceria em dicionários jurídicos, ressaltando-se, contudo, que em ambos a acepção toma conotação civilista e deve, portanto, ser adequada à seara do direito público: no vocabulário jurídico de José Nayfel, **Novo dicionário jurídico brasileiro**. 9.ed. inteiramente revisada, atualizada e aument. Rio de Janeiro: Forense, 2000, parceria é identificada como “reunião de duas ou mais pessoas que investem capital, ou capital e trabalho, com o fim especulativo em proveito comum”; para De Plácido e Silva, **Vocabulário jurídico**. 17. ed. / rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, o vocábulo parceria é “derivado do latim *partiaris* (parceiro, participante), é o vocábulo empregado na terminologia jurídica para designar uma forma *sui generis* de sociedade, em que seus participantes se apresentam com *deveres diferentes*, tendo, embora, *participação* nos lucros auferidos.”

interesses públicos, ainda que, do lado do particular, se objetive o lucro. Todavia, a natureza econômica da atividade não é essencial para caracterizar a parceria, como também não o é a idéia de lucro, já que a parceria pode dar-se com entidades privadas sem fins lucrativos que atuam essencialmente na área social e não econômica.”<sup>160</sup>

As parcerias administrativas constituem instrumentos eficazes para a associação do poder público com o escopo de agilizar e aperfeiçoar a gestão e prestação dos serviços públicos ou de utilidade pública.

Logo, no intuito de alcançar a satisfação do bem comum com a efetiva participação do particular, o Estado celebra parcerias demonstrando seu real interesse na condução da gestão pública. Ao revés das privatizações, nas quais o Estado se ausenta por completo da realização da atividade então privatizada, nas parcerias o ente estatal se faz presente, permitindo, contudo, a ativa participação do particular.

Estas parcerias, nesse sentido, por contarem com a participação do Estado em seu pólo fazem com que a atividade prestada por seu intermédio se subsuma às normas de direito público, principalmente no que tange às normas constitucionalmente previstas e aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Tal obrigatoriedade afasta a possibilidade de uma atividade, considerada de interesse público, ser exercida em parceria com o particular sem a atenção às diretrizes normativas às quais se submetem as pessoas jurídicas de direito público.

Poder-se-ia dizer que, ao lado das parcerias situa-se a gestão associada, por meio da qual os entes políticos celebram convênios ou consórcios.

Nessa senda, cumpre distinguir três formas de manifestação de vontades estabelecidas pelo Estado na consecução do bem comum, quais sejam, as figuras denominadas contrato, convênio e consórcio.

---

<sup>160</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. p. 40.

### 1.4.1.3 Subsidiariedade

Insta ressaltar que, muito embora a subsidiariedade anteceda à nova concepção de Estado, o Estado Pluriclasse, e, por conseguinte, à Administração Pública Gerencial, pode ser considerado diretriz para ambos.

A idéia de subsidiariedade remonta das encíclicas papais decorrentes da doutrina da Igreja Católica, entre as quais, seguindo esteira às lições de José Alfredo de Oliveira Baracho<sup>161</sup> e de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>162</sup>, cita-se Encíclica *Rerum Novarum* de Leão XIII, em 1891, a Encíclica *Quadragesimo Anno* de Pio XI, em 1931, a Encíclica *Mater et Magistra* de João XXIII, em 1961 e, por fim a Encíclica *Centesimus Annus* de João Paulo II, em 1991, que estimularam sobremaneira a cooperação para atividade social.

O horizonte tomado a partir do novo molde de Estado e da nova postura administrativa fez com que o cidadão, antes passivo frente às atuações estatais, pleiteasse sua participação efetiva não apenas como beneficiário de serviços prestados pelo Estado, mas como indivíduo consciente que conquista papel de relevo nas determinações públicas.

A subsidiariedade dá sustentáculo a esta nova postura porquanto é compreendido como baliza a permitir a atuação conjunta do Estado, cidadão e de outros entes na consecução do interesse público e, por conseqüência, na realização do bem comum, da democracia popular e da justiça social.

Esse princípio busca, portanto, a valorização da sociedade e tem como pressupostos a liberdade, a iniciativa e a responsabilidade dos indivíduos e dos grupos no exercício de seus direitos e obrigações. A subsidiariedade tenta estabelecer uma relação equilibrada entre o poder público (o Estado) e os cidadãos, visando ao atendimento das demandas sociais de modo mais eficiente, observando sempre os valores e vontades da sociedade.

---

<sup>161</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade**: conceito e evolução. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n.º 35, Belo Horizonte, 1995.

<sup>162</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. p. 33.

A função do Estado é servir ao povo, servir à sociedade dos homens. Servir significa sustentar, valorizar e tornar cada vez mais equilibrada a realidade do povo.

Na sociedade, as pessoas se organizam em grupos e movimentos dentro de um contexto de comunhão e afinidades, para responder às necessidades profundas e às exigências originárias de cada pessoa. Esses grupos e movimentos vivem diretamente a experiência da solidariedade e do bem comum e criam iniciativas e obras para responder as suas necessidades. Tais iniciativas são fundamentais para manter vivo o dinamismo social, uma vez que o movimento que as gera está ligado às circunstâncias concretas da vida e, portanto, estará sempre aberto à reformulação, mudando, corrigindo e renovando a forma de sua resposta.

A subsidiariedade exige que o Estado estimule as iniciativas de solidariedade popular e as auxilie, subsidiando-as, para que possam levar adiante seu objetivo. Para tanto, é necessária a atuação de políticos que, representando as forças vivas do povo, valorizem e apoiem as iniciativas sociais.

O mestre José Alfredo de Oliveira Baracho identifica a subsidiariedade como a repartição de competências entre a sociedade e o Estado. Para ele a subsidiariedade impede o avanço intervencionista do Estado, na medida em que exige desse ajuda e promoção das atividades próprias do pluralismo social. Além do mais tal premissa proporciona o desenvolvimento das formas associativas e uma coordenação das atividades estatais de fomento<sup>163</sup>.

A subsidiariedade visa suprir a iniciativa privada impotente ou ineficaz, mediante a ação do Estado, propiciando à sociedade resultados benéficos. Ele equilibra a liberdade, detém o intervencionismo estatal indevido, em áreas próprias da sociedade, possibilitando ao Estado ajudar, promover, coordenar, controlar e suprir as atividades do pluralismo social.<sup>164</sup>

A idéia de respeito aos direitos individuais é inerente a subsidiariedade; e, em consonância com essa idéia o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com

---

<sup>163</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade**, p. 52.

<sup>164</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade**, p. 52.

seus próprios recursos; em conseqüência, a subsidiariedade implica uma limitação à intervenção estatal. De outro lado, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos. Por fim, uma terceira idéia ligada à subsidiariedade seria a de parceria entre o público e privado, também dentro do objetivo de subsidiar a iniciativa privada, quando ela for deficiente.<sup>165</sup>

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro a subsidiariedade é característica do Estado em que os direitos fundamentais do homem já não constituem uma barreira à atuação estatal, como se via no período liberal, mas constituem a própria razão de ser do Estado<sup>166</sup>.

Franco Frattini vê a subsidiariedade como dedução lógica da centralidade da pessoa humana no âmbito do ordenamento social.<sup>167</sup> Destarte, o Estado e a sociedade, como conseqüências da evolução das exigências do indivíduo, só devem intervir quando ele (o indivíduo) não puder realizar-se por si.

No aspecto vertical (relações entre entes territoriais e governo), a subsidiariedade aparece como critério de repartição de competências entre o poder central e os poderes periféricos<sup>168</sup>, vale dizer: as decisões que envolvem interesses comuns da coletividade devem ser tomadas preferencialmente por instituições mais vizinhas do cidadão; e, o governo central só atuará quando os entes locais não possam fazê-lo sozinhos.<sup>169</sup>

Por sua vez, o sentido horizontal a subsidiariedade (relações entre grupos sociais e relações entre público e privado) remete à acepção de suficiência, ou seja, a tarefa deve ser dada ao órgão que pode realizá-la com mais eficiência.<sup>170</sup>

Nas lições de Odete Medauar à subsidiariedade horizontal podem ser atribuídas duas outras acepções: “a de proximidade, ou seja a atuação deve ser

---

<sup>165</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. p. 33-34.

<sup>166</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A defesa do cidadão e da res pública**. Revista do Serviço Público. Ano 49, número 2, abr./jun. 1998. p. 128-129.

<sup>167</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. p. 35.

<sup>168</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 245.

<sup>169</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. p. 35.

<sup>170</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 246.



conferida ao órgão mais próximo do cidadão; e a de suficiência, ou seja, a tarefa deve ser dada ao órgão que pode realizá-la com mais eficiência.”<sup>171</sup>

Como decorrência da aplicação da subsidiariedade aponta-se as seguintes tendências: (a) diminuição do Estado, pelo instrumento fundamental da privatização; (b) a sociedade pluralista faz multiplicarem-se os interesses a serem protegidos; não se fala mais em interesse público de que é titular exclusivo o Estado, mas de vários interesses públicos, representativos dos vários setores da sociedade civil; (c) daí o crescimento das técnicas de fomento, já referidas, e dos inúmeros instrumentos de parceria do setor público com o privado; (d) desregulamentação, pela qual se restabelece a liberdade para o exercício da indústria, do comércio, das profissões liberais, limitadas por excesso de regulamentação; (e) a noção de interesse público muda e reflete sobre a própria organização da Administração Pública, já que a expressão passa a ser entendida como se referindo aos interesses dos cidadãos (interesse público primário) e não aos interesses da máquina administrativa (interesse público secundário). Em razão disso, os recursos humanos, materiais e financeiros de que dispõe a Administração Pública devem ser utilizados preferencialmente em benefício do cidadão, para obter-se melhor qualidade e eficiência na prestação dos serviços.<sup>172</sup>

O federalismo se aprimora com o conceito de subsidiariedade, na medida em que se beneficia com a racionalidade de um sistema de sucessivas esferas de atribuição de poderes, seja na sociedade ou no Estado, partindo das comunidades, passando pelas formas organizacionais políticas dos vários graus, até as entidades públicas e privadas que transcendem os âmbitos nacionais.

---

<sup>171</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 246.

<sup>172</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**. p. 35-39.

#### 1.4.1.4 Consensualidade

Por ser a entidade monopolista da coerção legítima, o Estado se caracteriza pela imperatividade, entretanto, a atuação consensual vem apresentando evidentes vantagens.

Conforme se extrai das lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“a consensualidade vem contribuindo para aprimorar a governabilidade (eficiência), propiciando mais meios contra o abuso de poder (legalidade), garantindo atenção sobre todos os interesses envolvidos (justiça), possibilitando decisões mais temperadas e prudentes (legitimidade), aumentando a responsabilidade dos indivíduos que atuam participativamente (civismo) e propiciando decisões mais aceitáveis pela sociedade e, por isso, mais satisfatoriamente obedecidas (ordem).”<sup>173</sup>

Como alternativa à imperatividade, a consensualidade expande o campo de atuação do Poder Público sem sacrificar-lhe a eficiência naquilo em que o uso da coerção lhe seja essencial; ao contrário, aprimora a legitimidade, reforça-lhe a autoridade para o exercício da coerção; e, proporciona o resgate da sua capacidade de atuação em todas as suas esferas funcionais, multiplicando as fontes de direito, prevenindo e solucionando litígios por meio da conciliação e arbitragem; e, lançando mão de contratos e acordos para melhor administrar.

Se é certo que a coerção é imprescindível para a existência das sociedades humanas organizadas, também é certo que ela não é suficiente para que a liberdade se desenvolva plenamente e se alcance o desenvolvimento sustentável das potencialidades dos indivíduos.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho leciona que o consenso<sup>174</sup> dos cidadãos legitima o direito. O autor assinala que para haver consenso é indispensável o reconhecimento dos direitos fundamentais:

---

<sup>173</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Transformações juspolíticas do fim do século**, p. 674.

<sup>174</sup> Consenso, no sentido psicológico, é a coincidência de sentimentos; no sentido sociológico é a coincidência de propósitos e no sentido jurídico, que o atribui De Plácido e Silva, é a coincidência na “manifestação da vontade”. De Plácido e Silva, **Vocabulário jurídico**. 17. ed. / rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, vol. II. p. 520.

“Se o direito não encontra seu fundamento de validade numa base religiosa ou puramente moral, e como não pode manter-se por via da força, então a única alternativa é o consenso dos cidadãos. (...) Mas esse consenso pressupõe, primeiramente, a possibilidade de cada indivíduo ser tratado como titular de direitos insuprimíveis. Não há consenso entre os indivíduos que se qualificam como desiguais. Portanto, é indispensável o reconhecimento dos direitos fundamentais para haver consenso. Mais precisamente, as decisões adotadas por um governo e o direito produzido são reflexos desse processo comunicacional.”<sup>175</sup>

Os modelos políticos antigos se fundavam na concepção de que era necessário que a convivência fosse dirigida por um pólo de poder suficientemente forte para impor comportamentos e assegurar que a convergência partisse da coerção. Somente a partir do modelo de Estado Democrático de Direito, é que se inaugura uma era de relações mais equilibradas entre administradores e administrados.

As alternativas da consensualidade informam todos os modos de atuação do Estado: na criação das normas, na execução da administração pública e na prestação jurisdicional.

Na esfera da normatividade, a consensualidade se manifesta pela multiplicação das fontes de direito – a regulática. Desponta, assim, como alternativa mais flexível e preferente, legislar apenas para dar pautas às demais fontes, servindo como instrumento de trabalho para propiciar o desenvolvimento da auto-regulação das relações sociais.<sup>176</sup>

No que toca à esfera da jurisdição, a consensualidade está presente no recurso às soluções de prevenção e composição de litígios não-judiciárias – a parajudicialidade – e se instrumenta pela conciliação (como no acordo na intermediação e na transação) e pela arbitragem, atuando através da negociação e da persuasão.<sup>177</sup>

Já na esfera da administração pública, a consensualidade vem se impondo com a utilização das soluções da administração consensual, praticadas sob todas as modalidades, tanto as clássicas como as recentemente incorporadas ao arsenal

---

<sup>175</sup> JUSTEN FILHO. Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 11-12.

<sup>176</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Transformações juspolíticas do fim do século**, p. 674.

<sup>177</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Transformações juspolíticas do fim do século**, p. 674.

jurídico: o emprego do direito privado instrumental, dos contratos administrativos, dos acordos administrativos, do fomento público e a instituição de agências autônomas.<sup>178</sup>

Para a ação administrativa, em especial com referência à prestação de serviços públicos, o consenso apresenta condições de ser amplamente adotado, principalmente em contratos, convênios e consórcios.

#### 1.4.2 A governabilidade

A universalização do sufrágio inviabilizou o reconhecimento de uma única classe dominante. Assim, todos os estratos sociais, mesmo os mais desprovidos de recursos econômicos, passaram a influenciar na escolha dos governantes, fazendo-se representar nos parlamentos.<sup>179</sup>

Assim, no Estado pluriclasse a organização política deixa de estar submetida a uma classe dominante, como nos modelos tradicionais, para refletir a pluralidade de interesses que passam a coexistir e a reclamar espaço na sociedade contemporânea.

Como preconizado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o novo Estado emergente foi concebido para conciliar interesses:

“Ora, como esses modelos, o do **bem-estar social** e o **socialista**, não se prestam a essa nova tarefa, pois não foram concebidos para **conciliar** e **concertar** o atendimento de interesses tão variados e tão diversos, até, por vezes, aparentemente incompatíveis, e, sim, para **impor** soluções doutrinárias e ideológicas idealizadas em gabinetes, sobreveio, inevitavelmente, a grande crise do Estado contemporâneo, identificável em todas as latitudes e claramente patenteada na intensa busca de alternativas institucionais, [...]”<sup>180</sup>

É nesse renovado Estado pluriclasse que o indivíduo deixa de ser um dado estatístico das democracias formais, o eleitor periódico, esquecido e abandonado

<sup>178</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Transformações juspolíticas do fim do século**, p. 674.

<sup>179</sup> JUSTEN FILHO. Marçal. **Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo**. p. 8. Texto extraído do site: [www.justenfilho.com.br](http://www.justenfilho.com.br)

<sup>180</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Transformações juspolíticas do fim do século**, p. 667.

nos interregnos eleitorais, para se tornar o centro de todo o processo político, como seu autor, ator, espectador e destinatário, valorizado em todas as suas etapas e não apenas nas campanhas políticas.

Com a multiplicação de interesses e, por isso, de centros de poder para sustentá-los, quedou-se no passado a configuração simplista de luta de classes, cedendo lugar a uma complexa disputa de interesses que se trava ora no campo político, ora no campo jurídico.

No cenário político, chocam-se diversificados interesses, cuja satisfação independe de receitas políticas expressivas, mas da existência de instrumentos que permitam que as partes interessadas dialoguem e negociem. Diante da progressiva articulação dos seus múltiplos interesses, a sociedade política perde a exclusividade da representação hegemônica que detinha e diversifica seus centros de poder. Essa poligarquia renova o Estado e o seu agir.

Como anota Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“[...] esse adensamento participativo da sociedade no Estado Pluriclasse pode comprometer a estabilidade e a governabilidade, mas dificuldades como essas são ainda um preço bastante razoável, a ser pago pelo muito que a participação tem ainda a contribuir para o aperfeiçoamento ético da política.”<sup>181</sup>

Nesse novo modelo de organização política a participação social não se restringe aos processos de acesso ao poder<sup>182</sup>, mas se estendi a todos os demais processos de poder. Vale dizer: além de definir quem detém o poder, torna-se fundamental saber a destinação do poder, como ele será partilhado entre a sociedade e o Estado, como ele será empregado e repartido entre entidades e órgãos sociais, para limitar e controlar o poder concentrado no Estado. O Estado perde o monopólio do poder, para se tornar o seu centro hegemônico.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto foi a observação deste fenômeno que levou Massimo Severo Giannini a concluir que “existem, assim, os

---

<sup>181</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sociedade, estado e administração pública**, p. 51.

<sup>182</sup> De mero órgão de seleção de representantes, papel conquistado no início do liberalismo, a sociedade civil ganha condições de desenvolver funções políticas em todos os campos e setores decisórios.

poderes públicos das coletividades pluriclasse; um desses poderes públicos é Estado”.<sup>183</sup>

Seguindo as mudanças sociais, o Direito, que nas sociedades de classes protegia os interesses do estamento hegemônico, passa, nas sociedades pluralistas a garantir qualquer tipo de interesses, desde que reconhecidos pela ordem jurídica como legítimos.

Diante dessa nova percepção política, a sociedade passa a ver o Estado e a administração pública não mais como instrumentos de classes, mas como garantes e executores de interesses gerais.

Concebido para conciliar interesses variados, o Estado Pluriclasse vem resgatando, pelas vias da cooperação, a sua comprometida capacidade de ação.

Nessa senda, as atividades e os procedimentos negociais que culminam com a conciliação e a compatibilização de interesses diversos, envolvidos em torno de uma causa comum, estão afinados com o perfil contemporâneo da Administração Pública. À Administração Pública Imperativa segue-se a Administração Pública Consensual.<sup>184</sup>

Citando o italiano Sabino Cassese, Odete Medauar e Gustavo Justino de Oliviera ressaltam que o fortalecimento da negociação na esfera da Administração Pública, externada por acordos, representa, sem sombra de dúvidas, um dos novos paradigmas do Estado, que colocam em discussão todas as noções, temas e problemas clássicos do direito público, e de suas implicações (legalidade e tipicidade) para as relações público-privadas.<sup>185</sup>

Para Odete Medauar:

“A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer

---

<sup>183</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sociedade, estado e administração pública**, p. 53.

<sup>184</sup> MEDAUAR, Odete. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios públicos: comentários à Lei 11.107/2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 30.

<sup>185</sup> MEDAUAR, Odete. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios públicos**. p. 30

melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação”<sup>186</sup>

Entretanto, conforme defende Gustavo Justino de Oliveira em sua tese de doutoramento, a Administração Pública Consensual pode ser apreciada sob duplo enfoque: Administração Pública-particular e Administração Pública - Administração Pública. De um lado abrandam-se o primado da autoridade como eixo principal para o desenvolvimento das relações travadas entre Administração e administrados; de outro, aumenta-se a eficiência da ação administrativa, com a simplificação de seus procedimentos e sobretudo conferindo maior efetividade aos resultados alcançados.<sup>187</sup>

Portanto, tem-se como inegável que o reforço do consenso, como forma alternativa de ação estatal, representa para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, uma vez que aprimora a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e, por isso, mais facilmente obedecidos (ordem).<sup>188</sup>

## 1.5 Atuação de Fomento

Acompanhando as transformações históricas, a Administração Pública muda de roupagem encampanando novas funções a fim de efetivar a ampla legislação social e econômica então consagrada. Se antes a atuação do Estado se restringia à exceção, agora, é cobrado, do aparelho administrativo, a satisfação de necessidades essenciais, impondo-se à administração, um campo de atuação mais abrangente.

<sup>186</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. Ver., atual e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p211.

<sup>187</sup> *apud* MEDAUAR, Odete. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios públicos**. p. 33.

<sup>188</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Transformações juspolíticas do fim do século**, p. 674.

Diante dos excessos e déficits do mundo contemporâneo, e das omissões do Estado em todas as esferas, o campo para atuação de cooperação e colaboração da Administração Pública se mostra ilimitada. O Estado passa a somar esforços com inúmeros tipos de entidades e organizações, estatais ou não, dedicadas a empreendimentos de toda natureza, desde econômicos, sociais, científicos, até os artísticos e desportivos.

Assim, alguns serviços públicos, que antes ficavam a cargo da administração direta, foram entregues às entidades da administração pública indireta – autarquias, fundações e empresas estatais<sup>189</sup>, o que se convencionou chamar de descentralização.

A descentralização<sup>190</sup> administrativa foi, portanto, intensificada e, ao lado do Estado, como promotor direto da atividade destinada à Administração Pública, passaram a existir pessoas jurídicas, seja de direito público ou privado, que por meio da transferência de atribuições passam a prestar, também aquela atividade.

Muito embora as formas clássicas de descentralização – criação de pessoas jurídicas e delegação por meio de concessão e permissão – sejam reconhecidas e divulgadas com mais ênfase, constata-se que os acordos de cooperação firmados

---

<sup>189</sup> Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece: Tradicionalmente, os autores indicam apenas a autarquia como forma de descentralização por serviço, definindo-a, por isso mesmo, como serviço público descentralizado: trata-se de determinado serviço que se destaca da pessoa jurídica pública (União, Estados ou Município) e ao qual se atribui personalidade jurídica própria, também de natureza pública; entende-se que o ente instituído deve ter a mesma capacidade, com todos os privilégios e prerrogativas próprios do ente instituidor. Não é por outra razão que o Decreto n.º 200, de 25-2-67, apegado a essa doutrina tradicional, define apenas a autarquia como entidade que presta serviço público típico do Estado. Todavia, o estudo da evolução das formas de descentralização revela que se criaram entes com personalidade de direito privado e a eles se transferiram a titularidade e a execução de serviço público, com o mesmo processo de descentralização; a diferença está em que os privilégios e prerrogativas são menores, pois a entidade só usufrui daqueles expressamente conferidos pela lei instituidora e reputados necessários para a consecução de seus fins.” DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 63-64.

<sup>190</sup> A descentralização difere-se da desconcentração. Enquanto na descentralização há a criação de um outro ente, que age em nome próprio, na desconcentração, o Estado apenas desburocratiza suas atividades, togando-as a órgãos que agem *em nome* do Estado. Marçal Justen Filho leciona que “A diferença reside em que a descentralização produz a transferência de poderes e atribuições para um outro sujeito distinto. Enquanto, há um número maior de sujeitos titulares dos poderes públicos. Já a desconcentração mantém os poderes e atribuições na titularidade de um mesmo sujeito, gerando efeitos, meramente internos.” Segundo o autor a distinção é tradicional no direito administrativo e deve ser examinada com certa cautela. Para o administrativista “É evidente que a descentralização produz reflexos de desconcentração. Assim, imagine-se que todos os poderes estivessem concentrados na União e que existisse único órgão administrativo. Se houver a criação de uma autarquia, uma parcela de poderes da União é transferida para o novo sujeito Isso significa necessária redução dos poderes internos daquele imaginário órgão único. Ou seja, o processo de descentralização também produz um efeito genérico de desconcentração.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005, p. 95-96.



entre o ente estatal e pessoas jurídicas ganham relevo na prática administrativa dos últimos tempos. Tais ajustes de vontade, que se apresentam em formas diversas, têm sido comumente utilizados, seja pela presteza que vêm demonstrando, seja pela facilidade de suas celebrações<sup>191</sup>.

O Estado tanto pratica atos de direito público como atos de direito privado. Por isso mesmo, nem todos os atos praticados pelo corpo orgânico da Administração (Executivo) são qualificados como atos administrativos, mas tão-só aqueles tidos como de direito público, portanto, típicos do Estado, expressivos de sua função administrativa.

Daí se segue, conseqüentemente, e de acordo com exigência de caráter lógico, que só há descentralização administrativa quando a atividade descentralizada reproduza tais caracteres. Se a atividade ou serviço não se qualifica como administrativa, não há descentralização administrativa.

Celso Antônio Bandeira de Mello alerta que:

“(…) só tem sentido falar-se em descentralização quando o objeto a ser descentralizado compete ao centro, só em face de atividades públicas e administrativas, que são inerentes ao Estado, é que se coloca o problema. Logo, é despropositado cogitar de descentralização administrativa quando se tratar de atividade de direito privado – ainda que desempenhada por uma pessoa governamental.”<sup>192</sup>

Assim, na medida em que o Estado restringe sua atuação direta na prestação de serviços públicos, os quais, isoladamente, não têm condições de sustentar, cada vez mais, a sociedade civil é chamada a fazer parcerias com o Estado. Fala-se, pois, em cooperação e parceria na esfera administrativa.

A parceria surge como um importante mecanismo de desenvolvimento sócio-econômico, que permite ao Estado oferecer melhores serviços aos cidadãos, mediante delegações ou fomento aos particulares. Conforme bem coloca Maria Sylvia Zanella Di Pietro a parceria diminui o tamanho do aparelho do Estado, na medida em que delega ao setor privado algumas atividades que são desempenhadas pela

---

<sup>191</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. p. 61.

<sup>192</sup> MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 10-11.

Administração; fomenta a iniciativa privada, de modo a ajudá-la no desempenho de atividades de interesse público; e, introduz, ao lado da forma tradicional de atuação da Administração Pública burocrática, procedimentos mais adequados a eficiência.<sup>193</sup>

A cooperação entre o setor público e entre este e o privado tornou-se possível no ordenamento jurídico nacional, sobretudo, a partir da Emenda Constitucional n.º 19/98, que implantou a chamada Reforma Administrativa e elevou à condição de princípio constitucional a eficiência.

Do ângulo jurídico, a almejada transformação do perfil da Administração Pública acarretou a reformulação e a introdução de determinados instrumentos voltados a promover a cooperação e a eficiência no setor público brasileiro, tais como: os consórcios, os convênios e os contratos de gestão.

Na delegação ocorre uma transferência de atividades de um ente para outro que não a possui, já o fomento consiste em uma forma de incentivar a iniciativa privada de interesse público. O incentivo geralmente é dado sob a forma de auxílios financeiros ou subvenções por conta do orçamento público, financiamentos, favores fiscais, desapropriações, dentre outros. Assim, o Estado em vez de desempenhar ele mesmo ou por meio de suas empresas, determinadas atividades comerciais, industriais, financeiras e sociais, apenas incentiva ou auxilia o particular que queira fazê-lo. Em relação à saúde, por exemplo, esta pode ser prestada pelo Estado ou por particular. Ocorre que quando prestada pelo particular, o Estado pode fomentá-la pela outorga de auxílios ou subvenções, que se formaliza mediante convênio.

Diferentemente do que ocorre nos serviços delegados, o particular que explora o serviço de relevância pública, quando beneficiado pelo fomento, atua como titular da atividade.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto o “fomento público” concorre para a desjuridicização. Nas palavras do autor:

“ (...) o fomento público, conceituado como a atividade administrativa através da qual o Estado e seus delegados estimulam ou incentivam a iniciativa dos administrados ou de outras entidades, públicas e privadas, para que desempenhem ou estimulem, por seu turno, atividades que a lei considere de interesse para o desenvolvimento

---

<sup>193</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. p. 40.

integral e harmonioso da sociedade. Embora utilize também, como base, uma norma legal que o institua, o fomento público concorre para a desjuridicização na medida em que subtrai certos comportamento à vis compulsiva do Estado. Certas atividades, se fomentadas, passam a ser atividades atrativas para o administrado, de modo que os comportamentos, em vez de serem exigidos, passam a ser espontaneamente adotados.”<sup>194</sup>

Como decorrência da aplicação da subsidiariedade, destaca-se a tendência de incrementação das técnicas de fomento, a de dividir com o particular o encargo de proteger o interesse público e a de incentivar as formas de colaboração entre o particular e o poder Público.

Nesse quadro, amplia-se, no Estado Pluriclasse, o que Diogo de Figueiredo Moreira Neto convencionou denominar “Fomento Público”.<sup>195</sup> Trata-se da atividade administrativa afeiçoada à consensualidade que, sob nova roupagem institucional, passa a oferecer à sociedade uma imensa gama de alternativas às tradicionais formas imperativas de agir do Estado.

---

<sup>194</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sociedade, estado e administração pública**, p. 89-90.

<sup>195</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Transformações juspolíticas do fim do século**, p. 668.

## CAPÍTULO II – FEDERALISMO COOPERATIVO

### 2.1. Federalismo e relações intergovernamentais

Entender as formas pelas quais os governos se relacionam para equilibrar autonomia e interdependência, para processar situações decorrentes da tensão e dos conflitos entre o local e o nacional, entre unidade e diversidade é primordial para se compreender a própria federação.

Federação pode ser entendida como forma de organização do Estado, em que coexistem diferentes esferas territoriais dotadas de poder, baseada em pacto inscrito em Constituição Federal e mecanismos que permitem equilíbrio entre autonomia e interdependência.

Para a sua efetividade, a federação demanda não só o reconhecimento da autonomia de cada uma das esferas territoriais de poder, mas também, a construção de instituições, regras, culturas e relações entre governos, de maneira a permitir formas de cooperação e coordenação federativa.

Daniel Elazar define federação como:

“ O termo ‘federal’ é derivado do latim *foedus*, o qual [...] significa pacto. Em essência, um arranjo federal é uma parceria, estabelecida e regulada por um pacto, cujas conexões internas refletem um tipo especial de divisão de poder entre os parceiros, baseada no reconhecimento mútuo da integridade de cada um e no esforço de favorecer uma unidade especial entre eles.”<sup>196</sup>

Para Fernando Abrucio toda Federação deriva de uma situação caracterizada por duas condições específicas, quais sejam: as desigualdades que conformam determinada nação, sejam elas étnicas, lingüísticas, socioeconômicas locais/regionais, culturais, políticas e mesmo a extensão ou diversidade física do seu território; e, o que o autor convencionou denominar de “condição federalista”, que é a

---

<sup>196</sup> Apud ABRÚCIO, Fernando Luiz; COSTA, Valeriano Mendes Ferreria; Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung. Centro de Estudos. **Reforma do Estado e o contexto federativo brasileiro**. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1998, p. 30.

defesa de uma unidade, apesar da diversidade, com a convivência entre autonomia, especificidades locais/regionais e integridade territorial.<sup>197</sup>

Há Estado federal quando um poder constituinte, plenamente soberano, dispõe na Constituição federal: as feições básicas da organização federal, a competência do Estado federal, a forma de suas instituições e estatui órgãos legislativos com ampla competência para elaborar regras jurídicas de amplitude nacional, cujos destinatários diretos e imediatos não são os Estados-membros, mas as pessoas que vivem nestes, cidadãos sujeitos à observância tanto das leis específicas dos Estados-membros a que pertencem, como da legislação federal.<sup>198</sup>

Na Federação, os Estados federados, dispendo do poder constituinte, decorrente de sua condição de Estado, podem livremente erigir um ordenamento constitucional autônomo e alterá-lo a seu talante, desde que observadas as disposições da Constituição Federal.

Segundo os ensinamentos de Paulo Bonavides as unidades federadas são consideradas verdadeiros Estados na medida em que “atuam como sistema completo de poder, com legislação, governo e jurisdição própria, nada tolhendo o exercício das faculdades de organização e competência atribuídas pela Constituição Federal.”<sup>199</sup>

O Estado, como estrutura social, carece de vontade real e própria. Manifesta-se por seus órgãos que não exprimem senão vontade exclusivamente humana. Os órgãos do Estado são supremos (constitucionais) ou dependentes (administrativos). Aqueles são os a quem incumbe o exercício do poder político, cujo conjunto se denomina governo ou órgãos governamentais. Os outros estão em plano hierárquico inferior, cujo conjunto forma a Administração Pública, considerados de natureza administrativa.<sup>200</sup>

Dessa forma, pode-se considerar que, no pacto federativo, a autonomia dos Estados não pode ser confundida com hierarquia, eis que supremos, ao

---

<sup>197</sup> ABRÚCIO, Fernando Luiz; COSTA, Valeriano Mendes Ferreria; Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung. Centro de Estudos. **Reforma do Estado e o contexto federativo brasileiro**. p. 31

<sup>198</sup> BONAVIDES. Paulo. **Ciência Política**. 12<sup>a</sup>, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 198.

<sup>199</sup> BONAVIDES. Paulo. **Ciência Política**. p. 200.

<sup>200</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p.100.

passo que a subordinação se dá entre os órgãos administrativos. O poder político, seja territorial, regional ou federal, é exercido consoante as competências estabelecidas na Constituição, as quais servem, também, de limites ao seu exercício.

Pode-se dizer que a ordem jurídica total é o Estado federal, composto por ordens jurídicas parciais locais (estados-membros e municípios) e pela ordem jurídica parcial central (federação). A União é pessoa jurídica de direito público, corresponde à ordem jurídica central subordinada à ordem jurídica global, ou total, regida pela Constituição e formada pela aliança das ordens jurídicas parciais.

Para Fernando Abrucio as relações intergovernamentais devem ser regidas pela construção de redes de controle e cooperação e não por uma dicotomia entre centralização e descentralização, razão pela qual se torna necessário estabelecer um relacionamento intergovernamental que evite a desagregação, a descoordenação e a competição selvagem entre os entes federativos, construindo um ambiente de cooperação sob um marco pluralista.<sup>201</sup>

A autonomia das entidades federativas pressupõe repartição de competência para o exercício e desenvolvimento de sua atividade. Os limites da repartição regional e local de poderes dependem da natureza e do tipo histórico de federação. Ao ressaltar a importância da repartição de competências para o poder federal, Raul Machado Horta faz a seguinte retrospectiva:

“A repartição de competências, que representa o centro de gravidade do poder federal, no federalismo contemporâneo, adotou técnica que assinala a separação entre a repartição clássica, consagrada, inicialmente, na Constituição norte-americana de 1787, e a repartição de competências, introduzida nas Constituições de Weimar de 1919 e da Áustria de 1920, para atingir sua forma mais evoluída na Lei Fundamental de Bonn de 1949, a sede da repartição de competências do federalismo contemporâneo. A repartição clássica de competências, como ficou concebida no texto norte-americano de 1787, compreendia a dual distribuição dos poderes enumerados à União e dos poderes reservados aos Estados. Do federalismo norte-americano, a repartição de competências projetou-se no federalismo argentino, no federalismo brasileiro, no federalismo mexicano e no federalismo venezuelano. Atravessou o século XIX e só veio a conhecer contraste de formulações inovadoras no federalismo do primeiro e do segundo pós-

---

<sup>201</sup> ABRÚCIO, Fernando Luiz; COSTA, Valeriano Mendes Ferreria; Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung. Centro de Estudos. **Reforma do Estado e o contexto federativo brasileiro**. p. 34

guerra, em demarcação que serve para abrigar a tendência contemporânea da repartição de competências.”<sup>202</sup>

Ao analisar o Estado federado sob a ótica da repartição das competências, Paulo Luiz Netto Lôbo assevera que o federalismo atual apresenta três tendências distintas, quais sejam: a) de competência residual ou reservada, decorrente do assim chamado federalismo dual; b) de competências expressamente fixadas; c) de competência concorrente ou cooperativa.<sup>203</sup>

Acerca da experiência do federalismo dual, Paulo Luiz Netto Lôbo esclarece que, nos Estados Unidos, sua pátria de origem, indicou um progressivo estreitamento dos “poderes reservados” dos Estados federados, em favor da supremacia da União. Na prática criou-se um poder federal hegemônico, no qual, em caso de dúvida acerca da competência, o Poder Judiciário federal tende a fazer predominar a competência da União.

Por seu turno, o federalismo de competências taxativas, busca reduzir o conflito intergovernamental, na medida em que tanto a União quanto os Estados Federados têm suas competências claramente definidas. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo a experiência mais conhecida é a da Índia. Contudo, os analistas desse modelo alertam para dois problemas de sua aplicação real: primeiro, as matérias não listadas tendem a cair no âmbito da competência da União; segundo, sem embargo da taxatividade, a interpretação judicial tende a favorecer o direito federal, quando ocorre conflito de competência.<sup>204</sup>

Já o federalismo de competência concorrente ou cooperativo permite a comunicação entre as esferas federal e estadual, uma vez que, a União edita as normas gerais e os Estados as ambientam às suas peculiaridades locais.<sup>205</sup>

Segundo Raul Machado Horta a relação entre federalismo e cooperação surge da etimologia da palavra federal:

---

<sup>202</sup> HORTA, Raul Machado. O federalismo no direito constitucional contemporâneo. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. 4ª ed. 2001. Ano XIX. Texto extraído do site: [www.tce.mg.gov.br/revista](http://www.tce.mg.gov.br/revista)

<sup>203</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito do estado federado ante a globalização econômica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2243>>. Acesso em: 09 ago. 2006.

<sup>204</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito do estado federado ante a globalização econômica.

<sup>205</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito do estado federado ante a globalização econômica.

“[...]federal, que deriva de *foedus*: pacto, ajuste, convenção tratado, e entra na composição de laços de amizade, *foedus amicitiae*. A associação das partes componentes está na origem do Estado Federal, tornando inseparáveis, como lembra Charles Eisenmann, a idéia de união, aliança e cooperação.”<sup>206</sup>

Conforme observa o constitucionalista o nascimento do federalismo cooperativo, no caso norte-americano<sup>207</sup>, não se apresentou como o desenvolvimento planejado de um princípio, mas sob a versão de método pragmático, destinado a resolver, casuisticamente, problemas concretos. Ao contrário do pensamento dogmático alemão<sup>208</sup>, orientado na criação de sistemas, o procedimento norte-americano não se deteve no tratamento global e sistemático da cooperação, dando origem ao casuísmo no desdobramento das relações cooperativas.<sup>209</sup>

<sup>206</sup> HORTA, Raul Machado. O federalismo no direito constitucional contemporâneo. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. 4ª ed. 2001. Ano XIX. Texto extraído do site: [www.tce.mg.gov.br/revista](http://www.tce.mg.gov.br/revista)

<sup>207</sup> Ilustram o federalismo cooperativo norte-americano as técnicas da legislação recíproca (*reciprocal legislation*), pela qual dois ou mais Estados ajustam concessões recíprocas; a legislação uniforme (*uniform legislation*) na disciplina de matéria de interesse comum e a legislação paralela (*parallel legislation*), quando dois ou mais Estados promulgam, simultaneamente, uma lei com idêntica finalidade e conteúdo. Além das técnicas legislativas, situam-se no plano do federalismo cooperativo norte-americano os organismos de relacionamento entre o Governo Federal e os Governos Estaduais, como o Conselho dos Governos Estaduais (*Council of States Government*), criado em 1933, do qual participam os Estados-Membros; a Conferência dos Governadores (*Governor's Conference*), formada pelos Governadores dos Estados; a Conferência Nacional para Uniformidade das Leis Estaduais (*National Conference of Commissioners on Uniform State Law*). Nos Estados Unidos, a cooperação financeira encontra poderosos instrumentos nos *federal grants in aid*<sup>24</sup>. Levantamento de William Shultz<sup>25</sup> indica a modéstia da subvenção federal aos Estados, no período de 1915-1919, com as dotações convergindo para a educação, sem alcançar os setores de estradas, agricultura, saúde, socorro, bem-estar. A partir de 1925, amplia-se a ajuda federal; mas, somente no período presidencial de Franklin Roosevelt, ela ingressa no domínio da saúde, socorro e bem-estar, que assumiu o primeiro lugar no volume da ajuda federal. A cooperação financeira da União abrange subsídios de emergência (*emergency grants*) e subsídios ordinários (*regular grants*), esclarece Harold M. Somers<sup>26</sup>, que se baseia na existência ou não de participação do Estado-Membro no custo do serviço subvencionado. No caso dos subsídios de emergência, o Governo Federal pode financiar totalmente o custo do serviço, enquanto no de subsídios ordinários, geralmente os Estados complementam a contribuição federal. A concessão de volumosas verbas, a título de subsídios de emergência, demonstra falta de elasticidade da estrutura financeira estadual e local. Analisando a política de ajuda federal, observa Harold Somers que os governos de alguns Estados ficaram na dependência dos subsídios federais para a execução de serviços essenciais. Nos exercícios de 1945 e 1946, os subsídios federais ordinários representaram, aproximadamente, 15% (quinze por cento) das receitas estaduais totais. Em 1945, acrescenta Somers, as porcentagens variaram de 5,4% no Estado de New York, para 35,2% no Estado de Nevada. Daí a conclusão de que, em alguns Estados, a ajuda federal é questão de vida ou de morte para os seus serviços: "*for some States the federal grants do have quite a life-or-death effect on States services*". HORTA, Raul Machado. O federalismo no direito constitucional contemporâneo. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. 4ª ed. 2001. Ano XIX. Texto extraído do site: [www.tce.mg.gov.br/revista](http://www.tce.mg.gov.br/revista).

<sup>208</sup> Na Alemanha, a Lei Fundamental, no título dos Objetivos Comuns (art.91-a, 91-b), prevê a participação da Federação em atividades dos *Länder*, se tais atividades dispuserem de relevo para a coletividade e se a mencionada participação for necessária à melhoria das condições de vida. São incluídos na área dos objetivos comuns da Federação e dos *Länder* a ampliação e construção de institutos universitários, a melhoria da estrutura econômica regional e da estrutura agrária. Nos casos dos institutos universitários, da estrutura econômica regional e da estrutura agrária, a Federação assume a metade das despesas. HORTA, Raul Machado. O federalismo no direito constitucional contemporâneo.

<sup>209</sup> HORTA, Raul Machado. O federalismo no direito constitucional contemporâneo.



## 2.2. A organização federativa do Estado brasileiro

### 2.2.1. A Origem e a evolução do federalismo brasileiro

Historicamente, o sistema de poderes reservados não se ambientou em terras brasileiras. Com a derrubada da monarquia, em 15 de novembro de 1889, o Decreto n.º 1 adotou a República Federativa como forma de governo e de Estado, cuja estrutura tornou definitiva por opção política da Constituição de 1891, que adotou o federalismo como forma de organização de Estado, reproduzindo o modelo norte-americano, que diferentemente do Brasil, resultou de concessão dos Estados que formaram a União, reservando para eles tudo o mais que estivesse fora dos poderes fixados expressamente.<sup>210</sup>

Paulo Luiz Neto Lôbo afirma que o sentimento favorável ao federalismo esteve presente nos estadistas brasileiros, inclusive durante o Império:

“ Durante o Império o Brasil foi um país unitário. Já na República Velha, até à década de trinta, esses poderes foram desfrutados no interesse dos mandarinos locais, gerando abusos que desacreditaram o sistema. Note-se, todavia, que o sentimento favorável ao federalismo esteve presente em nossos estadistas, inclusive durante o Império.[...] ‘O federalismo é, desde 1831, a mais ardente e generalizada aspiração do Brasil. Nos trabalhos de reforma constitucional posteriores à revolução do ano citado, chegou a adotá-lo a Câmara Temporária e, se não é a resistência da Câmara vitalícia, de há muito vigorava no País. Tão acentuadas eram as tendências reformadoras no sentido da ampla autonomia provincial, que monarquistas sinceros, da ordem de Saraiva e Nabuco, preconizavam os modelos federativos, como sendo a condição de salvação do Império, nos últimos anos dele’ ”<sup>211</sup>

A Constituição de 1891 consagrou a autonomia dos Estados-federados dando-lhes ampla competência da qual somente se excetuavam as matérias que a União reservou para si na própria Constituição. E fez mais, ao prever a Federação e

<sup>210</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito do estado federado ante a globalização econômica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2243>>. Acesso em: 09 ago. 2006.

<sup>211</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito do estado federado ante a globalização econômica.

República, sagrou-os como princípios fundamentais ao sistema, sobrepujando todos os demais.

Todavia, sustenta Paulo Bonavides:

“É errôneo supor que a Federação no Brasil foi produzida unicamente pelo Decreto nº 1, do Governo provisório de 1889. Se o presidencialismo colhe de surpresa o País, desconhecido que era a todas as tradições de embate doutrinário em que nos havíamos empenhado durante a fase anterior à República, tal não se deu, porém, com a Federação. Esta, ou já se desejava, no sentir de monarquistas abalizados, da índole liberal de Nabuco e Rui, ou já aguardava, por solução lógica e idônea aos antagonismos e crises que desde muito dilaceravam o corpo político da Monarquia. O Decreto 1 foi apenas o coroamento vitorioso de velhas aspirações autonomistas que, não se podendo fazer nos quadros institucionais do Império por um ato reformista, se fizeram via improvisa da ação revolucionária de 15 de novembro de 1889, resultando, assim, na implantação do sistema republicano”.<sup>212</sup>

Há que se destacar, que o federalismo brasileiro possui uma diferença básica do modelo norte-americano. O Estado federal brasileiro formou-se a partir de um Estado Unitário, que se desmembrou e não de uma confederação que se dissolveu, como nos Estados Unidos, paradigma de todos os sistemas federativos constitucionais. Segundo Paulo Bonavides talvez pelo fato de Rui Barbosa ter se inspirado fielmente no modelo norte-americano, para introduzir na constituição Republicana a forma federativa, é que tenha havido o desencontro da realidade com a lei, pois a diversidade de situação era profunda. A federação americana resultara da agregação de Estados já independentes que, para o benefício comum, concordaram em ceder o mínimo de suas competências em favor do Poder central, conservando ciosamente as restantes. No Brasil, a federação resultara de uma segregação, de uma ampliação da autonomia provincial, por decisão política do Poder Central.<sup>213</sup>

---

<sup>212</sup> BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 390.

<sup>213</sup> BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. p. 182.

Ressalte-se, ainda, que tomando como dogmas as soluções adotadas pelos americanos, a federação brasileira nasceu dualista: 1) estabeleceu a absoluta igualdade jurídica entre os Estados, que passaram a ter idêntica competência<sup>214</sup>; 2) exclui expressamente a interferência da União nas competências dos Estados, reservado-lhe os mesmos atributos, apesar da extrema diversidade de rendas em vista do desnível de desenvolvimento entre os Estados.<sup>215</sup>

Entretanto, faltou ao federalismo brasileiro, já na sua origem, um elemento essencial, ou seja, a existência anterior de Estados soberanos, como ocorreu nas 13 colônias americanas. Apesar de ter sido o federalismo brasileiro adotado a exemplo do modelo americano, as diferenças entre os dois países eram acentuadas, ocasionando um federalismo absolutamente irreal.

Com a Revolução de 1930, em face da crise política e das mudanças de caráter socioeconômico, sofre o federalismo o impacto de um autoritarismo, ainda pior que o do império. Surge outra fase, chamada de federalismo pátrio, na qual os Estados passaram a cortejar o poder central para dele receber auxílio para os investimentos, subsídios, incentivos, fazendo com que os mesmo, em razão disso, perdessem por completo a autonomia constitucional e federativa. Dessa fase resultou uma espécie de guerra econômica entre as regiões e os Estados-membros, posto que somente a autoridade executiva da federação detinha o alto poder decisório, o que acabou por fazer ruir de vez com o sistema federativo.<sup>216</sup>

Segundo as lições de Raul Machado Horta, a partir da Constituição Federal de 1946, o federalismo brasileiro começa a adquirir ares de cooperatividade. Eis as explicações do constitucionalista:

“ [...] O primeiro momento dessa tendência de desenvolvimento regional pode ser localizado na previsão contida no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1946, que impunha ao Governo Federal a obrigação de traçar e executar um plano de aproveitamento total das possibilidades

---

<sup>214</sup> BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. p. 183.

<sup>215</sup> BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. p. 183.

<sup>216</sup> FERRERI, Janice Helena. *Por uma nova Federação*. Coordenador: Celso Bastos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 29.

econômicas do Rio São Francisco<sup>217</sup> e seus afluentes, aplicando-se nesse plano, anualmente, quantia não inferior a um por cento das rendas tributárias da União (art. 29).”<sup>218</sup>

Em síntese, nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967 o federalismo, ora era suprimido<sup>219</sup>, ora era restaurado<sup>220</sup>.

### 2.2.2. O Federalismo na Constituição de 1988

Embora o constituinte de 1988 vislumbresse que o federalismo deveria ser reformulado, principalmente no aspecto relativo à distribuição de competências legislativas e tributárias, para que se fortalecessem os Estados membros e os Municípios, descentralizando o exercício do poder político-tributário, que estava em maior número nas mãos da União, na prática, a União continuou concentrando inúmeras competências, tendo os Estados e Municípios como “súditos”.

Daí a necessidade de reformulação do federalismo, com alternativas democráticas e abertas, que não sejam simplesmente a conservação rebuçada do modelo federativo do passado, ainda hoje de vigência formal, a saber, Estado autônomo e União, sob pena de o gigantismo descomunal desta, por institucionalizar o

---

<sup>217</sup> Segundo o Professor Raul Machado Horta foi organizada a Comissão do Vale do São Francisco, de estrutura flexível, para elaborar o plano geral do Vale do São Francisco e exercer outras atribuições, como a de assinar convênios e acordos com os Estados e Municípios ribeirinhos, Lei n. 541, de 15 de dezembro de 1948. Sucederam à Comissão, a Superintendência do Vale do São Francisco, entidade autárquica, Decreto-Lei n. 292, de 28 de fevereiro de 1967, e a Companhia de Desenvolvimento do Vale do São Francisco – CODEVASF, empresa pública, que substituiu a anterior Superintendência – SUDEVALE, Lei n. 6.088, de 16 de julho de 1974.

<sup>218</sup> HORTA, Raul Machado. O federalismo no direito constitucional contemporâneo.

<sup>219</sup> Na Constituição de 1934 os idealizadores desejaram vedar qualquer atribuição de soberania a outra esfera que não fosse a União Federal. Já a Constituição de 1937, proveniente do golpe do "Estado Novo", modificou a forma de Estado, conduzindo ao unitarismo. Por sua vez a Constituição de 1937 a 1945 demonstra o desaparecimento total do federalismo. A Constituição de 1967, oriunda do golpe militar de 1964, deu lugar a um regime autoritário que produziu o enfraquecimento do princípio federativo. Por seu turno, com a abertura da crise política na Segunda metade de 1968, que culminou com a promulgação do Ato Institucional n. 5, em 13.12.68, foi totalmente extinta a federação no Brasil, assim considerada em termos jurídico-constitucionais. FERRERI, Janice Helena. **Por uma nova Federação**. Coordenador: Celso Bastos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 29-31.

<sup>220</sup> A Constituição de 1946 é edificada no pós-guerra e revela um caráter social-democrata, visando o restabelecimento da federação. Apenas com a Constituição de 1988, “o processo de desconcentração de poderes, veio gradativamente e acabou por culminar com a nova Carta Política de 1988, onde o sistema federativo brasileiro revigorou-se, surgindo de forma inovadora, na medida em que elegeu o município como pessoa jurídica de direito público interno, ao lado da União, Estados e Distrito Federal, todos autônomos, integrantes da organização político-administrativa da República Federativa do Brasil.” FERRERI, Janice Helena. **Por uma nova Federação**. p. 32.

Estado Leviatã, cujos braços já nos apertam e cuja sobrevivência não seria a resposta que as gerações de amanhã aguardam das promessas generosas e recentes daqueles que se empenham na modernização política e social do Estado brasileiro.<sup>221</sup>

Inspirando-se na cooperação, muitos Estados federais adotaram a técnica da legislação concorrente, que atenua a separação dualista e favorece o desenvolvimento de relações intergovernamentais. A tese da descentralização, em maior ou menor intensidade, é discutida com fundamento na cooperação, na interação federal-estadual em benefício do interesse da coletividade. A descentralização legislativa permite o respeito às peculiaridades sócio-econômicas e culturais dos entes federados.

O federalismo cooperativo contemporâneo firma-se nas relações de colaboração. Seu objetivo é estimular a ação conjunta da União, dos Estados membros e dos Municípios, que passam a atuar como parceiros na solução dos problemas sociais e econômicos.

A Constituição Federal de 1988, na formação dos arranjos próprios do Estado brasileiro, privilegiou notadamente a idéia de federalismo cooperativo, originário da experiência constitucional alemã.<sup>222</sup> Observa-se a remodelação estrutural da Federação a partir de 1988, quando o município ressurgiu vigoroso na reconstrução do Estado brasileiro, sobre os pilares da nova Constituição da República.

Harmonizando contraditórios interesses e ideologias, a Constituição de 1988 assenta uma avançada disciplina da temática municipal, em resposta à força dos movimentos municipalistas atuantes na Constituinte, empenhados, de um lado, no rompimento com a filosofia centralista de onipotência da União, e, de outro, no fortalecimento do município como núcleo especial de política urbana e como instância política relevante e prioritariamente vocacionada ao papel de construção da cidadania material.

---

<sup>221</sup> BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. p. 183.

<sup>222</sup> E é na doutrina alemã que observamos inclusive críticas quanto a terminologia consagrada, como se fosse possível a existência de federalismo que não guardasse traços desta cooperativismo que se agrega como adjetivo – ainda que sendo imanente do próprio substantivo. Sobre a influência da experiência alemã, veja-se: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade**: conceito e evolução. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n.º 35, Belo Horizonte, 1995.

Assim, ao contrário das constituições anteriores, a Constituição brasileira de 1988, optou por um sistema misto, mantendo o modelo tradicional do federalismo dual e introduzindo a competência legislativa concorrente, no artigo 24, além de competências de execução comum de políticas públicas, previstas no artigo 23.<sup>223</sup>

As inspirações do texto constitucional de 1988 construíram um sistema de competências que faz com que seja necessário o reforço dos laços entre os diversos entes da federação<sup>224</sup>. Ademais, a Constituição determinou expressamente esforços comuns na atuação administrativa dos entes federados, e mesmo destes com a iniciativa privada de modo subsidiário (ex. artigo 199)<sup>225</sup>.

---

<sup>223</sup> Para Raul Macahdo Horta a política de desenvolvimento regional do federalismo cooperativo está expressa na Constituição de 1988: “Contemplou na União a competência para “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social” (art. 21 – IX). A competência para elaborar planos nacionais e regionais de desenvolvimento constitui uma das formas ativas do federalismo cooperativo, inaugurado na Constituição de 1946, em procedimentos fragmentários, para atingir instrumentos de atuação mais consistentes na Constituição de 1988. Introduziu-se no texto constitucional o tratamento reservado às Regiões, em seção própria (seção IV – art. 43), embora deslocada na sua referência, que caberia melhor em capítulo final do Título III, relativo à Organização do Estado. A finalidade cooperativa das Regiões transparece na regra constitucional que faculta à União usá-las como instrumento de articulação, “em um mesmo complexo geoeconômico e social”, visando o seu desenvolvimento e a redução das desigualdades regionais (art. 43). Afastando a idéia da Região, entidade territorial, e preferindo manter a concepção dos órgãos regionais de desenvolvimento, já consolidada na experiência brasileira, a partir da Comissão do Vale do São Francisco, de 1948, a Constituição deferiu à lei complementar a missão de fixar as condições, definir a composição dos organismos regionais, sua competência na execução dos planos regionais, a integração destes últimos nos planos nacionais de desenvolvimento e a regulação dos incentivos regionais (art. 43, § 1º, I e II, § 2º, I, II, III e IV, § 3º). É pertinente, no caso, a invocação da lei complementar, para desenvolver os objetivos estabelecidos na Constituição, pela flexibilidade da lei ordinária, a correlação que ela permite apurar entre a matriz constitucional e as concepções dominantes no Congresso, não só em relação ao regionalismo administrativo, como também à extensão, maior ou menor, da ação da União nas áreas localizadas no território dos Estados abrangidos pelo órgão regional.” HORTA, Raul Machado. O federalismo no direito constitucional contemporâneo.

<sup>224</sup> Alguns dados ilustram a evolução do federalismo cooperativo no Brasil: “A Constituição de 1988 aprofundou o mecanismo do federalismo cooperativo no plano regional, distribuindo 3% (três por cento) da arrecadação dos impostos sobre a renda e produtos industrializados, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, assegurando ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região (art. 159, I, c). A Lei n. 7.827, de 27 de setembro de 1989, regulamentou o dispositivo constitucional, instituindo os três fundos constitucionais de financiamento do Norte, do Nordeste e do Centro-Oeste. No rumo do desenvolvimento regional, a Constituição manteve a Zona Franca de Manaus, criada pelo Decreto-Lei n. 288, de 28 de fevereiro de 1967, como área de livre comércio, de importação e exportação e de incentivos fiscais especiais, para propiciar, no interior da Amazônia, um centro industrial, comercial e agropecuário de desenvolvimento regional. A disposição transitória fixou em vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição, a duração da Zona Franca (ADCT – art. 40). A grandeza da Zona Franca, em termos financeiros, pode ser avaliada no volume dos recursos federais que ela absorve. Louvando a informação em dados divulgados, “de cada US\$ 10 que o Tesouro Nacional remete à Região Norte pouco mais de US\$ 8 ficam na Zona Franca.” HORTA, Raul Machado. O federalismo no direito constitucional contemporâneo.

<sup>225</sup> “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”

O município ganha relevância no plano federativo, não só pela excepcionalidade do *status* a ele conferido, pela sua categorização como entidade condômina, mas também pelo efetivo poder que a ele se atribui pelo menos no plano normativo, como resultado da decidida inversão do movimento expansionista do poder central. Nesse sentido, a Carta Política assenta a autonomia do Município como elemento indispensável da organização federativa, além de integrá-lo na tarefa conjunta de construção do Estado democrático.

Contudo, em toda a sua trajetória, o federalismo brasileiro convive com o problema das desigualdades sociais e econômicas regionais<sup>226</sup>, o que se explica em parte, pela extensão continental do país.

Não menos dispare é a situação dos municípios brasileiros, que diante do desmembramento de municípios posterior a 1988 aprofundou as disparidades locais e regionais. Convivem, por exemplo, municípios como São Paulo e Borá, ambos do Estado de São Paulo. O primeiro com mais de 10,6 milhões de habitantes e o segundo com cerca de 800 moradores. Embora pouco mais de 20% da população brasileira viva em municípios com até 20 mil habitantes, estes representam 73% do total de municípios existentes no país. No outro extremo, em apenas 0,6% dos municípios, ou seja, 32 deles, residem 48 milhões de brasileiros, o que representa 27,8% da população do país.<sup>227</sup>

Como visto, é nas pequenas cidades que se tonifica a consciência dos problemas; é no Município que se apresenta o cotidiano, o futuro, os problemas e as soluções. Vive-se, portanto, o momento no qual as soluções têm que ser geradas pela autoridade próxima, voltando a atenção para o regionalismo, que respeita as

---

<sup>226</sup> Enquanto a Região Norte detém 41,8% da área total do país, em 1996, ela contribuía com apenas 5,1% do Produto Interno Bruto (PIB) e 6,3% da população brasileira. No mesmo período, na Região Nordeste, viviam 28,9 % da população brasileira, numa área de 18,5% do território nacional, contribuindo com 13,5% do PIB. Na Região Sudeste, com 10,8% do território, em 1996, viviam 42,7% da população, concentrando 58% do PIB. No Sul, com 6,7% do território, viviam 15,1% da população, concentrando 15,8% do PIB e, finalmente, no Centro-Oeste, com uma área de 22,2% do território nacional, viviam 7% da população do país, contribuindo com 7,3% do PIB. Considerando também como referência o ano de 1996, a taxa de alfabetização no país era de 85%. No entanto, ela tinha variação acima de 90% nos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e no Distrito Federal e abaixo de 60% em cinco estados do Nordeste. RIBEIRO, Luiz César de Queiroz; FEDERAÇÃO DE ÓRGÃOS PARA ASSISTÊNCIA SOCIAL E EDUCACIONAL; FEDERAÇÃO DE ÓRGÃOS PARA ASSISTÊNCIA SOCIAL E EDUCACIONAL. **O futuro das metrópoles: desigualdades e governabilidade.** Rio de Janeiro: Revan, FASE, 2000. p.23-25.

<sup>227</sup> RIBEIRO, Luiz César de Queiroz; FEDERAÇÃO DE ÓRGÃOS PARA ASSISTÊNCIA SOCIAL E EDUCACIONAL; FEDERAÇÃO DE ÓRGÃOS PARA ASSISTÊNCIA SOCIAL E EDUCACIONAL. **O futuro das metrópoles.** p.23-25.

peculiaridades de cada região e busca o atendimento como que “personalizado” dos seus interesses. Está à evidência a falência do *status quo* e a necessidade de mudanças que fortaleçam a conciliação e a integração dos interesses de cada Município isolado e dos diversos Municípios limítrofes.

Somatizado a isto, apontam-se os imperativos contingenciais da escassez de recursos financeiros – onde um excessivo número de municípios, a maior parte constituída a partir de 1988, depende quase que exclusivamente de transferências federais -, a crise do Estado e da demanda por melhores serviços públicos, num contexto de expansão da democracia.

A união dos Municípios representa economia de gastos, troca de experiências, maior transparência em razão da diversidade dos agentes políticos envolvidos. Destarte, as políticas públicas, como processo de formação do interesse público que são, devem ser vistas como escolha de prioridades regionais<sup>228</sup>. Daí que, de nada adianta um Município viabilizar formidável programa de saúde, se as cidades limítrofes se mostram omissas, na medida em que, aquele Município, fatalmente, absorverá o atendimento de saúde de toda a região, prejudicando, assim, o seu êxito.

Neste contexto, e com intuito de amenizar quadro tão dramático, o Poder Público reforçou o processo de descentralização, de transferência de atribuições para os estados e municípios e de fortalecimento do poder local. Tal processo, no entanto, não foi acompanhado de mecanismos eficazes de coordenação e relações intergovernamentais.

### **2.3 A cooperação federativa por meio dos consórcios públicos**

A idéia da cooperação entre os membros da federação, embora seja conceitualmente simples é intrincada na sua execução. Além de complexa a federação se revela ainda mais desafiadora na medida do crescimento das funções do estado e de

---

<sup>228</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari., **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 264, assevera que as políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito.



seu aparelho administrativo. Essa ampliação da atuação estatal ao contrário do que sugeria o apelo ao “Estado mínimo”, não refluí com o retrocesso do Estado social, mas resultou em alterações qualitativas das funções do Estado.

Consagrado na Constituição de 1988, o federalismo cooperativo opera, inicialmente, no contexto de administração burocrática<sup>229</sup>. A noção de administração gerencial<sup>230</sup> é incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro a partir da Emenda Constitucional n.º 19, de 04 de junho de 1998, que implanta a chamada “Reforma Administrativa”.

No contexto desta reforma, surge disposição que altera o artigo 241 da Constituição Federal, consignando-lhe a seguinte redação:

“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.”

Como visto, com intuito de viabilizar o federalismo administrativo, o legislador constituinte, prescreveu a introdução de novos formatos institucionais – consórcios públicos e convênios de cooperação - para gestão em regime de cooperação e pactuação entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios.

São evidentes as vantagens da cooperação entre os entes federados, podendo ser citadas:

“(a) a racionalização do uso dos recursos existentes destinados ao planejamento, programação e execução de objetivos de interesse comuns, (b) a criação de vínculos ou fortalecimento dos vínculos preexistentes, com a formação ou consolidação de uma identidade regional, (c) a instrumentalização da promoção do desenvolvimento local, regional e nacional e (d) a conjugação de esforços para atender

---

<sup>229</sup> Como visto no capítulo anterior, a Administração Burocrática assegura a ordem pública estabelecida pelas leis. Ao Estado mínimo correspondia a Administração mínima, a burocracia guardiã.

<sup>230</sup> Se antes sua atuação se restringia à exceção, agora, é cobrado, do aparelho administrativo, a satisfação de necessidades essenciais, impondo-se à administração, um campo de atuação mais abrangente. “À burocracia-guardiã segue-se a burocracia prestacional.”

as necessidades da população, as quais não poderiam ser atendidas de outro modo diante de um quadro de escassez de recursos.<sup>231</sup>

Vê-se, portanto, que, o consórcio, instituto de realização de interesses próprios dos consorciados, é essencialmente forma de instrumento de cooperação da Administração Pública Consensual.

---

<sup>231</sup> MEDAUAR, Odete. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios públicos**: comentários à Lei 11.107/2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 23.

## CAPÍTULO III – CONSÓRCIOS PÚBLICOS

### 3.1 Conceito

De acordo com os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro os consórcios públicos, perante a Lei 11.107/05, podem ser conceituados como: “associações formadas por pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), com personalidade de direito público ou de direito privado, criadas mediante autorização legislativa, para a gestão associada de serviços públicos.”<sup>232</sup>

Os consórcios são, portanto, resultado da livre associação das entidades federativas para a consecução de objetivos comuns, e sua formação, nos termos da Lei 11.107/2005, depende da celebração de um contrato. Assim sendo, embora procurem alcançar objetivos bastante próximos aos consórcios, as regiões metropolitanas, as aglomerações urbanas e as microrregiões não detêm personalidade jurídica, sendo instituídas mediante a edição de uma lei complementar estadual.<sup>233</sup>

Os consórcios também não se confundem com as regiões de desenvolvimento previstas no artigo 43 da Constituição de 1988, as quais só podem ser criadas pela União; e, com intuito de articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando o desenvolvimento deste complexo e a redução das desigualdades regionais.

Os consórcios públicos distinguem-se, ainda, das denominadas operações urbanas consorciadas, previstas na Lei Federal n.º 10.527/2001, o Estatuto das Cidades. Segundo disposto no §1º do artigo 32 do Estatuto das Cidades, “considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar

---

<sup>232</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia, O consórcio público na lei 11.107 de 06.04.2005. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n.º 6, junho/julho/agosto 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 18/06/2006.

<sup>233</sup> Sobre o tema, v. BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão associada de serviços públicos e regiões metropolitanas. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord). **Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 549-559.

em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.<sup>234</sup>

### 3.2 Consórcios Públicos e a realização de objetivos de interesses comuns

Os consórcios públicos entremostam-se como mecanismos eficazes de associação, cujo escopo é a realização de questões comuns aos entes federativos que o integra. A grande relevância que decorre da associação é justamente a possibilidade de propiciar aos cidadãos acesso a serviços ou obras que não lhe seriam estendidos se dependessem exclusivamente da atuação de um único ente federativo.

Com a ampliação das atribuições dos Municípios, quadro intensivo a partir da Constituição Federal de 1988, verificou-se a carência desses entes em satisfazer as previsões legislativas. Isso porque, como também lembrado na maioria das vezes deu-se apenas ampliação de competências, sem, contudo, distribuir receita para a execução de tais responsabilidades.

Dessa forma, essas entidades públicas passaram a firmar acordos de vontade para a satisfação de interesse comum. Insta ressaltar que, no período em que inexistia regramento sobre o assunto (04 de junho de 1998<sup>235</sup> a 06 de abril de 2005), e, por absoluta falta de orientação normativa, foram criados milhares de consórcios em todo o território nacional de forma absolutamente desordenada. Enquanto alguns consórcios eram criados sem personalidade jurídica, outros tinham seu nascedouro com personalidade jurídica de direito privado, ou, ainda, com personalidade jurídica de direito público.

A Lei Federal n.º 11.107/05, sancionada em 06.04.05, encerrou uma longa espera, protagonizada pelos Poderes Executivos das três esferas da Federação, que até então se ressentiam pela ausência de regras gerais regulamentadoras do instituto do consórcio público.

---

<sup>234</sup> Sobre as operações urbanísticas consorciadas, v. BRASIL; MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Estatuto da cidade**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 312p.

<sup>235</sup> Data da edição da EC n.º 19/98.

Portanto, a partir de 06.04.05, o ordenamento jurídico brasileiro passou a contar com um marco legal regulatório da gestão associada de entes federativos. Tal inserção normativa ilustra a inegável transformação que vem ocorrendo no âmbito do direito administrativo de vários países europeus, conforme noticiado pelo jurista italiano Sabino Casese<sup>236</sup>.

Segundo Odete Medauar e Gustavo Justino de Oliveira:

“Os consórcios públicos visam atender objetivos comuns dos entes consorciados, e suas atividades são desenvolvidas em sua área de atuação, correspondente ao território dos entes que os compõem (espaço interfederativo). As operações urbanas consorciadas pretendem instrumentalizar transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental em uma área de um determinado município (espaço intermunicipal)”<sup>237</sup>.

Em síntese, o consórcio público é um instrumento de realização de interesses próprios dos consorciados. Interesses esses aludidos genericamente no *caput* do artigo 1º da Lei Federal 11.107/2005.

A lei reguladora não determina um elenco exaustivo de objetivos de interesse comum, não havendo, portanto, restrições dos setores de atuação dos consórcios públicos, ressalvados os limites constitucionais.

Assim, a fim de se conhecer os limites balizadores dentro dos quais poderão ser implementadas ações por intermédio de consórcio público, torna-se necessário fazer remissão ao artigo 241 da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 19/98:

“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.”

---

<sup>236</sup> CASSESE, Sabino. As transformações do direito administrativo do século XIX e ao XXI. **Interesse Público**, São Paulo, v.5, n.24, mar./abr., p.13-23.

<sup>237</sup> MEDAUAR, Odete. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios públicos: comentários à Lei 11.107/2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 17.

O referido artigo constitucional traz em seu núcleo a idéia de atribuir aos consórcios públicos a “gestão associada de serviços públicos”. Portanto, depreende-se que a Carta Política foi expressa ao restringir a utilização do consórcio público à esfera dos serviços públicos, vale dizer: toda atividade que puder ser enquadrada dentro do conceito de serviço público, será suscetível de ser viabilizada de forma consorciada.

A Lei Federal nº 11.107/05, por sua vez, reforça este entendimento na medida em que, em algumas passagens, refere-se aos serviços públicos como objeto dos acordos ali tratados.

O artigo 175, caput, da Constituição Federal, qualifica como dever do Estado à prestação de serviços públicos nos seguintes termos: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

O conceito de serviço público não é unânime. A doutrina exerceu grande influência no desenvolvimento da noção de serviço público, formou-se, inclusive, a denominada “Escola do Serviço Público”, a qual não obstante as divergências dos autores que dela participaram, considerava que a noção operava como “idéia-chave para o direito administrativo, cujo complexo de regras em torno dela se explica e se unifica.”<sup>238</sup>

Dentre os autores da Escola do Serviço Público, León Duguit constitui uma das principais referências teóricas. Duguit fez ressurgir a noção de serviço público não apenas como critério para definir a competência administrativa, mas como limite à atuação estatal. Para ele as atividades que deviam ser obrigatoriamente cumpridas pelos governantes formariam o serviço público, e que “são frutos de uma situação objetiva que emerge naturalmente do estado atual das relações sociais, nos termos da ‘interdependência social’”<sup>239</sup>

---

<sup>238</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 140.

<sup>239</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 141. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a “regra de direito”, para Duguit, independe do Estado, lhe é exterior: “é a resultante objetiva de uma situação social determinada em dado momento histórico”.

Com o serviço público reforçou-se aos governantes o dever jurídico de cumprir certas obrigações em favor dos governados; era a imposição de uma função social e era este dever que justificava a força, o poder que lhes era atribuído<sup>240</sup>.

Ao longo do tempo, a defesa das coletividades e do território contra o inimigo externo, bem como a manutenção da segurança, da ordem e da tranquilidade interna tiveram o seu cumprimento demandado ao Estado. Os elementos constitutivos destes serviços públicos originários eram: a guerra; a polícia e a justiça. Entretanto a sociedade moderna passou a requisitar outras exigências de ordem intelectual e moral, e o Estado foi requisitado, por exemplo, a intervir no ensino, no transporte, na iluminação, o que refletia a expectativa de realização estatal da solidariedade social.<sup>241</sup>

Destarte as obrigações e o sentido da atuação do Estado seriam determinados pelas necessidades sociais e pela situação econômica do país.

Duguit ressalta que:

“o Estado não é, como se pretendeu fazer e se acreditou que era, uma soberania; é ele uma cooperação de serviços públicos; organizados e fiscalizados pelos governantes. Esta noção de serviço público é capital. Em torno dela gravita todo o direito público.”<sup>242</sup>

Muitas críticas podem ser tecidas às considerações de Duguit<sup>243</sup>. A principal delas se refere a sua concepção sociológica e não jurídica acerca do serviço público<sup>244</sup>. De todo modo, a sua contribuição para a noção de serviço público permanece viva até hoje.

<sup>240</sup> BOURGES, Fernanda Schuhli. Aspectos da Noção de Serviço Público no contexto brasileiro. In COSTALDELLO, Ângela Cássia (coord). **Serviço Público: Direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 50.

<sup>241</sup> BOURGES, Fernanda Schuhli. Aspectos da Noção de Serviço Público no contexto brasileiro. p. 52.

<sup>242</sup> *Apud* CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional ao ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 77-78.

<sup>243</sup> José Cretella Júnior ressalta que não é possível aceitar que a noção de serviço público seja consequência da distinção entre governantes e governados, nem mesmo a substituição da noção de soberania pela de serviço público. CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional ao ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 79. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o critério de Duguit serve de indicação para o político, o legislador. Ele se reporta à realidade social subjacente à construção jurídica. Mas para Bandeira de Mello, ao jurista não compete o exame de como deve ser o mandamento, mas de como efetivamente é, pois ele se ocupa unicamente do sistema de normas já consagradas juridicamente pela sociedade. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. p. 140-141.

<sup>244</sup> “Na verdade, esta é uma noção antes sociológica que jurídica. Com efeito, não fornece os elementos que o caracterizam perante o Direito, carecendo dos dados reveladores de sua fisionomia jurídica. (...) O conceito de serviço público de Duguit não desentranha os elementos que o exteriorizam em face do Direito; esclarece apenas

Gaston Jèze, também integra a Escola do Serviço Público, mas diferentemente de Duguit, cingiu-se ao positivismo jurídico. Para ele a competência para decidir em que hipótese haveria ou não serviço público estaria com o parlamento e a jurisprudência.<sup>245</sup>

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, para Gaston Jèze o serviço público enseja um conjunto de regras e teorias jurídicas especiais para facilitar o desenvolvimento e execução de atividades de interesse geral.<sup>246</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello resalta que, a despeito da sua importância capital, o conteúdo do serviço público e respectiva definição nunca foram precisos e uniformes e, paradoxalmente, possivelmente este fato contribui para assegurar-lhe o relevo.<sup>247</sup>

As distintas noções de serviço público alcançaram diversos países, com maior ou menor intensidade. Na doutrina brasileira, Maria Sylvia Zanella Di Pietro alerta para a dificuldade em si definir o serviço público, aduzindo que, além das “consideráveis transformações no decurso do tempo, quer no que diz respeito aos seus elementos constitutivos, quer no que concerne à sua abrangência”, alguns autores adotam conceitos amplos e outros preferem os conceitos mais restritos.<sup>248</sup>

Amplo é o conceito de José Cretella Júnior que, acentuando a característica de prestação estatal (aí incluindo as atividades legislativa e jurisdicional), define serviço público como “toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins”<sup>249</sup>.

Para Hely Lopes Meirelles serviço público é “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples

---

os que norteiam ou devem nortear o legislador.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. p. 140-141.

<sup>245</sup> JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. II. Buenos Aires: Depalma, 1949. p. 22, nota 33.

<sup>246</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. p. 148.

<sup>247</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. p. 136-137.

<sup>248</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 18ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 96.

<sup>249</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1997, p. 402.



conveniências do Estado”<sup>250</sup>. Ao se referir à Administração o autor exclui de sua definição as atividades legislativa e jurisdicional, contudo, não distingue o poder de polícia das demais atividades exercidas pela Administração Pública.

Restrito é o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, que define serviço público como:

“toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material, destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”<sup>251</sup>.

Na lição de Odete Medauar, serviço público diz respeito a atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo. E refere-se à atividade prestacional, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como por exemplo: água, energia elétrica, transporte urbano.<sup>252</sup> Para a autora as atividades-meio, como por exemplo: arrecadação de tributos, serviços de arquivo, limpeza de repartições, não se incluem na acepção técnica de serviço público.

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera serviço público “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”<sup>253</sup>.

Atento à evolução dos conceitos, que passam a contemplar, também, os princípios fundamentais, Juarez Freitas define serviço público como sendo o “conjunto de atividades essenciais, assim consideradas pelo ordenamento jurídico, prestadas diretamente pelo Poder Público ou mediante delegação executória “lato

<sup>250</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. atual., Malheiros: São Paulo, 2003, p. 319.

<sup>251</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15.ed. ref. ampl. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 612.

<sup>252</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 368.

<sup>253</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 18ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 99.

sensu”, tendo em vista atender ao interesse geral e sob regência dos princípios constitucionais de Direito Administrativo<sup>254</sup>.

Não obstante as variações apresentadas, idéia comum a todos se destaca: a prestação estatal que vise à satisfação de necessidades coletivas. Esta idéia parece ser, portanto, o pressuposto a ser observado na instituição de serviços públicos por intermédio de consórcios.

Excluindo-se as atividades insusceptíveis de compartilhamento (por exemplo, a legislativa) o consórcio público poderá executar uma variada gama de ações atribuídas às entidades estatais como: a gestão de bens, o fomento do setor privado, além é claro, do serviço público.

Tal conclusão permite inferir uma série de possibilidades práticas como, por exemplo, a criação de consórcios públicos para prestação de serviços nas áreas da saúde (hospitais intermunicipais), educação pré-escolar e de ensino fundamental (escolas intermunicipais), saneamento (usinas intermunicipais de tratamento e reciclagem de resíduos urbanos, estações intermunicipais de tratamento de água e esgoto etc), transportes coletivos (concessão de serviços de transportes coletivos prestados em nível intermunicipal), fornecimento de energia elétrica (intermunicipalização da concessão do serviço de fornecimento de energia elétrica), iluminação pública (intermunicipalização do serviço de iluminação pública) e eventuais serviços em prol do interesse público secundário (contratação de advogado por várias Câmaras, diante da ausência de candidatos para concurso público).

A pesquisa realizada pelo IBGE, em 2001, revela que os setores que os municípios mais se associam são: saúde, aquisição e/ou uso de máquinas e equipamentos, educação, tratamento e disposição final do lixo, serviços de abastecimento de água, reciclagem de lixo, coleta seletiva de lixo, coleta de lixo especial, processamento de dados, esgotamento sanitário, limpeza urbana, remoção de entulhos e habitação.<sup>255</sup>

---

<sup>254</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos**. 3.ed. rev., e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 85.

<sup>255</sup> Dados extraídos de **Perfil dos municípios brasileiros: gestão pública 2001**, p. 169-170. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic2001/munic2001.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2006.

### 3.3 Personalidade jurídica

Até o advento da Lei Federal nº 11.107, de 06 de abril de 2005, o consórcio público era apontado pela doutrina brasileira como acordo bastante semelhante ao convênio. A diferença básica decorria do fato de o primeiro ser reservado à celebração de entidades estatais da mesma espécie ou, para ser mais específico: entre dois ou mais Municípios; entre dois ou mais Estados; enquanto, o convênio era celebrado entre entidades de esferas diferentes, como por exemplo os convênios entre União e Estados ou Municípios, ou entre Estados e Municípios.

A Lei n.º 11.107/05 mudou a natureza da personalidade jurídica do instituto ao estabelecer, no artigo 6º, que

“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.”

Como visto, a lei conferiu aos consórcios duas possibilidades: a primeira, voltada ao direito público, faculta a constituição de consórcio através de associação pública, integrante da administração indireta dos entes consorciados; a segunda, remetendo o instituto para o regime privatístico, possibilitando constituir um consórcio público através de pessoa jurídica de direito privado.

A propósito da segunda possibilidade (pessoa jurídica de direito privado), a Lei n.º 11.107/05 faz expressa previsão, no sentido de submeter tal espécie de consórcio às normas de direito público quanto às seguintes situações: realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, esta última devendo obedecer ao regime celetista. Portanto, criou-se figura híbrida, a qual

atenderá aos preceitos de direito privado para alguns atos da vida civil e preceitos do direito público para as questões acima elencadas.

Se o consórcio público agrega pessoas jurídicas de direito público, reunidas para realizar fins de interesse público, por quais razões se lhe atribuiria personalidade jurídica de direito privado se persiste a necessidade de derrogação do direito privado para algumas situações legalmente definidas ?

Odete Medauar e Gustavo Justino de Oliveira registram seu espanto acerca da atribuição de personalidade jurídica de direito privado aos consórcios públicos:

“ Desperta estranheza a modelagem de pessoa jurídica de direito privado, pois o consórcio agrega pessoas jurídicas de direito público, reunidas para realizar fins de interesse comum. Se todos os entes públicos devem nortear suas atividades pelo interesse público, um consórcio integrado por entes públicos também atuará para atender a fins de interesse público, não se justificando, portanto, a natureza de pessoa jurídica privada. Coerente seria enquadrar todos os consórcios na categoria das pessoas jurídicas de direito público. Ainda mais porque a própria lei não aceita a incidência só do direito privado sobre tal tipo, dada a obrigatoriedade de cumprimento de inúmeras normas de direito público, por comando do §2º do art. 6º.”<sup>256</sup>

Alice Gonzalez compartilha da preocupação com respeito a entregar-se a administração do consórcio público a uma associação regida pelo direito privado, mesmo com as cautelas introduzidas pelo §2º do artigo 6º da Lei 11.107/2005. Para a autora a personalidade de direito privado não é adequada para reger as relações a serem travadas exclusivamente entre pessoas de direito público interno. Ainda mais, quando a Lei em comento traçou uma série de competências para os consórcios públicos em geral, sem distinguir-lhes a espécie de regime jurídico. Ora, o desempenho de algumas dessas competências efetivamente não se coaduna com um regime de direito privado.<sup>257</sup>

---

<sup>256</sup> MEDAUAR, Odete. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios públicos**: comentários à Lei 11.107/2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 76.

<sup>257</sup> BORGES, Alice Gonzalez. Os consórcios públicos na sua legislação reguladora . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 755, 29 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7072>>. Acesso em: 08 jul. 2006.

Ainda não há consenso doutrinário sobre tais aspectos, mas, talvez o legislador tenha intencionado conferir maior grau de liberdade às ações do consórcio que não estiverem afetas às normas de direito público.

A toda evidência, o hibridismo adotado pela lei não se harmoniza com a sistematização jurídica vigente. Ressalte-se que, ainda que se possa argumentar que as transformações do direito administrativo, ocorridas nas últimas décadas em nosso país, indiquem crescente interpenetração entre os direitos público e privado, mitigando, cada vez mais, a clássica dicotomia: *direito público-direito privado*, entende-se, que na situação em exame, a criação de figura híbrida, distoante do sistema normativo vigente, não se mostra suficientemente relevante a ponto de justificar a excepcionalidade da medida.

Nesse passo, ressalta-se que o Projeto de Lei n.º 3.884/04 oferecia solução mais efetiva e consentânea ao sistema jurídico posto, na medida em que considerava que todos os consórcios constituiriam pessoa jurídica de direito público<sup>258</sup>, o que colocaria fim nas atuais divergências doutrinárias e evitando as confusões que poderão advir dessa dupla sujeição de regimes jurídicos.

De toda sorte, se os entes interessados em se consorciar optarem por criar uma pessoa jurídica de direito privado, verifica-se, à luz do Código Civil, que o consórcio pode, em tese, ser constituído sob a espécie de associação civil e fundação, consoante disposto nos artigos 15 da Lei N.º 11.107/05.<sup>259</sup>

É que o Código Civil estabelece as espécies de pessoas jurídicas de direito privado do ordenamento pátrio que, nos termos de seu artigo 44, poderão ser: sociedades, fundações e associações.

As sociedades têm por finalidade última a realização de atividade econômica com conseqüente partilha dos resultados, ou seja, vislumbram fins

---

<sup>258</sup> Art. 2º inc. IV, do PL n.º 3.884/04.

<sup>259</sup> “Art. 15. No que não contrariar esta Lei, a organização e funcionamento dos consórcios públicos serão disciplinados pela legislação que rege as associações civis.”

econômicos (artigo 981 do CC)<sup>260</sup>, o que as exclui da possibilidade de albergarem um consórcio, uma vez que, a este é expressamente vedado o fim econômico<sup>261</sup>.

Por seu turno, as fundações<sup>262</sup> - de personalidade jurídica privada - conforme disposto no artigo 62 do Código Civil, deverão observar finalidades religiosas, morais, culturais ou de assistência. Assim, por força do conceito de serviço público adotado neste trabalho<sup>263</sup>, entende-se que a constituição de consórcio público, sob a forma de fundação, restringir-se-ia às finalidades culturais e de assistência.

Contudo, a Lei Federal n.º 11.107/05 determina que “no que não contrariar esta Lei, a organização e funcionamento dos consórcios públicos serão disciplinados pela legislação que rege as associações civis”<sup>264</sup>, parecendo, assim, excluir a possibilidade de se instituir consórcios públicos através de fundações.

Por fim, as associações civis (artigo 53 do CC)<sup>265</sup>, cuja finalidade precípua é justamente a realização de atividades sem fins econômicos, amoldam-se perfeitamente à condicionante estabelecida na Lei Consorcial<sup>266</sup>.

Ao definir a natureza jurídica dos consórcios públicos Maria Sylvia Zanella Di Pietro conclui que “o consórcio público passa a constituir-se em nova espécie de entidade da Administração Indireta de todos os entes federados que dele participarem.”<sup>267</sup> E a autora completa:

---

<sup>260</sup> “Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.”

<sup>261</sup> “Art. 4º. São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam:...IV – a previsão de que o consórcio público é associação pública ou pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos;”

<sup>262</sup> Odete Medauar define com propriedade o conceito de fundação como sendo um “patrimônio personalizado destinado a um fim. Na fundação disciplinada pelo Código Civil sobressai o elemento ‘patrimônio’; seu substrato encontra-se no aspecto ‘patrimônio’, que deve ser utilizado para atender ao fim ao que foi reservado.” MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 7.ed.ver e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 85.

<sup>263</sup> Note-se, a fim de esclarecer desde já o leitor, que, a noção de serviço público para fins de instituição de consórcio público é a existência de “prestação estatal que vise à satisfação de necessidades coletivas”. Assim, tendo em conta que o Estado não se imiscui em assuntos religiosos (Estado laico) nem naqueles com conotação moral, a um consórcio estabelecido sob a modalidade fundacional restar-lhe-á apenas as possibilidades de prestação de serviços na área da cultura e da assistência.

<sup>264</sup> Art. 15 da Lei Federal n.º 11.107/05.

<sup>265</sup> “Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

Parágrafo único. Não há entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.”

<sup>266</sup> Art. 4º, inc. IV, da Lei Federal n.º 11.107/05.

<sup>267</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia, DI PIETRO, Maria Sylvia, O consórcio público na lei 11.107 de 06.04.2005. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n.º 6, junho/julho/agosto 2006. p. 4. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 18/06/2006. p. 4

“ Embora o artigo 6º só faça essa previsão com relação aos consórcios constituídos como pessoas jurídicas de direito público, é evidente que o mesmo ocorrerá com os que tenham personalidade de direito privado. Não há como uma pessoa jurídica política (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) instituir pessoa jurídica para desempenhar atividades próprias do ente instituidor e deixá-la fora do âmbito de atuação do Estado, como se tivesse sido instituída pela iniciativa privada. Todos os entes criados pelo Poder Público para o desempenho de funções administrativas do Estado têm que integrar a Administração Pública Direta (se o ente for instituído como órgão sem personalidade jurídica) ou indireta (se for instituído com personalidade jurídica própria). Até porque os desempenho dessas atividades dar-se-á por meio de descentralização de atividades administrativas, inserida na modalidade de descentralização por serviços.”<sup>268</sup>

Portanto, nesse tocante, a Lei dos Consórcios deixou de resolver um dos cruciais problemas verificados no período em que inexistia regramento sobre o assunto, no qual, por absoluta falta de orientação normativa, foram criados milhares de consórcios em todo o território nacional que albergaram, de forma absolutamente desordenada, uma das seguintes situações: consórcio sem personalidade jurídica, com personalidade jurídica de direito privado ou com personalidade jurídica de direito público.

Por fim, considerando que praticamente todas as atividades relevantes do consórcio, constituído sob a personalidade de direito privado, serão disciplinadas por normas de direito público (contratação para aquisição de produtos, serviços, obras de engenharia, pessoal e prestação de contas) não se verifica vantagem em instituí-la como pessoa jurídica de direito privado. Pelo contrário, criam-se outros problemas, já que se os entes federativos optarem pela natureza privada, o consórcio não adquire personalidade jurídica somente pela vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções, como no caso dos consórcios de natureza pública, uma vez que, por força do inciso II do artigo 6º, da Lei 11.107/05, é imprescindível que, após a ratificação, sejam atendidos os preceitos da legislação civil, sobretudo o disposto no artigo 45 do

---

<sup>268</sup> DI PIETRO. Maria Sylvania, O consórcio público na lei 11.107 de 06.04.2005. p. 4-5.

Código Civil, segundo o qual as pessoas jurídicas de direito privado só passam a existir com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro.<sup>269</sup>

Ressalte-se que, independentemente da sua natureza jurídica, a lei confere aos consórcios públicos alguns privilégios:

- “a) poder de promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público (art. 2º, §1º, inciso II);
- b) possibilidade de ser controlado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, com dispensa de licitação (art. 2º, §1º, inciso III);
- c) limites mais elevados para fins de escolha de modalidade de licitação (§8º do artigo 23 da Lei n.º 8.666, de 23-6-93, acrescentado pela Lei 11.107/05);
- d) poder de dispensar a licitação 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 (art. 24, XXVI, da Lei 8.666/93, acrescentado pela Lei 11.107/05);
- e) valores mais elevados para a dispensa de licitação em razão do valor, prevista no artigo 24, incisos I e II, da Lei n.º 8.666/93, conforme alteração introduzida no parágrafo único do artigo 24 pela Lei n.º 11.107/05.”<sup>270</sup>

Outra estranheza manifestada pela doutrina, e que também decorre da personalidade jurídica atribuída aos consórcios públicos, é o fato deles fazerem parte da Administração Indireta de todos os entes Federativos consorciados.

Sobre o assunto pondera Odete Medauar e Gustavo Justino de Oliveira ponderam:

“Um primeiro ponto a ressaltar situa-se na duvidosa constitucionalidade do preceito, ante a mescla de entes federativos a integrar a Administração indireta de um ente federativo. Tal situação fere o próprio federalismo, não pela agregação em consórcio, conforme notado anteriormente, mas por um excessivo ‘misturar-se’ das entidades federativas. Além do mais, há lesão à autonomia, sobretudo nos itens da auto-organização e auto-administração. (...)”

<sup>269</sup> MEDAUAR, Odete. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios públicos**: comentários à Lei 11.107/2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 76-77.

<sup>270</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia, O consórcio público na lei 11.107 de 06.04.2005. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n.º 6, junho/julho/agosto 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 18/06/2006.



Outro aspecto diz respeito ao caráter temporário, provisório, ‘itinerante’ desta entidade da Administração indireta de todos os entes consorciados, pois o contrato de consórcio tem prazo determinado de duração (art. 4º, inc. I, da Lei 11.107/2005). Não se tem notícia de criação de entidade da Administração indireta com prazo de duração. Além do mais, revela-se desnecessária a inserção do consórcio público na Administração indireta dos integrantes para o seu adequado funcionamento.”<sup>271</sup>

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro o fato de os consórcios públicos fazerem parte da Administração Indireta de todos os entes políticos que deles participem como “sócios” causa grandes dificuldades no que se refere à fiscalização.<sup>272</sup>

Isto porque, além do controle pelo Tribunal de Contas, as entidades da Administração Indireta sujeitam-se ao controle administrativo ou tutela, disciplinado, na esfera federal, pelo Decreto-lei 200, de 25-2-67, razão pela qual, poderá acontecer de o mesmo consórcio ser controlado por vários entes federativos que dela façam parte; ou, de a mesma pessoa jurídica fazer parte de diferentes consórcios e ter de controlar todos eles. Além disso, a inserção da entidade na Administração indireta far-se-á limitadamente, porque cada consorciado participará do consórcio nos termos e limites definidos na lei que o ratificar. Nem poderá exercer qualquer tipo de controle que signifique interferência na autonomia dos outros consorciados.

### 3.4 A natureza contratual e a operacionalização do consórcio público

O artigo 3º da Lei Consorcial define expressamente que “o consórcio será constituído por contrato”. Como visto, o dispositivo não deixa dúvidas ao incluir o consórcio público na categoria contratual, afastando, assim, a clássica contraposição doutrinária entre contrato e consórcio.<sup>273</sup>

<sup>271</sup> MEDAUAR, Odete. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios públicos: comentários à Lei 11.107/2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 77.

<sup>272</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia, O consórcio público na lei 11.107 de 06.04.2005. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n.º 6, junho/julho/agosto 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 18/06/2006.

<sup>273</sup> Até a 18ª edição de sua obra, **Direito Administrativo**, Maria Sylvia Zanella Di Pietro lecionou: “Existem pontos comuns entre consórcio e o convênio (...). Em ambos existe um acordo de vontades que não chega a ser um contrato, precisamente pelo fato de os interesses serem comuns, ao passo que, no contrato, os interesses são contrapostos.” p. 300-301.

Embora a Lei 11.107/05 estabeleça que o consórcio será constituído por contrato, Maria Sylvia Zanella Di Pietro alerta para o fato de que, na prática, a constituição do consórcio público se fará com observância de todo um procedimento. A autora aponta as seguintes fases desse procedimento:

- “a) subscrição de protocolo de intenções (art. 3º);
- b) publicação do protocolo de intenções na imprensa oficial (art. 4º, §5º);
- c) lei promulgada por cada um dos partícipes, ratificando, total ou parcialmente, o protocolo de intenções (art. 5º) ou disciplinando a matéria (art. 5º, § 4º);
- d) celebração de contrato (art. 3º),
- e) atendimento das disposições da legislação civil, quando se tratar de consórcio com personalidade de direito privado (art. 6º, II).”<sup>274</sup>

Para melhor compreensão do suscitado procedimento, passa-se a análise de cada uma das fases ora elencadas.

### 3.4.1 O protocolo de intenções

O artigo 3º da Lei Consorcial impõe a elaboração de protocolo de intenções como condição prévia para a celebração de consórcio público. O protocolo de intenções tem o condão de materializar o intuito de conjugação de esforços dos entes federativos, visando a futura celebração de um contrato de consórcio. Trata-se de instrumento que “desencadeia futuros convênios ou contratos, como especificações ou concretizações daquele”.<sup>275</sup>

Como reflexo da Administração Pública Consensual, a redação do protocolo de intenções sucede a vários trâmites informais, negociações, conciliações e

---

<sup>274</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia, O consórcio público na lei 11.107 de 06.04.2005. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. p. 7.

<sup>275</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 230.

compatibilização de interesses e busca de consenso entre os futuros membros dos consórcios.<sup>276</sup>

O artigo 4º elenca as cláusulas mínimas do protocolo de intenções, vale dizer: cláusulas obrigatórias, as quais podem ser agrupadas da seguinte forma:

- a. Identidade do consórcio: com sua denominação, especificação quanto à finalidade, ao prazo de duração e à sede (inciso I), identificação dos entes consorciados (inciso II) e delimitação da área de atuação (inciso III);
- b. Regras de instituição e funcionamento: com a definição de sua personalidade jurídica (inciso IV), os critérios para a entidade representar os entes consorciados em assuntos de interesse comum (inciso V), normas de convocação e funcionamento da Assembléia Geral, que será a instância máxima da associação, definindo-se o número de votos de cada membro (incisos VI e VII e § 2º); ainda deverão constar o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado (inciso IX), as condições para que sejam celebrados contrato de gestão ou termo de parceria e, mais do que isso, qualquer contrato ou acordo com terceiros (inciso X); por fim, no protocolo estará a autorização para a gestão associada de serviços públicos, em favor da entidade criada (inciso XI);
- c. direitos dos contratantes: basicamente será o de exigir o pleno cumprimento das cláusulas pelos demais participantes.

Na realidade, o conteúdo mínimo do protocolo de intenções não se esgota no artigo 4º da Lei Federal nº 11.107/05. A leitura atenta dos seus mandamentos sugere que outros elementos devam estar bem definidos naquela peça preliminar, como certos aspectos estruturais sobre a elaboração formal e material dos contratos de

---

<sup>276</sup> MEDAUAR, Odete. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios públicos**: comentários à Lei 11.107/2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.47.

rateio e dos contratos de programa, assunto que será desenvolvido mais à frente. De igual sorte, as formas de alteração e extinção do protocolo e, ainda, a possibilidade de suspensão, de retirada por vontade própria ou mesmo de exclusão de entidade consorciada se afiguram elementos a constar dessa definição inicial, sem esquecer do ingresso de novas entidades ao grupo.

As grandes questões ligadas à participação dos Municípios no consórcio são assuntos inerentes ao protocolo de intenções.

Ressalte-se, entretanto, que, a subscrição do protocolo de intenções não obriga o ente federativo que, poderá não participar do consórcio (artigo 5º, §1º) ou poderá participar parcialmente, se a ratificação por lei for feita com reserva e aceita pelos demais subscritores do protocolo de intenções (art. 5º, § 2º).

Embora genérico, o §5º do artigo 4º da Lei Federal 11.107/2005, determina que ao protocolo de intenções deve ser conferida publicidade, e por isso exige sua veiculação na imprensa oficial. Exigência que se afina com o princípio constitucional da publicidade, constante no artigo 37, *caput*, da Carta Política, e tem por escopo dar conhecimento a todos que possam interessar do teor do protocolo, conferindo, portanto, a necessária transparência dos assuntos públicos.

Assim, José Afonso da Silva diz que:

“A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo.”<sup>277</sup>

Citando Hely Lopes Meirelles, José Afonso da Silva continua:

"Enfim, a 'publicidade, como princípio da administração pública [diz Hely Lopes Meirelles], abrange toda a atuação estatal, não só sob o aspecto da divulgação oficial de seus atos, como também de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes...'. ”<sup>278</sup>

---

<sup>277</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 649.

<sup>278</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 650.

Fulcrada nos ensinamentos de Norberto Bobbio e Celso Lafer, Odete Medauar pontifica magistralmente que, “o tema da transparência e visibilidade, também tratado como publicidade da atuação administrativa, encontra-se associado a reivindicação geral da democracia administrativa”.<sup>279</sup>

Enfatize-se que, como o protocolo de intenções expressa um compromisso multilateral, a publicação deverá ocorrer nas imprensas oficiais de todos os entes federativos envolvidos no futuro consorciamento.<sup>280</sup>

A despeito de a lei consorcial ter silenciado acerca das conseqüências decorrentes da não publicação do protocolo de intenções, essa se mostra como condição de sua eficácia, uma vez que segundo o princípio da publicidade, inserido no artigo 37 da Carta Magna, exige ampla divulgação dos atos praticados pela Administração pública.

Ressalte-se que, a despeito de não ser um requisito de forma do ato administrativo, a publicidade é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige.<sup>281</sup>

Como visto, o princípio da publicidade exige, nas formas admitidas em Direito, e dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos, a obrigatória divulgação dos atos da Administração Pública, com o objetivo de permitir seu conhecimento e controle pelos órgãos estatais competentes e por toda a sociedade.

No que tange à forma de se dar publicidade aos atos da Administração, a doutrina tem afirmado que ela poderá ocorrer tanto por meio da publicação do ato, como por sua simples comunicação a seus destinatários. Caberá à lei indicar, pois, em cada caso, a forma adequada de se dar a publicidade aos atos da Administração Pública. Normalmente, esse dever é satisfeito por meio da publicação em órgão de imprensa oficial da Administração, entendendo-se com isso não apenas os Diários ou Boletins Oficiais das entidades públicas, mas também – para aquelas

---

<sup>279</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 138.

<sup>280</sup> MEDAUAR, Odete. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios públicos**: comentários à Lei 11.107/2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 70.

<sup>281</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 28 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 89.

unidades da Federação que não possuam tais periódicos – os jornais particulares especificamente contratados para o desempenho dessa função, ou outras excepcionais formas substitutivas, nos termos das normas legais e administrativas locais.

Tem-se, portanto, que as formas pelas quais se pode dar publicidade aos atos administrativos, nos termos do princípio constitucional em exame, serão diferenciadas de acordo com o que reste expressamente estabelecido no Direito Positivo, e em sendo omissos estes, conforme os parâmetros estabelecidos na teoria geral dos atos administrativos.

### **3.4.2 A autorização legislativa para a instituição dos consórcios públicos**

A ratificação do protocolo de intenções deverá ser efetivada por todos os entes subscritores do protocolo de intenções e se expressa por lei.

Até a edição da Lei 11.107/2005, a exigência de autorização legislativa para a celebração de consórcio era considerada inconstitucional pela doutrina pátria, por se entender que feria o princípio da independência dos Poderes. Agora, o artigo 5º, *caput*, da Lei 11.107/2005 exige ratificação legislativa, seja porque, em sua grande maioria, os consórcios implicam gastos não previstos na lei orçamentária já aprovada, seja porque, no caso dos consórcios dotados de personalidade de direito público, instituído por associação pública, somente por lei específica poderá ser criada autarquia (art. 37, inc. XIX, CR/88).

A atuação ordinária do Poder Executivo, em regra, não necessita de qualquer autorização específica, mas a implementação de ações de governo que envolva contrapartida – exigência de uma obrigação extraordinária – não está autorizada, de forma genérica, em normas orgânicas.

Diante da inexistência de previsão na lei orçamentária dos futuros entes consorciados, não poderia o Poder Executivo originar tais encargos. Vale dizer, a organização dos consórcios, sua gestão e implemento, é realizada pelo Poder Executivo, que, por força do princípio da separação dos poderes, necessita de autorização legislativa para assumir encargos previstos no termo de cooperação.

Logo, constata-se que se a ação do Executivo implicar assunção de ônus e encargos de qualquer natureza, necessária e indispensável será a autorização do respectivo Poder Legislativo, a fim de que se conheça em que medida serão empregados os recursos públicos despendidos.

Ressalte-se, por derradeiro que a ratificação do protocolo de intenções pode ser dispensada no caso de o ente da Federação, antes de subscrever o protocolo de intenções, tenha disciplinado a sua participação no consórcio em lei específica, ficando a sua participação restrita aos termos da lei anterior.

Por sua vez o §3º do artigo 5º da Lei Consorcial estabelece que, a ratificação realizada após dois anos da subscrição do protocolo dependerá da homologação da assembléia geral do consórcio público.

### **3.4.3 A constituição, alteração e extinção do consórcio**

Ratificado o protocolo de intenções, mediante lei, haverá ainda de ser celebrado o contrato propriamente dito, o qual será redigido segundo consenso das partes contratantes, contribuindo, assim, para aprimorar a eficiência dos fins almejados pelo consórcio.

Ressalte-se, ainda, que a consensualidade deverá informar não só a celebração dos contratos que darão vida ao consórcio público, mas todos os atos praticados pelo consórcio.

Como ressaltado anteriormente, um dos pontos que davam ao consórcio ares de precariedade decorria da aplicação a eles da perspectiva vigente para os convênios, no sentido de que as partes não ficavam obrigadas a cumprir seus encargos até o fim, ao menos com o rigor que ocorre em uma relação contratual. Em uma primeira análise é de se reconhecer que, ao espírito de cooperação seria incompatível o estabelecimento de deveres recíprocos, ou, pior ainda, de penalidades em caso de descumprimento. Assim, tudo dependia da boa vontade dos entes associados em cumprir com zelo suas atribuições e de manterem-se unidos na empreitada.

O texto da Lei Consorcial, porém, não quis deixar dúvidas e consignou que no protocolo de intenções deva constar "o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplente com suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas de consórcio público" (art. 4º, XII). Ou seja, cada um dos participantes pode se ver obrigado a executar suas tarefas, inclusive por via judicial. Em outra passagem, prevê-se que mesmo a retirada do consorciado não prejudicará as obrigações assumidas por ele (art. 11, § 2º).

O contrato somente poderá ser celebrado após a formalização do protocolo de intenções e da ratificação por lei de cada ente federativo envolvido.

Quanto à alteração ou extinção do consórcio, o artigo 12 da lei determina que dependerá de instrumento aprovado pela assembléia geral, ratificado mediante lei por todos os entes consorciados. Nem poderia ser diferente, já que, sendo instituído mediante lei, não poderá ser alterado ou extinto sem lei.

A Lei Consorcial prevê a possibilidade de retirada voluntária de um dos membros do contrato de consórcio. Nesse caso, exige-se ato formal perante a Assembléia Geral (art.11), mas pelos motivos expostos anteriormente, faz-se necessário que o ente para se desligar dependa de lei autorizativa, porque a decisão afeta a lei que admitiu sua participação.

Além da retirada voluntária, a Lei Consorcial prevê suspensão ou mesmo exclusão do consorciado que não contemplar, em sua lei orçamentária ou em créditos adicionais, as dotações suficientes para suportar as despesas a serem assumidas por contrato de rateio. A Lei Federal nº 11.107/05 sinaliza, sim, a hipótese, mas ela deverá estar contemplada na legislação dos consorciados integrantes para se tornar exequível.

Nos termos do §2º do artigo 12, "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."

Por fim, necessário se faz reiterar que, o consórcio de direito privado não adquire personalidade jurídica somente pela vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções, como no caso dos consórcios de natureza pública, uma vez



que, por força do inciso II do artigo 6º, da Lei 11.107/05, é imprescindível que, após a ratificação, sejam atendidos os preceitos da legislação civil, sobretudo o disposto no artigo 45 do Código Civil, segundo o qual as pessoas jurídicas de direito privado só passam a existir com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro.<sup>282</sup>

#### 3.4.4 O contrato de rateio

O contrato de rateio, previsto no artigo 8º, constitui instrumento mediante o qual os entes consorciados entregarão recursos ao consórcio público. Recursos esses que devem estar previstos na lei orçamentária de cada consorciado ou de lei que abra créditos especiais, sob pena de exclusão, após prévia suspensão (§5º do art. 8º), e sob pena de improbidade administrativa (art. 10, XV, da Lei n.º 8.429/92, com redação dada pelo artigo 18 da Lei n.º 11.107/05).

Esta modalidade de financiamento se constitui na única forma possível de repasse de recursos dos entes federativos ao consórcio público que integram.

Por sua vez o §2º do artigo 8º da Lei Consorcial veda a aplicação dos recursos transferidos ao consórcio para o atendimento de despesas genéricas, como as transferências e operações de crédito. Tal medida, cria um ambiente de segurança jurídica<sup>283</sup>, impedindo que o instituto consorcial se transforme em forma indevida de desvio de verbas públicas. Assim, os recursos advindos dos entes consorciados deverão, por força de lei, ser efetivamente empregados nas atividades que guardem relação com a finalidade do consórcio criado, discriminadas especificamente nos controles financeiro e contábil do consórcio.

Com relação aos requisitos formais atinentes à sua celebração, a Lei Consorcial silenciou a respeito. Contudo, somente após a publicação da proposta orçamentária do consórcio é que se terá um parâmetro quantitativo do custeio da

---

<sup>282</sup> MEDAUAR, Odete. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios públicos**: comentários à Lei 11.107/2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 76-77.

<sup>283</sup> MEDAUAR, Odete. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios públicos**: comentários à Lei 11.107/2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 83.

instituição e/ou manutenção do consórcio público a ser rateado entre os entes consorciados.

Além disso, a Lei Consorcial explicitou que “o contrato de rateio será formalizado em cada exercício financeiro e seu prazo de vigência não será superior ao das dotações que o suportam”<sup>284</sup>, com duas exceções: no caso dos contratos que tenham por objeto exclusivo programa ou ação contemplada em plano plurianual ou no caso de gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou preços públicos.

Diante da inexistência de previsão legal autorizadora de diminuição do valor da cota de rateio, o ente federativo efetivamente se empenhará em cumprir o acordado, mesmo porque a inexistência de “dotações suficientes para suportar as despesas assumidas por meio de contrato de rateio” passa a constituir motivo de exclusão do consórcio público<sup>285</sup>, além de configurar ato de improbidade administrativa do gestor responsável<sup>286</sup>.

Portanto, o contrato de rateio é o instrumento legitimador das obrigações financeiras dos entes participantes do consórcio, que deverá ser minudentemente observado pelos gestores dos entes consorciados, pena de responderem pessoalmente pelos danos que vierem a causar ao erário.

### 3.4.5 O contrato de programa

Outra figura importante do regime jurídico consorcial é o contrato de programa. A finalidade desse instrumento é extraída do *caput* do artigo 13 da Lei dos Consórcios, cujo teor estabelece que:

“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

<sup>284</sup> Art. 8º, § 1º, da Lei Federal n.º 8.884/04.

<sup>285</sup> Art. 8º, § 5º da Lei Federal n.º 11.107/05.

<sup>286</sup> O art. 18 da Lei Federal n.º 11.107/05 alterou o art. 10 da Lei Federal n.º 8.429/92, criando incisos 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) e XV (celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei).

serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.”

Note-se que as obrigações reguladas pelo contrato de programa são obrigações de cunho operacional, ligadas a encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à implementação dos objetivos do consórcio firmado.

O contrato de programa deverá atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos, em especial, a que normatiza o cálculo de tarifas e de outros preços públicos, bem como a regulação dos serviços a serem prestados. Além disso, dito instrumento deverá “prever procedimentos que garantam a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares”<sup>287</sup>.

Se houver previsão no “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”<sup>288</sup>, devendo-se atentar para a sua automática extinção no caso de o contratado deixar de integrar a administração indireta do ente da Federação que autorizou a gestão associada de serviços públicos<sup>289</sup>. Vale dizer: um consórcio firmado entre os municípios A e B pode celebrar contrato de programa com uma autarquia de um dos municípios a fim de que tal entidade tenha participação parcial ou total na prestação de serviços da gestão associada.

No caso da gestão associada originar transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade da atividade-objeto do consórcio, deverão estar contemplados no contrato de programa:

- a. os encargos transferidos e a responsabilidade subsidiária da entidade que os transferiu;

---

<sup>287</sup> Art. 13, § 1º, incisos I e II, da Lei Federal n.º 11.107/05.

<sup>288</sup> Art. 13, § 5º, da Lei Federal n.º 11.107/05.

<sup>289</sup> Art. 15, § 6º, da Lei Federal n.º 11.107/05.

- b. as penalidades no caso de inadimplência em relação aos encargos transferidos; aqui a Lei abre ao contrato a enumeração das sanções, situação inusitada e fadada à polêmica no Direito Administrativo, que mais tradicionalmente reserva à lei formal estabelecer pelo menos o elenco das medidas cabíveis;
- c. o momento de transferência dos serviços e os deveres relativos a sua continuidade;
- d. a indicação de quem arcará com os ônus e os passivos do pessoal transferido;
- e. a identificação dos bens que terão apenas a sua gestão e administração transferidas e o preço dos que sejam efetivamente alienados ao contratado;
- f. o procedimento para levantamento, cadastro e avaliação dos bens reversíveis que vierem a ser amortizados mediante receitas de tarifas ou outras emergentes da prestação dos serviços.

É curioso notar que o § 4º do citado artigo 13 destaca que o contrato de programa continuará vigente mesmo quando extinto o consórcio público que autorizou a gestão associada. A previsão parece despropositada, salvo se puder se defender, conforme o caso, a sucessão no pólo credor da relação.

Ademais, a Lei Federal n.º 11.107/05 disciplinou a nulidade da cláusula que atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados<sup>290</sup>, evidenciando a indelegabilidade de ditas atribuições consorciais.

---

<sup>290</sup> Art. 13, § 3º, da Lei Federal n.º 11.107/05.

### 3.4.6 O controle dos consórcios públicos

Relativamente ao controle financeiro do consórcio público, fica expressamente consignado no artigo 9º da Lei 11.107/05 que “a execução das receitas e das despesas do consórcio deverá obedecer às normas de direito financeiro aplicáveis às entidades públicas”. Esta norma é dirigida, a toda evidência, aos consórcios públicos constituídos sob a forma de pessoa jurídica de direito privado, pois aqueles criados sob a denominação de associação pública, por serem pessoas jurídicas de direito público, já estariam submetidos às aludidas regras de direito financeiro.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro o fato de os consórcios públicos fazerem parte da Administração Indireta de todos os entes políticos que deles participem como “sócios” causa grandes dificuldades no que se refere ao controle, inclusive no que se refere à autonomia dos consorciados. Nas palavras da autora:

“Além do controle pelo Tribunal de Contas, as entidades da Administração Indireta sujeitam-se ao controle administrativo ou tutela, disciplinado, na esfera federal, pelo Decreto-lei 200, de 25-2-67, sob o título de supervisão ministerial (arts. 19 a 29). Poderá acontecer que o mesmo consórcio seja controlado por vários entes federativos que dela façam parte; como pode acontecer de a mesma pessoa jurídica fazer parte de diferentes consórcios e ter de controlar todos eles. Além disso, a inserção da entidade na Administração indireta far-se-á limitadamente, porque cada consorciado participará do consórcio nos termos e limites definidos na lei que o ratificar. Nem poderá exercer qualquer tipo de controle que signifique interferência na autonomia dos outros consorciados.”<sup>291</sup>

Em seguida, a Lei dos Consórcios Públicos adentra na importante questão do controle externo dos consórcios públicos, que apenas atribuía a responsabilidade das contas do consórcio ao seu representante legal, mas não determinava qual tribunal de contas ficaria com o encargo de fiscalização do consórcio, no caso de a gestão associada ser composta por mais de uma espécie de ente federativo.

---

<sup>291</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia, O consórcio público na lei 11.107 de 06.04.2005. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n.º 6, junho/julho/agosto 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 18/06/2006.

O legislador instituiu, através da Lei dos Consórcios, o que se poderia denominar de unicidade de controle externo dos consórcios públicos, ao disciplinar que “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”<sup>292</sup>.

Sobre o tema Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que:

Quanto ao controle pelo Tribunal de Contas, o artigo 9º, parágrafo único, da Lei 11.107/05 tentou resolver o assunto, evitando a repetição de controles por Tribunais diferentes; o dispositivo determinou que ‘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.’ Isto, contudo, não tem e não pode ter o condão de afastar o controle efetuado pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as conta dos demais entes federativos partícipes do consórcio, sob pena de infringência às normas constitucionais sobre fiscalização pelo Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas.”<sup>293</sup>

Dessa forma, um consórcio formado pela União, Estado de Minas Gerais e Município de Belo Horizonte será fiscalizado pelo Tribunal de Contas da União, quando o seu representante legal for o Presidente da República; pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais quando o responsável for o Governador daquele Estado ou quando o gestor for o Prefeito daquela cidade.

Sem o implemento dessa sistematização, o controle externo dos consórcios públicos, que alberguem entes federativos que estejam sujeitos à fiscalização de tribunais de contas diversos, será ineficaz, e em nada ou muito pouco contribuirão no combate à corrupção, à fraude e ao uso indevido do dinheiro público no âmbito dos consórcios públicos.

Ressalte-se, todavia, que a mencionada norma deverá ser aplicada com cautela na medida em que a mesma não retira as atribuições dos Tribunais de Contas

---

<sup>292</sup> Art. 9º, Parágrafo único, da Lei Federal n.º 11.107/05.

<sup>293</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia, O consórcio público na lei 11.107 de 06.04.2005. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n.º 6, junho/julho/agosto 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 18/06/2006.

competentes para apreciar as contas dos demais entes federativos partícipes do consórcio, sob pena de violar a autonomia que lhes é conferida.

Por sua vez, a norma reguladora dos Consórcios Públicos também dedicou regra para o controle dos contratos de rateio, disciplinando que a fiscalização desses instrumentos ficará ao encargo dos controles externos respectivos<sup>294</sup>.

No que tange aos agentes públicos incumbidos da gestão de consórcio, a Lei Federal n.º 11.107/05 estabelece que os mesmos não responderão pessoalmente pelas obrigações contraídas pelo consórcio. Dessa forma, não se poderá exigir a responsabilização civil ou administrativa de um representante legal de consórcio, se a obrigação contraída pela gestão associada defluiu de ato praticado em conformidade com a lei ou com o seu estatuto. Contudo, responderá o aludido agente público pelos atos praticados pelo consórcio que violarem normas legais ou estatutárias.

Este regramento impede, por exemplo, que eventuais divergências surgidas na relação consorcial possam resultar em demandas administrativas e judiciais, que visem à responsabilização de quem, dirigindo o consórcio dentro dos ditames normativos, contraiu obrigação que tenha conflitado com interesses de algum ente integrante, cujo voto tenha sido vencido na deliberação da assembléia de determinada questão, pois o gestor consorcial, em tais circunstâncias, sempre poderá invocar em sua defesa o Parágrafo único do art. 10 da Lei Federal n.º 11.107/05<sup>295</sup>.

Trata-se de uma prerrogativa legal proporcionada ao representante de consórcio, visando a estabelecer as condições imprescindíveis de resguardo de seu patrimônio particular, a fim de que ele possa conduzir com destemor os negócios consorciais, pois de outra forma, seus bens pessoais estariam constantemente ameaçados pela irresignação dos demais componentes da assembléia geral ou, ainda, de terceiros, o que inviabilizaria a função diretiva de um consórcio público. Assim, as obrigações de um consórcio serão satisfeitas apenas com o patrimônio da entidade constituída para tal fim.

---

<sup>294</sup> Art. 9º, Parágrafo único, da Lei Federal n.º 11.107/05.

<sup>295</sup> “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.”

Ainda dentro do escopo fiscalizatório, o legislador, em consonância com as diretrizes da Lei de Responsabilidade Fiscal, estipulou a obrigação de o consórcio público fornecer as informações necessárias a fim de que os entes consorciados possam consolidar em suas respectivas contas “todas as despesas realizadas com os recursos entregues em virtude de contrato de rateio”<sup>296</sup>, conferindo a necessária transparência de gestão às ações consorciais.

---

<sup>296</sup> Art. 8º, § 4º da Lei Federal n.º 11.107/05.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A feição pluriclasse da sociedade surge como um novo desafio para a Administração Pública, à medida que aumenta o leque das demandas sociais a serem atendidas pelas instituições integrantes desta mesma Administração. O paradigma bipolar Estado-cidadão dá lugar ao paradigma multipolar, no qual se apresentam múltiplos agentes e interessados na discussão dos assuntos públicos.

Diante da multiplicação dos interesses e da expectativa social de que todos eles sejam tutelados satisfatoriamente, as formas de atuação unilateral da Administração vêm sendo repensadas, principalmente a partir da constatação de que, ao lado da democracia política, social e econômica, deve ser efetivada a “democracia administrativa”<sup>297</sup>. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.

No terreno das relações Administração Pública-Administração Pública a tarefa de cooperação administrativa, sofreu forte impulso, diante da possibilidade de mútuo desenvolvimento.

No que toca à realidade da Administração Pública brasileira, na qual os imperativos contingenciais de escassez de recursos financeiros e da demanda por melhores serviços públicos se mostram uma constante no contexto de expansão da democracia, a união dos entes federados representa não apenas a economia de gastos, a troca de experiências, ou maior transparência em razão da diversidade dos agentes políticos envolvidos; mas, sobretudo, a possibilidade de implementar políticas públicas, que, como processo de formação do interesse público, devem ser vistas como escolha de prioridades regionais<sup>298</sup>.

Nessa senda, a nova disciplina legal dos consórcios públicos, a Lei Federal n.º 11.107/05, está afinada com um perfil contemporâneo de Administração Pública, uma Administração Consensual, em que há destaque para atividades e

---

<sup>297</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 100.

<sup>298</sup> Maria Paula Dallari Bucci, *in* *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 264, assevera que as políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito.

procedimentos negociais que culminem com a conciliação e a compatibilização de todos os interesses envolvidos em torno de uma causa comum.

Contudo, apesar da promulgação da Lei n.º 11.107/2005 ter o mérito de tentar disciplinar a matéria dos consórcios entre entes políticos, não há dúvida de que a lei merece críticas. Mais do que resolver problemas ela os criou.

Antes da norma consorcial, havia um certo consenso no entendimento de que o consórcio administrativo, do mesmo modo que o consórcio de empresas previsto no artigo 278, §1º, da Lei das Sociedades por Ações (Lei n.º 6.404, de 15.12.76), não adquire personalidade jurídica. Apenas se discutia a melhor forma de administrar o consórcio.

Ao facultar a criação de consórcio público através pessoa jurídica de direito público (associação pública) ou por pessoa jurídica de direito privado (associação civil), a Lei Consorcial criou indesejável dupla sujeição do consórcio público em termos de regime jurídico, pois, deverá obedecer tanto ao regime jurídico do direito privado quanto ao do direito público, sem que, efetivamente, haja razão plausível, de ordem prática, a justificar a excepcionalidade adotada.

Por fim, vale, ainda, destacar que a Lei dos Consórcios pacificou a questão relativa ao controle externo dos consórcios públicos, atribuindo-lhes unicidade de controle externo, ao definir que um consórcio público se sujeita à fiscalização contábil, operacional e patrimonial do tribunal de contas competente para fiscalizar as contas de seu representante legal. Solução simples e inteligente, cuja eficácia, todavia, dependerá da criação de um sistema de controle externo nacional, a fim de que a autonomia fiscalizatória dos Tribunais de Contas não seja violada. Assim, a partir do advento da lei em exame o emprego de procedimentos de auditoria unívocos que utilizem a mesma metodologia e persigam as mesmas metas, independentemente de qual seja a corte de contas fiscalizadora, assegurará resultados efetivos do controle externo, sobretudo, no combate à corrupção, à fraude e ao uso indevido do dinheiro público no âmbito dos consórcios públicos, sem violar a autonomia de competências.

Como visto, o tratamento normativo conferido aos consórcios públicos pela Lei 11.107/2005 qualifica-os como instrumentos da Administração Pública Consensual. Assim, a despeito de apoiarem a execução cooperada de políticas

com conteúdos de transversalidade e territorialidade, é importante reconhecer que os consórcios públicos não serão capazes de resolver todos os conflitos e pendências decorrentes do desenho ainda inconcluso da Federação brasileira.

**ANEXO**

1. Lei Federal 11.107, de 6 de abril de 2005
2. Projeto de Lei 3.884, de 2004

**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 assembléia geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público;
- VII – a previsão de que a assembléia 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 assembléia 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 2000, 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, 6 de abril de 2005; 184<sup>o</sup> da Independência e 117<sup>o</sup> da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

*Márcio Thomaz Bastos*

*Antônio Palocci Filho*

*Humberto Sérgio Costa Lima*

*Nelson Machado*

*José Dirceu de Oliveira e Silva*

(Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 7.4.2005.)

## **PROJETO DE LEI 3.884, de 2004**

*Institui normas gerais de contratos para a constituição de consórcios públicos, bem como de contratos de programa para a prestação de serviços públicos por meio de gestão associada e dá outras providências.*

**O CONGRESSO NACIONAL** decreta:

### **TÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES**

#### **Capítulo I DO OBJETO E DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO**

**Art. 1º** Esta Lei institui normas gerais de contratos para a constituição de consórcios públicos, bem como de contratos de programa para a prestação de serviços públicos por meio de gestão associada.

#### **Capítulo II DAS DEFINIÇÕES**

**Art. 2º** Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - consórcio público: a associação pública formada por dois ou mais entes da Federação, para a realização de objetivos de interesse comum;

II - área de atuação do consórcio público: independentemente de figurar a União como consorciada, a que corresponde à soma dos territórios:

a) dos Municípios, quando o consórcio público for constituído somente por Municípios ou por um Estado e Municípios com territórios nele contidos;



b) 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;

c) dos Municípios e dos Estados, quando o consórcio público for constituído por um ou mais Estados e Municípios contíguos a qualquer deles;

d) dos Municípios e do Distrito Federal, quando o consórcio for constituído pelo Distrito Federal e os Municípios a ele contíguos, e

e) dos Municípios, do Distrito Federal e dos Estados, quando o consórcio for constituído pelo Distrito Federal, um ou mais Estados e Municípios contíguos a qualquer destes últimos;

III - protocolo de intenções: contrato preliminar que, ratificado mediante lei pelos entes da Federação interessados, converte-se em contrato de consórcio público;

IV - contrato de consórcio público: ato constitutivo do consórcio público, conferindo-lhe personalidade jurídica de direito público;

V - reserva: o ato pelo qual ente da Federação não ratifica, ou condiciona a ratificação, de determinados objetivos ou cláusulas de protocolo de intenções para constituição de consórcio público;

VI - retirada: a saída do ente da Federação de consórcio público, por ato de sua vontade;

VII - contrato de rateio: contrato por meio do qual os entes da Federação consorciados comprometem-se a fornecer recursos para a realização de despesas do consórcio público;

VIII - gestão associada plena de serviços públicos: as atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos por meio de consórcio público, acompanhadas ou não da sua prestação;

IX - gestão associada parcial de serviços públicos: a que não envolve as atividades de planejamento, regulação, ou fiscalização de serviços públicos;

X - planejamento: as atividades atinentes à identificação, qualificação, quantificação, organização e orientação de todas as ações, públicas e privadas, por meio das quais um serviço público deve ser prestado ou colocado à disposição de forma adequada;

XI - regulação: todo e qualquer ato, normativo ou não, que discipline ou organize um determinado serviço público, incluindo suas características, padrões de qualidade, impacto socioambiental, direitos e obrigações dos usuários e dos responsáveis por sua oferta ou prestação e fixação, reajuste e revisão do valor de tarifas e outros preços públicos;

XII - fiscalização: as atividades de acompanhamento, monitoramento, controle ou avaliação, exercida pelo titular do serviço público, por entidades de sua administração indireta e pelos usuários, no sentido de garantir a utilização, efetiva ou potencial, do serviço público;

XIII - prestação de serviço público: a execução, em estrita conformidade com o estabelecido na regulação, de toda e qualquer atividade ou obra com o objetivo de permitir aos usuários o acesso a um serviço público com características e padrões de qualidade determinados;

XIV - serviço público adequado: aquele que, custeado por recursos orçamentários ou por preço público, atende a todas exigências da regulação e à finalidade a que se destina;

XV - titular do serviço público: o ente da Federação a quem compete prover o serviço público, especialmente por meio do planejamento, regulação, fiscalização e prestação direta ou indireta;

XVI - contrato de programa: instrumento pelo qual são constituídas e reguladas obrigações que um ente da Federação, inclusive sua administração indireta, tenha para com outro, ou para com consórcio público, em razão de:

- a) prestação de serviços públicos por meio de gestão associada;
- b) transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

§ 1º A área de atuação do consórcio público refere-se exclusivamente aos entes da Federação que estejam efetivamente consorciados, dela se excluindo os territórios dos entes a que se tenha aplicado a pena de suspensão ou meramente signatários de protocolo de intenções para a constituição de consórcio público.

§ 2º Para efeito do inciso II do *caput* deste artigo não se considera contíguo o território de Município contido no de Estado consorciado.

## TÍTULO II DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

### Capítulo I DA CONSTITUIÇÃO

**Art. 3º** Os objetivos dos consórcios públicos devem se circunscrever:

I - à gestão associada de serviços públicos;

II - à prestação de serviços, inclusive de assistência técnica, a execução de obras e ao fornecimento de bens à administração direta ou indireta dos entes consorciados;

III - ao compartilhamento ou uso em comum de instrumentos e equipamentos de gestão, manutenção, informática, de pessoal técnico e de procedimentos de licitação e de admissão de pessoal;

IV - à produção de informações ou de estudos técnicos;

V - à instituição e ao funcionamento de escolas de governo ou de estabelecimentos congêneres;

VI - à promoção do uso racional dos recursos naturais e à proteção do meio-ambiente;

VII - ao exercício de funções no sistema de gerenciamento de recursos hídricos que tenham sido delegadas ou autorizadas;

VIII - ao apoio e ao fomento do intercâmbio de experiências e de informações entre os entes consorciados, inclusive no que se refere à segurança pública e ao sistema penitenciário;

IX - à gestão e à proteção de patrimônio paisagístico ou turístico comum;

X - ao planejamento, à gestão e à administração dos serviços e recursos da previdência social dos servidores de qualquer dos entes da Federação que integram o consórcio;

XI - ao fornecimento de assistência técnica, extensão, treinamento, pesquisa e desenvolvimento urbano, rural e agrário;

XII - às ações e políticas de desenvolvimento sócio-econômico local e regional;

e

XIII - ao exercício de competências pertencentes aos entes federados nos termos de autorização ou delegação.

§ 1º A autorização ou a delegação de competências prevista no inciso XIII do *caput* deste artigo, sob pena de nulidade, deverá observar as seguintes condições, exceto quando no âmbito de gestão associada de serviços públicos:

I - a União poderá outorgar ao consórcio público quaisquer de suas competências delegáveis;

II - o Estado somente poderá delegar competência para os consórcios públicos que constituir:

a) com a União, e

b) com Municípios contidos em seu território, mesmo quando o consórcio público também for integrado pela União.

III - os Municípios não poderão delegar competências que exijam execução por instrumento de direito público.

§ 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 consorciado.

§ 3º Os consórcios públicos somente poderão celebrar parcerias público-privadas, ou 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 parceria, concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender.

§ 4º Pelo consórcio público, ou por entidade a ele vinculada, poderão ser desenvolvidas as ações e os serviços de saúde que correspondam aos entes consorciados, garantido aos usuários o acesso gratuito e obedecido o disposto no art. 10 da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990.

**Art. 4º** A constituição de consórcio público dependerá da celebração de protocolo de intenções subscrito pelos Chefes de Poder Executivo dos entes da Federação interessados.

**Art. 5º** O protocolo de intenções, sob pena de nulidade, deverá conter, no mínimo, cláusulas que estabeleçam:

I - a denominação do consórcio;

II - a identificação de cada um dos entes signatários;

III - as competências delegadas ao consórcio público, ou cujo exercício a este se autorize;

IV - os critérios para autorizar o consórcio público a representar os entes da Federação que o integram, em assuntos de interesse comum, perante quaisquer autoridades e demais esferas de governo;

V - as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão ou termo de parceria;

VI - a autorização para a gestão associada de serviços públicos, caso esta integre os objetivos do consórcio público, explicitando seus termos e condições, especialmente:

a) as competências delegadas ao consórcio público, por cada ente consorciado, especialmente se elas se referem às atividades de planejamento, de regulação, de fiscalização ou de prestação de serviços ou obras, ou somente a algumas delas, e respectivo prazo de delegação;

b) os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados;

c) a autorização para outorgar a concessão, permissão ou autorização dos serviços, bem como para licitar e contratar a prestação de serviços ou parcerias públicos-privadas;

d) a exigência de que a prestação de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais aos serviços transferidos, dependerão da celebração de contrato de programa entre o consórcio público e cada titular dos serviços;

e) a forma de cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, obrigatoriamente com a demonstração contábil e econômica de cada um dos seus componentes, bem como os critérios gerais a serem observados em sua revisão ou reajuste;

f) o direito de qualquer cidadão ter acesso aos documentos, estudos e planilhas referentes aos serviços, independentemente da demonstração de seu interesse, salvo quando, por prazo certo, forem tidos como sigilosos por decisão adequadamente motivada da assembleia geral;

VII - a indicação da área de atuação do consórcio, bem como a previsão de que ficam vedadas a realização de ações e serviços fora dela, salvo para cooperar com ente da Federação ou com consórcio público, nos termos de específica decisão da assembleia geral;

VIII - o reconhecimento de que, sendo constituído o consórcio público, será ele pessoa jurídica de direito público que integra a administração indireta de cada um dos entes da Federação consorciados;

IX - a assembleia geral, como a instância máxima do consórcio público, composta exclusivamente pelos Chefes do Poder Executivo dos entes consorciados, que, para determinados atos, poderão indicar substitutos;

X - as normas de convocação e funcionamento da assembleia geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público;

XI - como públicas e acessíveis a qualquer do povo as reuniões de todas as instâncias colegiadas do consórcio público, bem como, independentemente da demonstração de interesse, todos os seus atos, procedimentos e contratos;

XII - as hipóteses de suspensão e de exclusão do consórcio público;

XIII - o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplente com suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público, inclusive as relativas à transferência de bens ou direitos, e à elaboração e aprovação dos estatutos;

XIV - o número, as formas de provimento e o regime jurídico dos servidores, bem como os respectivos padrões de remuneração; e os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

§ 1º Somente poderão celebrar contrato de consórcios os entes da Federação com territórios contíguos, bem como o ente cujo território esteja contido no território de qualquer destes primeiros.

§ 2º O requisito de que os territórios sejam contíguos ou estejam contidos uns nos outros será aferido somente no momento da celebração do protocolo de intenções.

§ 3º O protocolo de intenções deve definir o número de votos que cada ente da Federação consorciado possui na assembléia geral, sendo assegurado pelo menos um voto a cada ente consorciado.

§ 4º Salvo as exceções desta Lei e as previstas no contrato de consórcio público, as deliberações da assembléia geral exigirão mais da metade dos votos.

§ 5º Poderão compor os órgãos colegiados do consórcio público, exceto a assembléia geral:

I - entidades representativas da sociedade civil;

II - representantes de somente uma parte dos entes consorciados.

§ 6º Mediante decisão motivada, e por prazo certo, poderá a assembléia geral limitar o acesso a determinados atos, procedimentos, contratos ou reuniões de órgãos colegiados do consórcio aos próprios interessados e a seus advogados, ou a somente a estes.

§ 7º Considerar-se-á representante legal do consórcio a pessoa física que foi eleita presidente da assembléia geral, desde que Chefe de Poder Executivo de ente consorciado.

§ 8º O mandato do representante legal do consórcio público será fixado em um ou mais exercícios financeiros e cessará automaticamente no caso de o eleito não mais ocupar a Chefia do Poder Executivo do ente da Federação que representa na assembléia geral, hipótese em que será sucedido, na forma que indicarem os estatutos do consórcio público, por quem preencha essa condição.

§ 9º O protocolo de intenções deverá ser publicado na imprensa oficial dos signatários.

§ 10. A publicação do protocolo de intenções poderá se dar de forma resumida, desde que a publicação indique o local e o sítio da rede mundial de computadores - internet em que se poderá obter seu texto integral.

§ 11. É nula a cláusula do protocolo de intenções que estabeleça 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.

§ 12. Dentre as hipóteses a que se refere o inciso XII do *caput* deste artigo, obrigatoriamente deve constar a de exclusão, após prévia suspensão, do ente consorciado que não consignar, em suas respectivas leis orçamentárias anuais e créditos adicionais, as dotações suficientes para suportar as despesas a serem assumidas com o contrato de rateio.

**Art. 6º** O contrato de consórcio público será tido como celebrado quando o protocolo de intenções for ratificado, mediante lei, por todos os entes da Federação que o subscreveram.

§ 1º Os entes subscritores do protocolo de intenções não são obrigados a ratificá-lo; a ratificação pode ser realizada com reservas que, aceitas, implicarão consorciamento parcial ou condicional.

§ 2º Mediante previsão expressa, o contrato de consórcio público poderá ser celebrado apenas por parcela dos signatários do protocolo de intenções, sem prejuízo de que os demais signatários venham a integrá-lo.

§ 3º Caso as leis mencionadas no *caput* deste artigo prevejam reservas, a admissão no consórcio dependerá da aprovação de cada uma das reservas pela unanimidade dos demais subscritores do protocolo de intenções.

§ 4º Admitir-se-ão somente reservas que digam respeito, em relação ao ente da Federação que as apresentaram, à vigência de cláusula, parágrafo, inciso ou alínea do protocolo de intenções, ou que imponham condições para a vigência de qualquer desses dispositivos.

§ 5º Na hipótese do § 2º deste artigo, se os demais subscritores ratificarem o protocolo de intenções após decorrido mais de dois anos de sua publicação, o ingresso no consórcio público dependerá da aquiescência unânime da assembléia geral, inclusive no que se refere a eventuais reservas, devendo o mesmo procedimento ser utilizado nos pedidos de reingresso.

§ 6º Dependerá de alteração do contrato de consórcio público o ingresso de ente da Federação não subscritor do protocolo de intenções.



§ 7º As alterações do contrato de consórcio público, inclusive em razão de reservas admitidas, somente terão eficácia mediante publicação de seus termos por meios iguais ou equivalentes aos adotados para a publicação do protocolo de intenções.

§ 8º Na hipótese de, antes da celebração do protocolo de intenções, o ente da Federação disciplinar por lei a sua participação no consórcio público, o contrato de consórcio público será considerado celebrado independentemente da ratificação prevista no *caput* deste artigo.

**Art. 7º** Com a vigência do suficiente número de leis de ratificação do protocolo de intenções, o consórcio público adquirirá a personalidade jurídica de direito público, passando a constituir a administração indireta de cada um dos entes da Federação consorciados.

**Parágrafo único.** Na hipótese em que todos os entes da Federação subscritores do protocolo de intenções se encontrarem na situação prevista no § 8º do art. 5º desta Lei, o aperfeiçoamento do contrato de consórcio público e a aquisição da personalidade jurídica dependerão exclusivamente da publicação do protocolo de intenções.

**Art. 8º** O consórcio público será organizado por estatutos cujas disposições, sob pena de nulidade, deverão atender a todas as cláusulas do contrato de consórcio público.

§ 1º Caso o contrato de consórcio público não disponha em contrário, os estatutos serão elaborados pela assembléia geral, exigida a maioria absoluta de votos para a sua aprovação.

§ 2º Salvo disposição em contrário dos estatutos, a sede do consórcio é a do domicílio de seu representante legal.

§ 3º Os estatutos do consórcio público produzirão seus efeitos mediante publicação.

§ 4º Os entes da Federação consorciados respondem subsidiariamente pelas obrigações do consórcio público.

§ 5º Os estatutos poderão dispor sobre o exercício do poder disciplinar e regulamentar, as atribuições administrativas, hierarquia, avaliação de eficiência, locais, jornada de trabalho e denominação dos servidores do consórcio público.

**Art. 9º** A qualidade de consorciado e de subscritor do protocolo de intenções é intransferível, salvo nas hipóteses de criação, fusão, incorporação ou desmembramento que atinjam entes consorciados ou subscritores do protocolo, nas quais os novos entes da Federação serão tidos como automaticamente consorciados ou subscritores.

## **Capítulo II DA GESTÃO**

**Art. 10.** Para cumprimento de suas finalidades, o consórcio público poderá:

I - firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, transferências voluntárias, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de entidades públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras;

II - celebrar contratos com os entes da Federação consorciados ou entidades de sua administração indireta, sendo dispensada a licitação;

III - promover desapropriações ou instituir servidões que sejam necessárias ao desempenho de suas finalidades, nos termos de anterior declaração de utilidade ou necessidade pública ou de interesse social realizada pelo Poder Público.

**Parágrafo único.** O consórcio público só poderá receber ou administrar qualquer recurso econômico ou financeiro mediante os meios previstos no inciso I do *caput* deste artigo, sendo-lhe vedado contratar operações de crédito e conceder garantias.

**Art. 11.** As propostas de orçamento e de suas respectivas reformulações orçamentárias serão apreciadas e aprovadas pela assembleia geral do consórcio, mediante procedimento público previsto em seus estatutos.

**Art. 12.** Aprovada e publicada a proposta de orçamento ou de reformulação orçamentária, será formalizado contrato de rateio.

§ 1º Em cada exercício financeiro, o contrato de rateio será formalizado com observância da legislação orçamentária e financeira do ente consorciado contratante.

§ 2º A celebração de contrato de rateio depende da previsão de recursos orçamentários que suportem o pagamento das obrigações contratadas, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e criminal dos gestores do consórcio público e do ente da Federação contratante.

§ 3º O prazo de vigência do contrato de rateio não será superior ao de vigência das dotações que o suportam, com exceção dos que tenham por objeto exclusivamente projetos consistentes em programas e ações contemplados em plano plurianual do ente da Federação contratante.

§ 4º Havendo restrição na realização de despesas, de empenhos ou de movimentação financeira, ou qualquer outra derivada das normas de direito financeiro, poderá o ente da Federação consorciado diminuir o valor dos pagamentos previstos no contrato de rateio, desde que comunique ao consórcio público por notificação escrita.

**Art. 13.** Independentemente de qualquer formalidade, é inexigível a licitação para a celebração de contratos de rateio.

**Art. 14.** O contrato de rateio será regido pelo direito privado, não se admitindo que venha a custear projeto ou atividade não específicos ou de natureza meramente financeira, especialmente transferências e operações de crédito.

§ 1º Na gestão associada de serviços públicos, os titulares e o consórcio público deverão celebrar contratos de rateio específico para cada um dos serviços, ou dos serviços que técnica e financeiramente se complementem, de forma a garantir a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares.

§ 2º 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.

§ 3º As cláusulas do contrato de rateio não poderão conter disposição tendente a afastar, ou dificultar a fiscalização exercida pelos órgãos de controle interno e externo ou pela sociedade civil de qualquer dos entes da Federação consorciados.

**Art. 15.** A execução das receitas e das despesas do consórcio público deverá obedecer às normas de direito financeiro aplicáveis às entidades públicas.

§ 1º Com o objetivo de permitir o atender aos dispositivos da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, 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 a que possam ser contabilizadas nas contas de cada ente da Federação na conformidade dos elementos econômicos e das atividades ou projetos atendidos.

§ 2º Fica vedado ao consórcio público indicar como realizadas despesas genéricas, bem como transferências ou operações de crédito.

**Art. 16.** Os entes da Federação integrantes do consórcio público, ou com ele conveniados, poderão ceder-lhe servidores, na forma e condições da legislação de cada um.

§ 1º Os servidores cedidos permanecerão no seu regime jurídico originário.

§ 2º Na hipótese de o ente consorciado assumir o ônus da cessão do servidor, tais pagamentos serão contabilizados como créditos hábeis para operar compensação com obrigações previstas no contrato de rateio.

**Art. 17.** Sem expressa previsão do contrato de consórcio público, são vedados quaisquer pagamentos a servidores em comissão ou aos que foram cedidos ao consórcio.

**Art. 18.** O representante legal do consórcio público é o ordenador das despesas, incumbindo-lhe o dever de prestar contas nos termos da lei.

**Capítulo III**  
**DA RETIRADA, DA SUSPENSÃO E**  
**DA EXCLUSÃO DE ENTE CONSORCIADO**

**Art. 19.** Nenhum ente da Federação poderá ser obrigado a se consorciar ou a permanecer consorciado.

**Art. 20.** 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 do contrato de consórcio público ou do instrumento de transferência ou de alienação.

§ 2º A retirada não prejudicará as obrigações já constituídas entre o consorciado que se retira e o consórcio público, inclusive as pendentes de termo ou condição.

§ 3º A retirada de um ente da Federação do consórcio público constituído por apenas dois entes implicará em extinção do consórcio.

**Art. 21.** Poderá ser excluído do consórcio público o ente que subscrever protocolo de intenções para constituição de outro consórcio com finalidades iguais ou, a juízo da maioria da assembléia geral, assemelhadas ou incompatíveis.

§ 1º A decisão que excluir ente da Federação do consórcio exigirá a aprovação da maioria dos entes consorciados, independentemente do número de votos que possuam na assembléia geral.

§ 2º O disposto no *caput* não se aplica nas hipóteses em que:

I - não houver coincidência de parte das áreas de atuação dos consórcios;

II - tenha havido prévia aquiescência da assembléia geral; ou

III - a subscrição do protocolo de intenções para constituição do outro consórcio tenha se dado há mais de dois anos.

§ 3º Com exceção da hipótese prevista no *caput* deste artigo, a aplicação da pena de exclusão deverá ser antecedida da suspensão por doze meses, período em que o ente integrante suspenso poderá se reabilitar.

#### **Capítulo IV**

### **DA ALTERAÇÃO E DA EXTINÇÃO**

### **DOS CONTRATOS DE CONSÓRCIO PÚBLICO**

**Art. 22.** 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.

**Art. 23.** No caso em que o contrato de consórcio público não dispuser de forma diversa, as obrigações e direitos remanescentes serão atribuídos a cada ente consorciado à razão proporcional do quanto tenham contribuído com o consórcio público nos três exercícios financeiros anteriores ao da extinção.

§ 1º Excetua-se do disposto no *caput* deste artigo os bens, direitos, encargos e obrigações decorrentes da gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outra espécie de preço público, que 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, garantido o direito de regresso em face dos entes beneficiados ou dos que deram causa à obrigação.

§ 3º Com a extinção, o pessoal cedido ao consórcio público retornará a seus órgãos de origem.

### TÍTULO III DO CONTRATO DE PROGRAMA

#### Capítulo I DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

**Art. 24.** Devem ser disciplinadas por contrato de programa, sob pena de nulidade, as obrigações que ente da Federação, inclusive sua administração indireta, constituir para com outro, ou para com consórcio público, em virtude de prestação de serviços públicos por meio de gestão associada, ou de transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

**Parágrafo único.** Excluem-se do previsto no *caput* as obrigações cujo descumprimento não acarrete qualquer ônus, inclusive financeiro, a ente da Federação ou a consórcio público.

**Art. 25.** O contrato de programa será celebrado por dispensa de licitação e deverá atender a todas as exigências de planejamento, regulação e fiscalização fixadas ou que venham a ser fixadas pelo titular dos serviços ou pelo consórcio público.

**Art. 26.** O contrato de programa somente produzirá efeitos quando em vigor contrato de consórcio público ou convênio de cooperação entre entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos.

**Art. 27.** Mediante previsão do contrato de consórcio público ou do convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado por determinadas entidades que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação interessados.

## **Capítulo II**

### **DAS CLÁUSULAS NECESSÁRIAS**

**Art. 28.** Os contratos de programa deverão atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, sob pena de nulidade, conter cláusulas que estabeleçam:

I - os serviços objeto da gestão associada e a área em que serão prestados;

II - o prazo de vigência, que deverá ser justificado pelos parâmetros de economicidade e amortização de investimentos;

III - a plena obediência ao estabelecido nos instrumentos legais e administrativos de regulação em vigor ou que venham a ser editados;

IV - os aspectos gerais da fiscalização dos serviços, a qual deverá ser exercida diretamente pelo titular dos serviços ou por pessoa de direito público que integre a sua administração indireta, inclusive consórcio público;

V - a indicação das obras a serem executadas, o orçamento estimativo de cada uma delas e os prazos a serem cumpridos;

VI - a exigência de publicação de demonstrações financeiras periódicas, no mínimo quadrimestrais, e específicas no que se refere a cada um dos serviços e obras objeto da gestão associada;

VII - a obrigação do contratado de zelar pela integridade dos bens vinculados aos serviços públicos objeto da gestão associada;

VIII - os bens e direitos reversíveis, que deverão abranger todos os entregues pelo titular do serviço, bem como aqueles originados de investimentos amortizados ou a serem amortizados pelas receitas emergentes da prestação dos serviços;

IX - a exigência de anuência do titular do serviço público a qualquer alienação ou negócio jurídico que tenha por objeto bens reversíveis ou essenciais à prestação dos serviços, inclusive os que impliquem a sua modificação;

X - o reconhecimento de o titular dos serviços de entrar imediatamente na posse e propriedade dos bens vinculados aos serviços, por ocasião da extinção;

XI - os casos de extinção;



XII - o modo, o prazo e a periodicidade para fornecimento de dados e informações;

XIII - o acesso a documentos e arquivos, inclusive sua transferência, na hipótese de extinção do contrato;

XIV - o valor das obras, bem como das tarifas e outros preços públicos, com a demonstração contábil e econômica de cada um dos seus componentes, e os critérios gerais a serem observados em sua revisão ou reajuste;

XV - a obrigação de o contratado, pelo menos ao início e ao final da gestão associada, elaborar relatório de passivo ambiental;

XVI - as penalidades a que fica sujeito o contratado em caso do não-cumprimento, ou do cumprimento defeituoso, do estabelecido ou do que vier a ser estabelecido na regulação;

XVII - a responsabilidade do titular dos serviços de declarar de utilidade ou necessidade pública, ou argüir urgência, nas desapropriações ou servidões necessárias aos serviços;

XVIII - a autorização para que, havendo declaração de utilidade ou necessidade pública, ou de interesse social, o contratado promova desapropriações ou institua servidões.

XIX - no caso de gestão associada parcial de serviços públicos:

a) previsão de que as tarifas e outros preços públicos serão fixados pelo titular dos serviços, diretamente ou por entidades de sua administração indireta, nelas incluído o consórcio público que integre ou venha a integrar;

b) possibilidade do titular dos serviços intervir e tomar medidas para garantir a continuidade e a preservação dos serviços ou obras por meio de decisão administrativa motivada, exarada independentemente de específica autorização legislativa ou do pagamento de prévia indenização;

XX - no caso de ser objeto a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços:

a) os encargos transferidos e a responsabilidade subsidiária da entidade que os transferiu;

- b) as penalidades nos casos de inadimplência em relação aos encargos transferidos;
- c) o momento da transferência dos serviços e os deveres relativos a sua continuidade;
- d) a indicação de quem arcará com o ônus do pessoal transferido;
- e) a previsão expressa de que o pessoal transferido será recebido a título de mera cessão, permanecendo íntegro o vínculo originário, e que, caso não haja desligamento, é garantido o seu retorno à entidade de origem;
- f) a identificação dos bens que terão apenas sua gestão e administração transferidas e os que serão efetivamente alienados ao contratado;
- g) o levantamento e avaliação dos bens transferidos, antes de sua entrega e por ocasião, se for o caso, de sua reversão.

**Parágrafo único.** O titular dos serviços poderá alienar onerosamente bens ou direitos por meio de contrato de programa, caso em que a alienação será admitida apenas no valor necessário para adimplir com as obrigações atuais ou futuras decorrentes de operações de crédito anteriormente contratadas pelo titular e cujos recursos foram aplicados nos serviços transferidos.

#### **TÍTULO IV**

#### **DAS DISPOSIÇÕES GERAIS**

**Art. 29.** A União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados.

**Art. 30.** 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. 31.** Somente poderão utilizar a denominação “consórcio público” as associações de entes da Federação constituídas nos termos desta Lei.

**Art. 32.** No que não contrariar esta Lei, a organização e funcionamento dos consórcios públicos serão disciplinados pela legislação que rege as associações civis.

**Art. 33.** São nulos os contratos de consórcio, convênios de cooperação, contratos de programa ou instrumentos congêneres celebrados em desacordo com o disposto nesta Lei.

**Art. 34.** 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:

“IV - as autarquias, inclusive as associações públicas.” (NR)

**Art. 35.** O *caput* do art. 5o da Lei no 10.028, de 19 de outubro de 2000, passa a vigorar acrescido dos seguintes incisos:

“V - autorizar gestão associada de serviços públicos, ou celebrar contrato ou outro instrumento que a tenha por objeto, sem observar as formalidades previstas na lei;

VI - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.” (NR)

**Art. 36.** O art. 10 da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, passa a vigorar acrescido dos seguintes incisos:

“XIV - autorizar gestão associada de serviços públicos, ou celebrar contrato ou outro instrumento que a tenha por objeto, 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. 37.** Os arts. 9º e 10 da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 9º .....

.....

8) autorizar gestão associada de serviços públicos ou celebrar contrato ou outro instrumento que a tenha por objeto, sem observar as formalidades previstas na lei.” (NR)

“Art. 10. ....  
.....

13) celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária ou sem observar as formalidades previstas na lei.” (NR)

**Art. 38.** O *caput* do art. 1º do Decreto-Lei no 201, de 27 de fevereiro de 1967, passa a vigorar acrescido dos seguintes incisos:

“XXIV - autorizar gestão associada de serviços públicos, ou celebrar contrato ou outro instrumento que a tenha por objeto, sem observar as formalidades previstas na lei;

XXV - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária ou sem observar as formalidades previstas na lei.” (NR)

**Art. 39.** Os arts. 23, 24, 26, 89 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 três entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número. (NR)”

“Art. 24. ....  
.....

XXV - 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 deste artigo serão 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 deverão ser comunicados, dentro de três dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para a eficácia dos atos.

.....” (NR)

“Art. 89. ....

**Parágrafo único.** Na mesma pena incorre aquele que:

I - aprovar ou subscrever protocolo de intenções para a constituição de consórcio público que não observe as formalidades previstas na lei;

II - celebrar contrato, ou instrumento congênere, que tenha por objeto a gestão associada de serviços públicos sem obedecer as formalidades previstas na lei;

III - tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.” (NR)

“Art. 112. ....

§ 1º Os consórcios públicos poderão realizar licitação da qual, nos termos do edital, decorram contratos administrativos celebrados por entes consorciados.

§ 2º Fica facultado à entidade interessada o acompanhamento da licitação e da execução do contrato.” (NR)

**Art. 40.** O Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos:

**“Autorização de gestão associada de serviços públicos sem respaldo legal**

Art. 328. A. Autorizar gestão associada de serviços públicos sem observar as formalidades previstas na legislação.

Pena – detenção de três a cinco anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da autorização ilegal para a prestação de serviços públicos por gestão associada.” (NR)

**“Celebração irregular de contrato de rateio de consórcio público**

Art. 359-I. Celebrar contrato de rateio de consórcio público sem prévia e suficiente previsão de recursos orçamentários.

Pena – reclusão, de um a dois anos.” (NR)

**“Recusa ou prestação defeituosa de contas de consórcio público**

Art. 359-J. Recusa do gestor do consórcio público em prestar contas, ao ente consorciado dos recursos entregues por contrato de rateio.

Pena – reclusão, de dois a quatro anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incide o gestor de consórcio público que preste contas de forma a não permitir que o valor das despesas executadas com os recursos entregues por meio de contrato de rateio sejam consolidadas nas contas do ente da Federação consorciado, inclusive para demonstrar o cumprimento das obrigações previstas na Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000.” (NR)

**Art. 41.** O art. 10 da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 10. Aplica-se às autarquias, consórcios públicos e fundações públicas o disposto nos arts. 188 e 475, *caput*, e no seu inciso II, do Código de Processo Civil.” (NR)

## **TÍTULO V**

### **DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS**

**Art. 42.** As associações civis de entes da Federação que tenham sido inscritas no registro civil até a data de promulgação desta Lei poderão ser convertidas em consórcios públicos.

§ 1º Fica autorizada a alteração dos estatutos da associação civil, obedecidos os seus termos, para que dela se excluam associados com o objetivo de que os remanescentes convertam-na em consórcio público.

§ 2º A conversão prevista no *caput* será admitida desde que observado o seguinte procedimento:

I - celebração de contrato de consórcio público, antecedida de elaboração de protocolo de intenções, bem como a sua ratificação mediante lei dos entes que se consorciarão, dentre os quais deverão constar, obrigatoriamente, todos os associados da associação civil a ser convertida;

II - a inscrição do contrato de consórcio público no registro civil, que será tido como instrumento de conversão da associação civil de direito privado em consórcio público, sendo por este sucedida em todos os direitos e obrigações.

§ 3º O pessoal admitido pela associação anterior, sem concurso público de provas ou de provas e títulos, terá o seu vínculo com o consórcio extinto quando decorridos cento e oitenta dias da inscrição no registro civil do ato de conversão em consórcio público.

§ 4º Os contratos celebrados pela associação civil antes da data de promulgação desta Lei permanecerão em vigor, passando a ser regidos, no que couber, pela Lei no 8.666, de 1993.

§ 5º A conversão somente será admitida se houver a apresentação do contrato de consórcio público para sua inscrição no registro civil em até dois anos da data de publicação desta Lei.

**Art. 43.** O *caput* do art. 11 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

“IV - o contrato de consórcio público, quando instrumento de conversão de associação civil formada exclusivamente por entes da Federação.” (NR)

**Art. 44.** 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. 45.** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília,

**E.M. n.º 18**

Em 25 de junho de 2004.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submetemos à apreciação de Vossa Excelência o anexo Projeto de Lei, que tem por objetivo instituir normas gerais de contratos para constituição de consórcios públicos e de contratos de programa para a prestação de serviços públicos por meio de gestão associada.

O art. 241 da Constituição da República, com a redação que lhe deu a Emenda nº 19, de 1998, estabelece que os entes federativos disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação, autorizando a gestão associada de serviços públicos.

O dispositivo constitucional citado possibilita a criação de mecanismos e instrumentos de coordenação, cooperação e de pactuação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Instrumentos com tal característica são de fundamental importância para a efetividade da Federação brasileira, constituída por três esferas autônomas de governo. Até o momento, no entanto, esses mecanismos e instrumentos permanecem sem regramento legal, o que resulta na ausência ou precariedade das formas de cooperação e coordenação entre os governos.

A proposta ora apresentada foi elaborada a partir de três preocupações fundamentais. A primeira delas, que pode ser definida como responsabilidade de



Estado, extrapolando, portanto, um governo ou um mandato, é a necessidade de complementar o desenho federativo decorrente da Constituição da República, em especial nos aspectos cooperativos do federalismo.

A segunda preocupação responde à carência de instrumentos de coordenação de políticas públicas de responsabilidade do Governo Federal, considerando especificamente aquelas executadas de forma conjunta com Estados e Municípios. Ao se constituírem como instrumento viabilizador de ações cooperadas e coordenadas entre os entes federativos, os consórcios públicos abrem a possibilidade de ampliar o alcance e aumentar a efetividade das políticas e da aplicação de recursos públicos. Para o Governo Federal, portanto, a criação e funcionamento de consórcios públicos têm a capacidade de alavancar, por meio da maior racionalidade da execução cooperada, o impacto de diferentes políticas públicas – saúde, saneamento, geração de renda, infraestrutura, entre outras políticas de responsabilidade partilhada entre os entes federados.

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

Portanto, os objetivos a serem alcançados com a aprovação da proposta anexa são: 1) a instituição de um mecanismo de coordenação federativa adequado às diversas escalas de atuação territorial; 2) o fortalecimento do papel do ente público de agente planejador, regulador e fiscalizador de serviços públicos; 3) a possibilidade de incrementar a efetividade das políticas públicas executadas em parceria por diferentes entes governamentais; e 4) a necessidade de superar a insegurança jurídica dos atuais arranjos de cooperação entre os entes públicos brasileiros, resultando em maior previsibilidade das políticas executadas pelo Estado.

Para atender aos fins a que se destina, a figura institucional dos consórcios públicos, tal como desenhada na proposta ora apresentada, tem como características o respeito à autonomia e às competências federativas, às diversas escalas de atuação

territorial e aos instrumentos de participação e controle social. São, ainda, elementos do anteprojeto a obediência às regras de gestão pública e aos esforços de responsabilidade fiscal; a flexibilidade na organização e a universalidade, possibilitando que o instrumento seja utilizado para diferentes serviços e políticas públicas e para múltiplos objetivos.

O texto submetido à apreciação de Vossa Excelência foi elaborado a partir de ampla consulta a diferentes especialistas das áreas jurídica, de políticas urbanas, de políticas sociais, de desenvolvimento local/regional, dentre outras, e interessados no tema. Foram considerados, ainda, o direito federativo comparado e a experiência internacional, assim como a jurisprudência em torno do assunto. A minuta de anteprojeto, fruto do trabalho do Grupo de Trabalho Interministerial constituído pela Portaria no 1.391, de 28 de agosto de 2003, da Casa Civil da Presidência da República, e composto por representantes de diferentes Ministérios que têm interface com o tema, foi então encaminhada, para considerações e sugestões, aos governadores de Estado, aos prefeitos de capitais, aos gestores dos consórcios hoje em operação e às entidades nacionais de representação do conjunto de prefeitos.

Assim, é possível afirmar que o texto em anexo representa um grande consenso em torno dos diferentes aspectos que compõem a regulamentação dos consórcios públicos e da gestão associada de serviços. A principal inovação do projeto, saudada pelos governadores, prefeitos e demais interessados, é o entendimento dos consórcios públicos como instrumento para gestão cooperada entre entes federados, e não só entre Municípios, como é a visão tradicional.

Além disto, foram ainda incorporados elementos constantes de diversos projetos de lei em trâmite nas Casas Legislativas, o que evidencia a preocupação que o tema suscita entre os representantes dos cidadãos e dos Estados. Pode-se citar, entre os dispositivos presentes em algumas das proposições e que foram utilizados como referência no anteprojeto de lei em anexo, os seguintes: a utilização e valorização da figura jurídica do consórcio público, nos termos do art. 241 da Constituição; o reforço da função de planejamento do setor público, principalmente nas atividades de desenvolvimento regional e de prestação de serviços públicos; a plena capacidade contratual e convenial dos consórcios públicos; o respeito às normas de direito público

relacionadas às compras; a gestão do consórcio público por órgão colegiado; a exigência de lei específica para disciplinar os aspectos fundamentais do consórcio que se cria; as regras de retirada e de dissolução do consórcio; as regras de orçamento; as regras de responsabilidade solidária; as regras de prestação de contas aos Tribunais de Contas competentes; a previsão de gestão associada de serviços públicos; a competência de regulação de serviços públicos pelos consórcios públicos; a possibilidade de repasse de recursos pela União; a responsabilização dos agentes públicos que desrespeitarem determinação de planejamento dos serviços, dentre outros.

A proposta está dividida em quatro títulos: I- Das Disposições Preliminares, contendo objeto, âmbito de aplicação e definições; II - Dos Consórcios Públicos, regulando sua constituição e gestão administrativa e financeira; da retirada, suspensão e exclusão de ente consorciado e da alteração e extinção dos contratos de consórcio público; III - Do Contrato de Programa, contendo disposições preliminares e cláusulas necessárias; IV - Das Disposições Gerais, contendo alterações de outras normas e, finalmente, o Título V – Das Disposições Finais e Transitórias.

Considerando que a regulamentação dos consórcios públicos e da gestão associada de serviços pode ser um instrumento poderoso para o enfrentamento da nova agenda federativa, em especial a agenda das cidades e do desenvolvimento econômico e social e, ainda, considerando que uma nova geração de prefeitos assumirá o poder no início do ano de 2005, a tramitação do projeto em anexo em regime de urgência constitucional e o firme apoio do Congresso Nacional para sua aprovação, seguramente trarão ganhos para nosso País.

Respeitosamente,

*José Dirceu de Oliveira e Silva*

Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República

*José Aldo Rebelo Figueiredo*

Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Coordenação Política e Assuntos  
Institucionais

*Humberto Sérgio Costa Lima*

Ministro de Estado da Saúde

*Ciro Ferreira Gomes*

Ministro de Estado da Integração Nacional

*Olívio Dutra*

Ministro de Estado das Cidades

*Antônio Palocci*

Ministro de Estado da Fazenda

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÚCIO, Fernando Luiz; COSTA, Valeriano Mendes Ferreria; Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung. Centro de Estudos. **Reforma do Estado e o contexto federativo brasileiro**. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1998, 187p.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. 607p.

ALVIM, José de Rezende. Você decide: qual representação. **A Comarca**, Caldas, julho de 1994.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade**: conceito e evolução. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n.º 35, Belo Horizonte, 1995.

\_\_\_\_\_. 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. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, volume 12, número 3, jul./set. de 1994. p.32.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2000, 793p.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 2004, 230p.

\_\_\_\_\_. **A constituição aberta:** temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 526p.

\_\_\_\_\_. **Ciência Política.** 12<sup>a</sup>, São Paulo: Malheiros, 2006, 550p.

BORGES, Alice Gonzalez. Os consórcios públicos na sua legislação reguladora . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 755, 29 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7072>>. Acesso em: 08 jul. 2006.

BRASIL; MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Estatuto da cidade.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 312p.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002, 298p.

\_\_\_\_\_. Gestão associada de serviços públicos e regiões metropolitanas. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord). **Direito público:** estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 549-559.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1998.

CARDOSO, Fernando Henrique *et al* (org). **Capitalismo Avançado e Welfare State. Política & Sociedade,** vol. II. São Paulo: Companhia Editora Nacional, s.d..

CASSESE, Sabino. As transformações do direito administrativo do século XIX e ao XXI. **Interesse Público,** São Paulo , v.5, n.24 , mar./abr., p.13-23.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993, 270 p.

\_\_\_\_\_. **O Direito e os Direitos – elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 118.

COSTALDELLO, Ângela Cássia (coord). **Serviço Público: Direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania**. Curitiba: Juruá, 2005, 272p.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 15ª ed. 1997. 658p.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de direito administrativo**. 3. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 555p.

\_\_\_\_\_. **Controle jurisdicional ao ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CUNHA, Rosani Evangelista. Federalismo e relações intergovernamentais: os consórcios públicos como instrumento de cooperação federativa. **Revista do Serviço Público**. Ano 5. n. 3. jul/set 2004, p.5-36.

DI PIETRO. Maria Sylvia, **Direito Administrativo**. 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2005. 765p.

\_\_\_\_\_. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.449p.

\_\_\_\_\_. **A defesa do cidadão e da *res pública***. Revista do Serviço Público. Ano 49, número 2, abr./jun. 1998. p.127-133.

\_\_\_\_\_. O consórcio público na lei 11.107 de 06.04.2005. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n.º 6, junho/julho/agosto 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 18/06/2006.

FERRERI, Janice Helena. **Por uma nova Federação**. Coordenador: Celso Bastos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. 367p.

GIANNINI, Massimo Severo. **Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo**. Tradução de M. Baena del Alcázar e J. M. Garcia Madaria. Título Original: *Diritto Amministrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.

GILISSEN, Jonh. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 647-662.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. 55p.

HAYEK, Friedrich. **O Caminho da Servidão**. Rio, Ed. Globo, 1946.



\_\_\_\_\_. **Os Fundamentos da Liberdade**. Brasília, Ed. UNB, 1983.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural, s. d.

HORTA, Raul Machado. O federalismo no direito constitucional contemporâneo. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. 4ª ed. 2001. Ano XIX. Texto extraído do site: [www.tce.mg.gov.br/revista](http://www.tce.mg.gov.br/revista)

HUMBOLDT, Wilhelm Von. **Os Limites da Ação do Estado**. Porto: Res Jurídica, 2001.

JÈZE, Gaston. **Princípios generales del derecho administrativo**. II. Buenos Aires: Depalma, 1949.

JUSTEN FILHO. Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva. 2005. 863p.

\_\_\_\_\_. **Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo**. 28p. Texto extraído do site: [www.justenfilho.com.br](http://www.justenfilho.com.br)

KINZO, Maria D’Alva Gil. **Representação Política e Sistemas Eleitorais no Brasil**. São Paulo: Símbolo, 1979.

KURZ, Robert. **O Colapso da Modernização**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização Econômica Política e Direito: Análise das Mazelas Causadas no Plano Político–Jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, 368p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito do estado federado ante a globalização econômica . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2243>>. Acesso em: 09 ago. 2006.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. 318p.

LUCAS VERDÚ, Pablo. **Curso de Derecho político**. vol. II, 3ª edición, revisada, reimpressão. Madrid: Editorial Tecnos, 1986.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Tipos de Estado: Globalização e Exclusão**. Revista Direito e Cidadania. Ano II, n. 7. Praia. Cabo Verde. 1998/1999, p. 37.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 463p.

\_\_\_\_\_. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. Ver., atual e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, 298p.

MEDAUAR, Odete. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios públicos**: comentários à Lei 11.107/2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. 174p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. atual., Malheiros: São Paulo, 2003, p. 319.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. A democracia e suas dificuldades contemporâneas . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2290>>. Acesso em: 27 jun. 2006.

\_\_\_\_\_. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. 393p.

\_\_\_\_\_. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. 515p.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sociedade, estado e administração pública**. Perspectivas visando ao realinhamento constitucional brasileiro. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995, 169p.

\_\_\_\_\_. **Transformações juspolíticas do fim do século: Remodelagem do direito público**, *in* Genesis-Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba, (10), julho/setembro de 1996, p. 665-675.

\_\_\_\_\_. **Mutações do Direito Administrativo**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental de democracia**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003. 132p.

NAUFEL, José. **Novo dicionário jurídico brasileiro**. 9.ed. inteiramente revisada, atualizada e aument Rio de Janeiro: Forense, 2000. 802p

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. 42 p. (Cadernos MARE da reforma do estado; v. 3)

PETER, Drucker Ferdinand. **Sociedade Pós-capitalista**. 7ª ed. São Paulo: Pioneiro, 1997, 186p.

RÊGO, João. **Poder, Estado e Sociedade em Hobbes e Freud: Reflexões sobre Leviatã e o mal-estar na civilização**, p. 02.

RIBEIRO, Luiz César de Queiroz; FEDERAÇÃO DE ÓRGÃOS PARA ASSISTÊNCIA SOCIAL E EDUCACIONAL; FEDERAÇÃO DE ÓRGÃOS PARA ASSISTÊNCIA SOCIAL E EDUCACIONAL. **O futuro das metrópoles: desigualdades e governabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, FASE, 2000. 630p.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. 308p

\_\_\_\_\_. **Aspectos sociais do direito administrativo contemporâneo**. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, v.27, n.106, (abr./jun. 1990), p. 75-80.

RODRIGUES, Alberto Tosi. **Neoliberalismo: gênese, retórica e prática**. 17p. Texto extraído do site: <http://www.cefetsp.br/edu/eso/globalizacao/genesepratica.html>

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política – A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**, V. I, São Paulo, Cortez, 2000, 415p.

\_\_\_\_\_. **Pela Mão de Alice** – o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1997.

\_\_\_\_\_. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: **OS SENTIDOS da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global**. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2000. 335p.

SILVA, De Plácido e; ALVES, Geraldo Magela; SLAIBI FILHO, Nagib. **Vocabulário jurídico**. 17. ed. / rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 873p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. 878p

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1997, 176 p.

SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999. 309p

TÁCITO, Caio. Transformações do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, n.º 214, out./dez. 1998, p. 27-34.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: UnB, 1994. [3v.]