
A REGULAMENTAÇÃO DO ARTIGO 23 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL¹

*Paulo Springer de Freitas**

1. Introdução

De acordo com a Constituição, o Estado brasileiro é organizado na forma de república federativa, sendo seus entes – União, estados, municípios e o Distrito Federal – autônomos e possuindo competências definidas (algumas privativas, outras não). O art. 23 da Constituição Federal trata da competência material **conjunta** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O *caput* do artigo enumera doze incisos, que abrangem áreas tão diversas como guarda da Constituição, proteção ao meio ambiente, organização e abastecimento alimentar e educação de trânsito. O parágrafo único do artigo prevê que leis complementares fixarão as normas para a cooperação entre os entes federativos.

Este Capítulo tratará da regulamentação do art. 23. Mais especificamente, abordaremos os aspectos econômicos que deveriam nortear a delimitação de competências entre os entes federativos, bem como os tipos de cooperação indicados. Dessa forma, outros aspectos, como políticos, jurídicos ou sócio-culturais serão considerados apenas marginalmente. Ao nos aprofundarmos mais na motivação para os acordos de cooperação (por exemplo, se para corrigir externalidades ou se para melhorar a distribuição de renda inter-regional), deixaremos em segundo plano o debate sobre a forma de cooperar (se por meio de transferências, convênios ou formação de consórcios).

Este capítulo compreende cinco Seções, além desta Introdução. Na Seção II discutem-se algumas características da federação brasileira. A Seção III apresenta o enfoque econômico para a celebração de acordos entre os entes federativos. A Seção IV avalia como a teoria econômica pode ser aplicada na alocação de atribuições e na cooperação entre os entes federativos. A Seção V apresenta os avanços que ocorreram na legislação desde a

* **Paulo Springer de Freitas** é Doutor em Economia pela UnB. É Consultor Legislativo do Senado Federal.

¹ Este capítulo baseou-se em trabalhos de circulação restrita elaborados no âmbito da Consultoria Legislativa, em co-autoria com os consultores Arlindo Fernandes de Oliveira, Eliane Cruxên Barros, Flávia Cristina M. Magalhães, Francisco Eduardo Chaves e Márcio de Oliveira Júnior. Agradeço as suas contribuições, bem como a de Marcos Mendes pela criteriosa revisão, lembrando que erros e omissões são de minha exclusiva responsabilidade.

promulgação da Constituição, em 1988. A Seção VI, por fim, apresenta as considerações finais e conclui o trabalho.

2. A federação no Brasil

Não há um consenso sobre como definir uma federação, tendo em vista a diversidade de práticas observadas nos mais diferentes países que se auto-intitulam federações. O que existe em comum nas diversas formas de federação é a presença de níveis de governo possuindo algum grau de autonomia em áreas importantes como arrecadação tributária, orçamento e execução de projetos. Imaginando uma escala de gradação para a autonomia política e administrativa teríamos, em um extremo, o governo unitário, que é aquele em que as decisões referentes a todas as atividades governamentais estão centralizadas no governo central. No outro extremo estariam as confederações, que representam a união de alguns estados-membros, que abrem mão de algumas atribuições em favor de um governo central, mas a maior parte das prerrogativas políticas e administrativas continua a ser exercida individualmente por cada estado-membro (por exemplo: União Europeia). Entre esses dois extremos estão as federações, cada uma delas com diferente grau de autonomia concedido aos governos locais.

Shah (2007a) classifica os sistemas federalistas em dois grandes grupos: dual e cooperativo. No federalismo dual, as responsabilidades do governo federal e dos governos locais (estaduais, provinciais, municipais, etc.) são separadas e distintas. São exemplos de federalismo dual a Austrália, Canadá, Estados Unidos, Índia, Malásia, México, Paquistão e Rússia. Já no federalismo cooperativo, as responsabilidades dos diferentes níveis de governo são, via de regra, inter-relacionadas. Exemplos de países que adotam o sistema cooperativo são a África do Sul, Alemanha, Bélgica e Brasil. O Brasil apresenta a peculiaridade de, na amostra de doze países estudada pelo autor², ser o único país que apresenta esferas independentes de governo, ou seja, todos os níveis de governo possuem o mesmo grau de autonomia e *status*.

É também uma característica importante do federalismo brasileiro o grau de autonomia formal de seus municípios³. No estudo realizado por Shah, somente Brasil, Índia, África do Sul e Nigéria possuíam sistemas federativos em três níveis, compostos pelos

² Os doze países analisados são: África do Sul, Alemanha, Austrália, Brasil, Canadá, Espanha, Estados Unidos, Índia, Malásia, Nigéria, Rússia e Suíça.

³ A autonomia formal, definida na Constituição, é bastante atenuada por inúmeras leis federais e estaduais que restringem a liberdade de ação dos municípios como, por exemplo, a aplicação mínima de recursos em áreas como saúde e educação, as limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal à expansão do déficit e da despesa e as restrições constitucionais à expansão do endividamento.

governos central, regional e local, que, em nosso caso, traduzem-se em União, estados e municípios, respectivamente. Nos demais países, somente o governo central e regional se constituem em entes federativos. Destaca-se que a inclusão dos municípios dentre os entes federativos não é consensual⁴, apesar de a Constituição de 1988 citar os municípios como entes da federação já em seu art. 1º e, no art. 18, prever a sua autonomia. Para fins deste trabalho, os municípios serão considerados entes da federação, com base na interpretação mais literal da Constituição e, em particular, no enunciado do *caput* do art. 23, que estabelece, explicitamente, a competência comum da União, estados e municípios. Como as três esferas da federação são autônomas, mas têm competência comum, é preciso encontrar uma adequada divisão de trabalho e responsabilidades entre elas. Uma forma de fazê-lo é estabelecer, em lei, regras que deixem bem delineadas as responsabilidades de cada ente e que estimulem, onde couber, a cooperação entre eles. Outra possibilidade seria adotar o método de “aprender fazendo”, em que as negociações cotidianas e a aplicação prática das políticas gerassem entendimento entre as partes, sem a necessidade de uma legislação específica definindo a divisão de tarefas. O presente estudo analisa a possibilidade de regulamentar a cooperação por meio de lei.

A cooperação entre entes federativos, entendida de forma ampla⁵, decorre não somente de critérios associados à eficiência econômica, conforme será visto na Seção III, mas também em virtude do chamado hiato fiscal. Esses hiatos correspondem à diferença entre a capacidade arrecadatória de um ente federativo e a necessidade de gastos. Em qualquer federação, somente por uma grande coincidência, cada ente federativo arrecadará exatamente aquilo que necessita para seus gastos, uma vez que as decisões da sociedade em relação à repartição de receitas tributárias não são tomadas, única e exclusivamente, com base nas competências atribuídas para os diferentes níveis de governo. Fatores históricos, institucionais ou mesmo a capacidade técnica para arrecadar e fiscalizar também são importantes para definir que tipo de tributo deve ser de responsabilidade de cada nível de governo. Ademais, mesmo que o sistema tributário e a alocação de atribuições sejam instituídos, inicialmente, de forma a não gerarem hiatos fiscais, esse equilíbrio pode não se manter ao longo do tempo, pois receitas e despesas provavelmente apresentarão taxas de crescimento distintas ao longo do tempo.

⁴ Há juristas, como Silva (2008), que entendem que os municípios não possuem natureza de ente federativo. Isso porque, entre outros motivos, os municípios não possuem representação no Senado Federal e nem um Poder Judiciário próprio.

⁵ A cooperação, entendida em forma mais ampla, envolve quaisquer transferências entre entes federativos, sejam de recursos pecuniários ou não; voluntárias ou obrigatórias; condicionais ou livres.

Shah (2007b) mostra que no Brasil, em 2003, havia um grande hiato fiscal no nível da União e dos Municípios. A União arrecadava 68% dos tributos, e gastava 60% do total do setor público, o que implica um hiato de 8 pontos percentuais (pp). Já os Municípios arrecadavam 6% das receitas e despendiam 14% dos gastos públicos, gerando um hiato de - 8 pp.

Em todos os doze países analisados por Shah (2007b), o hiato da União é positivo, indicando que, em comparação com os demais entes da federação, sua arrecadação bruta⁶ supera as despesas. No Brasil, o hiato fiscal da União apresenta valores intermediários para padrões internacionais, situando-se próximo ao observado na Alemanha, Canadá, Estados Unidos e Suíça. Outra característica que se observa em todas as federações analisadas é que a União é transferidora líquida de recursos. Neste quesito, o Brasil também apresenta comportamento semelhante ao da amostra. As transferências da União para outros entes da federação correspondem a 13% da arrecadação do setor público, valor intermediário entre os 4% observados no Canadá e os 46% verificados na África do Sul, e bem próximo da média amostral, de 14%.

Já em relação à participação da União nos gastos, 60% do total do setor público, o Brasil apresenta um dos percentuais mais altos da amostra, inferior somente à Austrália (61%) e Malásia (90%), e bem acima da média amostral, de 50%. Esse resultado pode significar, por um lado, que a União gasta muito com despesas que seriam mesmo de sua responsabilidade, como pagamento de juros e previdência⁷. Mas também pode significar que, na ausência de delimitações mais claras de competências, a União tenha despesas que deveriam ser assumidas por outros níveis de governo. Por exemplo, com poucas exceções, normalmente localizadas no Estado de São Paulo, as principais estradas, a geração de conhecimento tecnológico e a educação pública de nível superior são usualmente providas pela União, quando poderia haver maior participação dos estados.

Shah (2007b) mostra que a participação dos municípios brasileiros no total de gastos públicos está próxima à média internacional. Uma característica comum a todas as federações analisadas, exceto o Canadá⁸, é que os municípios (ou governos locais), ao contrário da União, são recebedores líquidos de transferências. O que é discrepante no Brasil é a magnitude das transferências para os Municípios, que equivalem a 12% dos gastos públicos, maior valor entre os doze países da amostra, e bem acima da média de 4%.

⁶ Por arrecadação bruta entende-se a arrecadação antes das transferências, obrigatórias ou não.

⁷ Em 2003, os gastos com previdência e pagamento de juros corresponderam, respectivamente, a 40% e a 35% da arrecadação do governo central, de R\$ 296 bilhões.

⁸ No Canadá, os governos locais, em média, não transferem e nem recebem recursos de outros níveis de governo.

Os Estados, por fim, são os entes da federação que apresentam maior equilíbrio no que diz respeito à participação de receitas e despesas. Em 2003, os Estados arrecadavam 25% do total bruto do setor público (ou 27%, após as transferências), e participavam com 26% dos gastos.

Sintetizando a discussão acima, no Brasil, como ocorre em praticamente todas as federações, há uma dissociação entre capacidade de arrecadação e gastos, o que gera um sistema de transferências entre as esferas de governo, normalmente dos níveis mais abrangentes (nacional/estadual) para os mais restritos (estadual/local). No nosso caso, merece destaque o papel dos Municípios como receptores de transferências.

Quando se discute a regulamentação das competências dos entes federativos, sem tratar de sua capacidade arrecadatória, corre-se o risco de aumentarem ainda mais as discrepâncias atualmente existentes, caso a regulamentação implique aumento de gastos por parte dos Municípios.

Essa crítica, contudo, não invalida a importância da discussão. Em primeiro lugar porque, mesmo que a distribuição de competências ainda não esteja totalmente regulamentada em lei, a simples discussão do assunto contribuirá para balizar o debate sobre a reforma tributária, que faz parte da agenda política atual.

Adicionalmente, a regulamentação das competências pode prever situações em que determinado nível de governo possa transferir para outro a atribuição de prover determinado serviço público, quando se julgar financeira ou tecnicamente incapaz de fazê-lo. Um exemplo dessa transferência de atribuição pode ser visto no art. 12 do Projeto de Lei Complementar nº 388, de 2007, que prevê que, inexistindo órgão ambiental no Estado ou no Distrito Federal, a União desempenhará as ações administrativas estaduais ou distritais até a sua criação, ou que, inexistindo órgão ambiental municipal, o Estado desempenhará as respectivas ações administrativas. A Seção III.2 discutirá possíveis critérios para determinar a incapacidade financeira ou técnica de um ente federativo, que justifique a transferência de atribuições para outro nível de governo.

3. A cooperação entre os entes federativos

3.1. Princípios para alocação de atribuições e cooperação entre entes federativos

O objetivo desta Seção é discutir as motivações econômicas para a existência de cooperação entre diferentes entes federativos, entendendo-se por cooperação qualquer tipo de acordo entre os entes, incluindo transferências (de recursos pecuniários, humanos, de

tecnologia, entre outras), convênios e formação de consórcios. Na Seção anterior, foi visto que a transferência de recursos é uma característica quase que intrínseca às federações. Em geral, as esferas mais agregadas (União ou estados) transferem recursos para as esferas locais (estados ou municípios). Como será visto, há motivos econômicos, como externalidades e eficiência de arrecadação, que justificam essas transferências.

Um sistema de cooperação bem desenhado requer, como ponto de partida, que as competências de cada ente federativo sejam bem delineadas. No caso do Brasil, em que as diferentes esferas interagem autonomamente, a atribuição de competências torna-se um exercício não trivial. É importante deixar claro o que se entende por competência neste artigo. Competência refere-se à responsabilidade do ente federativo no provimento de determinado serviço público. Para tanto, esse ente deverá formular a política, estabelecer critérios de acesso, volume de recursos alocados, e montante do serviço público a ser ofertado. Mas, não necessariamente, executará o programa. Por exemplo, a distribuição de medicamentos pelo Ministério da Saúde é um programa federal, tendo a União responsabilidade de decidir a lista de medicamentos a serem distribuídos, os critérios de acesso, etc. Mas a execução do programa é feita pelos estados, que recebem verbas federais para adquirir, estocar e distribuir os medicamentos. Alternativamente, essa atribuição poderia ser executada por uma empresa privada escolhida por um processo de licitação. Em ambos os casos, a competência do programa continuaria sendo da União; o fato de um estado, uma prefeitura ou uma firma do setor privado participar da execução não tornaria o programa municipal e nem tampouco privado.

É consenso na literatura que deve haver algum tipo de descentralização no provimento de serviços públicos. Ou seja, governos estaduais e municipais devem ter a competência de prover determinados bens. Isso decorre do fato de as preferências e os custos variarem de região para região de um país, e de o governo central não ter o mesmo acesso às informações que os governos locais. Dessa forma, esses últimos tendem a entender melhor os problemas de suas populações. Além disso, a descentralização elimina etapas burocráticas e incentiva a competição entre os entes federativos, estimulando a redução de custos e a implementação de ideias inovadoras. Por isso, o mais eficiente é deixar a cargo de governos locais ou regionais o provimento de determinados bens. A regra geral deve ser: a competência para prover um bem público deve ser dada à jurisdição cuja população irá se beneficiar desse bem. Quanto mais local for o impacto do benefício proporcionado por um serviço público, menor o nível do ente federativo responsável pelo seu provimento. Assim, o asfaltamento de ruas e a coleta de lixo são serviços de competência tipicamente municipais. E o provimento de bens públicos que

afetam toda a população de um país, como a defesa nacional, é tipicamente competência do governo central.

O critério de eficiência econômica, contudo, não é o único a justificar a distribuição de competências. Dafflon (2006) argumenta que critérios políticos, em especial, a proteção de entes federados ante o poder central é um importante fator para o estabelecimento de federações e para a descentralização de atribuições. Oates (1999) também argumenta que a definição de fronteiras entre estados – e a consequente divisão de atribuições – leva em consideração a herança histórica, aspectos sócio-culturais ou mesmo questões de ordem prática. Um exemplo clássico é a existência de fronteiras baseadas em limites naturais, como rios. Do ponto de vista econômico, o mais recomendável seria que ambas as margens de um rio estivessem contidas somente em uma unidade da federação, pois isso facilitaria o controle da poluição e transporte. No entanto, observa-se frequentemente o uso de rios como demarcadores da divisão territorial de estados.

O fato de haver outras justificativas para divisões territoriais ou para a divisão de competências não invalida, contudo, a importância dos aspectos econômicos. Ainda que a sociedade entenda que outros critérios – políticos, históricos, demográficos, etc – são mais importantes em determinadas situações, é importante conhecer o custo econômico das decisões tomadas. E, para tanto, a análise econômica tem uma importante contribuição a oferecer.

A necessidade de prever mecanismos de cooperação entre os diferentes entes federativos ocorreria mesmo em uma situação hipotética, em que somente critérios econômicos fossem utilizados para definir as fronteiras entre estados e municípios, bem como as respectivas atribuições. Afinal, a realidade é bem mais complexa do que o princípio de que o provimento de um bem público deve ser atribuição da jurisdição que abrange a população e área beneficiadas por esse bem. Primeiramente, porque haveria, potencialmente, tantas jurisdições quanto bens públicos oferecidos, uma vez que cada bem público ofertado deve afetar uma população diferente.

Por isso, pode ser recomendável que haja algum tipo de centralização. Não, necessariamente, no sentido de transferir competência, digamos, dos municípios para os estados, ou dos estados para a União. Mas no sentido de se viabilizar acordos de cooperação entre entes federativos, que, em vez de atuar independentemente, passariam a atuar em conjunto. Alternativamente, pode-se também pensar na criação de um sistema de transferências de uma esfera de governo mais agregada para a mais desagregada (por exemplo, da União para estados e municípios, ou dos estados para os municípios), com o

objetivo de corrigir algumas distorções. As principais razões que justificam esse tipo de centralização são externalidades, economias de escala e redução de custos administrativos.

Observa-se com bastante frequência a ação de um ente federativo afetar a população de outro ente, sem contrapartidas pecuniárias. É o que se denomina por externalidade⁹, que pode ser positiva ou negativa. No contexto de federalismo fiscal, um exemplo de externalidade positiva é a construção de um hospital totalmente financiado por um município, mas que atenda a pacientes residentes em outras localidades. Nesse caso, os custos ficam restritos ao município que construiu o hospital, mas os benefícios não. Um exemplo de externalidade negativa verifica-se quando há, em um município concede incentivos fiscais para, a instalação de uma fábrica, que polui a nascente de um rio. Nessa situação, os benefícios da criação da fábrica – maior geração de empregos e dinamização da economia – tendem a se concentrar no município onde se localiza a fábrica, mas os custos associados à maior poluição são distribuídos por outros entes federativos.

Em função das externalidades, é razoável que os entes federativos se agrupem, celebrando convênios ou instituindo consórcios, com o objetivo de criar jurisdições fictícias, que abrangeriam toda a população beneficiada por determinado serviço público. No exemplo do hospital, o município, ao decidir o montante de recursos a ser empregado na manutenção do hospital, considerará somente o bem estar de sua população. Se ele sabe que somente, digamos, 70% dos recursos empregados irão beneficiar a população local (e seus eleitores), provavelmente os administradores aplicarão menos recursos no hospital, ignorando a demanda das cidades vizinhas, e aumentarão os recursos destinados, por exemplo, para a construção de praças. O resultado final será uma oferta insuficiente de serviços. Os residentes nos municípios vizinhos também sofreriam com a redução dos serviços de saúde. Para atingir um nível ótimo de atendimento hospitalar, esses municípios poderiam fazer um convênio, que estipulasse uma forma de ressarcimento de despesas.

Esses convênios, entretanto, não são fáceis de serem celebrados. Isso porque a cooperação, quando para corrigir um problema de externalidade, terá como objetivo principal fazer com que o impacto de cada ação passe a requerer um pagamento pela parte beneficiada. Mas o ente federativo que, no *status quo*, se beneficia de determinada ação e não paga por ela, dificilmente aceitará fazê-lo sem outras compensações. Conforme colocado no parágrafo anterior, um convênio permitiria a oferta mais ampla de serviços de saúde. Mas há uma série

⁹ O conceito de externalidade não está restrito a entes federativos, podendo ser aplicado a qualquer agente econômico. O relevante para haver externalidade é a existência de impactos não precificados da ação de um agente econômico sobre outro.

de problemas informacionais, tecnológicos e legais, que podem desincentivar um município a participar do convênio.

Em primeiro lugar, pela legislação vigente, um hospital não pode deixar de atender residentes de outras localidades, ou dar atendimento prioritário aos moradores do município que o construiu. E esses moradores, ao se depararem com filas e outras formas de mau atendimento, não estarão interessados em saber se o problema tem origem no município vizinho, que está sobrecarregando o hospital. Eles irão simplesmente responsabilizar o administrador local, com óbvios prejuízos eleitorais. Ciente de que a pressão política obrigará o mantenedor do hospital a oferecer um serviço de qualidade para qualquer paciente, independentemente da origem, o município vizinho relutará em celebrar um acordo. Adicionalmente, um município que, no *status quo*, não contribui, mas se beneficia do hospital, pode ser resistente a fazer um acordo se souber que outros municípios em situação similar não irão contribuir para a construção e manutenção do hospital.

Além das externalidades, economias de escala ou menores custos administrativos podem justificar a cooperação entre entes federativos para prover alguns bens públicos. A experiência internacional mostra que transportes públicos e redes de esgotamento sanitário em áreas metropolitanas apresentam economias de escala que justificam a existência de um órgão centralizador para provê-los (Shah, 2007a).

Outra justificativa para que haja cooperação entre os entes federativos é o desejo de garantir uma oferta mínima de determinados serviços públicos. Usualmente, esses convênios implicarão transferências da União para os estados e municípios de menor capacidade financeira, ou dos estados para seus municípios de menor poder de arrecadação. Essas transferências normalmente estão condicionadas à aplicação dos recursos em determinada área, como saúde e educação, justamente para garantir um padrão mínimo desses serviços essenciais em todo o território nacional. No caso brasileiro, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), previsto no art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias cumpre esse papel, ao transferir recursos para Estados e Municípios que não tenham condições financeiras de arcar com um valor mínimo com educação básica. Em outros países, como na Alemanha, as transferências da União para estados têm por objetivo não somente garantir uma oferta mínima de bens públicos, mas garantir um padrão uniforme desses bens e serviços (Spahn e Föttinger, 1997).

As transferências intergovernamentais também ocorrem quando os entes federativos não possuem capacidade de diretamente obter receita. Nesse caso, a União funciona como um

agente arrecadador e repassa, posteriormente, parte do dinheiro para os demais entes. É o caso, por exemplo, das parcelas do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e do Imposto de Renda de Pessoas Físicas e Jurídicas (IRPF e IRPJ) que compõem os Fundos de Participação dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios (FPE e FPM, respectivamente).

No caso de municípios, em especial, os pequenos, essas transferências podem ser extremamente relevantes: estima-se que os recursos do FPM representam mais da metade das receitas em quase 60% dos municípios brasileiros com menos de 10 mil habitantes (BNDES, 2001). Observe-se que, com exceção dos casos previstos no parágrafo único do art. 160 da Constituição, essas transferências são não-condicionais, não necessitando, portanto, de celebração de convênios entre as unidades federativas.

Há três explicações mais plausíveis para a existência desse tipo de transferências. A primeira é que a distribuição de competências e de capacidade arrecadatória foi mal desenhada na Constituição Federal. A segunda refere-se aos benefícios, em termos de redução de custos administrativos, de transferir a arrecadação para um nível mais agregado da federação. Por fim, as transferências podem ser a solução necessária para o problema gerado pela criação de municípios que não são viáveis economicamente.

Resumidamente, portanto, a cooperação entre os entes federativos deve existir nas seguintes situações:

- i. Quando se deseja garantir um provimento mínimo ou uniforme de determinado bem público em cada ente federativo. Os acordos gerados para garantir esse provimento mínimo ou uniforme serão denominados acordos equalizadores. Observe-se que, na definição desse mínimo, há bastante espaço para o governo central (ou dos estados, se estivermos pensando em transferências para municípios) impor suas prioridades;
- ii. Quando a ação de determinado ente federativo gera externalidades – positivas ou negativas – sobre outros entes. Os acordos gerados para corrigir essas externalidades ou, no jargão econômico, para internalizar essas externalidades, serão denominados acordos compensatórios. Aqui também há amplo espaço para o governo que transfere os recursos impor suas prioridades, dependendo de seu interesse de estimular, ou não, a correção de determinada externalidade.

Há, ainda, dois outros motivos para haver cooperação entre os diferentes níveis de governo. Um se verifica quando, por razões de redução de custos, a arrecadação de receitas é centralizada em um nível de governo. Em geral o governo central é mais eficiente para arrecadar. Em primeiro lugar, porque, no caso dos estados e municípios, o contribuinte pode migrar para escapar da tributação (o que é mais difícil de ocorrer no plano nacional). Em

segundo lugar, porque estados e municípios enfrentam dificuldades para aferir a renda e o patrimônio que o contribuinte possui em outra unidade federada. Por isso, pode-se prever um sistema de transferências não condicionais, em que cada ente recebe um valor proporcional ao tributo gerado no respectivo território. Assim, um nível de governo mais elevado (União, estados), e com menor custo de arrecadação, presta ao nível de governo mais descentralizado (estados, municípios) um serviço de arrecadação tributária. Um exemplo típico para o caso brasileiro é o do Imposto sobre Circulação de Mercadorias. Os Estados arrecadam o tributo, mas repassam uma parte (18,75%) ao município onde ocorreu a arrecadação.

Por fim, pode-se pensar em convênios em que um ente da federação vende serviços para outro, como uma prefeitura que cobra da União para fazer um cadastro de indivíduos elegíveis para participar de determinado programa de assistência social. Trata-se, portanto, de uma decisão meramente administrativa. Esse tipo de convênio, que tem por objetivo claro reduzir os custos de execução, poderia ser previsto em lei. Conforme explica Almeida (1991), a Constituição de 1967 autorizava um órgão de um ente federativo a executar serviços para outro ente, mas essa prerrogativa foi retirada da Constituição de 1988. Denominaremos esse tipo de acordo administrativo.

3.2. Implementação de programas de cooperação entre os entes federativos

Acordos de cooperação entre entes federativos requerem a definição de aspectos operacionais, que podem contribuir ou dificultar a consecução dos objetivos. Dentre os aspectos operacionais que merecem atenção citam-se a definição de falta de capacidade financeira; os incentivos para a celebração de acordos compensatórios; a vinculação de transferências a resultados; e a possibilidade de a competência ser transferida para outro ente da federação.

Os acordos equalizadores surgem em função de um ente federativo não dispor de recursos financeiros suficientes para prover uma quantidade (ou qualidade) mínima de determinado serviço público a sua população. A origem desses acordos, portanto, está na incapacidade financeira do ente que irá receber recursos. É necessário, assim, que o regulamento defina objetivamente o que se entende por capacidade financeira, para evitar que outros critérios, como favorecimento político, sejam utilizados para definir quem irá receber os recursos (normalmente, municípios dos estados ou da União, e estados da União), e a quanto fará jus.

Há dois indicadores que podem ser utilizados como base para definir capacidade financeira: o Produto Interno Bruto (PIB) e a arrecadação do ente federativo. Dispondo de

uma estimativa dos gastos anuais por município (ou por estado), pode-se verificar se esses gastos ultrapassam uma porcentagem previamente estabelecida do PIB (ou da arrecadação). Em caso afirmativo, o governo federal (ou, se for um programa estadual, o governo respectivo) complementaria os gastos, de forma que a contrapartida do município ficasse limitada ao percentual pré-estabelecido. Dessa forma, somente os municípios de menor capacidade financeira receberiam transferências dos governos centrais.

Estabelecer percentuais em função da receita seria, em princípio, mais correto, pois guardaria estreita correlação com a capacidade de gastos do município. Entretanto, esse arranjo institucional teria a desvantagem de desestimular o município a incrementar suas receitas próprias, pois tornaria menos necessária a adoção de medidas impopulares, como o aumento de impostos ou da fiscalização. Já o estabelecimento de percentuais em termos de PIB não gera o problema de incentivo, mas tem a desvantagem de não guardar correlação direta com a capacidade de arrecadação do município. Por exemplo, um município pode ter PIB elevado, mas receber uma quota-parte de ICMS baixa, se a maior parte da produção for exportada. Adicionalmente, as estatísticas de PIB, sobretudo dos municípios, não são produzidas tempestivamente e sofrem revisões, às vezes, não triviais; além de estarem sujeitas a uma série de hipóteses simplificadoras, que podem gerar erros significativos de estimação.

Para os convênios compensatórios, que têm por objetivo corrigir externalidades, a regra deve ser conceder maiores transferências quanto maior for a parcela da população não residente beneficiada. Em alguns casos, como em escolas e hospitais, é possível estimar a proporção de não residentes atendidos, o que tornaria o cálculo das transferências relativamente simples. Em outros, contudo, como na preservação do patrimônio histórico ou no provimento de pesquisas, é difícil mensurar qual o impacto local, estadual e nacional. Para esses bens públicos, seria necessário fazer uma avaliação qualitativa, o que, necessariamente, envolveria algum critério subjetivo. Ainda assim, permanece válido o princípio geral de que quanto maior ou mais intenso for o benefício para a população não residente, maiores devem ser as transferências.

Uma questão fundamental na elaboração de convênios compensatórios é determinar quem transfere recursos para quem. Voltando ao exemplo do hospital municipal que atende à população das cidades vizinhas, o correto seria obrigar os municípios vizinhos a ressarcirem o município mantenedor do hospital. Mas, conforme já explicado na Seção III.1, não há incentivos suficientes para que os municípios vizinhos celebrem acordos para fazer o ressarcimento, tanto no caso de externalidades positivas, quanto de negativas. Por isso, pode-se pensar em duas alternativas: alterar a regra de distribuição de recursos oriundos de

transferências constitucionais obrigatórias, ou atribuir aos estados ou à União a responsabilidade de financiar as transferências compensatórias.

A Constituição prevê uma série de transferências de recursos da União para estados e municípios, e dos estados para os municípios. Em muitos casos, como nos fundos de participação (FPM e FPE) e na cota-parte do ICMS, as transferências são reguladas por lei (no caso do ICMS, leis estaduais). A legislação poderia ser modificada de forma a determinar esquemas de compensação, estabelecendo que, de um montante originalmente destinado ao município ou ao estado, seria descontadas (ou acrescidas) as compensações pelas externalidades geradas. Obviamente, isso não garantiria compensação integral, pois o montante a ser descontado de cada município (ou estado) ficaria limitado à participação nas transferências a que o ente federativo inicialmente faria jus.

Ao propor esquemas de compensação, deve-se tomar cuidado para não incentivar gastos excessivos em ações que promovam externalidades. Isso é particularmente importante no caso de externalidades positivas. Um município A, quando decide implementar determinada ação, o faz levando em consideração suas preferências. É possível que um município B, mesmo que beneficiado pelas ações de A, não elegeria aquela específica ação como prioritária. Por isso, ao elaborar um esquema de compensações, é importante que o estado (ou a União) estabeleça, com base em suas prioridades, que tipo de ações, ou até que valor, merecem ser compensados.

Independentemente da natureza do acordo, se equalizador ou compensatório, é necessário condicionar as transferências, pelo menos parcialmente, a critérios de desempenho. Busca-se, com isso, estimular a competição entre os entes recebedores, de forma a premiar aqueles que aplicam melhor os recursos. No futuro, uma melhor alocação dos recursos públicos pode contribuir para quebrar o círculo vicioso da pobreza, resultando em menor necessidade de transferências.

Não é fácil estabelecer, na prática, critérios de desempenho. Em primeiro lugar, é necessário construir indicadores que sejam regularmente estimados e abranjam todos os entes federativos. O ideal seria construir um indicador associado a cada serviço público. Como os custos seriam elevados, sempre que a relação custo/benefício não justificasse, pode-se pensar em utilizar indicadores já construídos, referentes a desempenhos na área de educação, saúde, transporte público ou ao comportamento agregado da economia. Alguns candidatos seriam o Indicador de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB), para a educação, o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), e o PIB.

Uma vez obtido um indicador, a tarefa de comparar entes federativos também não é trivial. A comparação deve ser feita entre municípios de tamanho semelhantes, para controlar

por economias de escala, e situados em áreas relativamente homogêneas, para controlar por vantagens (ou desvantagens) locais. Também é importante observar a evolução de um indicador ao longo do tempo. Dessa forma, não seriam prejudicados os municípios bem administrados, mas que partem de uma base de comparação desfavorável.

Além de indicadores de desempenho, pode-se pensar também em indicadores de custos, de forma que projetos mais baratos receberiam, prioritariamente, os recursos. Novamente, é importante tomar cuidado com as comparações. Gastos *per-capita* podem variar com o tamanho do município e com sua localização, o que sugere que as comparações devem ser feitas entre municípios de mesmo porte e situados em regiões semelhantes.

Por fim, a regulamentação das atribuições e das formas de cooperação deve prever a possibilidade de um ente federativo transferir para outra esfera da federação determinada competência. Isso permitiria que um município de baixa capacidade financeira ou que não dispusesse de recursos técnicos suficientes, transferisse alguma de suas atribuições para o estado. Similarmente, embora seja uma situação menos provável, um estado poderia transferir alguma atribuição para a União. Essa transferência de atribuições pode ser estabelecida em lei, com base em algum critério objetivo, como faz o Projeto de Lei Complementar nº 388, de 2007, em relação ao licenciamento ambiental. No caso, na ausência de órgão ambiental municipal, as ações administrativas serão desempenhadas pelo Estado. E, na ausência de órgão ambiental do Estado, a competência será transferida para a União. Uma outra possibilidade, na ausência de critérios objetivos, é o próprio ente (município ou estado) se declarar incapaz de prover determinado serviço público, e solicitar que a esfera superior (estado ou União) se encarregue de fazê-lo.

4. Considerações sobre as competências previstas e os tipos de convênios previstos no art. 23

A Seção anterior mostrou os princípios básicos para distribuição de competências e quais tipos de convênio são apropriados para o provimento dos bens públicos enumerados no art. 23 da Constituição Federal. É importante enfatizar que, para qualquer das competências, a possibilidade de fazer convênios administrativos deveria estar sempre presente. A análise focalizará, portanto, a conveniência de se fazer acordos compensatórios ou equalizadores.

O inciso I do *caput* do art. 23 estabelece a competência comum de zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e de conservar o patrimônio público. Conforme Almeida (1991), no caso da guarda da Constituição, das leis e das instituições

democráticas, trata-se mais de um princípio de conduta do que uma tarefa a ser executada. Sendo assim, não faz sentido pensar em convênios.

Já em relação à preservação do patrimônio público, a possibilidade de convênios dependerá da natureza do patrimônio. Se for um patrimônio sem nenhuma característica especial¹⁰, a competência deve ser exclusiva de seu proprietário, que pode ser a União, o estado ou o município. Não caberia, portanto, a celebração de convênios ou transferência de recursos, a não ser que haja externalidades envolvidas. Por exemplo, é razoável estabelecer convênios em que a União transfira recursos para manutenção de estradas estaduais que sejam frequentemente utilizadas por veículos de outros estados.

O inciso II estabelece a competência de cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. O art. 198 da Constituição Federal prevê que as ações de saúde sejam descentralizadas, com direção única em cada esfera de governo. Isso significa que a provisão desses serviços deve ser feita, preferencialmente, pelos municípios. No caso de portadores de deficiência, contudo, o tratamento requer, via de regra, a intervenção de uma equipe multidisciplinar com formação específica, o que é inviável para municípios pequenos. Por isso, ou se constroem centros de tratamento estaduais, ou implanta-se um sistema de transferências compensatórias para os municípios que investirem na construção de tais centros. Quanto ao treinamento de profissionais, a responsabilidade deveria caber principalmente aos estados e, subsidiariamente, à União. Os municípios têm pouco interesse em investir em treinamento, pois, sob seu ponto de vista, os recursos despendidos com formação de profissionais seriam perdidos caso os profissionais mudem para outra localidade.

Quando houver extensões territoriais relativamente grandes sem um centro de tratamento específico, em virtude, por exemplo, da ausência de um grande centro urbano ou de se tratar de uma região pobre, cabe promover transferências equalizadoras, ou para o estado, que construiria o centro, ou para o principal município da região.

A assistência aos deficientes envolve uma série de ações. Uma delas seria garantir uma renda mínima ao portador de deficiência. Como outros programas de distribuição de renda envolvendo transferências diretas para os beneficiários, esse tipo de programa deve ser de competência da União, conforme será visto adiante, na discussão do inciso X. Já outros programas de assistência, como de intermediação no mercado de trabalho, devem ser de

¹⁰ A discussão para a preservação de patrimônio público de valor artístico, histórico, cultural ou ecológico será feita posteriormente.

competência municipal, para aproveitar o melhor conhecimento acerca das potencialidades do mercado de trabalho local.

O inciso III prevê a proteção de documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, bem como os monumentos, paisagens naturais notáveis e sítios arqueológicos. O inciso IV trata de matéria correlata, de impedir a evasão, destruição e descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural.

As atividades previstas por esses incisos devem ser, prioritariamente, de responsabilidade de municípios e estados, dependendo da natureza do bem. Em geral, quando se trata de um patrimônio de menor valor, os maiores beneficiados pela sua preservação tendem a ser os municípios em que eles se localizam¹¹. Contudo, é razoável dar ao estado a competência para preservação de grandes áreas, como em um projeto de revitalização de todo um centro histórico. Isso porque são projetos mais caros e também porque os benefícios econômicos advindos de um aumento do turismo tendem a se estender por outros municípios. Por exemplo, a revitalização dos centros históricos de Recife e Salvador certamente contribuiu para um maior fluxo de turistas para as demais cidades da região. Além disso, em projetos de maior dimensão, o estado é importante para fornecer o treinamento de mão-de-obra. A União deve também participar de convênios compensatórios, transferindo mais recursos para os estados e/ou municípios quanto mais nacional for o caráter do patrimônio protegido.

No que diz respeito especificamente à proteção, deve-se respeitar as atribuições já previstas para as polícias estaduais e federal, sendo essa última particularmente importante para evitar a evasão de obras de arte para o exterior.

O inciso V refere-se ao acesso à cultura, à educação e à ciência. Trata-se aqui, ao que tudo indica, não do acesso no sentido estrito, mas da provisão dos serviços públicos em quantidade suficiente que os torne facilmente acessíveis a todos os cidadãos. No caso da educação, já existe o FUNDEB, que é uma espécie de convênio equalizador, pois tem por objetivo garantir uma oferta mínima desse bem público em cada município do País.

Mas a educação também apresenta fortes externalidades: em primeiro lugar, porque, quanto mais alto for o grau educacional oferecido, maior a probabilidade de ter alunos de outros municípios ou de outros estados que frequentam o curso; em segundo lugar, porque um

¹¹ O valor de um patrimônio histórico ou cultural normalmente incorpora o seu grau de universalidade. Por exemplo, um quadro de Van Gogh sensibiliza um conjunto bem maior e mais diverso de pessoas, e é bem mais caro do que um museu dedicado a uma figura proeminente de determinada região.

aumento da escolaridade média permite um aumento da produtividade geral da economia, mesmo para aqueles que não estudaram.

Portanto, o sistema atual em que a educação básica é, predominantemente, responsabilidade dos municípios e o nível médio, dos estados, está de acordo com as orientações da literatura sobre federalismo fiscal. No que diz respeito à educação superior, a competência, em princípio, deveria ser dos estados, com convênios que permitissem o ressarcimento de gastos com alunos provenientes de outras unidades da federação. Ocorre que as universidades não são somente centros de ensino, mas, também de pesquisa, atividade cujos benefícios usualmente têm alcance nacional e mesmo internacional. Dessa forma, justifica-se a existência de universidades federais ou uma forte participação da União no financiamento dos cursos superiores.

Em relação a atividades culturais, a competência deve ser majoritariamente municipal ou estadual, dependendo da abrangência dos benefícios, com a possibilidade de recursos da União por meio de convênios compensatórios.

Considerações semelhantes valem para atividades de proteção do meio ambiente, estipuladas nos itens VI e VII¹². Assim, a preservação de parques nacionais, estaduais e municipais deve ser competência de seu proprietário, com possibilidade de convênios compensatórios, dependendo da área de abrangência do benefício proporcionado. O controle de poluição atmosférica deveria ser competência municipal, com a celebração de convênios compensatórios com o estado ou com municípios vizinhos. Já a preservação de rios e da costa marítima deveria ser competência estadual, também com possibilidade de convênios compensatórios, ou competência federal, dependendo do número de estados que o rio banha, de seu potencial hidroelétrico e da necessidade de preservação do ecossistema da bacia hidrográfica.

O Projeto de Lei Complementar nº 344, de 2007, que regulamenta os incisos III, VI e VII do art. 23, determina a competência para promover o licenciamento ambiental de acordo com o impacto do projeto. Dessa forma, empreendimentos que causam ou possam causar impacto ambiental direto de âmbito nacional ou regional serão licenciados por órgãos da União. Se o impacto ambiental for restrito ao estado, o órgão de licenciamento estadual será o responsável por conceder a licença. E os órgãos municipais terão a competência de licenciar projetos com impacto local. O PLP prevê também, indiretamente, uma forma de cooperação baseada na assistência técnica, ao dispor que, na ausência de órgão ambiental municipal, as

¹² O inciso VI refere-se à proteção do meio ambiente e o combate à poluição, em qualquer de suas formas. E o inciso VII inclui a preservação das florestas, da fauna e da flora.

ações administrativas serão desempenhadas pelo Estado. E, na ausência de órgão ambiental do Estado, a competência será transferida para a União.

O inciso VIII refere-se à produção agropecuária e à organização do abastecimento alimentar. Observe-se que a agropecuária é um setor importante na geração da renda nacional. A produção agrícola envolve crédito, comércio exterior, demanda agregada e emprego, influenciando diretamente, portanto, a política macroeconômica. Como a condução da política macroeconômica é atribuição clássica da União¹³, ela também deve ser responsável pela condução da política agrícola, especialmente no que diz respeito à oferta de crédito, ao estabelecimento de preços mínimos e formação e aquisição de estoques. A União pode, ainda, ter competência para a realização de pesquisas e provimento da infra-estrutura logística, envolvendo rodovias, ferrovias e portos. Os estados teriam competência para elaboração de pesquisas e extensão rural, com celebração de convênios compensatórios com a União, além da construção e manutenção de estradas e de centrais de abastecimento. Já os municípios teriam participação relativamente pequena nesse processo, podendo organizar feiras ou construir e manter restaurantes populares.

A construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, mencionadas no inciso IX do art. 23, deveria ser, na maioria das vezes, competência municipal. No caso de saneamento básico, também devem predominar os convênios de equalização, embora haja espaço para convênios compensatórios, tendo em vista os benefícios do saneamento básico para o meio ambiente, para a redução da mortalidade infantil e para a saúde da população em geral.

No que diz respeito à habitação, é importante ter em mente qual o papel do Estado no setor. Se for apenas regulador, caberia ao governo federal a fixação de políticas nacionais, sobretudo em relação à regulação de crédito, em virtude de seu impacto sobre a política macroeconômica. Caso se considere que é função do Estado construir conjuntos habitacionais, a competência deveria ser dos municípios, que possuem melhor conhecimento sobre as áreas mais adequadas para a implementação desses projetos. Mesmo que não atuem diretamente no setor, os municípios podem estimular a construção de conjuntos habitacionais concedendo incentivos fiscais, como redução de IPTU e de ISS para determinados projetos. Aos estados caberia uma atuação suplementar, celebrando convênios de estabilização com os municípios mais pobres. O fato de a

¹³ A competência da União para a condução da política macroeconômica justifica-se pelo monopólio que ela detém na emissão de moeda, na normatização do mercado cambial e na determinação da política de comércio exterior. Além disso, a reduzida possibilidade de a mão-de-obra sair ou entrar no país, ao contrário do que se verifica com movimentos migratórios interestaduais ou intermunicipais, torna o controle de demanda agregada pelo poder central mais eficiente.

construção de conjuntos habitacionais relativamente uniformes se beneficiar de economias de escala aponta para a possibilidade de uma maior participação estadual, através de uma companhia de habitação, responsável por construir módulos padronizados de habitação em todos os municípios, mediante cooperação financeira desses entes.

Pode-se pensar também em programas de auxílio para pagamento de aluguel. Apesar de guardarem semelhança com programas de renda mínima, o que sugeriria que fossem de responsabilidade da União, seria mais eficiente dar às prefeituras a competência de gerir os programas de subsídio de aluguel, em virtude dos impactos que eles podem trazer sobre o planejamento urbano. Adicionalmente, as prefeituras dispõem de alguns instrumentos que podem ser utilizados para subsidiar os aluguéis, por exemplo, desconto no IPTU ou em outros tributos municipais.

O inciso X estabelece como competência comum o combate às causas da pobreza e aos fatores de marginalização e a promoção da integração social dos setores envolvidos. Como políticas de longo prazo, o combate às causas da pobreza envolve maior acesso à educação, saúde e cultura. Como políticas de curto prazo, pode-se pensar em programas de transferência de renda.

Programas de erradicação da pobreza devem ser, predominantemente, de competência da União. Isso porque, ao fazer um programa local de alívio à pobreza, a unidade da federação executora acaba por incentivar a migração de pessoas pobres para a sua jurisdição e a de pessoas mais ricas para outras jurisdições, levando a uma redução da base tributária. No caso da União, a possibilidade de migração de ricos e pobres é bem mais limitada, o que aumenta a probabilidade de sucesso do programa.

Apesar do exposto acima, estados, e até alguns municípios, vêm executando ou já executaram programas de combate à pobreza. Uma característica comum desses programas locais é a imposição de um período mínimo de residência na jurisdição concedente do benefício. Apesar de sujeita a fraudes, essa restrição tem por objetivo impedir que a migração de indivíduos prejudique o êxito do programa. Além disso, como Oates (1999) enfatiza, esses programas locais têm o mérito de servirem como laboratório: os êxitos e fracassos dos programas locais podem servir como base para se desenhar um programa de alcance nacional.

Dado o exposto, pode-se concluir que, via de regra, não se justifica a celebração de convênios entre a União com estados e municípios para programas subnacionais de erradicação da pobreza. Há, contudo, duas exceções. A primeira, como de praxe, consiste na celebração de convênios administrativos. A segunda exceção é para celebração de convênios que denominaremos laboratoriais. Os convênios laboratoriais têm por objetivo testar um

programa novo em nível municipal ou estadual, antes de estendê-lo para o país. Por isso, esses convênios devem financiar projetos inéditos, ter prazo de duração limitado e improrrogável e requerer uma avaliação de resultados.

O inciso XI estabelece a competência para registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios. Para essas atribuições, a competência deve ser concedida ao proprietário do bem, seja a União, o estado ou o município. Os convênios, nesses casos, seriam predominantemente administrativos, embora também haja espaço para celebração de convênios compensatórios, quando são geradas externalidades.

A última competência estabelecida, no inciso XII, trata da implementação de uma política de educação para a segurança do trânsito. A competência deve ser predominantemente municipal, pois os problemas relacionados à segurança de trânsito devem depender fortemente do tamanho do município e da condição das vias públicas locais. Devem ser feitos convênios, sobretudo com os estados e, marginalmente, com a União, que participariam fornecendo material e capacitando mão-de-obra.

5. Proposições legislativas para regulamentar o art. 23

Desde a vigência da Constituição, nenhuma lei que visasse explicitamente a regulamentar o art. 23 foi aprovada. A única alteração explícita foi a promulgação da Emenda Constitucional nº 53, em 19 de dezembro de 2006, que alterou o parágrafo único do art. 23, para estabelecer que leis complementares, em vez de uma única lei complementar, fixariam as normas para a cooperação entre os entes federativos. Isso não significa, entretanto, que não ocorreram avanços legislativos para disciplinar a cooperação de municípios, estados e União.

Destacam-se, nesse sentido, a Lei nº 8.666, de 1993, que disciplinou a realização de convênios entre órgãos da administração pública; a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que permitiu a criação de consórcios públicos; e a Lei nº 11.107, de 2005, que disciplinou esses consórcios.

Os convênios são instrumentos que veiculam acordos entre diferentes entes federativos para realizar um objetivo comum, mediante mútua colaboração. Trata-se de uma opção de política administrativa, em que um ente federativo transfere a operacionalização de determinada atividade para outro ente, mais bem capacitado para realizá-la.

Os consórcios públicos são pessoas jurídicas de direito público ou privado, com objetivo definido, que integram a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados. Podem ser integrados por entes federativos de níveis distintos, mas a União só

pode participar como consorciada se também fizerem parte do consórcio todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados.

Tanto o consórcio como o convênio podem receber, dos entes federados, encargos, serviços e bens essenciais à atividade. A diferença entre os dois instrumentos reside, em primeiro lugar, no fato de o consórcio possuir personalidade jurídica própria, o que lhe permite assumir direitos e obrigações. Em segundo lugar, somente os entes federativos podem participar de consórcios. Os demais órgãos da administração pública só podem participar de convênios. Por fim, somente a União pode legislar sobre normas gerais de consórcios públicos, em razão de sua natureza contratual.

Tendo em vista a possibilidade de os entes federativos firmarem convênios e consórcios, a regulamentação do art. 23 tornou-se uma necessidade menos premente, embora não menos importante. Menos premente porque, havendo interesse, a legislação atual não impede a cooperação entre os entes federativos. Entretanto, na ausência de regulamentação, aumenta a probabilidade de ocorrer vácuos de ação, em função de um ente federativo transferir para outro a obrigação de oferecer determinado serviço; duplicação de ações, em que mais de um ente oferece o mesmo serviço; ou paralisia administrativa, em função de ações judiciais contestando a competência de um ente específico executar determinada ação. Esse último problema surge, por exemplo, quando o setor privado contesta uma multa por infração ambiental ou por danificar o patrimônio público, alegando que o órgão que a instituiu não tem competência para fazê-lo.

Em alguns casos, a edição de leis ordinárias pode tornar desnecessária a regulamentação do art. 23. Por exemplo, a Lei nº 11.445, de 2007, disciplinou a cooperação dos entes federativos no que diz respeito ao saneamento básico. A Lei prevê, por exemplo, a gestão associada para a realização de serviços de saneamento básico. Também discrimina a competência da União, estados e municípios na formulação da política de saneamento, bem como os critérios gerais a serem adotados em financiamentos com recursos da União.

Quanto a matérias que tratam explicitamente da regulamentação do art. 23, a única que se encontra em tramitação, na Câmara dos Deputados, é o Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 388, de 2007, apensado ao PLP nº 12, de 2003. O PLP 388/2007 prevê a regulamentação dos incisos III, VI e VII do art. 23, que tratam do combate à poluição e da preservação de documentos, obras e outros bens de valor artístico, histórico ou cultural, das paisagens naturais notáveis, dos sítios arqueológicos, do meio ambiente, das florestas, fauna e flora.

Conforme já mencionado nas Seções III e IV, dois pontos merecem destaque neste PLP. O primeiro é a previsão de que a competência para o licenciamento ambiental depende do

impacto do projeto. Empreendimentos que causam ou possam causar impacto ambiental direto de âmbito nacional ou regional serão licenciados por órgãos da União. Se o impacto ambiental for restrito ao estado, o órgão de licenciamento estadual será o responsável por conceder a licença. E os órgãos municipais terão a competência de licenciar projetos com impacto local. O segundo ponto é a possibilidade de a competência de licenciamento ser transferida para outro ente federativo, quando não houver um órgão ambiental municipal ou estadual.

Alguns projetos foram submetidos à apreciação das Casas, mas não prosperaram. Por exemplo, o Projeto de Lei do Senado nº 533, de 1999, que fixava as normas para a cooperação entre os entes federativos. Era um projeto de caráter mais geral, que abrangia praticamente todas as áreas listadas no *caput* do art. 23. Determinava, entre outros assuntos, que, nos convênios, a União teria uma participação de 50%, e os estados e municípios, 25% cada. A matéria foi arquivada no final de 2006, no término da Legislatura, por não ter sido objeto de deliberação no período.

Na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei Complementar nº 3, de 2003, discriminava as competências da União, dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios nas atividades arroladas nos incisos I a XII do art. 23, determinando à União, em princípio, o estabelecimento de políticas e diretrizes nacionais e a coordenação de ações que envolvam mais de um ente da federação. A União atuaria como executora apenas em três situações: quando a atividade lhe fosse atribuída por lei; nos casos de omissão ou incapacidade de atuação do Estado, Distrito Federal ou Município, com sua anuência; ou em programas específicos, mediante convênio. O projeto foi arquivado no início de 2007, ao término da Legislatura anterior.

Outros projetos, mesmo antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 53, de 2006, propunham regulamentar incisos específicos do art. 23. Por exemplo, o Projeto de Lei do Senado nº 344, de 1989, tratava da competência da União em organizar o abastecimento alimentar. Na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 1689, de 1991, disciplinava o fomento à produção agropecuária; e o Projeto de Lei nº 5.094, de 1990, dispunha sobre o registro, acompanhamento e fiscalização das concessões de direitos de exploração e aproveitamento de recursos minerais.

6. Sumário e Considerações Finais

Este Capítulo discutiu a regulamentação do art. 23 da Constituição Federal, que trata da competência material conjunta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O artigo enumera doze áreas de competência conjunta, que envolvem atividades tão díspares como a guarda da Constituição, a proteção ao meio ambiente, a organização e o abastecimento alimentar e a educação de trânsito. Em seu parágrafo único, o artigo prevê que leis complementares fixarão as normas para a cooperação entre os entes federativos.

Há diferentes mecanismos de cooperação possíveis. São comuns convênios em que um ente (normalmente a União ou o estado) transfere recursos financeiros para outro (o estado ou município), impondo condições em relação à aplicação desses recursos em determinada atividade, à consecução de metas e a contrapartidas por parte do ente receptor. É também possível a celebração de convênios de cooperação técnica ou a formação de consórcios.

Em qualquer federação, a cooperação tem por objetivos corrigir problemas de externalidades e/ou garantir uma provisão mínima de bens e serviços públicos em todos os entes federativos. No Brasil, a cooperação, normalmente na forma de transferências não condicionais, também tem por objetivo atenuar o hiato fiscal, que se constitui na diferença entre as receitas arrecadadas por um ente, e os gastos de sua responsabilidade.

Ao dispor sobre as dos diferentes níveis de governo, deve-se partir do princípio de que o provimento de um bem público deve ser atribuição da jurisdição que abrange a população e área beneficiadas por esse bem. Quanto mais local for o impacto do benefício proporcionado por um serviço público, menor o nível do ente federativo responsável pelo seu provimento. Assim, o asfaltamento de ruas e a coleta de lixo são serviços de competência tipicamente municipais. E o provimento de bens públicos que afetam toda a população de um país, como a defesa nacional, é tipicamente competência do governo central. Tendo em vista a diversidade de atividades que são de competência comum e os diferentes impactos que provocam, a regulamentação do art. 23 irá requerer diversas leis, talvez uma para cada atribuição especificada. Isso não impede que exista uma lei geral, estabelecendo os princípios que devem nortear a cooperação entre os entes federativos.

Decorridos vinte anos da promulgação da Constituição Federal, não foi sancionada ainda nenhuma lei que regulamenta o art. 23. Alguns projetos de lei já foram elaborados, mas não prosperaram. Em tramitação encontra-se somente, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 388, de 2007 (apensado ao PLP nº 12, de 2003), que regulamenta os incisos III, VI e VII do art. 23. São os incisos que tratam da proteção ao meio ambiente e da preservação de documentos, obras e outros bens de valor artístico, histórico ou cultural.

Em alguns casos, a edição de leis ordinárias pode tornar desnecessária a regulamentação do art. 23. Por exemplo, a Lei nº 11.445, de 2007, disciplinou a cooperação dos entes federativos no que diz respeito ao saneamento básico.

Apesar de o art. 23 não ter sido ainda regulamentado, houve, ao longo desses 20 anos, alterações importantes na legislação que vêm contribuindo para a cooperação entre os entes federativos. Destacam-se, nesse sentido, a Lei nº 8.666, de 1993, que disciplinou a realização de convênios entre órgãos da administração pública; a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que permitiu a criação de consórcios públicos; e a Lei nº 11.107, de 2005, que disciplinou esses consórcios.

Tendo em vista a possibilidade de os entes federativos firmarem convênios e consórcios, a regulamentação do art. 23 tornou-se uma necessidade menos premente, embora não menos importante. Menos premente porque, havendo interesse, a legislação atual não impede a cooperação entre os entes federativos. Entretanto, na ausência de regulamentação, aumenta a probabilidade de ocorrer vácuos de ação, em função de um ente federativo transferir para outro a obrigação de oferecer determinado serviço; duplicação de ações, em que mais de um ente oferece o mesmo serviço; ou paralisa administrativa, em função de ações judiciais contestando a competência de um ente específico executar determinada ação.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de: **Competências na Constituição de 1988**. Editora Atlas S.A., São Paulo. 183 pp. 1991.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL (BNDES). “Receita Municipal: A Importância das Transferências do FPM e do SUS”. **Informe-se nº 28**. mimeo. Junho de 2001.

DAFFLON, Bernard: “The assignment of functions to decentralized government: from theory to practice.” in Ahmad, Ehtisham and Giorgio Brosio (ed.): **Handbook of Fiscal Federalism**. MPG Books Ltd, Cornwall, Reino Unido. 2006.

OATES, Wallace E.: An Essay on Fiscal Federalism. *Journal of Economic Literature*. Vol. 37, nº 3. set. pp. 1120-1149. 1999.

SILVA, José Afonso da: **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora Malheiros, São Paulo. 30ª edição. 2008.

SHAH, Anwar: “Introduction: Principles of Fiscal Federalism”. in Shah, Anwar (ed.): **The Practice of Fiscal Federalism: comparative perspectives**. McGill-Queen’s University Press, Canadá. 2007a.

SHAH, Anwar: “Comparative Conclusions on Fiscal Federalism”. in Shah, Anwar (ed.): **The Practice of Fiscal Federalism: comparative perspectives**. McGill-Queen’s University Press, Canadá. 2007a.

SPAHN, Paul e Wolfgang Föttinger: “Germany”. in Ter-Minassian, Teresa (Ed.): **Fiscal Federalism in Theory and Practice**. International Monetary Fund. Washington, Estados Unidos. 1997.