

**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO**

MAURÍCIO DA CUNHA SAVINO FILÓ

**HERMENÊUTICA JURÍDICA:
os consórcios públicos como instrumento de concretização de direitos
fundamentais**

Juiz de Fora

2010

MAURÍCIO DA CUNHA SAVINO FILÓ

**HERMENÊUTICA JURÍDICA:
os consórcios públicos como instrumento de concretização de direitos
fundamentais**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof^ª. Dra. Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva.

Co-orientador: Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho.

Juiz de Fora

2010

F478h Filó, Maurício da Cunha Savino.

Hermenêutica jurídica: os consórcios públicos como instrumento de concretização de direitos fundamentais / Maurício da Cunha Savino Filó. – Juiz de Fora, 2010.
98f.

Orientador: Prof. Dra. Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva.

Co-orientador: Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Presidente Antônio Carlos, 2010.

1. Direito administrativo - Brasil. 2. Hermenêutica jurídica. 3. Direitos fundamentais. 4. Consórcios públicos. 5. Dignidade da pessoa humana. I. Filó, Maurício da Cunha Savino. II. Universidade Presidente Antônio Carlos. III. Título

CDD: 342

MAURÍCIO DA CUNHA SAVINO FILÓ

**HERMENÊUTICA JURÍDICA:
os consórcios públicos como instrumento de concretização de direitos
fundamentais**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Edimur Ferreira de Faria
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas

Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Aloízio Gonzaga de Andrade Araújo
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Aprovada em ___ / ___ / ___

Ao meu pai, José Mauro, sem o qual esta dissertação não
se realizaria.

À minha mãe Candida, por todo o carinho.

Ao meu irmão e cunhada, pela amizade.

A toda a família, que se amplia com a chegada de seu
novo e futuro membro: *Heitor*.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela generosidade do presente da vida.

Ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos.

À Prof^a Cristiana Fortini, minha orientadora, que me iniciou e me estimulou ao desenvolvimento das pesquisas que geraram este trabalho, cuja docência, dedicação e carinho a seus alunos tornam-se difíceis de descrever em palavras, apesar de se confundirem com sua própria pessoa.

Ao Prof. Nuno, co-orientador e coordenador Programa de Mestrado em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos, pelos incentivos constantes e por finalizar a orientação desta dissertação, cujas atuações comprovam que *simplicidade e grandeza formam uma só peça*.

Ao Dr. José Pontes Júnior, que, pacientemente, me ensinou o verdadeiro sentido do direito e da justiça.

À Dra. Gislene Dilly, amiga, professora e colega militante, por todo o apoio durante a elaboração deste trabalho.

Aos colegas do Mestrado, pelo companheirismo e pela amizade nos estudos.

Aos meus avós, pelo verdadeiro exemplo de vida.

A todos os familiares e amigos, como Vanêssa, Lucas e Alexandra, que contribuíram para a concretização deste trabalho.

RESUMO

A pesquisa é uma análise da nova modalidade de consórcios públicos instituído pela Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005, voltada para a efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana no mundo do dever-ser. Os consórcios públicos se revelam uma opção interessante de gestão associada entre entes federados de diversos níveis ao gerenciar recursos conjuntamente e de forma efetiva. Essa nova forma de gestão associada, pela própria característica de nosso país continental, que se organizou num federalismo de cooperação, permite unificar esforços em proveito do bem comum, de forma a atender aos administrados tanto em microrregiões quanto em situações regionais específicas.

Palavras-chave: Hermenêutica. Consórcios públicos. Direitos fundamentais. Princípios jurídicos. Federalismo de cooperação. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The research is an analysis of the new modality of public consortia instituted by the Law in the 11.107, of 6 of April of 2005, come back toward the effectivation of the Fundamental Rights of the person human being in the world of to should be. The public consortia if disclose an interesting option of management associated between federate beings of diverse levels start to manage resources jointly and of effective form. That, for the proper characteristic of our continental country, if organized in a cooperative federalism allows to unify efforts in advantage of the Common Good of form to take care of the Managed ones as much in Microregions how much in specific regional situations.

Key words: Hermeneutics. Public consortia. Fundamental rights. Legal principles. Cooperative federalism. Human dignity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 HERMENÊUTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	10
3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS.....	13
3.1 Princípio do Estado Democrático de Direito e sua importância para uma hermenêutica constitucional.....	18
3.2 O princípio da dignidade da pessoa humana.....	20
3.3 Princípios setoriais de Direito Administrativo no Estado Democrático de Direito.....	24
3.4 A instituição do princípio da legalidade e sua interpretação em cada paradigma estatal, até se alcançar o paradigma do Estado Democrático de Direito.....	25
3.5 Princípio constitucional da eficiência e sua aplicação na Administração Pública como instrumento de garantidor de direitos fundamentais.....	32
3.5.1 <i>A eficiência como princípio constitucional</i>	36
3.6 Federalismo.....	38
3.6.1 <i>Tipos de Estado</i>	38
3.6.2 <i>Federalismo</i>	41
3.6.3 <i>Federalismo de cooperação</i>	43
4 CONSÓRCIOS PÚBLICOS.....	49
4.1 Introdução.....	49
4.2 Importante papel da emenda constitucional n. 19/1998 e o surgimento da nova concepção de consórcios públicos.....	51
4.3 A lei dos consórcios públicos.....	53
4.4 O consórcio público e o surgimento de uma nova pessoa jurídica.....	55
4.5 Da duplicidade de regimes jurídicos e a integração do consórcio público à Administração Pública	59
4.6 Conceito de serviço público aplicado à Lei n. 11.107/2005.....	62
4.7 A possibilidade da gestão associada somente nos serviços públicos não previstos no art. 23 da Constituição da República.....	68
5 OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS COMO FERRAMENTA PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	70
5.1 Os consórcios públicos e o direito fundamental à saúde.....	71
5.2 Os consórcios públicos e o meio ambiente.....	72
5.3 Os consórcios públicos e o direito à dignidade da mulher.....	76
CONCLUSÃO.....	80
REFERÊNCIAS.....	82

1 INTRODUÇÃO

Nesta dissertação, reflete-se sobre o novo instituto dos consórcios públicos na hermenêutica constitucional, que se volta para a efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

A Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005, foi analisada, a fim de verificar as possibilidades e o alcance da nova modalidade de consórcios públicos como instrumento válido e necessário à efetivação de políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais, por ser um assunto de enorme interesse e relevância.

Na busca da obtenção desse conhecimento, a aplicação da metodologia científica é fator *sine qua non* como elemento facilitador da obtenção de conhecimentos, por meio de processos de buscas de respostas baseados em raciocínio lógico e em métodos científicos.

O método utilizado na abordagem foi o descritivo-sistemático, que se valeu do procedimento analítico de decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos, relações e níveis, envolvendo pesquisas em dispositivos legais constitucionais e infraconstitucionais, a fim de se chegar à resposta sobre os alcances do instituto dos consórcios públicos na concretização de direitos fundamentais. O método de interpretação jurídica é o tópico sistemático.

No capítulo I trata-se da importância da hermenêutica na análise e concretização dos direitos fundamentais, enquadrando o Estado como um devedor de obrigações à pessoa humana.

No capítulo II cuida-se dos princípios jurídicos, tanto em sua importância interpretativa e normativa quanto em sua validade e aplicabilidade imediata. Para tanto, foram analisados o princípio do Estado Democrático de Direito, a importância hermenêutica do conceito de povo, o princípio da dignidade da pessoa humana, os princípios setoriais de Direito Administrativo, o princípio da legalidade, o princípio da eficiência e o princípio do federalismo. Com relação ao federalismo, foram tratados os tipos de Estado e federalismo de cooperação.

No capítulo III trata-se da nova modalidade dos consórcios públicos, surgida após a Emenda Constitucional n. 19, de 1998, e da Lei n. 11.107/2005, o que gerou uma nova compreensão sobre o instituto, sua fundamentação jurídica numa hermenêutica constitucional,

o surgimento de uma nova pessoa jurídica, que pode ser de direito público ou privado. Nesse aspecto, trata-se de sua integração à Administração Pública indireta. Ao tratar dos seus alcances, menciona-se a compreensão de serviços públicos nessa modalidade de gestão associada a implicações para a Administração Pública, após a Lei n. 11.107/2005.

No capítulo IV são analisados, especificamente, os consórcios públicos na concretização de direitos fundamentais e levantados exemplos e casos concretos de sua aplicação com relação aos direitos fundamentais da saúde, do meio ambiente e do direito à dignidade da mulher.

Essa nova modalidade de consórcio público, ao ser utilizada para o alcance de objetivos comuns entre os participantes, é uma ferramenta adequada que encontra acolhida no texto constitucional na efetivação dos direitos fundamentais prestacionais.

2 HERMENÊUTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A hermenêutica jurídica – como parte da ciência do direito que trata da interpretação e aplicação do direito – torna-se imprescindível para a efetivação de direitos mediante a análise de textos jurídico-filosóficos, a fim de se investigar e verificar a concretização desses direitos.

Nesse labor, deve-se ter presente que o texto legal é o objeto da atividade interpretativa, e não o sujeito, o que revela o grave equívoco em atribuir somente à reforma de diplomas legais a solução jurídica para os problemas que a ciência jurídica enfrenta, *v.g.*, a concretização de direitos fundamentais.

Em crítica ao direito e a leis, Jean Cruet¹ assevera: “Vê-se todos os dias a sociedade reformar a lei; nunca se viu a lei reformar a sociedade”.

Conforme Maximiliano², a “hermenêutica jurídica” tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do “Direito”, sendo imprescindível que o intérprete relacione “texto abstrato e caso concreto”, “norma jurídica e fato social”.

A interpretação de textos legais não é meramente mecânica, pois consiste em verificar em qual sistema se insere a norma, relacionando-a as outras normas pertinentes ao mesmo objeto, bem como aos princípios orientadores da matéria e demais elementos que venham fortalecer a interpretação de modo integrado, e não isolado.

Conforme Juarez Freitas³, toda interpretação jurídica é sistemática, ressaltando-se que a interpretação sistemática é, de certa forma, constitucional, subordinando “qualquer regra aos direitos fundamentais e aos princípios superiores” (entendendo esses como os constitucionais).

Aloízio Gonzaga de Andrade Araújo atenta para o fato de que o cientista do Direito não deve ficar indiferente às ciências da realidade, *v.g.*, Ciência Política, da Sociologia Jurídica e da Teoria do Estado, *pois um dever-ser somente se torna possível se sua base de lançamento é um ser*. E conclui:

¹ Cf. CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. São Paulo: Progresso, 1956, Capa.

² SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 13-18.

³ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*, p. 84.

O verdadeiro jurista é, enfim, um cientista social que, pela interdisciplinaridade, há de sempre ficar a cavaleiro num ponto de conhecimento que universalize o mais possível os conceitos de Direito e de Estado⁴.

Para Jean Cruet, ao tratar da gênese das leis e da soberania do legislador,

o jurista, se não está muito envolvido na luta dos interesses, é naturalmente levado a crer que toda a vida social se organiza e se move sob o império absoluto das leis: não é, de fato, através das leis que ele tem o costume de observar sempre a vida?⁵

O Mestrado "Hermenêutica e Direitos Fundamentais", da Universidade Presidente Antônio Carlos, é um programa na área de Teoria/Filosofia do Direito com ênfase no Direito Constitucional, voltado para a problematização crítica e atualizada da vida jurídica e para a consistente fundamentação científica de caráter interdisciplinar, com ênfase na reconstrução dos pressupostos filosóficos e ético-políticos da experiência jurídica.

A linha de pesquisa adotada para esta dissertação se direciona para a análise do Direito, voltado para a efetivação dos direitos da pessoa humana no contexto social e político contemporâneo, visto que não basta interpretar os textos jurídicos, se não se levar em conta o paradigma do Estado-Nacional em que esses serão aplicados, observando sempre a adoção de concepções mais afins com os princípios que o regem.

Conforme salienta ironicamente Picard⁶, ao tratar da invisibilidade dos direitos, ninguém nunca viu um direito – nem o verá – assim como não o transportou de um local para outro ou o guardou em uma mala. O objeto, exercício ou meio de prova não se confunde com ele, que é invisível e intangível. O ato de tornar um direito concreto não lhe tira a abstração.

Sem querer adentrar em questões ontológicas, mas utilizando a ontologia, verifica-se que o direito em si, qualquer que seja sua natureza, é composto por quatro elementos: sujeito, objeto, relação e coação⁷ e ao retirar um desses elementos não se poderia falar em existência de direitos.

⁴ ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. *O direito e o Estado como estruturas e sistemas*: um contributo à teoria geral do direito e do Estado, p. 149.

⁵ CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*, p. 7.

⁶ PICARD, Edmond. *O direito puro*, p. 107.

⁷ PICARD, Edmond. *O direito puro*, p. 81-82. Picard ainda exemplifica como isso pode ser transposto a um caso de se retirar o direito que alguém teria à sua nacionalidade: “Agora estou só, sem consideração de pessoa ou cousa exteriormente a mim. Sou cidadão belga. Há aqui uma qualidade que me foi conferida, implicando principalmente certas vantagens, e que é um direito. A mesma análise produz o mesmo resultado? Absolutamente. Há a minha personalidade, isto é, o Sujeito, – há a qualidade de belga, isto é o objeto – há a relatio dessa qualidade ao meu Eu, isto é a Relação, – e se me atacassem no completo exercício das vantagens que dá aquela qualidade cívica, haveria intervenção possível da coação protetora.

Pode-se constatar, mediante a análise de doutrinas da Antiguidade, que a negação dos deveres do Estado implica a própria negação da concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana⁸.

Nesse sentido, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1799, escrita pelos representantes do povo francês, declara em seu preâmbulo que “a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos”.

O Estado é o objeto do direito fundamental, pois a ele cabe prestá-lo. Negando a existência do objeto – Estado como prestador de deveres ao povo –, não há o que se falar em relação entre sujeito e o objeto, assim como não se poderia cogitar em uma proteção – coação. Sem objeto não há direito, nem mesmo dever moral.

Qualquer um do povo é devedor do Estado, cabendo-lhe o cumprimento de obrigações que variam desde o pagamento de tributos até a obrigação de votar, ou o dever que incumbe aos homens que atingem a maioria de cumprir o serviço militar obrigatório.

Tem-se, então, que o Estado não é somente tributador de deveres da pessoa humana; ao contrário, torna-se devedor de cumprimento de direitos a essa pessoa, sob pena de esse Estado se tornar o fim da própria trajetória do ser humano⁹.

Neste trabalho, realiza-se uma análise da Lei n. 11.107/2005, no intuito de verificar particularidades próprias da nova modalidade de consórcios públicos numa hermenêutica constitucional, mas sem se furtar da interdisciplinaridade existente entre a dogmática jurídica e a realidade fática, a fim de contribuir para a interpretação adequada a que o instituto em comento seja eficazmente utilizado para a realização e concretização de direitos fundamentais da pessoa humana.

Destarte, o que se pretende não é a análise teórica dos direitos fundamentais, mas, sim, verificar os alcances e as possibilidades do novo instituto dos consórcios públicos na realização desses direitos pelo Estado como devedor na prestação de serviços públicos.

Ora, sem utilidade de multiplicar estas experiências, sem possibilidade de fazê-las todas, – é permitido afirmar que, qualquer que seja o direito que se considerem entre todos os que existem, ou que se adquira ou que se estabeleça, – trate-se dos direitos concretos de não importa quem na vida positiva ou dos direitos abstratos na Legislação ou na Teoria, – infalivelmente se encontrarão sempre os quatro elementos acima enumerados. São normativos. E, por outro lado, não se descobrirão outros tendo o mesmo caráter de permanência e de invariabilidade; o restante é a parte mutável e flutuante, diversificando-se na multidão de direitos.”

⁸ CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Estudos de direito público*, p. 25. Castro cita Orban, para o qual – em análise às políticas aplicadas na Antiguidade – “toda política pagã decorria de duas negações: a negação dos deveres do Estado e a negação dos direitos individuais.

⁹ Cf. NASCIMENTO José Amado. Pessoa Humana e Estado. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 58, p. 286-290.

3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Todas as ciências, tanto as exatas quanto as ciências biológicas e as ciências humanas, regem-se por princípios.

Quando os princípios se aplicam a todas as ciências, pois estão presentes por sua lógica em qualquer idealização humana, esses princípios são chamados de universais, onivalentes ou lógicos. Tem-se como exemplo o princípio da não contradição, imprescindível na construção do argumento.

Os princípios que se aplicam somente a determinado grupo de ciências – *v.g.*, as ciências físicas, como o princípio da causalidade –, são chamados de regionais ou plurivalentes.

Quando se verificam princípios pertencentes e fundamentais a um único ramo científico – *v.g.*, ao direito – trata-se de princípios monovalentes.

Conforme José Cretella Júnior,

qualquer livro de direito fala dos chamados ‘princípios gerais do direito’. Os princípios gerais do direito são os princípios monovalentes, pois valem apenas para a ciência do direito, abrangendo, deste modo, todos os ramos em que se divide esta ciência. Exemplo: ‘ninguém se escusa, alegando ignorar a lei’ é um princípio monovalente, proposição que atua no campo jurídico, no plano do dever-ser, constituindo um típico postulado da razão prática jurídica¹⁰.

Já os princípios setoriais seriam aqueles que a filosofia considera restritos a um único ramo de determinada ciência. No caso do direito, seriam os ramos somente pertencentes, *v.g.*, ao Direito Penal, ao Direito Civil, ao Direito Processual, dentre outros.

Retomando a análise dos princípios monovalentes e adentrando na ciência do direito, verifica-se que estes se encontram no plano do dever-ser.

Na Constituição da República do Brasil, de 5 de outubro de 1988, há inúmeros princípios de direito público e de direito privado que prescrevem condutas, formalidades, organizações, limites; em suma, diversos tipos de dever-ser que, dependendo da parte que os exerça ou os obrigue, se traduzirão em direitos e deveres.

¹⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. Princípios de direito administrativo. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 61, p. 15.

Segundo Miguel Reale, os princípios são:

[...] verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da valides de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários¹¹.

Para Robert Alexy¹², princípios são espécies de normas que ordenam que “algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Já a regra teria aplicação plena, ou seja, seriam cumpridas ou não seriam cumpridas.

Os princípios são conceitos hierarquizados que permitem a integração das normas jurídicas, sua correta interpretação sistemática pelo operador do direito e exigem observância, notadamente os que provêm da Constituição da República.

Assim, o conceito de princípio no mundo jurídico não deve ser algo afastado da realidade vivenciada, pois deve ser considerado, antes de tudo, um dever-ser a se concretizar em nossa realidade social, econômica e jurídica.

Com igual razão, os princípios possuem, além das importantes funções de colmatação de lacunas de regras jurídicas ou de orientar a aplicação de leis, função normatizadora.

Como bem assevera Limongi França, no Brasil, a própria lei escrita encarregou-se de não deixar dúvidas sobre a natureza coercitiva dos princípios, mesmo os princípios gerais de direito:

A consagração de princípios gerais de direito, na qualidade de força complementar do direito normativo, constitui um fato universal, pois, mesmo em países cujos Códigos silenciaram a respeito, a doutrina se encarregou de dar a esses princípios foros de regra obrigatória¹³.

Como exemplo de previsão legal da normatividade de princípios cita-se o art. 4º do Decreto Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, a chamada Lei de Introdução ao Código Civil

¹¹ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 1986. p. 60.

¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 90-91.

¹³ FRANÇA, Rubens Limongi. *Princípios gerais de direito: como regra normativa*. In: _____. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 61, p. 33.

Brasileiro, a qual dispõe que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”¹⁴.

Carlos Maximiliano Pereira dos Santos ressalta que os códigos, explicitamente, confiam “muita coisa” ao arbítrio do aplicador do direito, pois não podem prever tudo. Isso deve ser entendido pela possibilidade de se utilizarem princípios jurídicos para a concretização do *dever-ser*¹⁵.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, no art. 113, n. 37, apontada por Limongi França¹⁶, já previa expressamente que “Nenhum Juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade”.

Por força da evolução constitucional, essa disposição hoje se consolida em outros termos, no inciso XXV, do art. 5º da Constituição de 1988 ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Juarez Freitas destaca como o primeiro preceito e a chave para uma interpretação sistemática da Constituição, a hierarquização dos princípios frente às normas em sentido estrito (regras), o que as tornaria, na prática, “fundamento e cúpula do ordenamento”. Quando todo o sistema constitucional é conectado, com o intuito de se resolver alguma questão jurídica, seja pela atuação do administrador público, seja pela atuação do judiciário, os direitos fundamentais são alcançados na prática pelo fato de o intérprete ir além do mero texto e reconhecer sua eficácia direta e indireta. Isso propicia a vida satisfatória e digna.

Se há muito a normatividade de princípios gerais de direito não expressos – que advém do próprio fundamento da legislação positiva como pressupostos lógicos – é reconhecida, *a fortiori*, aos princípios monovalentes expressamente previstos e aos princípios setoriais devem ser reconhecida normatividade.

Destarte, o estudo dos princípios inicia-se com o estudo das normas jurídicas cujo conceito mais adequado parece ser o adotado por Robert Alexy¹⁷, que entende que o conceito semântico é o que mais contribui para o tratamento de questões relativas à validade das normas.

¹⁴ Verifica-se que um regra prevê a coercitibilidade de princípios, o que não deixa dúvida de que, assim como as regras, são também normas.

¹⁵ SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 85-86.

¹⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. Princípios de direito administrativo. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 61, p. 56.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 53-58.

O conceito semântico de norma tem como método inicial diferenciar, para jamais se confundir, enunciado normativo de norma, a fim de ao final, mediante interpretação jurídica, extrair a própria norma do enunciado normativo¹⁸.

As normas jurídicas são compostas de regras e princípios, sendo que os princípios vão além do alcance das regras, entendidas estas como normas jurídicas dotadas de baixo grau de generalidade.

Os princípios possuem sentido amplo, que impõem valores a serem seguidos e observados, podendo ser ainda considerados como o alicerce de qualquer construção jurídica. Como o próprio nome indica, o princípio jurídico deve ser o início, o ponto de partida para a interpretação sistemática do direito, pois são concepções que se formaram historicamente, superando conceitos e valores ao longo do tempo.

Constata-se que os princípios constitucionais podem apresentar caráter tanto de força positiva quanto de força negativa, mas sem se referir a pontos extremamente específicos e peculiares, como as regras.

Entretanto, o princípio não deve ser desprovido da devida objetividade, a fim de evitar interpretações conflitantes sobre um mesmo conteúdo ao mesmo tempo. O conflito de regras leva à anulação – invalidade – de uma pela outra, enquanto a generalidade dos princípios faz com que ele possa ser aplicado em outro caso concreto diverso. Exigem, pois, uma interpretação adiante da aplicação fática¹⁹.

Um ótimo exemplo para verificar se estamos diante de um princípio ou de uma regra nos apresenta Carlos Ari Sunfeld:

¹⁸ Na polêmica Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que contestou a validade do art. 1º da Lei da Anistia (Lei n. 6.683/79), que considera como conexos e igualmente perdoados os crimes "de qualquer natureza" relacionados aos crimes políticos ou praticados por motivação política no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil e julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal em 29/4/2010, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, decidiu-se que: "1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. o intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. a interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. a interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida". (STF. ADPF153/DF. Rel. Min. Eros Grau, julg. 24 abr. 2010, div. 5 ago. 2010, pub. 6 ago. 2010, Ement. v. 02409-01, pub. *DJe* 145). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24.SCLA.+E+153.NUME.%29+OU+%28ADPF.ACMS.+ADJ2+153.ACMS.%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: nov. 2010.

¹⁹ FORTINI, Cristiana. *Processo administrativo*: comentários à Lei n. 9.784/1999, p. 43.

O ordenamento jurídico contém duas espécies de normas: *regras* e *princípios*. A norma do art. 51 do Código Penal é uma regra: ‘Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem: Pena – detenção de 1 a 6 meses, ou multa’. A norma do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal é um princípio: ‘Todos são iguais perante a lei’²⁰.

Os princípios jurídicos, assim como as regras, são normas que têm força coercitiva e obrigatoriedade de observação por todas as pessoas físicas e jurídicas, sejam estas de direito público, sejam de direito privado.

Apesar do entendimento de Ferdinand Lasale²¹ sobre a ineficácia de parte dos textos constitucionais, não se pode afirmar que somente as regras têm peso normativo, pois os princípios também integram o ordenamento jurídico.

Como bem assevera Rafael Valim²², a principialização do direito culminou no reconhecimento da normatividade dos princípios, que possuem funções próprias: integrativa, interpretativa, limitativa e sistematizadora.

Vale ressaltar que a utilização de princípios, de forma alguma, sugere a usurpação da função legislativa em emitir regras, as quais, por serem específicas, prevalecem sobre situações também específicas. O que se defende é a que tanto as regras quanto os princípios sejam interpretados de forma sistemática, a fim de se descobrir a cada momento sua aplicação.

Nas palavras de Ayres Britto,

Seja uma norma-princípio, seja uma norma-preceito ou simplesmente ‘regra’, ambas as categorias a ter o seu conteúdo significante e grau de eficácia desvelados a cada momento de sua particularizada aplicação. Donde o caráter de descoberta-construção, assim geminadamente, da norma afinal aplicada. Com o que o próprio conteúdo do justo deixa de ser uma formulação tão prévia quanto definitiva para se tornar uma constante garimpagem nos veios do processo cultural da vida²³.

²⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, p. 145.

²¹ LASALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*, p. 31.

²² VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*, p. 35-43. (Em sua função integrativa, o princípio age na colmatação de lacunas; em sua função interpretativa, os princípios auxiliam o operador do direito a retirar o significado dos textos normativos. a função limitativa da norma jurídica torna possível verificar quais regras são inválidas por desrespeitarem valores expressos em comandos constitucionais. Por fim, a função sistematizadora dos princípios permite a interpretação sistemática do direito, vinculando os comandos legais em forma de um sistema jurídico ordenado.)

²³ BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*, p. 64.

3.1 Princípio do Estado Democrático de Direito e sua importância para uma hermenêutica constitucional

Verdadeiros pilares da atuação estatal, os princípios adotados pela Constituição brasileira, a exemplo de suas regras, conferem legitimidade e sustentabilidade a todo o ordenamento jurídico.

Modernamente, pode-se afirmar que “o Direito e o Estado se consolidam juntos”, conforme Aloízio Gonzaga de Andrade Araújo:

É isto, é o Direito que transforma qualquer formação territorial-política em Estado, fundado na idéia de soberania, grau máximo da autonomia [...], mas que somente se torna estatal se exercitada a partir de um centro de organização destinada à garantia de um futuro melhor do todo social sob o seu exclusivo comando, como pessoa jurídica que se torna, para atender às pessoas, individuais ou institucionais, no equilíbrio da vida individual e coletiva por meio do Direito²⁴.

A Constituição da República de 1988 adotou em seu art. 1º o princípio basilar²⁵ e ao mesmo tempo o paradigma para o intérprete constitucional: o Estado Democrático de Direito.

Para José Afonso da Silva, no artigo citado está um dos princípios político-constitucionais da Constituição da República – o do “Estado Democrático de Direito” –, citando, para melhor explicar seu entendimento, J. J. Gomes Canotilho: “Manifestam-se como princípios constitucionais fundamentais, positivados em normas-princípios que ‘traduzem as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição [...]’”²⁶.

Resta claro que num Estado Democrático de Direito o que se busca não é o cumprimento cego de uma norma²⁷, mas, sim, como afirma Egon Bockmann²⁸, o respeito à essência da Constituição. O cumprimento de valores constitucionais deve ser amparado pelo

²⁴ ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. *O Direito e o Estado como estruturas e sistemas: um contributo à teoria geral do direito e do Estado*, p. 57.

²⁵ CF, art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”

²⁶ CANOTILHO, JJ Gomes, e Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1984, in. José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 97.

²⁷ Contudo, para Kildare Gonçalves Carvalho, “o Estado de Direito, conceito político que surgiu historicamente ao liberalismo, vem-se transformando hoje em dia em Estado legalista, onde nem sempre o cumprimento da lei reflete a Justiça, desde que a multiplicidade e a instabilidade das leis vêm comprometendo a justiça”. Kildare Gonçalves Carvalho *Direito constitucional didático*. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 192.

²⁸ Cf. BOCKMANN, Egon. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

princípio da legalidade, a qual não se concretiza no cumprimento acrítico das leis, mas, sim, na busca constante do verdadeiro dever-ser constitucional²⁹.

O Estado Democrático de Direito, para Geisa de Assis Rodrigues, é, ao mesmo tempo, um princípio constitucional, e a própria ordem que resulta da aplicação desse princípio:

A ordem que se cria e se alimenta do princípio do Estado democrático de Direito tem uma caracterização especial. Para os fins de nosso trabalho, elegemos três decorrências fundamentais da estruturação do Estado democrático de Direito, intimamente vinculadas ao valor da cidadania e da dignidade da pessoa humana, que são a tendência à dimensão participativa da democracia, a garantia do acesso à justiça de direitos transindividuais e a concepção de uma instituição especialmente dedicada à defesa da democracia e dos direitos³⁰.

Como fundamento desse Estado Democrático de Direito, estão elencados, nos cinco incisos do art. 1º da Constituição de 1988, os princípios da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e do pluralismo político.

Com relação a esses princípios, verifica-se que:

a) o conceito de soberania é uma das características da concepção moderna de Estado ao não reconhecer poder externo superior ao do próprio Estado nacional;

b) o conceito de cidadania pode ser encontrado na participação efetiva da população, nas decisões políticas e no bem-estar alcançado pela conquista de direitos expressos na Constituição de 1988;

c) na dignidade da pessoa humana está a base dos direitos fundamentais;

d) quando na Constituição da República há referência aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa verifica-se uma visão democrática aos conflitos trabalhistas, não ignorando: os direitos sociais trabalhistas e nem a importância fundamental da livre iniciativa para o desenvolvimento Nacional. Maurício Godinho Delgado³¹ defende que a Constituição de 1988 procurou outras formas para a resolução do problema da livre iniciativa e dos direitos trabalhistas por meio das convenções e acordos coletivos de trabalho (arts. 7º, XXVI, e 8º, VI), além de tratar desses conflitos de forma mais coletiva e menos individualista;

²⁹ Para Giambatista Vico, *cix – los hombres de ideas cortas juzgan que es derecho cuanto se ha explicado com palabras*; em contraposição: *cxii – los hombres inteligentes juzgan que es derecho todo lo que dicta la utilidad general de las causas*. (VICO, Giambatista. *Principios de una ciencia nueva sobre la naturaleza comum de las naciones: del establecimiento de los principios*, p. 195)

³⁰ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termos de ajustamento de conduta: teoria e prática*, p. 23.

³¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*, p. 122-135.

e) o pluralismo político é inerente à democracia, pois possibilita a convivência pacífica e a harmonização da defesa de diversos interesses conflitantes.

Para Ayres Britto, que defende um necessário vínculo operacional entre humanismo e direito, extrai-se:

Não que as Constituições precisem nominar o humanismo. Basta que elas falem de democracia para que ele esteja automaticamente normado. Como se pode concluir dos incisos I a V do art. 1º, da Constituição de 1988, que, sob a denominação de ‘fundamentos’ da República Federativa do Brasil, fez da democracia (logo do humanismo) uma feérica *estrela de cinco pontas*: ‘soberania’, ‘cidadania’, ‘dignidade da pessoa humana’, ‘valores sociais do trabalho e da livre iniciativa’, ‘pluralismo político’. Sendo que a expressão ‘dignidade da pessoa humana’, ali naquele dispositivo, ainda não é todo o humanismo; é a parte do humanismo que mais avulta, de modo a ocupar uma posição de centralidade no âmbito mesmo dos direitos fundamentais de todo o sistema constitucional brasileiro³².

3.2 O princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é um valor intrínseco à nossa condição humana e inteiramente pertinente no ordenamento jurídico pátrio, por ter o *status* de princípio constitucional e por ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil³³.

Nada mais lógico que aprofundar a análise nesse princípio, a fim de, se possível, chegar à compreensão de sua relação com a organização de nosso Estado Democrático.

Para Augusto César Leite de Carvalho:

A se compreender que o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento da República e *causa primeira* da tutela dos direitos sociais, interessa consultar o significado de tal princípio, ainda mais quando esse seu conteúdo jurídico se reveste de força normativa, a exemplo do que sucede a todos os princípios constitucionais³⁴.

³² BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*, p. 38.

³³ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.”

³⁴ CARVALHO, Augusto César Leite de. A dignidade (da pessoa) humana. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2.259, 7 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13449>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

Nesse sentido, interessante a observação de Fernando Ferreira dos Santos³⁵ de que a própria localização topográfica dos direitos fundamentais, situados antes da organização do Estado, permite constatar que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado³⁶.

Além da liberdade que aparece como princípio e fundamento da vida³⁷, o Estado deve propiciar condições para uma vida digna em seu conteúdo material, moral e espiritual, sempre vinculando essa liberdade ao dever e à responsabilidade individual.

Para Ney Stany Morais Maranhão, que trata da dignidade da pessoa humana como fator de resgate da identidade do Estado contemporâneo, aquela nasce junto com o homem e está definida como um princípio informador do direito, desempenhando um papel importantíssimo na vida social e econômica:

Aliás, a vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais já constitui mesmo um dos postulados nos quais se assenta o Direito Constitucional contemporâneo. Percebe-se que no moderno pensamento filosófico e social a questão da dignidade da pessoa humana está ganhando cada vez mais espaço como uma temática verdadeiramente central, pilar da própria existência social³⁸.

Com base na assertiva de que a dignidade nasce juntamente com o homem, tem-se também que o direito é criação do homem³⁹, com o que podemos constatar o equilíbrio perfeito entre três elementos aparentemente distintos: direito-vida-dignidade.

Parece ser impossível conceber qualquer ordenamento jurídico carente de normas que se pautem pelo respeito à vida humana e o respeito à sua dignidade.

³⁵ SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em: 3 maio 2010.

³⁶ ALVES, Eliana Calmon. Direitos de quarta geração: biodiversidade e biopirataria. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região*, v. 4, n. 1, p. 41-61, dez. 2002. Conforme constata a autora, as exigências sociais chegaram a um nível de sofisticação tal que o regramento da vida do indivíduo e da sociedade na qual ele se insere tornou-se insuficiente, sendo necessário ordenar e disciplinar o espaço físico e o meio ambiente. Assim, a preocupação apresentada não é mais pela vida, mas pela qualidade de vida. Cf.

³⁷ GONZÁLEZ PECOTCHE, Carlos Bernardo (Raumsol). Concepción de la vida (Grandeza y Miseria). In: _____. *Colección de la Revista Logosofía*, t. I, p. 84. O Autor discorre sobre a concepção da vida no seguinte sentido: “A vida deve ser rica em feitos e episódios que enalteçam a dignidade humana. Feitos e episódios onde a existência, em lugar de se dilacerar, se multiplique, deixando neles estampados os traços indeléveis de sua genialidade”

³⁸ MARANHÃO, Ney Stany Morais. A dignidade da pessoa humana como fator de resgate da identidade do Estado contemporâneo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2.436, 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14438>>. Acesso em: 3 maio 2010.

³⁹ Cármen Lúcia Antunes Rocha diz que o direito é criação da vida, assim como o direito à vida é criação do homem. Contudo, não nos parece acertada tal assertiva, pois se a vida e a dignidade nascem com o homem, este não cria o direito à vida, mas somente o reconhece e o positiva em normas jurídicas. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Direito à vida digna*, p. 13)

Nesse sentido, alinha-se, especificamente, o inciso IV do art. 3º da República Federativa do Brasil, ao determinar a promoção do bem de todos de forma igualitária, sem preconceitos de origem, raça, sexo e quaisquer outras formas de discriminação.

Para Aloízio Gonzaga de Andrade Araújo,

o que importa, pois, é que o Direito, expressão da última ordem normativa ainda em desenvolvimento, tem como fundamento a igualdade dos homens, tornados pessoas de direitos e obrigações, e é nela que se acha centrada a justiça por levar os homens, a sociedade e o Estado à felicidade, de que a base material, tal qual Aristóteles preconizava, é um dos pilares⁴⁰.

Conforme José Amado Nascimento, somente um bem absoluto poderia satisfazer total e completamente à pessoa humana e atender a seus anseios infinitos, de forma que ele perca sua liberdade⁴¹. Esse “bem absoluto” não pode ser fornecido pelo Poder Público, uma vez que a felicidade é intraindividual, devendo o Estado fornecer condições para que ela seja mais facilmente alcançada.

Claro que todo ordenamento jurídico pode ter suas falhas. Todavia, a ausência de princípios, como o direito à vida e o respeito à dignidade da pessoa humana, o condenaria ao fracasso, por não possuir elementos afins com a natureza humana, ao que se destina a elaboração e o cumprimento de normas.

A previsão constitucional é um passo imprescindível para a concretização de direitos. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, inspirada na Revolução Americana e em ideais iluministas, que se destina a assegurar vidas dignas, é precursora nesse sentido. Desta feita, destacam-se o seu preâmbulo e os dois primeiros artigos:

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

⁴⁰ ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. *O direito e o Estado como estruturas e sistemas*: um contributo à teoria geral do direito e do Estado, p. 425.

⁴¹ NASCIMENTO, José Amado. Pessoa humana e Estado. In: FRANÇA, Limongi Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 58, p. 286-287.

Em razão disto, a Assembléia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão:

Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão⁴².

Essa declaração serviu de base para, em 10 de dezembro de 1948, mais de um século e meio depois, ser editada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução n. 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, consignada pelo Brasil na mesma data.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, já em seu preâmbulo, há uma preocupação expressa com a dignidade da pessoa humana:

[...] o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

[...].

[...] os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, [...]⁴³.

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha⁴⁴, quando o uso da palavra “dignidade” passou a se referir diretamente à pessoa humana, o conteúdo daquela se renovou:

Quando retorna com novo conteúdo e contornos fundamentais no Direito contemporâneo, o uso da palavra dignidade, referindo-se à pessoa humana, ganha significado inédito, qual seja, passa a respeitar a integridade, a intangibilidade e a inviolabilidade do homem, não apenas tomados tais atributos em sua dimensão física, mas em todas as dimensões existenciais nas quais se contém a sua humanidade, que o lança para muito além do meramente físico.

⁴² VIVA, Marcus Cláudio Acqua. *Declaração de direitos do homem e do cidadão Francesa de 26 de agosto de 1789*. In: TEXTOS básicos sobre derechos humanos. Madrid. Universidad Complutense, 1973. Traduzido por Manoel G. Ferreira Filho *et al.* Liberdades Públicas. São Paulo: Saraiva, 1978. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 2 maio 2010.

⁴³ Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 2 maio 2010.

⁴⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Direito à vida digna*, p. 34.

Segundo Emerson Gabardo⁴⁵, a dignidade seria o sustentáculo primário da ideia dos direitos fundamentais, pois fomenta novas perspectivas do Direito Administrativo.

De fato, o conceito de dignidade tende a se expandir conforme a Humanidade se aperfeiçoa por meio dos avanços da ciência e passa a necessitar de mais recursos para manter a existência digna, orientando e restringindo a atuação estatal.

3.3 Princípios setoriais de Direito Administrativo no Estado Democrático de Direito

Um dos mais importantes princípios que regem a Administração Pública encontra-se catalogado no *caput* do art. 37 da Constituição da República, que estabelece que a Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos poderes dos entes federados obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Em apertada síntese, verifica-se que:

– o princípio da legalidade vincula a atuação estatal à observância das normas que compõem o ordenamento jurídico, pois o interesse jurídico decorre das normas, e não da vontade do administrador;

– o princípio da impessoalidade deve ser observado em relação aos administrados e à própria administração. No primeiro caso, seria a observância da finalidade pública, da atividade administrativa, não beneficiando ou prejudicando propositadamente nenhuma pessoa física ou jurídica. Com relação ao Administrador, entende-se que o ato administrativo ou atividade administrativa praticados são da própria Administração Pública e não do servidor que o executou;

– o princípio da moralidade, como verifica Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁶, está intimamente ligado ao princípio da legalidade, pois o desvio de poder, considerado um ato ilegal, retira desse princípio a autonomia. Da mesma forma, verificado um ato imoral, que não seja ilegal, torna-se difícil a tarefa de atrair alguma sanção ao administrador;

– o princípio da publicidade, em regra, exige a divulgação dos atos da Administração Pública de acordo com os demais princípios e regras em vigor;

⁴⁵ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal, p. 337-344.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 68-71.

– o princípio da eficiência, conceito que se determina na análise de casos concretos, é essencial para qualquer Administração Pública conseguir gerenciar recursos e prestar serviços público de forma satisfatória.

Assim, a Administração Pública deverá ser entendida em sentido amplo, abarcando, além das tarefas cotidianas administrativas, os atos de governo, ou seja, os atos políticos que, visando ao cumprimento de algum objetivo, determinem as diretrizes que devem seguidas no campo da economia, da educação, da saúde, da segurança pública, dentre outras.

Conforme ressalta Odete Medauar⁴⁷, além de ser difícil fixar rígida e nitidamente as fronteiras da função governamental da função administrativa, a dinâmica da atuação do Executivo não se desenvolve de maneira puramente política nem puramente burocrática.

3.4 A instituição do princípio da legalidade e sua interpretação em cada paradigma estatal, até se alcançar o paradigma do Estado Democrático de Direito

Quando o poder estatal não admitia contestação, governantes eram confundidos com o próprio Estado e atuavam desprovidos de qualquer racionalidade, tendo na violência a forma mais eficaz de submissão das massas.

Para José Ortega Y Gasset, a massa é o que não atua por si mesma, é uma força autônoma que quando atua e triunfa, triunfa a violência⁴⁸.

Assim, seria mais fácil comandar uma massa do que um indivíduo que pensasse por si só, em contraposição a indivíduos homens-massa que se sentem como se fizessem parte e se incorporassem à organização de um Estado.

Posteriormente ao uso cego da força, pretendeu-se utilizar o simbolismo⁴⁹ como uma forma de comunicação entre governantes e governados, um mecanismo de controle que

⁴⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. rev. e atual, p. 49.

⁴⁸ ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*, p. 139-146.

⁴⁹ “O símbolo tem precisamente essa propriedade excepcional, de sintetizar, numa expressão sensível, todas as influências do inconsciente e da consciência, bem como das forças instintivas e espirituais, em conflito ou em vias de se harmonizar no interior de cada homem.” (CHEVALIER Jean; GHEERBRANT, Alain. *Dicionário de símbolos*, p. XIV)

produzisse estabilidade e aceitação popular, a fim de legitimar governos e tornar menos frequente o uso da força.

O simbolismo⁵⁰ é entendido pela semiologia como uma comunicação não verbal⁵¹, rica em significados. Entretanto, essa comunicação geralmente é utilizada mais como uma forma de alienação dos cidadãos do que propriamente como forma de comunicação. Nesses casos, o simbolismo, em vez de representar a lógica e a racionalidade, é largamente utilizado de forma ideológica, a fim de controlar e submeter as massas.

Na Idade Média, que estava impregnada de um fim superior, ditado pela Igreja e com o qual o povo deveria se conformar⁵², o simbolismo de justificação do poder baseou-se no direito divino dos reis ao poder, encontrando em Santo Agostinho a crença de que o homem não pode mudar o seu destino, mas, sim, cumprir os desígnios divinos⁵³.

Com Maquiavel, substitui-se essa moral religiosa pela justificativa de resultados: o *príncipe* deve ter ou parecer ter virtudes que o qualifiquem a governar; deve saber ser cruel, se preciso; e deve ter a *boa técnica de governo*⁵⁴.

Desde o período medieval, quando se faziam presentes inúmeros reinos independentes, a instabilidade política e o pluralismo jurídico, até o período dos governos absolutistas, quando a vontade do *príncipe* contrastava com os anseios do povo, a nascente classe burguesa clamava por liberdade, igualdade e segurança – jurídica e política – ante leis universais e impessoais.

O Estado Moderno separou-se do poder religioso e passou a se organizar de forma a não se basear mais em justificativas transcendentais ou em privilégios de nascimento, limitando o próprio Estado à legalidade e transformando o direito em um sistema jurídico de regras normativas gerais e abstratas, válidas para todos⁵⁵.

⁵⁰ Sistema de representação baseado em símbolos e destinado a exprimir crenças e transmitir tradições e ritos. ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. Dicionário de psicanálise. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 715)

⁵¹ Teoria dos Símbolos. Método histórico que consiste em interpretar os dogmas ou os sistemas antigos atribuindo-lhes um valor simbólico: “Se certo sistema, o dos dogmas mitólogos simbolistas, por exemplo, ou o dos naturalistas, para quem nada maravilhoso, acaba por triunfar...” (LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*, p.1.015)

⁵² Cf. LASKI, Harold J. *O liberalismo europeu*. Trad. bras. São Paulo: Mestre Jou, 1973.

⁵³ Segundo George Hart, no Egito antigo, a sucessão legítima do faraó era assunto administrativo e mitológico, pois o faraó era a manifestação terrena do deus dos céus hórus. (HART, George. *Mitos egípcios*, p. 29)

⁵⁴ GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*, p. 65.

⁵⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica no estado democrático de direito*, p. 32.

O Estado de Direito, liberal em sua origem, resume-se na expressão de Bobbio⁵⁶, como o “Estado dos cidadãos”, que o aponta como a passagem final do ponto de vista dos príncipes para o ponto de vista dos cidadãos, quando estes deixam de ter apenas direitos privados em relação ao soberano e passam a ter direitos públicos.

No Estado Liberal, surgido de uma nova sociedade econômica no final da Idade Média, predominou o princípio da “não intervenção”; ou seja, o Estado não interviria na economia e na propriedade privada e se afastaria da maior parte dos serviços públicos, salvo para garantir a liberdade, a segurança e a soberania nacional, o que ficou conhecido pela frase francesa *laissez-faire, laissez-passer*.

O objetivo era gerir com maior eficiência os negócios públicos. Para Harold J. Laski, o princípio vivo do liberalismo foi a ideia por meio da qual a nova classe média ascendeu a uma posição de domínio político, cujo instrumento foi aquilo que se pode chamar de Estado Contratual⁵⁷.

Em substituição à tradição e à eficiência (resultado de meios e fins), sugeridas como forma de dominação, Max Weber faz culto da legalidade como forma estável de legitimidade. Contudo, isso não significa, necessariamente, um aumento do bem-estar da humanidade⁵⁸. Ao contrário, confundir legitimidade com legalidade é criar um novo simbolismo: crença no sistema legal. A legitimação somente pela legalidade, defendida por Max Weber, há muito se mostrou estéril, por não abarcar a eficiência.

De acordo com José Renato Gaziero Cella,

o fundamento racional identificado por Weber [...] reside a estabilidade da dominação legal característica de nosso tempo. Seria a crença na legalidade que levaria à submissão dos dominados a essa forma de dominação caracterizada pela positivação do direito e por um quadro administrativo predominantemente burocrático no seio do Estado⁵⁹.

Assim, o princípio da legalidade decorre do Estado de Direito. Com o fim do Estado Absolutista, a atuação do Estado deveria ser separada da vontade da autoridade, como forma de garantir ao cidadão que o cumprimento do determinado pela Administração Pública não

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 61.

⁵⁷ LASKI, Harold J. *O liberalismo europeu*, p. 12-14.

⁵⁸ GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*, p. 73.

⁵⁹ Cf. CELLA, José Renato Gaziero. The critic of Habermas to the idea of legitimacy in Weber and Kelsen. In: *Annals of the XXII World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy: law and justice in a global society*.

seria mais satisfazer a interesses individuais de governantes, que teriam de cumprir as leis que o Parlamento votara e também suas próprias decisões⁶⁰.

Em síntese, o princípio da legalidade seria atendido, simplesmente, como vinculação da Administração Pública ao que as normas legais determinam.

Conforme salienta Edimur Ferreira de Faria⁶¹, o princípio da legalidade teve sua inspiração no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, sendo implementado com a adoção do Estado de Direito.

Contudo, concepções posteriores deformaram tal conceito, num individualismo extremo que serviu para justificar a total exclusão de pessoas menos capacitadas para o trabalho ou menos abastadas, propiciando convulsões sociais de cunho marxista. A não intervenção do Estado na economia causou a crise de 1929, que teve como a *gota d'água* a quebra da Bolsa de Valores nos EUA. Tal fato gerou a ascensão de governos totalitários na Alemanha, Itália e Espanha.

O Estado Social⁶² de Direito, ou do Bem-Estar Social, não descuidou das conquistas anteriores, ou seja, das garantias formais alcançadas, mas passa a intervir na economia de forma direta ou indireta, tentando compatibilizar as demandas do capitalismo com o bem-estar geral. Foi uma forma de bloquear a expansão do comunismo após a Revolução Russa em 1917, que defendia uma forte centralização econômica.

Essa nova tentativa tornou-se inócua, a partir do momento em que a interpretação do vocábulo “social” não foi feita corretamente. Talvez por ser vasta, mantiveram esse vocábulo adstrito à compreensão do vocábulo “Estado”⁶³.

O Estado Social, no pós-guerra, passou a intervir para melhorar a condição das camadas não beneficiadas pelo Estado Liberal. O bem-estar social passou a ser o objetivo legitimante dos governos das principais potências ocidentais, que pretendiam expandir a capacidade produtiva e promover melhoras qualitativas para a população. Medidas sociais já

⁶⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 126.

⁶¹ FARIA, Edimur Ferreira. *Curso de direito administrativo positivo*, p. 68.

⁶² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 119: “Os regimes constitucionais ocidentais prometem, explícita ou implicitamente, realizar o estado social de direito, quando definem um capítulo de direitos econômicos e sociais”.

⁶³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 120. Para José Afonso da Silva, “todas as ideologias, com sua própria visão do social e do Direito, podem acolher uma concepção do Estado Social de Direito, menos a ideologia marxista que não confunde o social com o socialista. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a França, com a Quarta República, especialmente, e o Brasil, desde a Revolução de 30 – bem observa Paulo Bonavides – foram ‘Estados Sociais’, o que evidencia, conclui, ‘que o Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo’”.

eram, todavia, observadas no final do século XIX, com a seguridade social alemã, e, posteriormente, na Inglaterra e na Áustria, no início do século XX.

Contudo, o alto custo da Guerra Fria, somado à má administração estatal de recursos, incapaz de acompanhar a demanda social, propiciou o surgimento de teóricos de um novo liberalismo, voltado para a valorização do talento e a eficiência no trabalho.

Após as dificuldades do Estado Social, promovidas pelos governos americano e inglês, de Ronald Reagan e Margareth Thatcher, o neoliberalismo levantou a possibilidade de submeter a justiça e o direito aos interesses econômicos⁶⁴.

A política brasileira no período da ditadura militar, a saber, de 1964 a 1985, caracterizou-se pela falta de democracia, supressão de direitos constitucionais, censura e perseguição política aos que eram contrários ao regime militar. Nessa época, a atuação estatal encontrou legitimação na “segurança nacional”, apresentando um conceito indeterminado e sem qualquer objetividade, propiciando o uso indiscriminado da violência e impedindo qualquer diálogo que vise à manutenção dos direitos e das garantias fundamentais.

De fato, as concepções de Estado de Direito e Estado Social de Direito não conseguiram se converter em Estados Democráticos. Apesar da tentativa de que o Estado Social corrigisse os erros do primeiro, isso não ocorreu de fato, não se alcançando a verdadeira justiça social.

Daí surgiu a consciência da necessidade de se criar uma situação de bem-estar geral, a fim de garantir o desenvolvimento da pessoa humana, pois esse apego cego à lei levou a uma legalidade simplesmente formal ou legalismo, que foi superado pelo Estado de Direito Material⁶⁵, que, unido à conquista da legalidade formal, trata de concretizar direitos fundamentais sem se descuidar da formalidade necessária ao Estado de Direito.

Para Egon Bockmann Moreira⁶⁶, o princípio do Estado Democrático de Direito – que dá origem a um novo modelo Estatal - é fundamental para a compreensão de todos os demais princípios, buscando-se um Estado substancialmente democrático em vez de formalmente

⁶⁴ Por esse prisma, os governos teriam a prerrogativa de decidir sobre o que seria justo e bom para os administrados, baseando-se no pragmatismo econômico, ou no “interesse do governo”. O próprio Poder Judiciário, em seus tribunais, tendia a decidir não mais com base na análise sistemática do Direito, mas sim no que seus magistrados compreendem como o melhor para a sociedade.

⁶⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*, p. 72-73.

⁶⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*, p. 69-71.

democrático. Seguindo essa interpretação, o objetivo do Estado deixa de ser o mero cumprimento cego de suas leis⁶⁷.

Assim, o princípio da legalidade passa a ser a concretização das normas jurídicas democraticamente, ou seja, com a participação política dos cidadãos, direta ou indiretamente, com a possibilidade de controle jurisdicional.

Cármen Lúcia Antunes Rocha manifesta preferência pelo termo princípio da juridicidade da Administração Pública em vez de princípio da legalidade, por entender ser mais amplo e demonstrar a grandeza da democracia em seu conteúdo. Segundo o mencionado princípio, o administrador público deve se enquadrar ao que a lei permita que ele faça, não desvirtuando os passos da Administração Pública, “que tem como finalidade fazer com que os efeitos determinados pelas normas jurídicas se concretizem”⁶⁸.

Pode-se citar como exemplo os interesses públicos, que sabidamente são indisponíveis, uma vez que a Administração Pública não pode titularizá-los. Somente o Estado poderá fazê-lo, mediante sua manifestação legislativa.

A legalidade ou juridicidade administrativa, na perspectiva da Administração Pública num Estado Democrático de Direito, é o princípio mais vigoroso e presente no Estado de Direito, pois submete o próprio Estado, ou seja, seus próprios atos ao controle das normas jurídicas.

O princípio da legalidade é o carro-chefe dos princípios que guiam a atuação da Administração Pública, o que não significa o cumprimento cego de normas.

Nesse sentido, Ayres Britto, que trata da Constituição dirigente, interpretada de forma a reconceituar as “normas programáticas” que encerram programas de governo a serem observados obrigatoriamente em todas as gestões:

Agora, a programaticidade tem que ser vista como descrição dos programas mínimos de todo e qualquer governo. Antecipado molde para o recorte de políticas públicas passíveis de ampliação sem dúvida, mas não de descarte. *Um fazer primeiro o que a Constituição ordena, impessoalmente, para somente depois se pensar (havendo folga financeira) em empreitadas que já signifiquem a personalizada ocupação da cadeira do Poder por esse ou aquele bloco de parlamentares, por esse ou aquele chefe do Poder Executivo.* Aqui, bastando que tais empreitadas (sempre de assento legal) sejam compatíveis com o Magno Texto. Não o afrontem. Ali, mais que uma fria ou linear compatibilidade, mais que um

⁶⁷ Conforme afirma Dantas, o Estado Democrático de Direito não se confunde com o Estado Social, posto que não permite o surgimento de governos antagônicos à democracia, ao determinar que a prevalência da legalidade (e da ordem) ocorram fora das instituições democráticas oriundas da manifestação popular. DANTAS, Ivo. Da defesa do Estado e das Instituições Democráticas. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989, p.27.

⁶⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*, p. 83.

simples não-desrespeitar a Constituição, um *somente fazer o que ela imperativamente determina*. Logo, um contracenar no palco das ações político-administrativas sem a mínima possibilidade de fuga do script constitucional⁶⁹.

Apesar de se basear em preceitos normativos, o interesse público deve ser encontrado na análise de casos concretos, a fim de que a interpretação se realize no sistema jurídico como um todo e não simplesmente aplicando normas automaticamente⁷⁰, sob pena de ferir o princípio do Estado Democrático de Direito.

Os administradores que não realizam esse estudo sistemático do Direito Administrativo em suas atuações, deixando de realizar programas ou serviços públicos, por mais bem-intencionados que possam ser, fazem-nos recordar a fábula do urso e do homem, narrada por José Ortega Y Gasset quando trata da decadência universal do direito por não se respeitar sua essência e torná-lo instável:

– “É a fábula do urso e do homem. O urso é amigo do homem, e este, deitado junto a ele, dorme a *siesta*. O urso o vela e cuida de seu sono. De repente, uma mosca pousa na testa do homem. Isto o urso não pode tolerá-lo, dada sua amizade com o homem, e resolve matar a mosca. Dá uma pancada na testa do homem e mata a mosca, mas, ao mesmo tempo, esmaga a cabeça de seu amigo homem⁷¹.”

Uma suposta eficiência administrativa não pode ser alcançada, senão, sob a concretização dos princípios da Administração Pública, *v.g.*, o Princípio da Legalidade, analisados sob o prisma do Estado Democrático de Direito, sob pena de se ter um amigo urso maior e mais forte do que o dessa antiga fábula.

⁶⁹ BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*, p. 102, grifos do autor.

⁷⁰ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, violar um princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório (como no caso das normas entendidas como regras), mas a todo o sistema de comandos. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*, p. 34-36)

⁷¹ ORTEGA Y GASSET, José. *Una Interpretación de la historia universal*, p. 338-339, tradução nossa.

3.5 Princípio constitucional da eficiência e sua aplicação na Administração Pública como instrumento de garantidor de direitos fundamentais

Juarez Freitas⁷² defende que em nosso Estado democrático de direito, há o direito fundamental à boa Administração Pública, que implica, dentre outras coisas, a vinculação da discricionariedade administrativa ao ordenamento jurídico e a não negação de “princípio/direitos fundamentais”, sendo que o oposto é discricionariedade arbitrária.

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

– Em consequência dessa mudança, o Estado não administra nem, como no passado remoto, para o Rei e para seus áulicos, nem como no passado recente, para ele próprio, o Estado, e suas classes privilegiadas: altera-se o enfoque para passar a administrar para o cidadão os interesses públicos que lhe são confiados pela ordem jurídica⁷³.

O mais interessante nessa nova análise estatal é a necessidade de uma produtividade maior do setor público, que deve se apoiar na Ética e na Eficiência.

Embora a ética não deva ser uma novidade para a Administração, o interesse público, como sua finalidade, deve ser interpretado como a melhor posição que beneficie, ao mesmo tempo, Estado e cidadãos. Qualquer ato administrativo que fira direitos individuais ou coletivos, mesmo pelo fato de ser ineficiente, não atende ao interesse público.

⁷² “A discricionariedade administrativa, no Estado Democrático brasileiro, encontra-se vinculada, direta e imediatamente, ao direito fundamental à boa Administração Pública. Toda discricionariedade administrativa tem que guardar referência ao sistema: a liberdade é atribuída para facultar a melhor conformação possível, não para obstá-la. Nesse sentido, não se admite a mera faculdade. A liberdade, se e quando exercida como negação dos princípios/direitos fundamentais, torna-se viciada por excesso ou deficiência e, como tal, negadora da discricionariedade legítima. Em outras palavras, torna-se arbitrária e não-universalizável.” FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública e o direito administrativo brasileiro do século XXI: direito administrativo em debate*, p. 2-3. Disponível em: <<http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

⁷³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, p. 1-18. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 nov. 2010. Diogo Figueiredo entende que essa evolução, ou mutação, do Direito Administrativo pode ser encarada sob as perspectivas sociológica, teórica e metodológica. Na perspectiva sociológica são encaradas as transformações no Direito Administrativo levantando aspectos históricos e sua influência na vida em sociedade e nas instituições de poder direito e política. Na abordagem teórica são analisados conceitos de Direito Administrativo, imutáveis desde a sua origem, para serem novamente interpretados por conceitos que legitimem a Administração Pública. Na mutação administrativa ocorrida sob o prisma metodológico levar-se-á, por exemplo, em conta a nova relação que se firmou entre o estado e seus cidadãos, com o controle dos atos da Administração Pública.

Com relação à eficiência administrativa, Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta, ainda:

Abandona-se a idéia de que a gestão da coisa pública é bastante para ser eficaz, ou seja, consista apenas em desenvolver processos para produzir resultados. A administração pública gerencial importa-se menos com os processos e mais com os resultados, para que sejam alcançados com o menor custo, no mais curto lapso de tempo e com a melhor qualidade possíveis⁷⁴.

A eficiência administrativa, a partir da Emenda Constitucional n. 19/1998⁷⁵, que alterou o art. 37, *caput*, da Constituição Federal, adquiriu expressamente *status* de princípio constitucional, apesar de já ser um dos pilares da *boa Administração Pública*⁷⁶.

A eficiência barca todos os atos da Administração Pública, sendo que está presente também no § 8º do art. 37 da Constituição da República, ao prever, no inciso XXII do art. 37 da Constituição da República, metas de desempenho, além de gestão associada em convênios de cooperação entre entes federados⁷⁷.

Apesar de a eficiência administrativa ter sido inserida como princípio constitucional em 1998, pela emenda n. 19, no período do Regime Militar, a Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964, e principalmente o Decreto-Lei n. 200, de 27 de fevereiro de 1967, já demonstravam essa preocupação com a administração de recursos.

⁷⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração pública gerencial. *Revista de Direito*, p. 41.

⁷⁵ O princípio da eficiência adotado explicitamente pela emenda constitucional n. 19, que dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do distrito federal, etc., deverá ser interpretado de forma a se respeitar o já estabelecido pelo texto originário, notadamente o art. 60, § 4º, ou seja, a forma federativa de estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; os direitos e garantias individuais.

⁷⁶ Conforme Juarez Freitas, o direito à boa Administração Pública seria um somatório de vários direitos, dentre os quais estaria obrigatoriamente elencado o direito à Administração Pública eficiente e eficaz (FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito à boa administração pública*, p. 21)

⁷⁷ “Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...];

XXII – as administrações tributárias da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios, atividades essenciais ao funcionamento do estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

§ 8º a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I – o prazo de duração do contrato;

II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III – a remuneração do pessoal.”

Eficiência é um conceito jurídico indeterminado, mas determinável no caso concreto, podendo ser correlacionado à racionalização de recursos e à produtividade. Para fins deste trabalho, adota-se a distinção entre eficiência e eficácia defendida por Luciano Parejo Alfonso, citado por Gabardo⁷⁸, na qual a eficácia estaria na produção de resultados de forma ótima, enquanto a eficiência estaria na utilização dos meios otimamente adequados, o que implicaria saber administrar ora com celeridade e ora com economicidade.

Destarte, o princípio da eficiência é uma realidade⁷⁹ que deve ser interpretada sistematicamente com os demais princípios constitucionais, v.g., o princípio da dignidade humana, que abarca o princípio da boa administração, levando-se em conta não somente os aspectos econômicos, mas também os sociais.

Os próprios atos administrativos, na concepção de Juarez Freitas⁸⁰, encontram na consecução eficiente e eficaz dos melhores resultados um dos requisitos da legitimidade dos atos administrativos.

Conforme Odete Medauar

associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções⁸¹.

Para Di Pietro, pode-se verificar a eficiência em dois aspectos distintos, mas que se convergem para o mesmo fim: a própria eficiência. O primeiro aspecto seria o modo de atuação do agente público; o segundo, o modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública⁸².

Não basta somente o agente público se capacitar – ou ser capacitado – para resolver os problemas públicos que se lhe apresentem, se *pari passu* o Estado não melhorar também sua própria estrutura organizacional, a fim de alcançar seus objetivos⁸³.

⁷⁸ ALFONSO, Luciano.Parejo. *Eficácia y administración: três estudios*, p. 93 *apud* GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 24.

⁷⁹ LOPES, Maurício Ribeiro. *Comentários à reforma administrativa*, p. 108. Para o autor, a eficiência não seria um princípio, mas própria finalidade da própria Administração Pública.

⁸⁰ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, p. 120-130.

⁸¹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 132.

⁸² Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas. 2007.

⁸³ Quando o Estado, ao monopolizar e centralizar as funções jurisdicionais, legislativas e administrativas, necessitou centralizar a administração destes serviços como forma de controle. À centralização personalista e

A afirmação eficiente tenta demonstrar que o que funciona seria o justo e o eficaz (como ocorre na iniciativa privada), o que pode se revelar uma afirmação falaciosa quando se tratar da Administração Pública, conforme Jacques Le Mouel, citado por Gabardo⁸⁴. A justificativa simplesmente estatística ou econômica não avalia critérios, tais como os custos sociais e globais.

O investimento em políticas públicas de serviços, além de se pautar pelos resultados, deve ser contínuo e planejado, como forma de não se afetar a relação entre Administração Pública e cidadãos e haver forte controle do que sai do Erário.

Conforme Odete Medauar,

o princípio da eficiência vem suscitando entendimento errôneo no sentido de que, em nome da eficiência, a legalidade será sacrificada. Os dois princípios constitucionais da Administração Pública devem conciliar-se, buscando esta atuar com eficiência dentro da legalidade⁸⁵.

Também para Di Pietro⁸⁶, o princípio da eficiência não pode se sobrepor ao princípio da legalidade, pois

[...] a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.

Aperfeiçoar a máquina administrativa não significa desmantelá-la de forma global, sem qualquer critério técnico ou por meio de refrões populistas e ocasionais. As mudanças, na forma administrativa de atuar, devem se dar por meio da análise sistemática da Constituição Federal e de reformulações legais específicas.

irracional seguiu-se a centralização da procedimentalização, fixando-se a forma de atuação (burocracia) e a forma de se escolherem os melhores trabalhadores públicos (concurso para investidura em cargos públicos). Isso permitiu que, ao mesmo tempo, se concedesse uma margem de liberdade ao exercício de cargo ou função pública, acompanhado de controle dos atos administrativos. Evidentemente, isso não significa a defesa do “formalismo irresponsável”, mas sim que o procedimento esteja de acordo com os princípios constitucionais, v.g. a eficiência administrativa, e não com o subjetivismo da legitimação pelo resultado ou racionalidade gerencial-pragmática. (Cf. GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*, p. 60)

⁸⁴ MOUËL, Le Jacques. *Crítica de la eficacia – ética, verdade y utopia de um mito contemporâneo*. Barcelona: Paidós, 1992, p. 10 *apud* GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 60.

⁸⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 132.

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 76.

3.5.1 A eficiência como princípio constitucional

O princípio da eficiência se adapta perfeitamente ao texto constitucional originário, sendo que tanto antes como após a Emenda Constitucional n. 19/98 seria inadmissível afirmar que a Administração Pública pudesse atuar de forma displicente ou ineficiente. Interpretado de forma sistemática e harmônica, o princípio da eficiência deverá reger toda a atividade da Administração Pública, norteando-a, a fim de que ela obtenha a rapidez, a economia e a otimização dos recursos a serem gastos. Isso não excluirá em nenhum momento a aplicação de outros princípios constitucionais administrativos, como, *v.g.*, legalidade e moralidade pública.

Para Lacerda e Silva,

a centralidade dos direitos fundamentais reclama eficiência, compreendida não apenas como a redução de gastos e de tempo para a ação estatal, como alcance de resultados benéficos ao cidadão, a quem se garante o direito a serviços de melhor qualidade, em espaço mais curto e com menor sobrecarga para a sociedade⁸⁷.

Para compreendermos totalmente o princípio da eficiência, devemos considerar que ele abarca termos como eficácia, efetividade, racionalização, produtividade, economicidade e celeridade. Por outro lado, abrange, também, princípios como o do *bom andamento* (controle da administração) e da *boa administração* (busca de resultados, funcionalidade)⁸⁸.

O termo “eficácia” refere-se à obtenção do resultado pretendido: não basta agir corretamente se não se atingem os objetivos perseguidos. Ou seja, verificar em qual medida a atividade estatal gera benefícios à sociedade, mas tendo-se em vista sempre a participação e o controle da Administração Pública⁸⁹.

⁸⁷ LACERDA, Bruno Amaro; SILVA, Cristiana Maria Fortini Pinto e. O direito administrativo e a fundamentalidade da pessoa. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte*, p. 114.

⁸⁸ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*, p. 100.

⁸⁹ “A tomada de decisões e o resultado do seu implemento, antes vistos sob o prisma da adequação formal à lei, em que sobressai a busca por mera eficácia, sobre o impacto do advento de novos paradigmas, decorrentes da busca de legitimidade, que podem ser sintetizados na busca da eficiência, o que só é possível se contempladas as ideias de participação e controle”. (LACERDA, Bruno Amaro; SILVA, Cristiana Maria Fortini Pinto e. O direito administrativo e a fundamentalidade da pessoa. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte*, p. 113)

A “efetividade”, como bem trata Lucas Rocha Furtado⁹⁰, é a comparação entre os objetivos ou metas fixadas pela Administração Pública em seu planejamento e os “resultados efetivamente alcançados”.

A racionalização na Administração Pública tem relação direta com a eficiência, pois busca a aplicação de métodos científicos exatos para que resultados exatos e esperados sejam obtidos.

Já a produtividade é o alcance de resultados utilizando-se menores gastos e não permitindo que fatores externos ao processo produtivo interfiram no resultado almejado: produzir muito com pouco, em menor tempo possível.

O termo “economicidade” aparece no *caput* do art. 70⁹¹ da Constituição da República, segundo o qual toda pessoa física e jurídica que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária prestará contas.

Se o princípio da celeridade no âmbito processual é a busca pela prestação jurisdicional ou administrativa rápida, prestada sempre com segurança, para se chegar o mais breve possível à solução dos conflitos existentes, a celeridade, no âmbito da Administração Pública, é a atuação pública de forma rápida e prestada sempre com segurança e observância do disposto no Ordenamento Jurídico.

A eficiência administrativa está longe de ser um mito ou uma quimera. Assim, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) concluiu no sentido de que a Administração Pública é mais produtiva do que o setor privado, considerando-se os anos de 1995 a 2006, pois a produtividade na Administração Pública aumentou 14,7%, enquanto no setor privado a evolução foi de 13,5%.

‘Constata-se que, de 1995 para cá, a produtividade na Administração Pública não se descolou daquela do setor privado. As duas evoluem na mesma dimensão e registram ganhos, embora baixos’, resumiu Pochmann. Entre os fatores que ele apontou como justificadores desse crescimento da produtividade no setor público estão o aproveitamento de novas tecnologias da informação, a participação social no

⁹⁰ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*, p.113.

⁹¹ “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da união e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo congresso nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a união responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.”

acompanhamento de políticas públicas, e a modernização do setor por meio de concursos e cursos de qualificação.

O presidente do IPEA lembrou ainda que as administrações estaduais que adotaram medidas de choque de gestão não constam entre aquelas com melhor desempenho na produtividade. ‘Ou tiveram ganho muito baixo, ou ficaram abaixo da média de 1995 a 2006’, afirmou, ressaltando que essa comparação não era objetivo do estudo, mas foi uma das conclusões observadas⁹².

Ressalve-se que ao dizer que a Administração deve buscar a economia dos recursos a serem gastos não significa que se deve buscar o lucro ou retirar a estabilidade de seus servidores. Isso porque não se pode trazer para a esfera pública – conforme constado na citada pesquisa do IPEA – a ótica própria da iniciativa privada, que se regula pelas leis do mercado em defesa de interesses individuais e que se mostraram ineficientes quando indevidamente transferidas.

3.6 Federalismo

3.6.1 Tipos de Estado

Sem adentrar as peculiaridades dos complexos tipos de Estados existentes, eles serão mencionados somente a fim de verificarmos a maior ou a menor descentralização de poder existente em cada um deles.

Conforme salienta Manoel Gonçalves, a descentralização é um instrumento da eficiência governamental e uma fórmula de limitação do poder:

A descentralização – note-se – é instrumento de eficiência governamental. Em geral, a centralização retarda as decisões que sobrevêm a destempo, atrasadas. E não raro leva a decisões inadequadas. De fato, a centralização tende a distanciar a vivência do problema de competência para decidi-lo, ou do poder para enfrentá-lo. Mas a descentralização é também uma fórmula de limitação do poder. É geradora de um sistema de freios e contrapesos propício à liberdade. Com efeito, diminui a probabilidade de opressão, dividindo o exercício do poder por muitos e diferentes

⁹² INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Produtividade na administração pública brasileira: trajetória recente*, 2009, n. 27, 8 p. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/comunicado_presidencia/09_08_19_ComunicaPresi_27_ProdutividadenaAdminisPublica.pdf>. Acesso em: 1º maio 2010.

órgãos. E também por aproximar os governantes dos governados, o que facilita a influência destes no processo de tomada de decisões⁹³.

A adoção do federalismo é uma opção do poder constituinte ao modelar a forma do Estado. No Brasil, esse modelo de Estado no qual a descentralização administrativa convive com a autonomia de Estados-Membros para legislar somente foi implementado após a proclamação da República, com o Decreto n. 1, de 15 de novembro, de 1889 e no texto Constitucional em 1891. Apesar de o federalismo já haver sido cogitado na Constituinte de 1823, a Constituição de 1824 não implementou uma Federação, mas, sim, um Estado Unitário Descentralizado.

O Estado foi unitário porque tinha apenas uma esfera de poder⁹⁴ e foi descentralizado, dentre outras coisas, por ter outorgado competências por lei nacional a entes territoriais descentralizados. Em razão de seu imenso território, o Brasil necessitava auxiliar o poder central em suas decisões administrativas, a fim de exercer uma administração mais eficiente. Isso se deveu à grande diversidade de condições regionais, à má comunicação entre essas regiões e a um possível governo altamente centralizado⁹⁵.

Nesse Estado, o poder é exercido por um só núcleo político, que exerce todas as decisões, desconcentrando-se administrativamente, conforme seja necessário. O Estado Unitário, em sua concepção simples, somente é possível enquanto microestado, pois um poder central, que detivesse todas as competências, encontraria sérias dificuldades para exercê-las, com um mínimo de eficiência em áreas de grande dimensão.

No Estado Unitário Desconcentrado, há um representante do poder central em cada divisão territorial. Contudo, este não decide, apenas remete, com fidelidade, as reivindicações e problemas que possam surgir, numa tentativa de aproximar o poder central dos cidadãos. Não se encontra mais esse modelo de Estado em democracias avançadas.

Se o Estado Unitário se descentraliza administrativamente, o Estado se torna um Estado Unitário Descentralizado. Mas ressalte-se que essa descentralização administrativa ocorre por determinação do governo central, expressa em lei ordinária. Assim, há mera delegação de funções que pode ser revista, a qualquer momento, pelo ente político central.

⁹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 42.

⁹⁴ Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário e Poder Moderador – o primeiro e o quarto poder eram exercidos pelo Imperador.

⁹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 47.

Caso a descentralização seja política via constitucional⁹⁶ verificar-se-á a existência de um Estado Regional (como na Itália) ou de um Estado Autônomo (como na Espanha)⁹⁷.

O Estado Unitário Descentralizado é mais rápido e eficiente comparado ao Estado Unitário Centralizado, porque com a transferência de competências prevista em lei, as regiões ou províncias podem contribuir para a gestão pública, como ocorre, por exemplo, na França e em Portugal, e como ocorreu no Brasil em 1824⁹⁸.

No modelo federalista ocorre de forma diversa, pois a distribuição de competências decorre do poder originário, no momento em que se concebe o modelo de Estado, vale dizer, quando se confecciona a Constituição. Essa distribuição de competências deverá estar expressa de acordo com a matéria tratada. Mesmo que o governo central exerça sua competência sobre todo o território nacional, isso não significa que os demais entes federados restem desprovidos de atribuições próprias. A repartição de competências ocorre de maneira a preservar a prerrogativa e a autonomia dos membros da Federação diante do poder central. Este é, pois, o federalismo clássico.

⁹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 43.

⁹⁷ Cabe ressaltar, a título de ilustração, que há outras formas de organização estatal: o Estado Regional e o Estado Autônomo. Ambos surgiram na Europa (Itália e Espanha, respectivamente), a fim de atender à complexa variedade cultural e observar as desigualdades sociais e econômicas.

⁹⁸ “Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)

Em nome da santissima trindade.

Titulo 1º

Do Imperio do Brazil, seu territorio, governo, dynastia, e religião.

Art. 1. O Imperio do Brazil é a associação politica de todos os cidadãos brasileiros. elles formam uma nação livre, e independente, que não admite com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se opponha á sua independencia.

Art. 2. O seu territorio é dividido em provincias na fórma em que actualmente se acha, as quaes poderão ser subdivididas, como pedir o bem do estado.

Art. 3. O seu governo é monarchico hereditario, constitucional, e representativo.

Art. 4. A dynastia imperante é a do senhor Dom Pedro I actual imperador, e defensor perpetuo do Brazil.

[...].

Titulo 7º

Da administração e economia das provincias.

Capitulo I.

Da administração.

Art. 165. Haverá em cada provincia um presidente, nomeado pelo imperador, que o poderá remover, quando entender, que assim convem ao bom serviço do estado.

Art. 166. A lei designará as suas atribuições, competencia, e autoridade, e quanto convier no melhor desempenho desta administração.”

3.6.2 *Federalismo*

Raul Machado Horta⁹⁹ ressalta e defende uma pluralidade de formas federais, sendo que o Estado Federal pode ser classificado em centrípeto ou centrífugo, em dois ou três níveis; e em simétrico ou assimétrico¹⁰⁰.

O Estado Federal Centrípeto tem como origem uma confederação de Estados soberanos que depois se organizam em uma federação, abdicando de sua soberania e de parte de sua autonomia. Exemplo clássico desse tipo de federação centrípeta são os Estados Unidos da América, onde a divisão do poder ocorre em dois níveis: um no Estado Federal e outro nos Estados-Membros¹⁰¹.

Quando o poder central busca a descentralização pela via constitucional, pode-se constituir Estado Federal Centrífugo. Esse é o caso do Brasil, que passou de um Estado Unitário Descentralizado para um Estado Federal, que possui três esferas de poder federal, apesar da resistência de parte da doutrina em aceitar o município como ente federado.

Mas, conforme salienta Magalhães,

alguns autores têm rejeitado a idéia do município como ente federado (que caracteriza o federalismo de três níveis criado pela Constituição de 1988), por ser uma idéia nova, mas seus argumentos (ausência de representação no Senado, impossibilidade de falar-se em União histórica de município, ausência de Poder Judiciário no município) são frágeis ou inconsistentes diante da característica essencial do federalismo, que difere esta forma de Estado de outras formas descentralizadas, ou seja, a existência de um poder constituinte decorrente ou de competências legislativas constitucionais nos entes federados¹⁰².

⁹⁹ HORTA, Raul Machado. O federalismo no direito constitucional contemporâneo. *Revista Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, p. 197.

¹⁰⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional teoria da Constituição*, t. III, p. 79.

¹⁰¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional: teoria da Constituição*, t. III, p. 33: Para Magalhães: “o federalismo centrípeto dirige-se ao centro, pois historicamente originário de Estados soberanos que formaram, no caso norte-americano, uma confederação (1777) e, posteriormente, uma federação (1787). A história norte-americana mostra que nos mais de duzentos anos de existência da Federação, a União vem gradualmente centralizando competências incorporando competências dos Estados lentamente e de maneira não constante todos esses anos. Entretanto, ao contrário do que uma leitura apressada possa sugerir, o federalismo centrípeto, justamente por tais motivos, é o mais descentralizado, pois se originou historicamente de Estados soberanos que se uniram e abdicaram de parcelas de sua soberania. Por esse motivo, os Estados-Membros mantêm um grande número de competências administrativas, legislativas ordinárias e legislativas constitucionais. Essa terminologia, com frequência, causa confusão e, por vezes, é empregada de maneira equivocada”.

¹⁰² MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional: teoria da constituição*, t. III, p. 35.

Também nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A Constituição brasileira de 1988 confere maior autonomia aos Estados-Membros tentando um reequilíbrio federativo. A expansão da autonomia estadual restabelece o federalismo cooperativo. Abandona o federalismo de integração¹⁰³.

O federalismo pode ser também qualificado como simétrico ou assimétrico. Será simétrico quando os entes federados, mesmo tendo diferenças culturais, sociais e populacionais, possuírem as mesmas competências e número de representantes para se buscar um equilíbrio.

Para Raul Machado Horta,

o federalismo simétrico pressupõe a existência de características dominantes, que servem para diferenci-lo do federalismo assimétrico, de certo modo infenso, este último, a uma sistematização rigorosa. se utilizarmos a caracterização lógico-formal de Kelsen para demonstração de nosso raciocínio, o federalismo simétrico corresponderá a uma estrutura normativa, distribuída em planos distintos, que identificam a concepção federal e assinalam sua autonomia no conjunto das formas políticas. Projetada na concepção de Kelsen a simetria federal, dentro de tipologia constante, envolve a existência de ordenamento jurídico central, sede das normas centrais do estado federal, e de ordenamentos jurídicos parciais, responsáveis pelas normas federais da união e as locais dos estados-membros, organizados e comandados pela constituição federal, na função da constituição total, fonte da repartição de competências, que alimenta o funcionamento do ordenamento central dos ordenamentos parciais. O esquema normativo assim descrito é constante e regular, compondo a estrutura normativa do federalismo simétrico. A reprodução posterior desse esquema normativo- ordenamento jurídico central, ordenamentos jurídicos parciais, constituição federal – na constituição jurídico-positiva conduz ao modelo do federalismo simétrico, partindo da representação teórica e formal¹⁰⁴.

O Estado assimétrico ocorre quando as diferenças entre os entes federativos são tão grandes e tão complexas que se procurará atender de forma diferenciada entes federados de mesmo nível.

Tratando-se do Estado brasileiro, após ser implementada a República, esta não mais se separou do modelo federalista¹⁰⁵. A variação que passou a existir foi a do tipo de federalismo¹⁰⁶.

¹⁰³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 48.

¹⁰⁴ HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 503-504.

¹⁰⁵ HORTA, Raul Machado. O federalismo no direito constitucional contemporâneo. *Revista Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, p. 189-231.

¹⁰⁶ A Constituição de 1891 adotou o federalismo dualista; posteriormente, em 1930, foi adotado o federalismo de caráter de cooperação, seguido, em 1937, com um maior poder da União sobre os Estados. Em 1946, a nova Constituição fortaleceu ainda mais a figura da União, sob o pretexto de que um poder centralizado poderia solucionar os problemas de desigualdades regionais. Após Revolução de 1964, com o advento da

3.6.3 *Federalismo de cooperação*

A Constituição de 1988, conforme afirma seu Preâmbulo, adotou a forma Federativa para o Estado Nacional, formada pela União, pelos Estados, pelos Municípios e pelo Distrito Federal¹⁰⁷. Isso quer dizer que, no Brasil, além de os Estados serem entes federados, ou seja, comporem a Federação, outras entidades aparecem ao lado deles com distintas competências: os Municípios¹⁰⁸. Para Cármen Lúcia Antunes Rocha,

o elemento informador do princípio federativo é a pluralidade consorciada e coordenada de mais de uma ordem jurídica incidente sobre um mesmo território estatal, posta cada qual no âmbito de competências previamente definidas, a submeter um povo¹⁰⁹.

Assim, a União, os Estados e os Municípios (além do Distrito Federal, que possui composição híbrida) se organizarão em três ordens distintas, porém, obedecendo às diretrizes constitucionais.

Constituição de 1967 (e sua Emenda no 01), foi inaugurado o federalismo de integração, que centralizou notadamente o poder na União. Neste caso, concordamos com Ferreira Filho, para o qual o federalismo de integração é paradoxalmente a negação do federalismo. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 45)

O que diferencia o atual modelo federalista brasileiro do federalismo clássico, adotado pela anterior Constituição de 1967 e sua Emenda Constitucional n. 1, de 1969, é que a competência dos municípios não decorre de Lei Estadual, ou seja, de descentralização, mas, sim, de comando constitucional próprio. No modelo da Constituição, previsto na Emenda Constitucional de 1969, a repartição de competências contemplava somente o Estado Federal (União) e os Estados-Membros, à época da constituição de 1967 (Emenda n. 01/69).

¹⁰⁷ Conforme destaca José Afonso da Silva, o art. 18 da Constituição explicitou as entidades que conformam a estrutura federativa de forma mais clara que o art. 1º poderia, em razão do apego a uma tradição observada em Constituições passadas. (Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*, p. 471)

¹⁰⁸ José Afonso da Silva discorda radicalmente desta tese, assim como José Nilo de Castro, que, além de citar “as onze ocorrências das expressões unidade federada e unidade da federação (no singular ou no plural)” no texto constitucional, descobertas por José Afonso da Silva que se referem somente aos Estados-Membros e ao Distrito Federal, e não aos Municípios, destaca que a Federação não pressupõe Município, os Municípios não têm representação no Senado Federal, não podem propor emendas a Constituição Federal, não possuem Poder Judiciário, suas leis não estão sujeitas ao controle do Supremo Tribunal Federal, o parecer prévio do Tribunal de Contas somente pode ser rejeitado por 2/3 dos vereadores, e, via de regra, não possuem Tribunal de Contas (Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 475; CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*, p. 45-51, respectivamente). Contudo, como parte da corrente majoritária, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que “a ordem total ao mesmo tempo que prevê e reconhece os estados, dando-lhes competências e rendas, prevê e reconhece os municípios, entidades intra-estaduais, conferindo-lhes competências e rendas”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito*, p. 48)

¹⁰⁹ ROCHA, Cármen Lúcia. *República e federalismo: uma análise com base na superação do estado nacional e no contexto do estado democrático de direito*, p. 171.

Os Municípios devem obediência ao disposto nas Constituições dos Estados aos quais pertencem, porém isso não lhes retira a condição de entes federados, pois as competências dos Estados não lhes são conflitantes. O fato de as Constituições Estaduais deverem obediência à Constituição da República impossibilita qualquer usurpação de competências municipais ou restrição da autonomia dos municípios.

Assim, decidiu o Supremo Tribunal Federal, com relação ao processo parlamentar:

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Constituição do Estado do Rio Grande do Norte. Concessão de vantagens pecuniárias a servidores públicos. Simetria. Vício de iniciativa. 1. As regras de processo legislativo previstas na carta federal aplicam-se aos estados-membros, inclusive para criar ou revisar as respectivas constituições. Incidência do princípio da simetria a limitar o poder constituinte estadual decorrente. 2. Compete exclusivamente ao chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis, *lato sensu*, que cuidem do regime jurídico e da remuneração dos servidores públicos (CF artigo 61, § 1º, II, 'a' e 'c' c/c artigos 2º e 25). Precedentes. Inconstitucionalidade do § 4º do artigo 28 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte. Ação procedente. (ADI 1353/RN. Ação direta de inconstitucionalidade. Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 20 mar. 2003, Tribunal Pleno, Ement., v. 02110-01, p. 00108, DJ 16/5/2003 p-00089)

Ementa: Processo legislativo: reserva de iniciativa ao Poder Executivo (CF, art. 61, § 1º, e): regra de absorção compulsória pelos Estados-Membros, violada por lei local de iniciativa parlamentar que criou órgão da Administração Pública (Conselho de Transporte da Região Metropolitana de São Paulo – CTM): inconstitucionalidade. I (ADI 1391/SP, Ação direta de inconstitucionalidade, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 9/5/2002, Tribunal Pleno, Ement., v. 02072-01, p. 132, DJ 7 jun. 2002, p. 81)

Qualquer atuação dos Poderes Executivo ou Legislativo da União no sentido de centralizar poderes, uniformizar entendimento destinado à atuação dos demais entes federados, ou mesmo centralizar recursos, não está amparada por nosso ordenamento jurídico, pois vai contra a própria organização estatal brasileira, que determina esferas de poder com competências para legislar e administrar próprios, o que se traduz na autonomia política e administrativa.

Cumprido ressaltar que o princípio da simetria entre as esferas legislativas – da União, dos Estados e dos Municípios – não estabelece a simples repetição de leis federais pelos Estados ou Municípios (ou Distrito Federal). Simetria deve ser entendida como o respeito às regras de processo legislativo, que são normas de observância obrigatória, respeitando-se sempre a autonomia dos Estados-Membros e dos Municípios¹¹⁰.

¹¹⁰ Nesse sentido, pronunciou-se o TJMG: “Prefeito – Processo administrativo – Perda do mandato – Denúncia – Necessidade de *quorum* qualificado – Aplicação do decreto 201/67, recepcionado pela CF/88. Ocorre muita confusão no conceito da simetria, por pensar-se, com frequência, que significa a repetição pura e simples do modelo federal no estado e do estado no município. Simetria, porém, é a transposição do conceito teórico da

Nesse sentido, Salete Oro Boff:

Em síntese, é necessário considerar o princípio federativo em toda a sua extensão. Como pilar do Estado brasileiro, não pode ser alvo de reforma. Deve-se ter presente que as reformas devem objetivar o aperfeiçoamento do texto constitucional, visando a tornar plena a sua realização, mantendo-se fiel aos seus princípios basilares sem alterar ou suprimir a base em que se funda o Estado Democrático de Direito.

Infere-se, enfim, que as limitações explícitas e implícitas funcionam como garantias da manutenção dos direitos fundamentais dos cidadãos, como obstáculo aos interesses imediatos de maiorias eventuais de proceder alterações em detrimento a valores de longo prazo. A Constituição brasileira atribui ao Congresso Nacional a possibilidade de implementar reformas, contudo não lhe confere autoridade para alterar o texto constitucional sem maior cerimônia. Sua atividade legislativa é uma mera delegação, recebida dos cidadãos e, portanto, limitada. Seria absolutamente ilógico e contrário à democracia que os representantes pudessem alterar a extensão dessa delegação, alcançando-se à posição de autêntico poder constituinte, capaz de realizar uma profunda revisão constitucional, o que se traduziria num simples ato de usurpação da soberania popular¹¹¹.

José Luiz Quadros de Magalhães¹¹² afirma que embora os Municípios brasileiros possuam, entre si, “as mesmas competências legislativas ordinárias, administrativas e constitucionais”, estes não contam com representação no Senado, o que comprovaria a assimetria de nossa Federação, pois as forças se desequilibram dentro dela.

Kildare¹¹³ entende que o art. 23 e seu parágrafo único, da Constituição brasileira – que trata da competência comum dos entes federados (EC 53/2006) –, é um exemplo de assimetria na Constituição, pois prevê a fixação de normas para a cooperação entre eles, a fim de se alcançar o equilíbrio do desenvolvimento e do bem estar em âmbito nacional. Já o art. 46, §

federação no campo prático da constituição positiva. O princípio não é aplicável em qualquer hipótese nem pode ser meramente transplantado, sob pena, inclusive, de violação do princípio federativo, que assegura autonomia aos municípios para que se organizem. O Decreto n. 201/67 foi recepcionado pela Carta Federal de 1988, e determina, em seu art. 5º, II, que a denúncia deverá ser recebida pelo voto da maioria dos vereadores presentes à sessão, independentemente de quorum, desde que haja número suficiente para a sua instalação – o Supremo Tribunal Federal considera que o Decreto-Lei n. 201/67 foi recepcionado pela Constituição Federal para infrações político-administrativas de prefeito, equivalentes a crimes de responsabilidade. E a regra do inciso II do art. 5º daquele decreto-lei, de recepção da denúncia pela maioria simples dos vereadores, não se acha contingenciada nem pelo § 3º do art. 91 da Constituição do Estado nem pelo art. 86 da Constituição da República, que se referem, respectivamente, à perda de mandato de Governador e de Presidente da República. (TJMG, Processo n. 1.0000.00.267629-4/000[1], Rel. Wander Marotta, julg. 16/9/2002, pub. 10 dez. 2002)

¹¹¹ BOFF, Salete Oro. A federação como cláusula pétrea. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=100>>. Acesso em: 3 maio 2010.

¹¹² MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; *Senado brasileiro: reforma ou extinção?* Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=569>. Acesso em: 28 nov. 2010.

¹¹³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Perfil constitucional da federação brasileira. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, p. 400.

1º, da CR/88, que trata da representação igualitária dos Estados no Senado, seria um exemplo típico de federalismo simétrico.

Assim, o federalismo brasileiro também pode ser classificado como centrífugo, pois busca a descentralização pela via constitucional e se divide nas três esferas¹¹⁴ de poder decorrentes do estabelecido pelo poder constituinte originário.

Conclui-se que o Estado brasileiro é centrífugo, de três níveis ou de tríplice estrutura, o que impede de centralizar competências, recursos, poderes, uniformizar ou padronizar entendimento, mas enseja o federalismo de cooperação para a obtenção de resultados comuns e combater possíveis assimetrias de fato em nossa Federação.

Raul Machado Horta¹¹⁵ ressalta que desde a Constituição de 1946, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), já havia a previsão para o governo federal aproveitar e desenvolver totalmente as possibilidades econômicas do Rio São Francisco e seus afluentes. Desde então, comprova-se que a necessidade de desenvolver as regiões do Brasil, considerando suas particularidades próprias de um país de dimensões continentais, materializou-se diversas vezes em órgãos da Administração Pública indireta, *v.g.*, na Comissão do Vale do São Francisco, Lei n. 541, de 15 de dezembro de 1948, Superintendência do Vale do São Francisco (SUDEVALE), Decreto-Lei n. 292, de 28 de fevereiro de 1967, substituída pela empresa pública Companhia do Desenvolvimento do Vale do São Francisco (CODEVASP), Lei n. 6.088, de 16 de julho de 1974; na autarquia, Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM), Lei n. 5.173, de 27 de outubro de 1966; na autarquia, Superintendência do Desenvolvimento da Região Centro-Oeste (SUDECO), Lei n. 5.365, de 1º de dezembro de 1967; Superintendência do Desenvolvimento da Região Sul (SUDESUL), Decreto-Lei n. 301, de 28 de fevereiro de 1967; e na Superintendência do Desenvolvimento da Região Nordeste (SUDENE), Lei n.

¹¹⁴ “Estado federal: discriminação de competências legislativas: lei estadual que obriga os officios do registro civil a enviar cópias das certidões de óbito (1) ao Tribunal Regional Eleitoral e (2) ao órgão responsável pela emissão da carteira de identidade. Ação direta de inconstitucionalidade por alegada usurpação da competência privativa da união para legislar sobre registros públicos (CF, art. 22, XXV). Medida cautelar indeferida por falta de plausibilidade dos fundamentos, quanto à segunda parte da norma impugnada, por unanimidade de votos — pois impõe cooperação de um órgão da administração estadual a outro; e, quanto à primeira parte, por maioria — por entender-se compreendida a hipótese na esfera constitucionalmente admitida do federalismo de cooperação.” (ADI 2.254-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 8 fev. 2001, DJ 26 set. 2003)

¹¹⁵ HORTA, Raul Machado. O federalismo no direito constitucional contemporâneo *Revista Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, p. 216-220.

3.692, de 15 de dezembro de 1959, que, segundo o mencionado autor, foi o mais avançado órgão de desenvolvimento nacional¹¹⁶.

Conforme Wilba Lúcia Maia Bernardes¹¹⁷, deve-se atuar tendo como base um federalismo assimétrico, a fim de que a base federativa e democrática seja fortalecida, de forma a evitar a insatisfação dos entes federados.

A cooperação federalista visa à união de esforços de seus entes, e não à exclusão de ações simultâneas e coordenadas, e se traduz na concretização de direitos fundamentais especialmente nas situações¹¹⁸ em que a atuação centralizada se revelar inadequada.

Da mesma forma, pelo pacto federativo, está vedado à União e aos Estados suprimir competências municipais ou sobrecarregá-las, eximindo-se de cumpri-las¹¹⁹.

Em oposição ao federalismo competitivo, a República Federativa do Brasil adotou o modelo Federativo de Estado, dando autonomia às suas entidades federativas, repartindo competências, por ser esse o “ponto nuclear da noção de Estado Federal”, conforme ressalta José Afonso da Silva¹²⁰.

Ao determinar a competência exclusiva da União para legislar (art. 22, CR/88), a competência dos Municípios (art. 30, CR/88), a competência residual dos Estados (§ 1º do art. 25, da CR/88), somado ao que lhe reserva o § 2º e 3º do art. 25¹²¹) e do Distrito Federal (§ 1º

¹¹⁶ HORTA, Raul Machado. O federalismo no direito constitucional contemporâneo *Revista Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, p. 216-220.

¹¹⁷ BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Federação e federalismo: uma análise com base na superação do estado nacional e no contexto do estado democrático de direito*, p. 257-259.

¹¹⁸ BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Federação e federalismo: uma análise com base na superação do estado nacional e no contexto do estado democrático de direito*, p. 263.

¹¹⁹ Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal, com relação a ingerências de lei estadual nos Municípios: “Ementa: Federação: competência comum: proteção do patrimônio comum, incluído o dos sítios de valor arqueológico (CF, arts. 23, III, e 216, V): encargo que não comporta demissão unilateral. 1. l. est. 11.380, de 1999, do Estado do Rio Grande do Sul, confere aos municípios em que se localizam a proteção, a guarda e a responsabilidade pelos sítios arqueológicos e seus acervos, no estado, o que vale por excluir, a propósito de tais bens do patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, V), o dever de proteção e guarda e a consequente responsabilidade não apenas do estado, mas também da própria união, incluídas na competência comum dos entes da federação, que substantiva incumbência de natureza qualificadamente irrenunciável. 2. a inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas: donde, a previsão, no parágrafo único do art. 23 CF, de lei complementar que fixe normas de cooperação (v. sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos, a Lei 3.924/61), cuja edição, porém, é da competência da união e, de qualquer modo, não abrange o poder de demitirem-se a união ou os estados dos encargos constitucionais de proteção dos bens de valor arqueológico para descarregá-los ilimitadamente sobre os municípios. 3. ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. ()”. (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 28 jun. 2006, Tribunal Pleno, Ement., v. 02256-01, p. 112, *LEXSTF*, v. 29, n. 337, 2007, p. 73-86, *DJ* 17/11/2006, p. 47)

¹²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 477.

¹²¹ “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

do art. 32 da CR/88), a Constituição da República assegurou a autonomia de cada Ente Federado.

Os Estados¹²², o Distrito Federal e os Municípios, no exercício de suas respectivas autonomias, não são executores do que a União estabeleceu como plano de interesse público nacional. Esses entes unem-se a ela para contribuir com a sua parcela ao desenvolvimento nacional em sua região de atuação.

A Constituição de 1988, quando em seu art. 23 elencou competências comuns aos entes federados, deu claros sinais de que adotou o federalismo de cooperação.

Para a resolução conjunta de problemas comuns aos entes federados, o federalismo de cooperação aparece como a escolha mais acertada numa concepção democrática, pois propicia à verdadeira essência do federalismo – distante das concepções absolutamente liberais e sociais tendentes a centralização estatal¹²³ – e permite o atendimento às necessidades locais e regionais.

Na complexa relação federativa, há uma multiplicidade de instrumentos de cooperação: reuniões informais, convênios e consórcios administrativos, participação em órgãos colegiados de outros entes, consórcios de direito privado, empresas cujo capital pertença a mais de um ente federativo, convênios de cooperação, consórcios públicos¹²⁴.

Por todo o exposto, conclui-se que a República Federativa do Brasil prevê a cooperação entre os seus entes de forma expressa, a fim de que essa colaboração atinja seus objetivos fundamentais, sob a influência normativa direta do princípio da dignidade da pessoa humana.

[...].

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação. (*Redação dada pela Emenda Constitucional n. 5, de 1995*)

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

¹²² SANTOS, Flávia Pessoa. Aspectos jurídicos do federalismo. *Revista do Legislativo*, p. 27.

¹²³ Nesse sentido: “Ultrapassando as premissas do Estado liberal e do Estado social, claramente atreladas à necessidade e à vontade de dar sustentação ao Estado Nacional, estamos diante da imperiosa necessidade de se admitir um federalismo condizente com os postulados de um Estado Democrático de Direito. O fenômeno da globalização que se serve do Estado nacional para garantir seu sucesso nas estruturas supranacionais ou microestruturas de poder, também, por um lado, fortalece a tendência de centralização o que apenas o desqualifica perante os destinatários de suas prestações e mina a verdadeira essência do federalismo.” (BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Federação e federalismo: uma análise com base na superação do estado nacional e no contexto do estado democrático de direito*, p. 262)

¹²⁴ RAVANELLI, Paula Losada. *Consórcios públicos*. Disponível em: <http://www.conass.org.br/admin/arquivos/seminario_alternativas_gerencia_unidades_publicas/apresenta_co_nsrncios_publicos_PR.pdf>. Acesso em: 26/11/2010.

4 CONSÓRCIOS PÚBLICOS

4.1 Introdução

A República brasileira organizou-se no art. 18 de sua Constituição de forma a conferir autonomia política e administrativa aos seus entes: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos¹²⁵, a fim de que pudesse concretizar seus objetivos aos quais se obrigou.

Ao estar disposto no supracitado artigo que a autonomia estará submetida ao que determina a Constituição, deve-se ressaltar que as Constituições Estaduais devem atender aos princípios da Constituição da República, assim como as Leis Orgânicas municipais devem atender aos princípios da Constituição de 1988, além dos princípios previstos na Constituição de seu respectivo Estado, que podem contemplar necessidades regionais. Entretanto, todos os entes federados devem buscar o estabelecido na Constituição da República, sem exclusão de outros objetivos ou princípios não conflitantes¹²⁶.

No ordenamento jurídico brasileiro, a República tem como um de seus fundamentos principais a dignidade da pessoa humana, cujos direitos fundamentais básicos são: o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Esses direitos explicitados nos 73 incisos do art. 5º da Constituição Federal, são exemplificativos – não se esgotam –, pois não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja signatário, sendo que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, devidamente aprovados, serão equivalentes às emendas constitucionais¹²⁷.

¹²⁵ Art. 18 da CR/88: “A organização político-administrativa da república federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

¹²⁶ Os próprios princípios elencados no art. 37, *caput*, da CR/88 referem-se às administrações públicas de todos os entes federativos: “Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]”. Destarte, independentemente da esfera de poder, há total compatibilidade entre os objetivos (*facere*) e a forma de alcançá-los (*modus faciende*).

¹²⁷ §§ 2º e 3º, do art. 5º da Constituição de 1988.

Por outro lado, os direitos e garantias individuais não podem ser abolidos¹²⁸, por limitação material expressa ao poder constituinte derivado, ou seja, são cláusulas pétreas.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet

a possibilidade de reformas constitucionais talvez seja mesmo uma espécie de ‘mal necessário’ e, como todo ‘mal’ (por mais necessário que seja), deve ser mantido sob rigorosos limites, estes fixados expressa e/ou implicitamente pelo Poder Constituinte Originário. Dentre estes limites, assumem papel de destaque as assim designadas ‘cláusulas Pétreas’ (aqui abrangendo tanto os limites materiais expressos e implícitos), que protegem justamente o conjunto de bens constitucionais essenciais à preservação da identidade da Constituição, o que necessariamente inclui os direitos fundamentais sociais, seja por força do artigo 60, § 4º, inciso IV, da nossa Carta Magna, seja na condição de limite implícito, já que, para efeitos do reconhecimento (especialmente pelo Poder Judiciário) de sua proteção contra eventual emenda, as situações virtualmente se equivalem¹²⁹.

Alexandre de Moraes¹³⁰ refere-se à ADI 999-7/DF, julgada pelo STF, que relacionou, no voto do Ministro Carlos Velloso, a relação entre os direitos sociais e os direitos individuais previstos no rol do § 4º do art. 60 da Constituição da República.

Os direitos sociais expressos no art. 6º da Constituição são os seguintes: direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção, à maternidade, à infância, e assistência aos desamparados.

Com razão, José Adércio Leite Sampaio¹³¹ engloba todos esses direitos na expressão direitos fundamentais para significar: direitos humanos (art. 4º, II); direitos e garantias fundamentais (Título II); direitos individuais e coletivos (*caput* do art. 5º); direitos sociais (art. 6º); direitos de nacionalidade (Capítulo III, Título I) direitos políticos (Capítulo IV, Título I) e direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º IV) e direitos da pessoa humana (art. 34, VII, *b*). Direitos fundamentais dão a ideia de fundamento do ordenamento jurídico e facilitam a compreensão de todos os direitos aos quais o cidadão é credor.

Cada ente federado, no limite de sua competência, tem o dever de prestar serviços públicos que propiciem o exercício dos direitos fundamentais, a fim de se suprirem as necessidades de uma vida digna, são os chamados direitos fundamentais prestacionais.

¹²⁸ Inciso IV do § 4º do art. 60 da CR/1988.

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”. *Interesse Público*, p. 73.

¹³⁰ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 456.

¹³¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais: retórica e historicidade*, p. 18-20.

4.2 Importante papel da emenda constitucional n. 19/1998 e o surgimento da nova concepção de consórcios públicos

A Emenda Constitucional n. 19/1998, ao modificar o art. 241 da Constituição da República de 1988, passou a dispor sobre a gestão associada de serviços públicos. Houve, então, uma carência e novas previsões legais em razão da menção à futura legislação sobre consórcios públicos e convênios de cooperação entre os entes federados.

Alice Gonzalez Borges defende que não se deve transplantar inovações e experiências de outros países para o Brasil sem as devidas adaptações ao nosso próprio ordenamento jurídico:

Ante esses novos questionamentos, se é verdade que os estudiosos do Direito Administrativo, mais que quaisquer profissionais de outros ramos da ciência jurídica, têm que estar atentos e sensíveis aos novos acontecimentos e às novas tendências da época atual, não podem, entretanto, descuidar da intransigente defesa dos luminosos princípios que ainda alicerçam a estrutura de nossa Carta, apesar de tão emendada. Esses princípios são o que temos de mais precioso, e devem ser cuidadosamente preservados. Isto, sobretudo, quando se pretendem transplantar inovações e experiências de outros povos, sem as necessárias adaptações a nosso ordenamento jurídico-constitucional¹³².

Quanto a isso, não há qualquer dúvida do desastre que seria não se ter em conta comandos constitucionais expressos ou intrínsecos na Constituição da República, como também a realidade histórica, econômica e social, quando se transplantasse uma teoria ou instituto jurídico para o ordenamento jurídico brasileiro. Mas, por outro lado, qual teoria administrativa pode ser considerada desenvolvida em nosso país sem qualquer elemento vindo de experiências estrangeiras?

É característica comum, tanto do Brasil quanto dos demais países latino-americanos, não ter tradição em implementar suas teorias jurídicas próprias, o que, indubitavelmente, deve ser objeto de crítica e preocupação constante de nossos parlamentares, que preferem buscar, fora de seu próprio país, o alicerce para a edificação de uma ordem jurídica mais justa e coerente com os problemas sociais.

¹³² BORGES, Alice González. *Consórcios públicos, nova sistemática e controle*, p. 2. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-6-maio-2006-alice%20gonzales%20borges%20.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

Contudo, implementar institutos já testados e desenvolvidos em outros países, por si só, não significa um fato negativo¹³³.

Conforme Adilson Abreu Dallari:

[...] é preciso não deixar de lado o direito comparado, pois os efeitos da globalização afetaram todos os diferentes sistemas jurídicos nacionais, obrigando cada país a modernizar suas estruturas e sistemas de Administração Pública. Não se trata de transplantar soluções, mas, sim, de aprender com as experiências alheias.

O que resta, portanto, é o estudo desapassionado, sem preconceitos, aprofundado, de tudo quanto foi concebido para dar satisfação às novas exigências da sociedade, visando ao seu aperfeiçoamento, de maneira a restaurar a segurança jurídica, sem perda da eficiência¹³⁴.

Seja como for, uma década depois do surgimento da Carta Magna, por força da Emenda Constitucional n. 19/1998, a Constituição passou a autorizar, expressamente, no *caput* de seu art. 241, a gestão associada de serviços públicos, por meio de consórcios ou convênios de cooperação, ajustada entre os entes federativos, “bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”¹³⁵.

A partir de então, o antigo conceito de consórcio público, defendido pela doutrina de Hely Lopes Meirelles¹³⁶, que o considerava mero pacto entre entes federados da mesma espécie e da mesma competência voltados para a consecução de objetivos comuns, ou seja, entre Estados ou entre Municípios, não pôde mais ser aplicado. Anteriormente, pelo conceito acima exposto, a União, por ser figura ímpar na Federação, não participava dos consórcios públicos, somente dos convênios, que eram acordos de vontade entre entes federados de níveis diferentes e competências diferentes, convergindo para uma mesma finalidade de

¹³³ Gustavo Gomes Machado e Caroline Bastos Dantas atentam para o fato de que encontramos no direito italiano idênticos institutos de modelos organizacionais semelhantes ao consórcio público: *consorzi pubblici e gestione associata*. [MACHADO, Gustavo Gomes; DANTAS, Caroline Bastos. Constituição de consórcios públicos e implicações da Lei n. 11.107/2005 nas associações intermunicipais anteriores. In: PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz (Coord.). Consórcios públicos Instrumento do federalismo cooperativo, p. 168]

¹³⁴ DALLARI, Adilson Abreu. *Privatização, eficiência e responsabilidade*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205505553174218181901.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2008.

¹³⁵ “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.”

¹³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 356-357.

interesse comum, podendo ocorrer, ainda, a celebração de convênio entre pessoas públicas e particulares.

Como ressalta Cristiana Fortini¹³⁷, após a Emenda Constitucional n. 19/1998, pela qual a mudança conceitual dos consórcios foi inserida no art. 241, a antiga concepção de consórcio público sofreu um primeiro abalo, o que, curiosamente, não ensejou debates, os quais surgiram apenas com a edição da Lei de Consórcios Públicos.

4.3 A lei dos consórcios públicos

Apesar de a Constituição da República fazer referência às leis complementares para fixar normas gerais de cooperação entre os entes federados (parágrafo único do art. 23), o art. 241¹³⁸, após a Emenda Constitucional n. 19, passou a autorizar expressamente que a União editasse normas gerais de cooperação dos entes federados por meio de consórcios públicos e convênios de cooperação, editando legislação infraconstitucional¹³⁹, não fazendo menção a lei complementar.

Pela própria sistemática constitucional e também após a EC nº 19, que alterou o inciso XXVII, do art. 22, a União passou a poder editar por meio de lei ordinária:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...];

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados,

¹³⁷ FORTINI, Cristiana. Consórcios públicos e outorga onerosa do direito de construir: instrumentos importantes para os municípios. O auxílio em matéria ambiental. *Revista Brasileira de Direito Municipal*, p. 31-44. Disponível em:

<http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=47232>. Acesso em: 3 abr. 2008.

¹³⁸ “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.

¹³⁹ O art. 241 refere-se a uma nova forma de cooperação no fornecimento de serviços públicos; porém, não há vedações a outros tipos de colaboração. Conforme salienta Benedicto Porto Neto, a concessão e a permissão de serviço público continuam, observada a legislação que as disciplina, prevista, no art. 175, da CF/88. Ademais, o parágrafo único do art. 23, ao fazer menção a “leis complementares”, normatizando a cooperação entre os membros da Federação, sugere uma diversidade de gestões associadas. (Cf. PORTO NETO, Benedicto. *Parecer jurídico*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/revista/Rev_72/Pareceres/consorcio_BenedictoPortoNeto.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2007)

Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

A Lei n. 11.107/2005 não fere o parágrafo único do art. 23 da Constituição, pois o objeto da lei não é cooperação que vise ao equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional¹⁴⁰.

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

[...].

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, *tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*. (Grifos nossos)

O art. 241 da Constituição da República trata especificamente de consórcios públicos que visam à cooperação federativa prioritariamente, para atender ao bem-estar da população em âmbitos local e regional:

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.

Sobre o citado artigo, Luciano Ferraz comenta:

Mercê da noção de federalismo de cooperação, enseja a possibilidade de sua interpretação de modo a entendê-lo como outorgante de competências legislativas (e materiais por arrastamento de duas ordens à União: a primeira para legislar sobre normas gerais sobre *Consórcios Públicos* (Lei n. 11.107/2005); a segunda, semelhante à dos Estados e Municípios, para disciplinar especificamente a sua participação nos *Consórcios Públicos Interfederativos*¹⁴¹.

¹⁴⁰ Nesse sentido, Luciano Ferraz: “A União: interpretação que se anuncia também não colide com o art. 23, parágrafo único, da Constituição, porquanto a exigência de Lei Complementar para a disciplina da cooperação federativa neste dispositivo é direcionada exclusivamente aos arranjos que se estabeleçam para o desenvolvimento e o bem-estar em âmbito nacional e os consórcios tratados pela Lei n. 11.107/2005, embora não exclusivamente, são naturalmente vocacionados às parcerias público-público em âmbito regional e local.”

¹⁴¹ FERRAZ, Luciano. Consórcios públicos: ensaio sobre a constitucionalidade da Lei n. 11.107/2005. In: PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz (Coord.). Consórcios públicos: instrumento do federalismo cooperativo, p. 65, grifos do autor..

Conclui-se que a Lei n. 11.107/2005 deve ser observada não somente pela União, mas também por todos os entes federados interessados na criação de consórcios públicos¹⁴². Destes, deverão ser excluídos objetivos que digam respeito ao desenvolvimento e bem-estar em âmbito nacional, em oposição à atuação local e regional, em razão da eficácia do dispositivo encontrar a barreira do disposto no art. 23 da Constituição Federal.

4.4 O consórcio público e o surgimento de uma nova pessoa jurídica

Os consórcios públicos, assim como os convênios de cooperação, se estabelecem entre os entes federados e têm como objetivo constitucional a gestão associada de serviços públicos, podendo, para tanto, transferir total ou parcialmente encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Ponto comum na antiga concepção de gestão associada de serviços públicos, notadamente na concepção de consórcio público, era o não surgimento de uma nova pessoa jurídica.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007:439) ressalta¹⁴³:

Hely Lopes Meirelles (2003, p. 388) entendia que, como os consórcios não assumem personalidade jurídica, não tendo, portanto, capacidade para assumir direitos e obrigações em nome próprio, 'é de toda conveniência a organização de uma entidade civil ou comercial, paralela, que administre os seus interesses e realize seus objetivos como desejado pelos consorciados'.

Para Fortini¹⁴⁴, a Lei n. 11.107/2005 inovou muito ao tratar os consórcios como entidades, com patrimônio distinto daquele que é intitulado pelos entes que o criaram,

¹⁴² Foram respeitadas as exclusões previstas para as hipóteses de obras, serviços, serviço de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública contratadas com terceiros, que devem, salvo ressalvas, ser precedidas de licitação e da exploração direta de atividade econômica pelo Estado, via empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, para atender a relevante interesse coletivo ou quando necessária aos imperativos da segurança nacional.

¹⁴³ Mas o *caput* do art. 6º da Lei n. 11.107/2005 determina que o consórcio público adquirirá personalidade jurídica após sua criação, tanto de direito público quanto de direito privado.

¹⁴⁴ FORTINI, Cristiana. Consórcios públicos e outorga onerosa do direito de construir: instrumentos importantes para os municípios. O auxílio em matéria ambiental. *Revista Brasileira de Direito Municipal*, p. 31-44. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=47232>. Acesso em: 3 abr. 2008.

diferentemente do que ocorre com as regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas. Não se pode mais considerar um consórcio como mero ajuste, pois, ao ser constituído por contrato, adquire personalidade jurídica de direito público ou de direito privado.

Tanto é assim que o conceito atual de consórcios públicos encontrado na obra de Hely Lopes Meirelles é:

Consórcios públicos são pessoas de direito público, quando associação pública, ou de direito privado, decorrentes de contratos firmados entre entes federados, após autorização legislativa de cada um, para a gestão associada de serviços públicos e de objetivos de interesse comum dos consorciados, através de delegação e sem fins econômicos. Trata-se de gestão associada ou cooperação associativa de entes federativos, para a reunião de recursos financeiros, técnicos e administrativos – que cada um deles, isoladamente, não teria –, para executar o empreendimento desejado e de utilidade geral para todos¹⁴⁵.

Interessante a observação de Gustavo Gomes Machado e Caroline Bastos Dantas¹⁴⁶ de que a personificação jurídica dos Municípios não é uma novidade no Brasil, pois, em 1937, já havia essa previsão constitucional. Contudo, a regulação de como os agrupamentos de Municípios iriam se constituir, assim como a sua administração, caberia aos respectivos Estados¹⁴⁷.

O consórcio, quando constitui associação pública, adquire personalidade de direito público, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções; quando atender aos requisitos da legislação civil, adquire personalidade de direito privado.

A terceira pessoa que surgir, seja de direito público, seja de direito privado, assumirá apenas a execução da tarefa que lhe foi transferida. Assim, os entes federados, como

¹⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 397.

¹⁴⁶ MACHADO, Gustavo Gomes. Constituição de consórcios públicos e implicações da Lei n. 11.107/2005 nas associações intermunicipais anteriores. In: PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz (Coord.). *Consórcios públicos: instrumento do federalismo cooperativo*, p. 168.

“A personificação jurídica de associação de Municípios foi até expressamente mencionada na Constituição Federal de 1937, e, também, é solução na legislação de outros países. Rosali Evangelisa da Cunha informa que “o direito comparado nos oferece modelos organizacionais semelhantes ao consórcio com pessoa jurídica de direito público, como é o caso do direito italiano, em que se apresentam as figuras *consorzi pubblici* e da *gestione associata de servizi pubblici*, que parecem ter servido de inspiração para o legislador da Lei de Consórcios.” (CUNHA, Rosali Evangelisa da. *Federalismo e relações intergovernamentais: os consórcios públicos como instrumentos de cooperação federativa*. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 55, n. 3, jul/set. 2004)

¹⁴⁷ “Art. 29. Os Municípios da mesma região podem agrupar-se para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns. O agrupamento, assim constituído, será dotado de personalidade jurídica limitada a seus fins.

Parágrafo único. Caberá aos Estados regular as condições em que tais agrupamentos poderão constituir-se, bem como a forma, de sua administração.”

detentores de competências outorgadas pela Constituição, respondem subsidiariamente por atos praticados pelas pessoas jurídicas que surgirem do consórcio público.

Curiosamente, há um impedimento de a União participar de consórcio público diretamente com Municípios, ou seja, sem a presença do respectivo Estado em que este se situar (§ 2º do art. 1º da Lei n. 11.107/05). A explicação para essa previsão pode ser encontrada em parte da Mensagem n. 193, de 6 de abril de 2005, que levantou as razões do veto dos incisos III e V do art. 4º da citada lei: a Paz Federativa¹⁴⁸. Assim, a União fica impedida de interferir em assuntos municipais sem que haja a concordância e a participação do respectivo Estado-Membro, uma vez que o contrário poderia trazer atritos de motivação política e a desunião entre a União, os Estados-Membros e os Municípios, prejudicando o desenvolvimento regional brasileiro.

Somente aos Estados e ao Distrito Federal, em razão de sua conformação híbrida, está autorizada a celebração de consórcios diretamente com a União. Nesse sentido, a Lei n. 11.107/2005 respeitou a limitação do art. 23, que veda que questões relacionadas ao equilíbrio do desenvolvimento e ao bem-estar em âmbito nacional sejam tratadas por lei ordinária. Porém, se dois Municípios realizarem um consórcio público, a União poderá celebrar convênios de cooperação diretamente com o consórcio, dotado de personalidade jurídica.

Essa foi uma ressalva adequada, pois se a União já poderia realizar convênios diretamente com os Municípios, nada mais lógico que também realizar convênios de

¹⁴⁸ “Mensagem n. 193, de 6 de abril de 2005.

Razões do veto

O inciso III trata de consórcios públicos entre estados e municípios, como ocorre no inciso I, mas com a diferença de que o território dos municípios não precisa estar contido no território do estado. A distinção é clara, porque a parte final do inciso I afirma que se tratam de ‘municípios com territórios nele contidos’, ou seja, municípios com territórios contidos no território do estado que se consorcia.

A redação original do inciso III, tanto no projeto de lei do poder executivo, como no texto aprovado no senado federal previa que os municípios, nesse caso, teriam os seus territórios contíguos, isto é, fariam divisa com o território do estado.

O dispositivo, dessa forma, tinha por objetivo permitir que um estado pudesse auxiliar um município que, mesmo se situando em outro estado, lhe fosse vizinho, a fim de procurar solução integrada para algumas de suas políticas públicas, o que, inclusive, é a realidade brasileira atual.

Entretanto, por meio de emenda, o congresso nacional retirou o requisito que o município fosse contíguo ao estado, o que permite – a se manter a redação atual – que um estado se consorcie com municípios de outro estado mesmo que não haja relações de vizinhança que legitime esse consorciamento.

Evidentemente que a manutenção desse dispositivo é perigosa para a paz federativa, uma vez que um estado poderá interferir nos assuntos municipais de outro estado sem ter, ao menos, uma relação de vizinhança que legitime a sua ação.

O mesmo raciocínio se aplica à necessidade de veto do inciso V.

Deflui-se, então, que a manutenção deste dispositivo é perigosa – como no caso anterior – para a paz federativa, por permitir que um estado venha a se imiscuir nos assuntos municipais de outro estado, como também descaracteriza a *mens legis* do dispositivo, que passou a se confundir com as dos incisos II e IV do mesmo parágrafo, prejudicando a boa aplicação da lei." [...].

cooperação com o fruto da associação – por exemplo, entre dois Municípios. Isso, em princípio, em nada atenta contra a paz federativa, pois respeitadas as disposições legais e os comandos constitucionais, cabe somente aos entes federativos pactuantes a eleição dos objetivos do consórcio público¹⁴⁹.

Por exemplo, se cinco municípios pactuarem com o seu respectivo Estado e com a União a fim de instituírem um hospital regional de tratamento de determinado tipo de câncer que está atingindo alguns Municípios, em razão de mudanças climáticas ou de um desastre ambiental, eis que haverá uma regionalização de políticas públicas.

A Lei prevê, em seu art. 3º¹⁵⁰, que antes da celebração do consórcio público haverá a subscrição de um protocolo de intenções, o qual deverá ser ratificado mediante lei municipal de cada um dos entes.

Necessariamente, o protocolo de intenções deverá mencionar, dentre outros pontos, 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 o contrato de programa deve obedecer, 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”, além de estabelecer “o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplente com suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público” (incisos XI e XII do art. 4º da Lei de Consórcios Públicos).

Pelos pontos em destaque, a Lei mostra-se em sintonia com o princípio da eficiência, atual legitimador do Poder Público, pois estabelece critérios objetivos e técnicos que devem trabalhados nos consórcios.

¹⁴⁹ O § 1º do art. 2º da Lei n. 11.107/2005 autoriza aos consórcios, para o cumprimento de seus objetivos: firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo; 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 ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da federação consorciados, dispensada a licitação.

¹⁵⁰ “Art. 3º o consórcio público será constituído por contrato cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções.”

Outrossim, como bem observa Alice González Borges¹⁵¹, as ações que podem surgir via consórcios públicos, muitas vezes, não seriam alcançadas isoladamente por um ente público ou o seriam de forma mais morosa.

A colaboração entre os membros do consórcio, como se verá a seguir, pode ocorrer em diversas áreas, como, v.g., nas áreas de saúde, saneamento, transportes intermunicipais, utilização de máquinas e equipamentos comuns.

4.5 Da duplicidade de regimes jurídicos e a integração do consórcio público à Administração Pública

Conforme visto, o consórcio público pode se constituir em uma pessoa jurídica de direito público ou de direito privado.

Por força do § 1º do art. 6º da Lei n.11.107/2005, o consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a Administração Pública indireta de todos os entes consorciados. Trata-se de associação pública, pessoa jurídica de direito público interno, por disposição legal do inciso IV do art. 41 de nosso Código Civil¹⁵², por nova redação dada pela Lei n. 11.107/2005:

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

[...];

IV – as autarquias, inclusive as associações públicas;

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

Quando houver a escolha de o consórcio público ser uma pessoa jurídica de direito privado, a interpretação sistemática do Código Civil não deixa margem à dúvida de se tratar de associação civil, conforme art. 44, *caput*, e inciso I, c/c art. 53¹⁵³, fruto da união entre dois ou mais entes da Federação:

¹⁵¹ BORGES, Alice González. Consórcios públicos: problemática de sua institucionalização. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte*, p. 57-74.

¹⁵² BORGES, Alice González. Consórcios públicos: Problemática de sua institucionalização. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte*, p. 57-74.

¹⁵³ MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Consórcios públicos: comentários à Lei 11.107/2005*, p. 26-27.

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I – as associações;

[...].

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.

Contudo, pelo fato de os consórcios públicos serem resultado do acordo de colaboração entre entes federados, que pressupõe autorização legislativa mútua no sentido de instituir uma pessoa jurídica pública, ou privada, não é possível concebê-lo fora da Administração Pública indireta.

Igualmente, surge a seguinte indagação: como dois entes federados poderiam gerar uma associação que não integra sua própria Administração Pública indireta? O consórcio não equivale a uma pessoa jurídica fruto da iniciativa privada de particulares.

Mesmo que na Lei n. 11.107/2005 não haja previsão expressa do enquadramento da pessoa jurídica de direito privado na Administração Pública indireta, o consórcio sempre a integrará.

Quando o § 1º do art. 6º da Lei n. 11.107/2005 determina que “o consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados”, a lei não está facultando, mas, sim, obrigando aos partícipes terem em suas organizações administrativas o consórcio público. Contudo, não restringe, em nenhum momento, ao consórcio que seja pessoa jurídica de direito privado integrar a Administração Pública indireta dos participantes.

Tanto o Poder Judiciário quanto o Poder Legislativo (podendo contar com o apoio valioso da Ordem dos Advogados do Brasil e do Ministério Público) se incumbem de fiscalizar e controlar qualquer abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Neste último caso, conforme o art. 50 do Código Civil, o Judiciário pode estender os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações aos bens dos administradores¹⁵⁴.

¹⁵⁴ “Art. 50 do Código Civil. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

Cabe ressaltar que a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, também se aplica aos consórcios públicos em atos de improbidade administrativa, conforme Fernando Rodrigues Martins¹⁵⁵.

Em outras palavras, se a corrupção e a improbidade administrativa existem; se também são repugnáveis não apenas no ambiente social, mas, sobretudo, ainda recrimináveis do ponto de vista do direito; se há normas (princípios e regras) de ordem maior (Constituição) e ordem menor (leis) que a sancionam, não se afigura correta a inação ou a superposição de barreiras para impedir as ferramentas magnânimas dos direitos fundamentais a serviço da realidade. É ponto que merece meditação: “Quando o nosso direito dá as costas à realidade, a realidade se vinga e dá as costas ao direito”¹⁵⁶.

Outrossim, nenhum dos entes federados perderá a titularidade do serviço público por realizar essa gestão associada, podendo até mesmo fiscalizar o consórcio por meio de assembleia geral – que se constitui em instância máxima do consórcio público – e realizar sua retirada do mesmo por ato formal a qualquer tempo.

Por fim, como o consórcio público sempre se pautará nos mesmos princípios e diretrizes, independentemente de ser associação pública ou privada (respectivamente arts. 41 e 44 do Código Civil), não há vedação para que a pessoa jurídica de direito privado integre a Administração indireta de seus participantes.

Desta feita, avançando na análise da Lei n. 11.107/2005, parece-nos ainda impossível que o consórcio não integre, pelo menos, a Administração Pública indireta de um dos partícipes, pois o protocolo de intenções, que deve ser ratificado mediante lei, prevê “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” (inciso VIII do art. 4º).

Ora, um prefeito, um governador ou mesmo o próprio Presidente da República será representante de uma pessoa jurídica de direito privado que não integra a Administração Pública indireta do ente político a que eles estão vinculados?

Seria teratológico o Presidente da República Federativa do Brasil representar uma associação civil, prestadora de serviços públicos, que se localiza à margem da Administração

¹⁵⁵ Cf. MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público: comentários à lei de improbidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. 398 p.

¹⁵⁶ BRITTO Carlos Ayres. Manifestação no julgamento do RE 397.762-8-BA. *Revista de Direito Privado*, p. 307.

Pública. Essa é a orientação da Subchefia de Assuntos Federativos da Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República¹⁵⁷.

4.6 Conceito de serviço público aplicado à Lei n. 11.107/2005

Historicamente atribui-se a Rosseau o uso originário da expressão “serviço público”¹⁵⁸, que ainda mantém em sua configuração o elemento atividade estatal, e não privada, e atuação em favor do público, para suprir uma necessidade ou sanar algum problema coletivo, sendo que o serviço público, por sua vez, nasceu após a Revolução Francesa, quando o Estado reservou a si os interesses que não fossem dos cidadãos.

A manifestação e a atuação estatal teriam de suprir e proibir a atuação das corporações (conforme a Lei *Le Chapelier*, 14 junho 1791), da Igreja e de instituições de ensino. Com isso, os países de origem cultural europeia-francesa incorporaram ao conceito de serviço público à atribuição de sua titularidade ao Estado por publicação de diploma legal (*publicatio*)¹⁵⁹, enquanto na cultura europeia anglo-saxônica, não havia a *publicatio*, mas, sim, prestadores privados de *public services* ou *public utilities* sob regulação e controle públicos.

Para se chegar à conceituação da função dos serviços, as atividades intermediárias do Estado devem ser verificadas. Para João Batista Gomes Moreira, essas atividades meio dos poderes ou funções seriam:

A administração de recursos humanos, a atividade patrimonial, a arrecadação de tributos, e as atividades finais ou executivas, estas consistentes em intervenção na propriedade e no domínio econômico, polícia administrativa e, destacadamente, *serviços públicos*¹⁶⁰.

Para se estabelecer qual atividade estatal seria ou não um serviço público, os autores utilizam, basicamente, três critérios: um subjetivo ou orgânico, um material e um formal¹⁶¹.

¹⁵⁷ RAVANELLI, Paula Losada. *Subchefia de Assuntos Federativos*. Disponível em: <http://www.conass.org.br/admin/arquivos/seminario_alternativas_gerencia_unidades_publicas/apresenta_cursos_publicos_PR.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2010.

¹⁵⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 20.

¹⁵⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 26.

¹⁶⁰ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*, p. 379.

¹⁶¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 43.

Como no início, a prestação dos serviços públicos era feita diretamente pela Administração. Aplicava-se a noção subjetiva ou orgânica: o serviço é público quando o Estado o presta.

O critério subjetivo é muito amplo, pois toda e qualquer atuação do Poder Público seria serviço público, como, *v.g.*, as obras públicas. Contudo, o serviço público muitas vezes é prestado por particulares, permissionários ou concessionários – por exemplo, os serviços sociais de educação e de saúde. Quando os particulares realizam essas atividades, esses serviços integram o campo privado¹⁶².

Assim, quando os entes estatais passaram a admitir a prestação dos serviços públicos por particulares, a concepção subjetiva deixou de ser absoluta – embora o Estado seja, na maioria das vezes, o titular do serviço público –, passando a ser objetiva, material ou funcional¹⁶³.

O serviço torna-se público não porque o Estado o presta, mas, sim, porque há um anseio, uma necessidade, um interesse público de que seja prestado. Por isso o Estado exerce função típica de particulares, sociedade mista e empresa pública. Não se trata de serviço público, conforme o art. 173 da Constituição da República de 1988. Ressalte-se, ainda, que as sociedades de economia mista se sujeitam até mesmo a sofrer ação de usucapião mesmo integrando a Administração Pública indireta, pois ao particular se igualam:

Usucapião – Sociedade de economia mista – CEB. O bem pertencente à sociedade de economia mista pode ser objeto de usucapião. Precedente. Recurso conhecido e provido. (STJ – REsp. 120702-DF – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 20/8/2001, p. 468).

O critério material, por sua vez, determina que toda atividade estatal que satisfaça as necessidades essenciais da sociedade seriam classificadas como serviços públicos. Todavia, o conceito do que seria necessidade essencial ou mesmo do que seria interesse público é indeterminado, abstrato tendo de ser determinado no caso concreto.

Já o critério formal atribui à atividade estatal que será considerada em relação ao serviço público que esteja de acordo com o que a Constituição e a legislação infraconstitucional determinarem. Dessa forma, o serviço público tem de se submeter às normas especiais de direito público.

¹⁶² SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, p. 78.

¹⁶³ A educação e a saúde são serviços públicos prestados pelo Estado, mas também por particular, pois a titularidade não é exclusiva do Poder Público.

Esse último critério atrela o serviço público a uma previsão legal que nem sempre contemplará todas as situações em que a atuação estatal se tornar de relevância tal que a hierarquize em nível de serviço público.

Realmente, com a diminuição da aplicação da teoria do liberalismo, após a Primeira Grande Guerra, o Estado passou a intervir fortemente na economia, prestando ainda serviços públicos industriais e comerciais, com a gestão de empresas de caráter mercantil.

Mas, no Estado Social de Direito (pós-liberal), a concepção específica da Escola Francesa de que “o serviço público seria a função pública estatal a base de toda atividade do Estado” não pôde mais ser aplicada em face das mudanças na realidade social e burocrática. Igualmente, nos países em que se implementaram modelos neoliberais (iniciados nos governos de Reagan e de Margaret Thatcher, nos EUA e no Reino Unido, respectivamente) e com a globalização, o Estado se vê atuando cada vez menos, dando lugar ao terceiro setor¹⁶⁴ e às organizações supranacionais¹⁶⁵, sob o argumento de pouca eficiência da Administração Pública.

O fato é que utilizar somente um dos critérios supracitados, ou seja, ressaltando somente um requisito, impede que sejam contemplados todos os aspectos do serviço público. Conforme pondera Dinorá Adelaide Musetti Grotti¹⁶⁶, isso não ofereceria condições para solucionar o problema da noção de serviço público.

O que ficou em desuso não foi o serviço público, mas sua definição em seu sentido mais primitivo, sendo que nenhuma das três concepções isoladas (subjéctiva, material e

¹⁶⁴ “O primeiro setor é o governo, que é responsável pelas questões sociais. O segundo setor é o privado, responsável pelas questões individuais. Com a falência do Estado, o setor privado começou a ajudar nas questões sociais, por meio das inúmeras instituições que compõem o chamado terceiro setor. Ou seja, o terceiro setor é constituído por organizações sem fins lucrativos e não governamentais, que tem como objetivo gerar serviços de caráter público.” (KANITZ Stephen. *O que é o terceiro setor?* Disponível em: <<http://www.filantropia.org/oqueeterceirosetor.htm>>. Acesso em: 17 out. 2008)

¹⁶⁵ Com a globalização, com a nova ordem mundial, com o enfraquecimento dos Estados nacionais, organizações internacionais, como o fundo monetário internacional (FMI), Organização das Nações Unidas (ONU), Organização Mundial do Comércio (OMC) e, mais recentemente, o Tribunal Penal Internacional (TPI), a Área de Livre Comércio (ALCA) e o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), dentre outras, assumiram papel de destaque na chamada política internacional, entendendo que os direitos, deveres e condições socioeconômicas dos países não podem mais ser vistos como problemas isolados. Já que influenciam a ordem global, precisam de alguns mecanismos para serem regulados globalmente. Surge, assim, uma nova forma de governança do território, por meio de organismos internacionais, trazendo um debate sobre a viabilidade de um governo supranacional. (GARDINI André; TAIT, Márcia. O difícil equilíbrio do jogo global. *ComCiência*. Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/2005/07/06.shtml>. Acesso em: 17 out. 2008)

¹⁶⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 47.

formal) é suficiente para dar a correta noção de serviço público, uma vez que, atualmente, a maior parte dos autores entende que deve haver a junção desses elementos¹⁶⁷.

A nova concepção de serviço público deve levar em conta o que o Estado Nacional se propõe. Assim, num Estado Democrático de Direito, os serviços públicos devem ser destinados à concretização de direitos e de garantias fundamentais estabelecidos na Constituição da República, sendo que estes seriam, em essência, a síntese dos interesses essenciais da sociedade¹⁶⁸.

Assim, de acordo com a evolução da sociedade, determinadas atividades estatais, que outrora não foram consideradas como atividades de segundo plano, podem vir a se tornar serviços públicos, à medida que o conceito de "cidadania moderna" for sendo ampliado pelos direitos constitucionais e que outros direitos sejam agregados à Constituição.

Como exemplo, cita-se o inciso LXXIII¹⁶⁹ do art. 5º da CR/88 – incluído pela Emenda Constitucional n. 45, em 2004 –, que trata do princípio da celeridade processual e pela maior compreensão do que seja dignidade da pessoa humana, conceito que tende a se ampliar com a evolução da sociedade.

Tal posição se mostra acertada, uma vez que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, eis que os direitos e garantias expressos na Constituição de 1988 não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja signatária.

Por esse critério, haveria maior margem para que o Estado Democrático de Direito concretizasse o que ele se propôs a realizar, ou seja, evidenciar que a normatividade realmente se dá no mundo do ser concreto, conforme os Constituintes declararam como representantes do povo em 5 de outubro de 1988, de forma a

assegurar o exercício dos direitos sociais (educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados) e dos direitos individuais (liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e a justiça) como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e

¹⁶⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 52-53.

¹⁶⁸ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*, p. 383.

¹⁶⁹ Art. 5º, LXXVIII, da CR/88: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

*comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias*¹⁷⁰.

Ao tratar do serviço público, a Constituição¹⁷¹ estabelece as competências para cada entidade federada – de forma exaustiva para a União e de forma residual para os Estados, os Municípios e o Distrito Federal –, ainda prevendo responsabilidades e obrigações às pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, em caso de dano a terceiros.

A Lei n. 11.107/2005 possibilita o uso de uma importante ferramenta de nosso federalismo a fim de mudar o conceito vulgar de que o Estado é sempre ineficiente em suas ações em oposição ao chamado setor público estatal: sociedade civil organizada com pessoas jurídicas sem fins lucrativos

Nesse ponto, surge uma reflexão necessária: tratando-se de consórcio público, o serviço público deve ser entendido em sentido *lato* ou em sentido *stricto*?

No conceito amplo, não há distinção entre poder de polícia e serviço público.

O serviço público em uma acepção *stricto sensu* é encontrado em Celso Antônio Bandeira de Mello, que, ao mesmo tempo em que o define, ressalta que não é um conceito simples, podendo ser encontrado em diversas acepções:

Serviço Público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituídos pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo¹⁷².

Para Bandeira de Mello, a noção de serviço público deve ser restritiva, pois um conceito amplo se torna inútil para fins de sistematização do ordenamento jurídico brasileiro.

Por esse prisma, quando a Administração Pública limita ou condiciona o exercício da liberdade e da propriedade, já não se fala mais em serviço público, mas, sim, em poder de polícia.

Admitindo-se a Gestão Associada de serviço público *lato sensu*, chega-se à situação em que o objeto do consórcio público poderá ser o poder de polícia, o que se entende pela

¹⁷⁰ Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, grifos nossos.

¹⁷¹ Por força do art. 175 de nossa Constituição, a Administração Pública, seja em qual esfera for, não pode se escusar a prestar serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação.

¹⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 575.

atividade da Administração Pública de limitar ou disciplinar direito, interesse ou liberdade, regular a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Art. 78 do CTN)

Segundo Bandeira de Mello, a expressão “poder de polícia” abrange tanto os atos do Executivo quanto do Legislativo, podendo ainda ser tomada em sentido *stricto*:

A expressão ‘poder de polícia’ pode ser tomada em sentido mais restrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Esta acepção mais limitada responde à noção de polícia administrativa¹⁷³.

Enquanto o poder de polícia se resume na produção das normas condicionadoras ou restritivas de direitos, a polícia administrativa é a atividade estatal que verifica o cumprimento delas.

O poder de polícia, segundo a maior parte da doutrina, não pode ser exercido por particulares, mas, sim, por órgãos da Administração dotados de fé pública.

Para Dallari¹⁷⁴, nas atividades ligadas ao poder de polícia há, ainda, mais uma distinção: a *atividade de reconhecimento* oficial de um direito (cita reconhecimento de construir ou dirigir veículo) e a *verificação técnica* deste ato jurídico administrativo. As atividades técnicas (instrumentais) poderiam ser delegadas, mas não as atividades que dependem de fé pública¹⁷⁵.

¹⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 666.

¹⁷⁴ DALLARI, Adilson de Abreu. Credenciamento. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, n. 5. jan./fev./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 28 nov. 2010.

¹⁷⁵ Nesse sentido: “O STF denegou segurança impetrada com o objetivo de impugnar a portaria n. 795, do ministério da agricultura, do abastecimento e da reforma agrária. entendeu inexistente violação a direito líquido e certo e assentou ser competência da união dispor sobre a regulamentação, fiscalização e controle permanente de qualquer atividade que possa afetar a saúde pública, no estrito exercício do poder de polícia.” (RMS 22.096, Rel. Min. Néri da Silveira, julg. 11 dez. 2001, *DJ* 22 fev. 2002)

"Ação direta. Resolução n. 12.000-001, do Secretário de Segurança do Estado do Piauí. Disciplina do horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais, consumo e assuntos análogos. Inadmissibilidade. Aparência de ofensa aos arts. 30, *i*, e 24, V e VI, da CF. Usurpação de competências legislativas do município e da União. Liminar concedida com efeito *ex nunc*. Aparenta inconstitucionalidade a resolução de autoridade estadual que, sob pretexto do exercício do poder de polícia, discipline horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais, matéria de consumo e assuntos análogos" (ADI, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 29 ago. 2007, *DJ* 11 out. 2007). No mesmo sentido: ADI 3.691, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 29 ago. 2007, *DJE* 9 maio 2008.

Quanto ao serviço público, que pode, cumpridas algumas condições, ser delegado via concessão ou permissão, verifica-se que se deve utilizar o sentido mais estrito da expressão, por força do disposto no já citado art. 175, *caput*, e no que dispõem os §§ 1º e 2º do art. 199, e no inciso XII do art. 21 da CR/88, que em nenhum momento autoriza a transmissão da competência do Poder Público¹⁷⁶.

Assim, diante do disposto no art. 241, que cria uma nova situação jurídica, qual seja, não de concessão ou permissão, mas de fusão de interesses entre dois entes federados, está claro que a situação mudou totalmente. .

Ao se adotar o conceito de serviço público em sentido amplo, toda a atividade do Estado, incluindo o poder de polícia, poderá ser objeto de consórcio público, o que nos parece plenamente possível, pois nem a Constituição, nem a Lei n. 11.107/2005, nem o Decreto n. 6.017, de 17 de janeiro de 2007, fazem qualquer restrição à cooperação que envolva outras atividades.

Apesar de ser algo inédito, a soma de esforços tende a trazer resultados mais satisfatórios para a coletividade e não afetará a responsabilidade subsidiária dos consorciados. Pode-se somar a isso o fato de que a aproximação entre entes federados amolda-se às diretrizes do federalismo de cooperação e propicia o cumprimento do princípio da eficiência.

4.7 A possibilidade da gestão associada somente nos serviços públicos não previstos no art. 23 da Constituição da República

O parágrafo único do art. 23 da Constituição da República de 1988 prevê a cooperação entre a União e os Estados e o Distrito Federal e os Municípios, a fim de manter o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Qualquer convênio ou consórcio que assuma tal objetivo está legitimado pela Constituição da República. Os incisos do art. 23, verificados junto ao parágrafo único, não esgotam a matéria, porém tratam de encargos comuns a todos os participantes.

¹⁷⁶ A constituição de 1988, ao especificar as competências do Poder Público e fazer ressalvas à atuação da iniciativa privada, impossibilita qualquer transferência de titularidade de exploração de serviço público do setor público estatal para o setor privado com fins lucrativos ou setor privado sem fins lucrativos, o que acabaria ocorrendo com a prestação de serviço público poder de polícia por concessão ou transmissão.

Indaga-se sobre a possibilidade da gestão associada, tratando-se de serviços públicos não mencionados no art. 23 da CF/88. Nesse caso, o consórcio cuidaria de serviço público de competência de um dos entes envolvidos, e não de todos.

Deve ser analisado se o princípio do federalismo, adotado pela Constituição brasileira, impõe limites à gestão associada para envolver competências não comuns.

Conforme salienta Marçal Justen Filho, já é tradicional em nossa história jurídica a atuação harmônica entre entes federados para prestar serviços públicos que não se insiram na lista de competências comuns. Há previsão, inclusive, para que a regulação de um serviço público seja feita por outro ente. Um dos exemplos é a Lei n. 9.277/1996, de 10 de maio de 1996, que prevê possibilidade de delegação, por parte da União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal, da administração e exploração de rodovias e portos federais¹⁷⁷.

Se há possibilidade em se admitir, juridicamente, a delegação de competências de um ente federado a outro, com maior razão é possível a existência de gestão associada de serviços públicos cuja competência não seja comum a todos os participantes. O que deverá ser observado, no momento da feitura do protocolo de intenções e de sua ratificação por lei, são os benefícios que essa gestão associada trará ao ente federativo envolvido, mesmo que não seja titular do serviço público transferido.

Havendo benefícios múltiplos aos pactuantes e obediência aos princípios constitucionais, não há óbice para a realização de consórcios ou convênios entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fora das hipóteses previstas nos 12 incisos do art. 23 da Constituição da República.

¹⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer jurídico*, p. 24. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/revista/Rev_72/Pareceres/consorcio_MarcalJustenFilho.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2007.

5 OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS COMO FERRAMENTA PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, que são os direitos de todo ser humano, inspirados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, assegurados em nossa Constituição pelos próprios fundamentos e objetivo da República, assim como nos direitos e garantias fundamentais e direitos sociais, devem merecer a observação e a preocupação constante da Administração Pública.

Concretizar tais preceitos sob a égide dos princípios que regem a Administração Pública, de forma sistemática e verdadeiramente justa, a fim de compreender a aplicabilidade das normas legais, é um dos desafios da hermenêutica jurídica.

O texto constitucional, ao elencar os direitos fundamentais e adotar o federalismo de cooperação, prevendo a gestão associada de recursos de entes federados por meio de consórcios públicos, revela a via pela qual é possível servir à população de forma mais eficiente, pois promove maior articulação e coordenação entre as três esferas de governo.

Para que o Poder Público possa oferecer a devida dignidade a seus cidadãos, a fim de que possam usufruir a vida com ampla liberdade, respeito e condições mínimas para a conquista da felicidade, faz-se necessário que os serviços públicos sejam prestados de forma eficaz, efetiva, racional, produtiva, econômica e célere. Somente dessa forma pode-se alcançar o princípio da eficiência.

É claro que o Estado não pode nem deve interferir na liberdade individual dos cidadãos, aos quais incumbem exercer suas escolhas e conduzir a própria vida, desde que respeitando o limite da ordem jurídica, da forma que mais lhes aprouver.

Evidente que essa não é sua função. Projetos de vida, modos de vida, escolha pessoais não são preocupações do Estado.

Contudo, dar o mínimo aos cidadãos para que possam, então, realizar suas escolhas e seus projetos de vida, essa, sim, é a preocupação de um Estado Democrático de Direito; aliás, objetivos da República Federativa do Brasil.

Os serviços públicos que são oferecidos à população – legitimadores da existência do Estado – dependem de planejamento e funcionalidade; portanto, é preciso viabilizar mecanismos e instâncias de negociação e cooperação entre os entes federados, dando-lhes

instrumentos para gerenciar de forma mais eficiente seus recursos, a fim de até mesmo dar continuidade a essa prestação de serviços por melhor aproveitamento do erário.

Claro que para baratear os custos e atender adequadamente às demandas da população, o objetivo do contrato de consórcio, bem como a participação de cada ente, deve estar claro e expresso de forma bem positiva, até mesmo para garantir a continuidade do consórcio.

O *caput* do art. 1º da Lei dos Consórcios Públicos prescreve que nesse modelo de gestão associada a finalidade deve ser alcançar objetivos comuns. Pelo próprio fato de a lei não esgotar quais serão esses objetivos comuns, partimos do princípio de que eles guardam estreita relação com os direitos fundamentais prestacionais.

Desta feita, esse modelo de gestão associada funciona para atividades diversas, *v.g.*, saneamento básico, saúde, proteção ambiental.

Assim, apontamos algumas possibilidades de consórcios públicos, até mesmo com exemplos de alguns que já foram implementados.

5.1 Os consórcios públicos e o direito fundamental à saúde

O direito à saúde, por sua importância para a manutenção de uma vida digna e da própria existência da pessoa humana, foi positivado na Constituição como um direito social em seus arts. 6º e 196¹⁷⁸.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, a saúde é um direito duplamente fundamental¹⁷⁹. Em primeiro lugar, por seu aspecto formal, pois se encontra ligado ao direito constitucional

¹⁷⁸ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

¹⁷⁹ Assim, a saúde possui na nossa ordem jurídico-constitucional, a dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais (e que, por essa razão, assim são designados) na nossa ordem constitucional. A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde) situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas “cláusulas pétreas”) da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos dispostos no art. 5º, § 1º, da Constituição, as normas

positivo. Em segundo lugar, em seu sentido material, esse direito encontra-se ligado à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional: sem serviços de saúde não há dignidade da pessoa humana, nem vida.

Além de ser um direito de todos e um dever do Estado, as políticas públicas que visam à prestação de serviços de saúde devem ser descentralizadas, por força do inciso I do art. 198 da Constituição da República, além de serem organizadas de forma regional.

Assim, os consórcios públicos aparecem como uma ferramenta para a concretização do direito fundamental à saúde.

Para fins de ilustração, o Consórcio Público da Microrregião de Saúde de Tauá (CPMST),¹⁸⁰ foi firmado entre o Estado do Ceará e os Municípios integrantes da microrregião de saúde consistente na cidade polo de Tauá, com a finalidade de constituir o consórcio público respectivo, nos termos da Lei Federal n. 11.107, de 6 de abril de 2005, visando à promoção de ações de saúde pública assistenciais, dentre outros serviços relacionados à saúde, em conformidade com os princípios e diretrizes do SUS.

5.2 Os consórcios públicos e o meio ambiente

Em sua concepção, os consórcios públicos previam, explicitamente, a defesa do meio ambiente, que, além de ser um direito fundamental, é absolutamente imprescindível para o direito à vida digna.

Como bem verificam Flávia de Paiva Medeiro de Oliveira e Carla Felinto Nogueira¹⁸¹, ao indagarem sobre a possibilidade de se colocar a defesa do meio ambiente como um desses

definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares. A respeito de cada um desses elementos caracterizadores da assim denominada fundamentalidade formal, notadamente sobre o seu sentido e alcance, ainda teremos oportunidade de nos manifestar. Já no que diz com a fundamentalidade em sentido material, esta encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que – dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana – nos parece ser ponto que dispensa maiores comentários. (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Interesse Público*, p. 92-93)

¹⁸⁰ Entidade de direito público e natureza autárquica, constituída pelas leis municipais de Arneiroz (Lei n. 01, de 29 de janeiro de 2010), Aiuaba (Lei n. 015, de 2 de março de 2010 e Tauá (Lei n. 1.717, de fevereiro de 2010), bem como pela Lei Estadual n. 14.628, de 26 de fevereiro de 2010.

¹⁸¹ OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de; NOGUEIRA, Carla Felinto. *A importância dos consórcios públicos intermunicipais para a defesa do meio ambiente*. Disponível em: <http://www.esmarn.org.br/ojs/index.php/revista_teste/article/viewFile/101/95>. Acesso em: 28 nov. 2010.

interesses comuns aos consorciados, verifica-se que o art. 3º do Projeto de Lei n. 3.884, enviado pelo Executivo em junho de 2004, enumerava taxativamente os interesses comuns a serem atendidos por consórcios públicos, determinando que devessem se circunscrever, dentre outros objetivos:

Art. 3º Os objetivos dos consórcios públicos devem se circunscrever: [...];
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;
[...];
IX – à gestão e à proteção de patrimônio paisagístico ou turístico comum

Eis que, ao se falar em proteção do meio ambiente no sentido *lato*, que engloba não somente o meio ambiente natural, mas também o meio ambiente urbano, o paisagístico e o turístico, pode-se verificar que desde sua concepção os consórcios se inclinavam à proteção desse direito fundamental.

Pela sua característica eminentemente cooperativa, o consórcio público pode sanar com eficiência problemas que atentem contra o meio ambiente, *v.g.*, tratando-se de consórcios que versem sobre construção de aterros sanitários.

Por disposição da Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico, esses serviços públicos serão prestados tendo como base, dentre outros princípios, o abastecimento de água, o esgotamento sanitário, a limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de forma adequada à saúde pública e à proteção do meio ambiente; a adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais; a disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e de manejo das águas pluviais adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado; a articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante; a eficiência e sustentabilidade econômica; a integração das infra-estruturas e serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos, conforme incisos III; IV; V; VI; VII; XII, do art. 2º, da citada lei.

A gestão associada, prevista no inciso II do art. 3º da Lei n. 11.445/2007, refere-se, expressamente, a consórcios públicos e convênios de cooperação, fazendo alusão ao art. 241 da Constituição da República.

Todas as cidades possuem o problema da destinação final de seus resíduos, sejam eles domésticos, comerciais, industriais, hospitalares ou mesmo de esgoto, que podem causar danos ao meio ambiente e, por consequência, a saúde da população atingida.

Ressalte-se que a construção de aterros não pode ser realizada sem a observância de normas de engenharia ambiental, *v.g.*, não serem construídos próximos a leitos d'água, devendo ainda ter monitoramento até mesmo após se esgotar sua capacidade.

A prestação de saneamento básico adquire vantagens ao ser realizada de forma regionalizada, quando houver compatibilidade de planejamentos, por se caracterizar por ter um único prestador de serviço para vários Municípios, contíguos ou não; uniformidade de fiscalização e regulação dos serviços, inclusive de sua remuneração; compatibilidade de planejamento (incisos I, II e III do art. 14 da Lei n. 11.445/2007).

O inciso II do art. 15 e o inciso I do art. 16 da citada lei, ao tratarem da prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico, também fazem menção expressa aos consórcios públicos como uma das opções viáveis.

Por lógica, se ocorre um consórcio público entre três Municípios, por exemplo, para a construção de um único aterro sanitário, que poderá ser situado em um deles ou em uma região comum, o custo será muito menor do que a construção de três aterros independentes, assim como o impacto ambiental será menor.

Da mesma forma, beneficiará Municípios que não têm espaço adequado para a construção de aterros sanitários, pela proximidade de seus lençóis de água ou mesmo pelo seu pequeno porte, os quais poderão contribuir de outra forma no consórcio: em vez de ceder o local, poderão ceder pessoal ou mesmo financiar o monitoramento, a reciclagem ou a recuperação posterior da área cedida por outro município para o aterro.

No *XXXI Congresso Interamericano AIDIS*, em Santiago, Chile, realizado no Centro de Eventos Casa Piedra, nos dias 12/15 de outubro de 2008, foi apresentado trabalho que avaliou o desempenho institucional dos municípios de João Monlevade, de Bela Vista de

Minas, do Rio Piracicaba e de Nova Era, integrantes do consórcio intermunicipal de aterro sanitário com sede em João Monlevade-MG, à luz da Lei Federal n. 11.107/2005¹⁸².

Para melhor ilustrar a situação ocorrida, vale ressaltar que os Municípios de João Monlevade, Bela Vista de Minas, Rio Piracicaba e Nova Era já tinham, desde 1998, uma gestão associada por meio de convênio, quando obtiveram a licença de instalação de um sistema único de disposição final de resíduos sólidos urbanos.

Posteriormente, foi implementado um aterro sanitário como um sistema único para a destinação final dos resíduos gerados pelas comunidades dos Municípios parceiros. Essa intenção deu origem ao Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos (CPGRS), o primeiro em Minas Gerais. Posteriormente, em 2005, integrou-se a esse sistema o Município de Nova Era, que também necessitava adequar a disposição de seus resíduos.

Esse primeiro GPGRS de Minas Gerais, localizado na MG 123, atualmente, é responsável pelo destino final do lixo dessas quatro cidades do Médio Piracicaba: Monlevade, Bela Vista de Minas, Nova Era e Rio Piracicaba e está constituído sob forma jurídica de Associação Pública, criado mediante Contrato de Gestão, regido pelas normas da Lei Federal n. 11.107/2005 e respectivas leis municipais, pelo Termo de Protocolo de Intenções firmado entre os Municípios mencionados, em 17/5/2005, pelo Código Civil brasileiro e seu Estatuto Social.

Segundo os autores do citado trabalho, a área de abrangência é classificada como intrarregional, pois apenas parte dos Municípios da microrregião de Itabira faz parte do consórcio de resíduos. Transcreve-se a figura abaixo¹⁸³, a fim de se visualizar esse consórcio público, localizado no Município 3, João Monlevade:

¹⁸² RIBEIRO, João Gilberto de Souza; BARROS, Raphael Tobias de Vasconcelos T.V. ; LANGE, Liséte Celina C. . Avaliação do consórcio público do aterro sanitário de João Monlevade (MG). In: CONGRESO INTERAMERICANO DE INGENIERIA SANITARIA Y AMBIENTAL, 1. *Anais...* Santiago do Chile, 2008.

¹⁸³ RIBEIRO, João Gilberto de Souza; BARROS, Raphael Tobias de Vasconcelos; LANGE, Liséte Celina. *Avaliação do consórcio público do aterro sanitário de João Monlevade, MG*, cit.

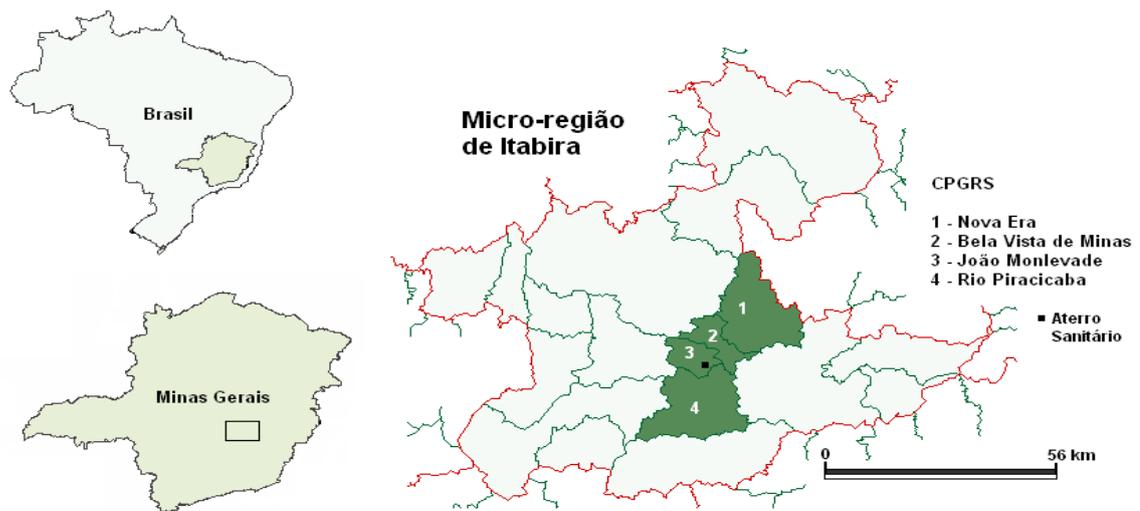


FIGURA 1 – Microrregião de Itabira.

Pela análise desse pioneiro consórcio¹⁸⁴, em Minas Gerais, comprovou-se que houve um avanço importante para o processo de regulamentação dos serviços de saneamento (gestão de resíduos) e também para a implementação de organismos de fiscalização e controle. Aumentou-se capacidade técnica e financeira para executar a regulação dos serviços públicos, que são analisados sob a ótica da abrangência regional, e não apenas sob o aspecto do interesse estritamente local. A gestão de resíduos de forma consorciada trouxe benefícios às populações dos Municípios envolvidos. A ferramenta dos consórcios públicos utilizada pelo consórcio GPGRS minimizou os problemas relacionados à gestão de resíduos sólidos urbanos.

5.3 Os consórcios públicos e o direito à dignidade da mulher

A dignidade de qualquer ser humano está constantemente ameaçada pela violência gratuita, que pode surgir súbita e fortuitamente. Não há ambiente definido para ocorrerem

¹⁸⁴ RIBEIRO, João Gilberto de Souza; BARROS, Raphael Tobias de Vasconcelos; LANGE, Liséte Celina. *Avaliação do consórcio público do aterro sanitário de João Monlevade, MG*, cit.

fatos como esse: o ambiente de trabalho ou nossa própria residência pode ser palco para esses tristes eventos.

A mulher, notadamente, é alvo constante de agressões, por causas de origens diversas, como v.g., sua maior fragilidade física diante do homem, o aspecto cultural de nossa sociedade ainda machista e até mesmo a questão da dependência econômica de muitas mulheres em relação às suas famílias.

Essa violência pode ser traduzida em diversas formas de agressão, como físicas, verbais e sexuais, que podem vir de pessoas conhecidas, desconhecidas ou mesmo de familiares.

Nos ambientes de trabalho, nem mesmo profissionais de alto escalão estão a salvo de ataques físicos e morais, sendo que já há a possibilidade de ocorrer antecipação de tutela na demissão de empregados que sofreram transtornos pelo estresse pós-traumático¹⁸⁵.

O médico Alexandre Faisal, para quem as mulheres sofrem mais com o estresse pós-traumático do que os homens, assim define tal perturbação psíquica:

O transtorno de estresse pós-traumático é perturbação psíquica decorrente e relacionada a um evento fortemente ameaçador ao próprio paciente. A pessoa revive o fato ameaçador e pode apresentar diversos sintomas, tais como angústia, insônia, irritabilidade, dificuldade de concentração, respostas exageradas a estímulos normais ou banais¹⁸⁶.

Contemplando essa situação, a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, preservando a dignidade da pessoa humana no gênero feminino, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Essa lei ficou muito conhecida pelo nome de “Lei Maria da Penha”, em honra a uma farmacêutica agredida pelo próprio marido durante seis anos, que ficou paraplégica.

¹⁸⁵ Nesse sentido, vale a pena ressaltar o artigo de Paulo César de Mattos Andrade em que o autor relaciona a vulnerabilidade do empregado com os direitos humanos, concluindo pela possibilidade do direito ao reconhecimento na estabilidade no emprego por força do estresse pós-traumático. (Cf. MATTOS ANDRADE, Paulo César de. A possibilidade de antecipação de tutela na demissão do empregado que sofreu transtorno do estresse pós-traumático. In: CASTRO, João Antônio Ilma. *Temas atuais de direito processual*, p. 273-284)

¹⁸⁶ FAISAL, Alexandre. *Mulheres sofrem mais com o estresse pós-traumático*. Disponível em: <http://dralexandrefaisal.blog.uol.com.br/arch2010-09-26_2010-10-02.html>. Acesso em: 28 nov. 2010.

Sem adentrar nos danos físicos, patrimoniais e psicológicos sofridos pelas vítimas, tem-se que o art. 8º, quando trata da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, prevê a atuação conjunta e articulada de ações de todos os entes federados.

Não há menção expressa a consórcios públicos, mas no inciso VI do citado art. 8º, quando trata da implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher, há menção à celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou *outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais*, além de possibilitar parcerias entre entes governamentais e entidades não governamentais nesse sentido.

Pela própria análise do dispositivo, verifica-se que a Lei Maria da Penha faz menção indireta à possibilidade de celebração de consórcios públicos, a fim de se erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Ressalte-se que os consórcios públicos podem ser meios importantes não somente para combater a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, pois o direito fundamental da vida digna da mulher pode ser afetado de diversas formas.

Merece destaque o Consórcio Regional de Promoção da Cidadania – "Mulheres das Gerais" – realizado pelos Municípios de Belo Horizonte, Contagem, Betim e Sabará, que tem como “objetivo de interesse comum a prevenção e enfrentamento de todas as formas de violência contra as mulheres, entendido como uma das formas de violação dos direitos humanos”¹⁸⁷.

Os consórcios públicos assumem papel importantíssimo na concretização de direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, e o princípio da dignidade da pessoa humana, combate à pobreza e à marginalização.

Também no caso de mulheres agredidas por companheiros, que são expulsas de casa ou que permanecem em suas residências e sofrem risco de morrer, o Poder Público municipal poderá construir, em colaboração com outros Municípios, abrigos provisórios, evitando, assim, que essas vítimas fiquem desamparadas, capacitando-as para o trabalho, criando grupos de apoio, dentre outras medidas, de forma mais eficiente do que por meio de ações isoladas.

Pode-se exemplificar com o caso de um consórcio que envolve uma Região Metropolitana (Belo Horizonte, Contagem, Betim e Sabará), composto por cidades de alta arrecadação financeira que, provavelmente, poderiam realizar o mesmo projeto de forma

¹⁸⁷ Lei n. 9.557, de 13 de maio de 2008, do Município de Belo Horizonte, que dispõe sobre a ratificação do Protocolo de Intenções firmado entre os municípios de Belo Horizonte, Contagem, Betim e Sabará.

individual, contudo, fazê-lo em conjunto permite que os direitos fundamentais se concretizem – além de forma mais econômica, muito mais eficientemente.

Não é questão somente de verificar a possibilidade de um ente federado poder ou não prestar um serviço público, mas, também, a melhor forma de prestá-lo e alcançar seus objetivos.

Observa-se que no exemplo em comento, além do aspecto financeiro, o aspecto funcional é muito relevante, pois se trata de cidades limítrofes, com movimentação sazonal diária entre seus habitantes. Assim, a colaboração entre esses Municípios faz com que a preservação da dignidade da mulher seja alcançada de forma mais eficaz, efetiva e célere.

CONCLUSÃO

Conforme foi tratado, os princípios constitucionais, *v.g.* os que albergam direitos fundamentais, são normas de força coercitiva e obrigatória, de aplicação imediata pela Administração Pública.

Assim, a dignidade da pessoa humana surge como parâmetro de observação obrigatória pelo Estado, que se modifica em cada época, de acordo com as necessidades sociais e os avanços técnicos, gerando novas políticas públicas.

A eficiência, aplicada juntamente com os demais princípios da Administração Pública, notadamente o princípio da legalidade, surge como um elemento importantíssimo para assegurar, além de que os recursos do erário sejam utilizados de forma parcimoniosa e eficaz, a continuidade na prestação dos serviços públicos.

Verificou-se que na complexa relação federativa brasileira há vários instrumentos de cooperação entre os seus entes, o que demonstra a opção constitucional pelo federalismo de cooperação, a fim de que sejam atingidos objetivos comuns.

Constatou-se que o consórcio público não se presta a resolver políticas de âmbito nacional, em razão do disposto no art. 23 da Constituição da República. Entretanto, pode ocorrer colaboração entre entes federados em objetivos comuns em âmbito local e regional.

Os consórcios, ao teor do art. 241 da Constituição, visam à gestão associada de serviços públicos, o que pode implicar a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços.

Conclui-se que eles guardam estreita relação com os direitos fundamentais prestacionais. Como exemplo, podem ser citados os consórcios públicos concretizando os direitos à saúde, ao meio ambiente e à dignidade da mulher.

A Lei n. 11.107/2005, que criou uma nova modalidade de consórcios públicos, adequou-se perfeitamente à sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, que se organizou num federalismo de cooperação, como um mecanismo de unificação de esforços dos entes federados em cumprirem com a concretização de objetivos comuns.

Conclui-se que os consórcios públicos se traduzem em uma efetiva medida para a concretização de direitos fundamentais em um Estado que vivencia o federalismo de cooperação, pois permite unificar esforços em proveito do bem comum, de forma a atender os

cidadãos em situações peculiares vivenciadas tanto em microrregiões quanto em situações que impliquem a atuação dos Estados e da própria União no atendimento a uma região específica.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999. 302 p.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2006. 669 p.

ALFONSO, Parejo Luciano. *Eficácia y administración: tres estudios*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1955 *apud* GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Fórum. 2009. 159 p.

ALVES, Eliana Calmon. Direitos de quarta geração: biodiversidade e biopirataria. Salvador: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região*, v. 4, n. 1, p. 41-61. dez. 2002.

AMERICANO, Jorge. *Aplicações do direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1930. 408 p.

ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. *O direito e o Estado como estruturas e sistemas: um contributo à teoria geral do direito e do Estado*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG/Movimento Editorial, 2005. 514 p.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Globo. 1971. 273 p.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense. 1986. 354 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 273 p.

BERNARDES, Wilba Lúcia Mais. *Federação e federalismo: uma análise com base na superação do Estado nacional e no contexto do estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey. 2010. 304 p.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus. 1992. 219 p.

BOCKMANN, Egon. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2002. 432 p.

BOFF, Salette Oro. A federação como cláusula pétrea. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=100>>. Acesso em: 3 maio 2010.

BORGES, Alice Gonzalez. *Consórcios públicos, nova sistemática e controle*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-6-maio-2006-alice%20gonzales%20borges%20.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

BORGES, Alice Gonzalez. Consórcios públicos: problemática de sua institucionalização. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte (RPGMBH)*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 57-74, jul./dez. 2009.

BRASIL. Decreto Lei n. 200, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. *DOU* 27 fev. 1967, retificado em 8 mar. 1967, em 30 mar. 1967 e em 17 jul. 1967.

BRASIL. Decreto Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, *DOU* 9 nov. 1942.

BRASIL. Decreto n. 6.017, de 17 de janeiro de 2007. Regulamenta a Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. *DOU* de 18 jan. 2007.

BRASIL. Decreto-Lei n. 292, de 28 de fevereiro de 1967. Cria a Superintendência do Vale do São Francisco, extingue a Comissão do Vale do São Francisco e dá outras providências. *DOU* 28/2/1967, retificado em 10 mar. 1967.

BRASIL. Decreto-Lei n. 301, de 28 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre o plano de desenvolvimento da fronteira sudoeste, aprova o primeiro plano diretor, extingue a superintendência do plano de valorização econômica da região da fronteira sudoeste do país, cria a superintendência do desenvolvimento da fronteira Sudoeste (SUDESUL), e dá outras providências. *DOFC* 28/2/1967, retificado em 10 mar. 1967.

BRASIL. Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. *DOU* 7 abr. 2005.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *DOU* 8 ago. 2006.

BRASIL. Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. *DOU* 8 jan. 2007.

BRASIL. *Lei n. 3.692, de 15 de dezembro de 1959*. Institui a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste e dá outras providências. *DOU* 16 dez. 1959.

BRASIL. Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. *DOU* 2 mar. 1964.

BRASIL. Lei n. 5.173, de 27 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Plano de Valorização Econômica da Amazônia; extingue a Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Amazônia (SPVEA), cria a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM), e dá outras providências. *DOU* 31 out. 1966.

BRASIL. Lei n. 5.365, de 1 de dezembro de 1967. Dispõe sobre o plano de desenvolvimento da fronteira sudoeste, aprova o primeiro plano diretor, extingue a superintendência do plano de valorização econômica da região da fronteira sudoeste do país, cria a superintendência do desenvolvimento da fronteira sudoeste (SUDESUL), e dá outras providências. *DOFC* 28 fev. 1967, retificado em 10 mar. 1967.

BRASIL. Lei n. 541, de 15 de dezembro de 1948. Cria a Comissão do Vale do São Francisco, e dá outras providências. Disponível em:
<<http://www.codevasf.gov.br/principal/legislacao/leis/lei-nb0-541-de-15-de-dezembro-de-1948>>. Acesso em: 1º dez. 2010.

BRASIL. Lei n. 6.088, de 16 de julho de 1974. Dispõe sobre a criação da Companhia de Desenvolvimento do Vale do São Francisco (CODEVASF) e dá outras providências. *DOU* 17 jul. 1974.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *DOU* 2 jun. 1992.

BRASIL. Lei n. 9.277, de 10 de maio de 1996. Autoriza a União a delegar aos municípios, estados da Federação e ao Distrito Federal a administração e exploração de rodovias e portos federais. *DOU* 13 maio 1996.

BRASIL. Projeto de Lei n. 3.884/2004. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2004/msg360-040629.htm>. Acesso em: 1º dez. 2010.

BRASIL. STF. ADPF153/DF. Rel. Min. Eros Grau, julg. 24 abr. 2010, divulga 5 ago. 2010, publ. 6 ago. 2010, Ement., v. 02409-01, 1, *DJe* 145.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 120702. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 11 nov. 2001, *DJ* 5 nov. 2001, p. 114.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Recurso em mandado de segurança* n. 22.096. Rel. Min. Néri da Silveira, j. 11 dez. 2001, 2ª Turma, *DJ* 22 fev. 2002, p. 55.

BRITO, Carlos Aires. Manifestação no julgamento do RE 397.762-8-BA. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 35, jul./set. 2008.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum. 2007. 126 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. rev. amp. e atual. até 31/12/2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 1.005 p.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 587 p.

CARVALHO, Augusto César Leite de. A dignidade (da pessoa) humana. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2.259, 7 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13449>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. 501 p.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Perfil constitucional da federação brasileira. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 15, p. 393-408, 2009.

CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Estudos de direito público*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914. 709 p.

CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 1996. 416 p.

CELLA, José Renato Gaziero. The critic of habermas to the idea of legitimacy in Weber and Kelsen. In: *Annals of the XXII World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy: law and justice in a global society*. Granada, 2005. 26 p.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Direito, filosofia e a humanidade como tarefa*. 2009. 236 f. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo: ato completo e ato coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 596 p.

CRETELLA JÚNIOR, José. Princípios do direito administrativo. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva. 1977. v. 61, p. 14-19.

CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. São Paulo: Progresso, 1956. 266 p.

CUNHA, Rosali Evangelisa da. Federalismo e relações intergovernamentais: os consórcios públicos como instrumentos de cooperação federativa. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 55, n. 3, jul./set. 2004.

DALLARI, Adilson de Abreu. Credenciamento. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 5. jan./fev./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 28 nov. 2010.

DALLARI, Adilson de Abreu. *Privatização, eficiência e responsabilidade*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205505553174218181901.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2008.

DANTAS, Ivo. *Da defesa do Estado e das instituições democráticas*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

DECLARAÇÃO universal dos direitos humanos de em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/declaração-universal-dos-direitos-humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 2 de maio 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. 1.462 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 800 p.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *A prestação jurisdicional e a efetividade dos direitos declarados*. 8 p. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8939/A_Presta%C3%A7%C3%A3o_Jurisdicional_e_a_Efetividade.pdf?sequence=1>. Acesso em: 26 abr. 2010.

FAISAL, Alexandre. *Mulheres sofrem mais com o estresse pós-traumático*. Disponível em: <http://dralexandrefaisal.blog.uol.com.br/arch2010-09-26_2010-10-02.html>. Acesso em: 28 nov. 2010.

FARIA, Edimur Ferreira. *Curso de direito administrativo positivo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 1999. 659 p.

FERRAZ, Luciano. Consórcios públicos: ensaio sobre a constitucionalidade da Lei n. 11.107/2005. In: PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz (Coord.). *Consórcios públicos instrumento do federalismo cooperativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 59-68.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. atual. São Paulo. Saraiva. 1996. 322 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1964. 163 p.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. I, 579p.

FORTINI, Cristiana. Consórcios públicos e outorga onerosa do direito de construir: instrumentos importantes para os Municípios. O auxílio em matéria ambiental. *Revista Brasileira de Direito Municipal (RBDM)*. Belo Horizonte, n. 25, p. 31-44, out./set. 2007. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=47232>. Acesso em: 3 abr. 2008.

FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 170 p.

FORTINI, Cristiana. *Processo administrativo: comentários à Lei n. 9.784/1999*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 288 p.

FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Processo administrativo: comentários à Lei n. 9.784/1999*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, 288 p.

FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 58, p. 286-290.

FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 60, 570 p.

FRANÇA, Rubens Limongi. Princípios gerais de direito: como regra normativa. In: _____. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 61, p. 33.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 312 p.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública e o direito administrativo brasileiro do século XXI: direito administrativo em debate*. Rio de Janeiro. set. 2008. Disponível em: <http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com>. Acesso em: 16 nov. 2010.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 150 p.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 213.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri, SP: Manole, 2003. 210p.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 429 p.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. 159 p.

GARDINI André; TAIT, Márcia. O difícil equilíbrio do jogo global. *ComCiência*. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/2005/07/06.shtml>>. Acesso em: 17 out. 2008.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. 648 p.

GONZÁLEZ PECOTCHE, Carlos Bernardo (Raumsol). *Colección de la Revista Logosofía*. São Paulo: Ed. Logosófica, 1980. t. II. 256 p.

GONZÁLEZ PECOTCHE, Carlos Bernardo (Raumsol). *Colección de la Revista Logosofía*, São Paulo: Ed. Logosófica, 1982. t. V. 300 p.

GONZÁLEZ PECOTCHE, Carlos Bernardo (Raumsol). Concepción de la vida (grandeza y miseria). In: Colección de la revista *Logosofía*, 1980. t. I, p. 81-85.

GONZÁLEZ PECOTCHE, Carlos Bernardo (Raumsol). *Introducción al conocimiento logosófico*. Buenos Aires: Talleres Gráficos de A. Monteverde, 1951. 491 p.

GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. In: _____. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo. Malheiros. 1996, p. 309-335.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2. ed. rev., ampl. e atual. pela BBR 14.724 e pela ABNT 30/12/05. Belo Horizonte: Del Rey. 2006. 286 p.

HART, George. *Mitos egípcios*. São Paulo: Moraes, 1992.

HORTA, Raul Machado. As novas tendências do federalismo e seus reflexos na Constituição brasileira de 1988. *Revista do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 25. jan./mar. 1999. p.14-25.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 711 p.

HORTA, Raul Machado. O federalismo no direito constitucional contemporâneo. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 41, n. 4, out./dez. 2001. 306 p.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/003/00301009.jsp?ttCD_CHAVE=11383>. Acesso em: 1º maio 2010.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Produtividade na administração pública brasileira: trajetória recente*, 2009, n. 27, 8 p. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/comunicado_presidencia/09_08_19_ComunicaPresi_27_ProdutividadenaAdminisPublica.pdf>. Acesso em: 1º maio 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer jurídico*. 31 p. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/revista/Rev_72/Pareceres/consorcio_MarcalJustenF Filho.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2007.

KANITZ Stephen. *O que é o terceiro setor?* Disponível em: <<http://www.filantropia.org/oqueeterceirosetor.htm>>. Acesso em: 17 out. 2008.

KOKKE, Marcelo. *Poder de polícia e direitos humanos*. São Paulo: IOB, 2006. 231 p.

LACERDA, Bruno Amaro; SILVA, Cristiana Maria Fortini Pinto e. *O direito administrativo e a fundamentalidade da pessoa*. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte* (RPGMBH), Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 97-115. jul./dez. 2009.

LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996. 1.336 p.

LASALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Tradução de Walter Stoner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LASKI, Harold J. *O liberalismo europeu*. São Paulo: Mestre Jou, 1973.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. As três dimensões dos direitos humanos e o novo conceito de cidadania. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região*, João Pessoa, v. 12, n. 9, p. 104-108, 1990. Disponível em:

<http://www.trt13.jus.br/ejud/images/revistasdigitais/revista12_trt13.pdf>. Acesso em: 29 set. 2008.

LOPES, Maurício Ribeiro. *Comentários à reforma administrativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MACHADO, Gustavo Gomes; DANTAS, Caroline Bastos. Constituição de consórcios públicos e implicações da Lei n. 11.107/2005 nas associações intermunicipais anteriores. In: PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz (Coord.). *Consórcios públicos: instrumento do federalismo cooperativo*. Belo Horizonte: Fórum. 2008. p. 165-192.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2006. t. III: Teoria da Constituição.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Senado brasileiro: reforma ou extinção?* Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=569>. Acesso em: 28 nov. 2010.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. Atualizado por Miguel Alfredo Malufe Neto. 30. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. 407 p.

MARANHÃO, Ney Stany Morais. A dignidade da pessoa humana como fator de resgate da identidade do estado contemporâneo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2.436, 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14438>>. Acesso em: 3 maio 2010.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público: comentários à Lei de improbidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. 398 p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 685 p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MATTOS ANDRADE, Paulo César de. A possibilidade de antecipação de tutela na demissão do empregado que sofreu transtorno do estresse pós-traumático. In: CASTRO, João Antônio

Iima. *Temas atuais de direito processual*. Organizado por João Antônio Lima Castro e Maurício da Cunha Savino Filó. Belo Horizonte: Equipe Comunicação, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. rev. e atual. 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 446 p.

MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Consórcios públicos: comentários à Lei 11.107/2005*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p. 174.

MEDEIRO DE OLIVEIRA, Flávia de Paiva; NOGUEIRA, Carla Felinto. *a importância dos consórcios públicos intermunicipais para a defesa do meio ambiente*. Disponível em: <http://www.esmarn.org.br/ojs/index.php/revista_teste/article/viewFile/101/95>. Acesso em: 28 nov. 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. 702 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 872 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros. 666 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004. 1120 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Os fundamentos actuaes do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Empresa de Publicações Técnicas, 1932. v. 1, 431 p.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 2.988 p.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 2.922 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração pública gerencial. *Revista de Direito*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 37-44, jul./dez., 1998. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1998/revdireito1998B/est_adm_inpublica.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 2, jun./ago. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 nov. 2010. 18 p.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 432 p.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOUËL, Le Jacques. *Crítica de la eficacia: etica, verdade y utopia de um mito contemporâneo*. Barcelona: Paidós, 1992, p. 10 *apud* GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Fórum. 2009. 159 p.

MÜLLER Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003. 132 p.

NASCIMENTO, José Amado. Pessoa humana e Estado. In: FRANÇA, Limongi Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva. 1977. v. 58, p. 286-287.

OLIVEIRA, Marcos José Tavares de. *O princípio da eficiência e os novos rumos da administração pública brasileira*. Monografia (Especialização em Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Tributário) – Universidade Cândido Mendes (UCAM). BDJur, Brasília, DF, 31 mar. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16757>>. Acesso em: 1 maio 2010.

ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. Tradução de Herrera Filho. Revista por Carlos Burlamáqui Köpke. 3. ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1971. 264 p.

ORTEGA Y GASSET, José. *Una interpretación de la historia universal*. 2. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1966. 359 p.

PICARD, Edmond. *O direito puro*. Salvador: Progresso. 1951.

PORTO NETO, Benedicto. *Parecer jurídico*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/revista/Rev_72/Pareceres/consorcio_BenedictoPortoNeto.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2007.

RAVANELLI, Paula Losada. *Consórcios públicos*. Disponível em: <http://www.conass.org.br/admin/arquivos/seminario_alternativas_gerencia_unidades_publicas/apresenta_consorcios_publicos_PR.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2010.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 1986. 749 p.

RIBEIRO JUNIOR, Glaucio Vasconcelos. Contornos históricos e conceituais do princípio da dignidade da pessoa humana. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2.428. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14392>>. Acesso em: 28/11/2010.

RIBEIRO, João Gilberto de Souza; BARROS, Raphael Tobias de Vasconcelos T.V. ; LANGE, Liséte Celina C. . Avaliação do consórcio público do aterro sanitário de João Monlevade (MG). In: CONGRESO INTERAMERICANO DE INGENIERIA SANITARIA Y AMBIENTAL, 1. *Anais...* Santiago do Chile, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum. 2004. 319 p.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. 308 p.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federalismo: uma análise com base na superação do Estado nacional e no contexto do estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 304 p.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termos de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 342 p.

ROSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. Lisboa: Portugalia, 1968. 433 p.

ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. *Dicionário de psicanálise*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 892.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. 2. ed. Belo Horizonte. Del Rey. 2010. 435 p.

SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 9-45.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941. 443 p.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, 1998. Atualizado em 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em: 3 maio 2010.

SANTOS, Flávia Pessoa. Aspectos jurídicos do federalismo. *Revista do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 25, p.26-33, jan./mar. 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito a saúde na Constituição de 1988. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, n.12, p. 91-107, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental a moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, n. 46, p.193-244, abr./jun. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”. *Interesse Público*. São Paulo, v. 5, n. 17, p. 56-74, jan./fev. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Fiechtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental a proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 17, n. 67, p. 125-172, jul./set. 2008.

SARMENTO, Daniel. Direitos sociais e globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 223, p.153-168, jan./mar. 2001.

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social: pós-modernidade constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 543 p.

SILVA, Américo Luís Martins Da. *Direito do meio ambiente e dos recursos naturais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. v. 2. 671 p.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 270 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 863 p.

SILVEIRA NETO. *Teoria do Estado*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1971. 273 p.

SOAREZ, Luis. *Las grandes interpretaciones de la historia*. Bilbao: Ediciones Moreton, 1968. 204 p.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 2006. 189 p.

TELLES JUNIOR, Gofredo. *O povo e o poder*. São Paulo: Malheiros, 2003. 144 p.

VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010. 150 p.

VICO, Giambatista. *Principios de una ciencia nueva sobre la naturaleza comum de las naciones: del establecimiento de los principios*. Buenos Aires: Aguilar, 1964. 225 p.

VIVA, Marcus Cláudio Acqua. Declaração de direitos do homem e do cidadão Francesa de 26 de agosto de 1789. In: TEXTOS Básicos sobre Derechos Humanos. Madrid. Universidad Complutense, 1973. Traduzido por Manoel G. Ferreira Filho *et al.* Liberdades públicas. São Paulo: Ed. Saraiva. 1978. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 2 maio 2010.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão Técnica de Gabriel Cohn – Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo. 1999. 586 p.