

Resgatando a autonomia municipal originária: pontos de melhoria na interpretação do STF do tema

VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE*

Enviado em 11 de dezembro de 2023 e aceito em 18 de dezembro de 2023.



* *Visiting scholar* junto ao *Human Rights Program* da *Harvard Law School*. Pós-doutorado pela EBAPE/FGV (Rio de Janeiro). Doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho. Professora Permanente do PPGDP/UFG. Procuradora do Município do Rio de Janeiro (aposentada). Advogada e consultora. Este produto científico foi desenvolvido com o apoio institucional do PPGDP-UFG e seus parceiros profissionais.
| Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3362470177133456>
| ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7857-6486>

1. Considerações iniciais

Números redondos, na cultura nacional, trazem uma simbologia de permanência. Não por outra razão, o atingimento de determinadas marcas numéricas convida à reflexão sobre o caráter substantivo mesmo da suposta continuidade, e das virtudes de sua preservação.

Trinta e cinco anos da Constituição de 1988 oportunizam esse mesmo debate, especialmente quando se cuida de um texto que, à ocasião, contava já com mais de uma centena de emendas constitucionais, e ainda um conjunto expressivo de compromissos finalísticos postos ao Estado inatendidos. No debate sobre o destinatário de deveres de agir, despontam sempre os Municípios – referencial mais direito da população de quem sejam os titulares do poder, e, portanto, aqueles aptos a tornar realidade as promessas constitucionais.

Constitui objeto deste artigo revisitar o ambiente de deliberação da Assembleia Nacional Constituinte, na qual se formulou a opção por um desenho singular de Estado Federado, com 3 níveis – e não os 2 contemplados pelo modelo clássico em suas manifestações por todo o mundo. Reconectar-se com as razões que orientaram essa deliberação estabelece um ponto de partida importante para a reflexão crítica que constitui objetivo do texto, a saber: a solução de engenharia constitucional, com a inclusão dos Municípios como entidade federada se revela, até o momento, apta a solucionar os problemas identificados pelos constituintes?

A hipótese orientadora do texto é de que não – a incorporação dos Municípios como entidade federada, no modelo empreendido pelos constituintes não se revelava apta na sua origem. Mais ainda, essa inadequação da

modelagem institucional vem se agravando com o curso do tempo, a partir de critérios de interpretação adotados pelo STF na solução de zonas cinzentas de incerteza em relação à designação constitucional de competências.

A reflexão proposta não é ociosa. Em que pese o ponto de obstrução a uma deliberação mais extensa em relação à posição dos Municípios na federação brasileira associado ao teor do art. 60, § 4º, I CF; a diagnose entre os objetivos pretendidos com a criação de um federalismo de três níveis, e o que tenha efetivamente resultado do modelo como criado e interpretado, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, pode sugerir quando menos uma inclinação interpretativa que se revele instrumental àqueles objetivos constitucionais originários.

O texto se inicia com as presentes considerações iniciais, na Parte 1. Prossegue com um breve comentário quanto à presença histórica de Municípios nas Constituições brasileiras, enfatizando o uso da estratégia do reconhecimento da “autonomia” municipal até o advento da Constituição de 1988. Na Parte 3, apresentam-se disfuncionalidades do arranjo constitucional como proposto, iluminadas pela prática constitucional de já mais de três décadas. A Parte 4 se dedica à apresentação de alternativas de interpretação para reaparelhar Municípios para o exercício da real autonomia federativa. Ali se indica que a inclinação do STF em favor do princípio da simetria, e ainda do reconhecimento de solidariedade entre os entes federados no que toca à garantia de direitos socioeconômicos, tende a penalizar ainda mais aos Municípios com a cumulação de deveres de agir que originalmente não lhe são destinados pela Constituição de 1988.

A descentralização é apresentada no ferramental da engenharia constitucional como critério inspirador da repartição de competências instrumental a uma maior efetividade da ação estatal por conta da proximidade com os problemas. Ela também reconhece uma inclinação intuitiva do cidadão, que vê, na estrutura de poder organizado que lhe é próxima, o destinatário natural de demandas que ele tenha em relação ao Estado *lato sensu*.

Reconhecer esse comportamento natural da cidadania, e assinalar a Municípios uma larga esfera de atuação, é uma opção possível ao constituinte. O que se sustenta no presente artigo é que essa escolha originária vem sendo alargada, inclusive por critérios de interpretação constitucional aplicados em sede de *judicial review*, sem que se avalie os reais efeitos dessa decisão. O resultado, na melhor das hipóteses, será uma redução ainda maior na autonomia municipal.

2. Municípios nas Constituições brasileiras

Um breve excursus histórico permitirá verificar que vem de longa data o entendimento que relaciona “o desenvolvimento geral da nação com a ascensão das unidades de base – os municípios” (Delorenzo Neto, 1957, p. 77). Esta visão se tinha em muito por influenciada pelo papel que estas estruturas cratológicas locais desenvolveram no período imperial, representando a face organizada do poder nos rincões mais longínquos do país. É de Magalhães (2014, p. 299) o registro de que

as câmaras municipais assumiram funções de representação, integração, preservação da identidade, fomento do local. Ao desenvolver-se, o município assumiu funções judiciais, governativas, econômicas, sociais, culturais, pedagógicas.

Em tempos históricos em que os mecanismos de comunicação eram restritos e demorados, identificava-se nos municípios a esfera pública de decisão quanto aos assuntos relacionados à organização local, e aos projetos destinados ao atendimento de interesses igualmente circunscritos àquelas áreas geográficas.

Não obstante as abalizadas opiniões quanto ao valor dos municípios na organização e execução da atividade pública, o evoluir dos textos constitucionais da República não se ocupou do desenvolvimento do regime jurídico dos municípios, investindo mais pesadamente nas ainda delicadas relações entre União e Estados. Para essa visão de organização institucional, o melhor elemento de ligação entre o poder e as aspirações locais e aquele central seriam os Estados – e não os Municípios.

Integra igualmente o pano de fundo da definição dos contornos do Município na organização do Estado Brasileiro, a opção por uma estrutura mais ou menos centralizada. Assim, ao longo dos sucessivos textos constitucionais, cogita-se de distintas equações de repartição de poder entre os entes federados então reconhecidos como tal – União e Estados.

Os sucessivos pactos constitucionais não passaram ilesos em relação à posição a se conferir aos municípios no cenário político. A opção pelo reconhecimento de distintos graus de autonomia soava à época como alternativa conciliadora, sendo esse o atributo reconhecido a Municípios nas Constituições de 1891 e 1934.

A Constituição de 1937, curiosamente, embora não se referisse à autonomia municipal, cogitava de estrutura institucional

assemelhada ao que no futuro se viria a conhecer como região metropolitana¹.

A referência específica à autonomia municipal – ainda que não integrando a federação – retorna nos textos constitucionais seguintes, de 1946 e 1967.

Lado a lado com a repartição de competências políticas *stricto sensu*, tem-se, em todos estes sucessivos pactos constitucionais, o debate em torno das fontes de financiamento das atividades destes mesmos entes políticos. Instrumento quase que intuitivo para a ampliação da autonomia, ou ainda, na contramão dessa orientação, a redução da capacidade política de proteção aos seus próprios interesses e intervenção nas escolhas públicas será a repartição de receitas públicas e outras eventuais fontes de financiamento.

Associam-se, portanto, no percurso histórico, a pregação do municipalismo com a proclamação de que a autonomia a eles reconhecida pelos textos constitucionais da República se convertia em mero exercício retórico, eis que desprovida dos competentes meios de financiamento. É de Xavier (1949, p. 41), denunciando os efeitos adversos dessa opção, que aos municípios, “foi-lhes assegurada, em suma, a liberdade na miséria”.

O ambiente da Constituição de 1988 recepcionava, portanto, no que toca à posição institucional dos Municípios, um debate já amadurecido pelo tempo, e testado pelas estruturas construídas pelas cartas fundamentais anteriores. Por essa razão, não

causa estranheza que a inclusão de Municípios como entes federados tenha sido veiculada já nos primeiros momentos da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), no relatório da Subcomissão de Municípios e Regiões (SCAFF, 2022, p. 31). Na ocasião, sustentava-se que esse seria um passo adicional na trajetória de consolidação da posição de Municípios no espaço político de decisões; verdadeiro desdobramento natural da já antes experimentada autonomia.

Harmonizava-se igualmente a proposição, com a proclamação estruturante de um princípio da subsidiariedade, explicitado por Campos (2018, p. 124) na singela afirmação de que “o governo federal só deve fazer o que não pode melhor ser feito pelo estado; este se absterá do que pode melhor ser feito pelo município, e o município evitará tarefas de que podem se desincumbir o cidadão”.

Proclamada a Carta de 1988, tem-se a consagração do Município afinal como entidade federada, conferindo-se a ele, de pronto, a proteção institucional decorrente da cláusula pétrea associada à preservação da forma federativa de Estado. De outro lado, o mesmo texto adota uma complexa conjugação de técnicas de repartição de competências, na busca de construir “uma unidade dialética de duas tendências contraditórias: a tendência à unidade e a tendência à diversidade” (Pelayo, 1984, p. 218 *apud* Horta, 2004, p. 168).

Importante destacar que o potencial de funcionamento adequado da solução de engenharia constitucional proposta pela Constituição-Cidadã não se resolveria exclusivamente a partir da compreensão de seu perfil na organização institucional do Estado Brasileiro. É preciso associar essa compreensão de Município como entidades federadas, à identificação de qual seja o seu

¹ “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.”

leque de atribuições reconhecido pelo Texto Fundamental. Afinal, na síntese de Bandeira de Mello, contava-se entre as matrizes encampadas pelos constituintes, não só o “decidido engajamento do Estado brasileiro em um compromisso de realização de democracia social” como também a “modelagem do aparelho administrativo estatal predisposto a torná-lo apto a cumprir os objetivos ‘supra’ referidos” (Bandeira de Mello, 2001, p. 36-37).

A questão que se põe, portanto, é saber se a Constituição de 1988 efetivamente aparelhou Municípios para as observâncias das matrizes acima indicadas – ou se deu-se por satisfeita com uma proclamação puramente retórica de pertencimento federativo.

3. O arranjo federativo originário, e a realidade da gestão municipal

Em que pese a bem-intencionada inclinação originária do *design* constitucional de reforçar uma arquitetura de poder que mantivesse as vantagens da proximidade entre poder e cidadania – que são próprias dos modelos descentralizados, fato é que a vivência institucional tem se mostrado distinta dessa prognose.

Um ponto relevante para compreender a proclamada inaptidão da moldura constitucional como hoje interpretada e a aptidão de Municípios para um efetivo funcionamento como entidade federada autônoma reside nos termos em que deu, não só o desenho originário de repartição de recursos públicos, mas também aquele de oferta de políticas públicas específicas. Arretche (2019, p. 53) assinala que o modelo constitucional – seja no seu texto original, seja naquele redesenhado pelas sucessivas emendas constitucionais – culmina por

atribuir ao Governo Federal as políticas de garantia de renda (previdência, programas assistenciais etc.), enquanto aos governos subnacionais cabe as políticas públicas materializadas por meio de prestação de serviços.

Dessa repartição de misteres, já se extrai a evidência de que as competências específicas da União podem ser concebidas e executadas, se não exclusivamente por ela, quando menos com amplo controle de sua parte. De outro lado, a oferta de serviços públicos, em tempos de hipercomplexidade, para sociedades em que as demandas são plurais, frequentemente será melhor executada com a formação de parcerias entre entes federados diversos – a palavra aqui se utiliza no sentido vulgar.

Já na constatação de que a ação em parcerias possa se mostrar um imperativo em diversas hipóteses (gestão de resíduos sólidos, saneamento, gestão de rios etc.) têm-se indicativos de que a autonomia decorrente da pura afirmação de sua condição de entidade federada não será suficiente a assegurar a Municípios os meios necessários ao cumprimento de seus deveres constitucionais.

Pelo menos dois obstáculos de natureza distinta podem se apresentar a esse esforço de construção de parcerias. O primeiro, mais intuitivo, relaciona-se à assimetria de capacidade entre os eventuais entes federados envolvidos, de prover a oferta do serviço. Essa assimetria pode decorrer do plano financeiro (insuficiência de recursos a sustentar sua participação na iniciativa), mas igualmente da dimensão técnica, da escassez de pessoal, e muitos outros obstáculos.

Um outro potencial bloqueio pode advir da circunstância de que a atividade ou serviço público que se pretenda viabilizar pelo

Município “A” – para o qual ele precise, por qualquer circunstância, do concurso do Município “B” – pode ser decorrente de uma visão identitária específica do primeiro – e indiferente, como prioridade de gestão, ao segundo.

Viabilizar, na matriz jurídica vigente de organização da atividade estatal, o desenvolvimento de serviços públicos que transcendam os limites de uma única entidade federada envolverá o engajamento em relações de negociação que frequentemente se mostram adversas para os Municípios. A intervenção do Estado pode se revelar necessária para conciliar interesses divergentes; para suprir fragilidade financeira de um dos virtuais participantes etc.

A realidade evidencia a acuidade da observação de Bonavides (2010, p. 250), segundo quem

convergem sobre os Município duas pressões unitaristas sufocantes: a do próprio Estado, de cuja organização faz parte, e a do Poder central da União, que incide verticalmente sobre o Estado e o Município com o peso de uma centralização quase absoluta, em termos políticos e econômicos.

Assim, para além da questão objetiva do subfinanciamento dos Municípios, com um sistema de repartição de receitas que vem penalizando progressivamente os entes subnacionais, tem-se uma lógica de compartilhamento de tarefas que sobrecarrega aos entes subnacionais, não só na perspectiva direta do gasto público a eles afeto, mas também na ótica da construção de arranjos institucionais que permitam trazer

ao cenário parceiros que viabilizem a prestação dos serviços².

Esse problema tende a se agravar. Isso porque o conjunto de obrigações relacionadas à oferta de serviços e garantia de direitos fundamentais vem se ampliando progressivamente no tempo, à conta do processo político que Arantes e Castro (2010, p. 15) denominam de “constitucionalização permanente”. A estratégia reportada pelos autores envolve o uso reiterado de emendas constitucionais para o estabelecimento de ações de governo e novas políticas públicas – que, uma vez constitucionalizadas, tenderiam à estabilização, ainda que se verificasse a alternância natural no poder.

Consolidada a estratégia de constitucionalização de políticas públicas, como elemento de constrição às escolhas de governos futuros – que para descontinua-las, veriam-se na contingência de pagar o preço político do emendamento constitucional; tem-se como consequência uma pressão permanente pela ampliação da oferta de serviços pelos Municípios, sem que se tenha uma diferença substantiva em relação aos meios de que eles disponham para funcionar.

Não refuta o argumento até o momento desenvolvido, a circunstância de que se tenha incrementado o número de consórcios públicos intermunicipais no país³. Afinal, a

² É de Hirschl (2020, p. 18) a advertência que cidades, contempladas em arranjos institucionais que não lhe assegurem efetivamente canais para a vocalização de seus interesses específicos, e para a construção de soluções a partir de seus parceiros públicos, tendem a buscar alinhamento com grandes agentes do mercado, ou ainda com outras entidades que tenham interesses políticos assemelhados. Também esse tipo de aproximação é frequentemente objeto de crítica – o que deixa sem alternativa o gestor municipal.

³ O sítio da Confederação Nacional dos Municípios informa a existência de 723 consórcios intermunicipais em todo o país, congregando um total de 4.783 municípios nas várias iniciativas.

solução dos consórcios se apresenta como oportunidade quando se tenha uma convergência de interesses que fundamenta a aproximação entre todas as entidades. O problema se põe quando essa convergência de interesses não existe, ou quando ela não seja suficiente para motivar a superação de obstáculos institucionais que se ponham à sua materialização. A autonomia se vê, portanto, coartada pela vontade do pretendido “parceiro”. E isso se pode efetivamente reconhecer como autonomia no verdadeiro sentido da palavra?

É ainda Bonavides (2010, p. 251) quem afirma que “o centralismo deformante converteu, assim, a autonomia municipal, contida na Constituição e tão apregoada pela teoria, numa coroa de espinhos”. Manifestação típica desse centralismo tem sido a prática, pela União, do condicionamento de transferências voluntárias, destinadas ao custeio de serviços públicos de competência de Estados e Municípios, à adesão por estes mesmos entes federados, a padrões de desenvolvimento da atividade pública estabelecidos pela União. Subordina-se, portanto, o modo da execução do serviço público, compreendido na noção de autoadministração – atributo clássico da autonomia de entidades federadas – a um padrão de atuação fixado pela União, e não pelo que seja recomendado pelas especificidades locais.

4. Alternativas de interpretação para reaparelhar Municípios para o exercício da real autonomia federativa

Afirmou-se no início do presente texto, que a reflexão sobre a inaptidão do modelo que a teoria constitucional e sua prática vinham impondo a Municípios não se revelaria ociosa,

eis que há espaço de interpretação a ser desenvolvido no sentido de robustecer o ferramental disponível para o exercício da autonomia.

4.1. Prevalência no imaginário do controle da representação da fragilidade institucional dos Municípios

É de se reconhecer que a construção da interpretação constitucional no tema de competências de Municípios é contaminada por um elemento que efetivamente decorre da realidade – mas que por seu viés quase que patológico, não deveria presidir o exercício da *judicial review*⁴. Refiro-me às evidentes diferenças entre os 5.568 (Brasil, 61, 2023) Municípios brasileiros, nos planos populacionais, de desenvolvimento, de localização geográfica, de capacidade financeira, dentre tantos outros. Disso resulta que por vezes a aproximação jurisdicional parte de uma visão simplificadora, de que todos os Municípios sejam institucionalmente frágeis – e com isso, tem-se o reforço da inclinação centralizadora já referida neste texto, e tanto a gosto da União.

Exemplo recente deste tipo de aproximação se tem na decisão liminar proferida pelo Min. Alexandre de Moraes – e confirmado em Plenário Virtual – nos autos da ADPF nº 976 que versava sobre políticas públicas orientadas ao atendimento à população em situação de rua. Dentre as providências deferidas em sede de tutela liminar, tem-se a determinação aos entes subnacionais – Municípios inclusos – de

⁴ O subtítulo destaca os efeitos negativos em relação aos Municípios da prevalência de uma representação adversa de fragilidade institucional insuperável no campo do controle judicial, mas é de se dizer que essa mesma lógica se manifesta igualmente no plano de relações interfederativas, quando se cuida de outras estruturas de controle.

adesão ao Decreto Federal nº 7.053/2009, que instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua.

A solução da ordem de adesão ao instrumento infralegal de planejamento da política pública federal de atendimento à população em situação de rua parece atender a critérios pragmáticos, supostamente facilitadores da parametrização que deve decorrer de uma decisão judicial que impõe obrigação de fazer ao ente público. A lógica parece ser evitar o lidar com a diversidade de cada ente subnacional – e suas respectivas populações em situação de rua – e remeter a todos à modelagem institucional praticada pela União.

Registre-se que a percepção de que a ordem judicial como construída não encontra perfeito alinhamento com a autonomia municipal aparentemente não passou “em branco” pelo Ministro Relator, que na busca de superar o (real) empecilho constitucional, assim se manifestou:

Assim, embora emane de patamar federal, o decreto deve ser interpretado como pormenorização efetiva de comandos constitucionais, devendo ser aplicado de modo plurifederativo para atingir todos os entes subnacionais, ainda que não tenha havido sua adesão formal ao plano. Tal solução não desnatura o traço descentralizador que caracteriza a assistência social, uma vez que a execução de ações e de programas continua sendo promovida de forma cooperativa em todos os níveis da federação.

Fato é que este padrão de decisão tem em si uma representação, no imaginário da Corte, de que a fragilidade institucional de Municípios de pequeno porte é de ser considerada na interpretação da arquitetura constitucional de repartição de competências,

numa espécie de “filtragem” que resulta numa ampliação da esfera de planejamento e decidibilidade em especial da União, e eventualmente também dos Estados⁵.

A quase presunção de inaptidão institucional dos Municípios, além de determinar no plano da prática uma reconfiguração do critério constitucional de repartição de competências, resulta em conferir-se tratamento não isonômico, especialmente àqueles que Hirschl (2020) denomina “megacidades” – hipótese em que a aptidão institucional para o enfrentamento de problemas públicos facilmente repousará mais na cidade do que no Estado, por exemplo.

Mas ainda dois pontos da interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal à Carta de 1988, e o regime por ela estabelecido em relação a Municípios, podem ser indicados como oportunidades de melhoria no modelo federativo.

4.2. Revisitação do cânon da simetria

Duas matrizes de interpretação do esquema constitucional de repartição de competências ainda prevalente no *judicial review* tem contribuído para o apequenamento do papel dos Municípios no cumprimento dos compromissos finalísticos postos pela Carta de 1988 ao Estado *lato sensu*.

O primeiro deles diz respeito ao princípio da simetria – frequentemente aplicado como

⁵ Exemplo menos recente, mas marcante dessa mesma tendência, se tem na decisão lançada na ADI nº 6492, em que se discutia a constitucionalidade do Marco Legal do Saneamento Básico (Lei nº 9.984/2000), na qual a alegação de violação à autonomia municipal em tema de claro interesse local foi afastada ao argumento de uma concorrência de interesses, devendo prevalecer no campo do planejamento, o padrão estabelecido pela União (Brasil, 2021).

fundamento para a redução das escolhas empreendidas pelos Municípios, à matriz fixada no plano federal. O argumento originário fundava-se na afirmação de que a simetria na estruturação do poder asseguraria uma homogeneidade na disciplina normativa da separação, independência e harmonia destes mesmos poderes, nos três planos federativos. Simetria se apresentava, portanto, como instrumental à garantia mesmo (em tese) de um equilíbrio federativo.

O problema está em que este mesmo princípio, levado ao extremo no controle judicial, pode determinar efeito contrário, com a eliminação da esfera de decidibilidade dos entes federados, com substantivo enfraquecimento da auto-organização, atributo clássico da autonomia. Vale a leitura da advertência do então Min. Sepúlveda Pertence (Brasil, 2004, p. 93):

3. Com todas as vênias, estou em que, no caso, o voto do em. Relator entre duas leituras possíveis do texto constitucional (sic) – optou, uma vez mais, pelo excesso de centralização uniformizadora que, há muito, a jurisprudência do Tribunal tem imposto à ordenação jurídico-institucional de Estados e Municípios, sob a inspiração mítica de um princípio universal de simetria, cuja fonte não consigo localizar na Lei Fundamental.

A mística da simetria, originalmente aplicada em relação a temas estruturais da organização do poder como o processo legislativo, culminou por se estender em relação a outros campos, como a gestão de pessoal – matéria também clássica do domínio da autoadministração, atributo da autonomia. A questão não envolve exclusivamente um fetiche teórico por um determinado contorno de competências, mas

a garantia de que no exercício da formulação de suas próprias escolhas públicas, os entes subnacionais – em especial os Municípios – tenham a si reconhecida a possibilidade de adaptar modelos às condições que lhe sejam próprias, promovendo à calibragem da ação estatal que o modelo federativo pretende.

Impositiva a revisão do cânon da simetria, resgatando uma autonomia substantiva aos Municípios. Vale lembrar o apontamento de Cléve e Kenicke (2015, p. 19) de que “a divisão espacial do poder, assim como a orgânica, substancia mecanismo valioso de controle do poder e veículo de manifestação da liberdade de associação política dos cidadãos”.

4.3. Revisitação do insidioso argumento da solidariedade entre entes federados no campo da garantia de direitos sociais

Segundo ponto de melhoria em relação à compreensão jurisdicional quanto à matriz constitucional de repartição de competências, diz respeito ao recém-construído argumento de que exista solidariedade entre os entes federados, o que toca aos deveres associados à garantia de direitos socioeconômicos.

O extenso elenco de direitos fundamentais assegurados pela Constituição de 1988 desperta, desde sempre, o debate em torno de quem seja efetivamente garantido o direito destas mesmas prestações.

Superado o período inicial de perplexidade em relação ao conteúdo do comando contido no art. 5º, § 1º, da CF assecutorio de aplicação imediata dos direitos fundamentais ali postos, tem-se o deslocamento do debate do tema do “quando” (definido como imediatamente) para a indagação quanto ao sujeito. Circunstancialmente, a discussão se colocou *a priori* na *judicial review*

desenvolvida em relação aos deveres de agir do Estado no campo da proteção à saúde. Insuficiente a ação estatal em relação à proteção desse bem da vida, a judicialização da saúde se inicia nos anos 1990 (Lemos, 2017, p. 399), com a postulação de medicamentos e procedimentos cirúrgicos ou hospitalares de várias ordens.

Em que pese à existência, no campo do direito à saúde, de uma modelagem institucional relativamente densa já no texto constitucional, e ainda mais detalhada com a edição da Lei nº 8.080/1990, o drama subsistia, eis que as hipóteses concretas por vezes indicavam um direcionamento da ordem judicial à entidade federada menos revestida de real capacidade de atendimento. Inaugura-se então, em especial a partir da Audiência Pública n. 4, convocada pelo Ministro Gilmar Mendes, então Presidente do STF (Brasil, 2009), para “esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde”.

Uma das conclusões extraídas da referida audiência foi a da existência de solidariedade entre os entes federados no que toca ao cumprimento dos deveres emanados da Constituição no tema da proteção ao direito à saúde. O parâmetro foi pela primeira vez enunciado na decisão havida na STA 175 (Brasil, 2010), e tinha por eixo argumentativo fundamental a opção constitucional pela instituição de um “sistema único”.

O espaço do presente artigo não comporta uma discussão mais aprofundada em relação à conclusão referida – mas fato é que o efeito em concreto desse tipo de proclamação é oferecer àquele que provoca da jurisdição para ver atendida uma pretensão relacionada à saúde, uma oportunidade de *cherry picking*,

direcionando a demanda àquele que pareça em tese, mais apto a promover a entrega da prestação, independentemente do critério estabelecido pelo próprio sistema SUS de repartição de tarefas entre os integrantes do sistema único.

Os efeitos negativos dessa proclamação bem-intencionada da solidariedade no campo da saúde são conhecidos – desarranjo institucional generalizado, eis que os entes federados podem (e são) surpreendidos com o direcionamento de ordens relacionadas a medicamentos e procedimentos que não são de sua própria esfera de competência. Os resultados adversos foram de tal ordem que o CNJ adotou, na 16ª Sessão Virtual, a proposta de recomendação apresentada pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria CNJ n. 297/2022, que dentre outros temas, se propõe à “fixação de medidas para facilitar o cumprimento das decisões judiciais sobre saúde pública. Estratégias para qualificação dos processos judiciais” (Brasil, 2023). Nesta recomendação, destaca-se o art. 3º, com o seguinte enunciado:

Art. 3º A tutela específica deve ser ordenada prioritariamente ao ente público competente pelo seu cumprimento material, observada a repartição de competências estabelecida na Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e nas respectivas normas infralegais.

Verifica-se pela orientação vocalizada pelo CNJ, que mesmo no campo da saúde, o critério da solidariedade não pode se apresentar como solução cômoda para as aflitivas discussões nesta seara.

A realidade evidencia que o critério da solidariedade, na perspectiva específica dos Municípios, tende a penalizar àqueles que mantenham um serviço público de saúde mais

organizado. Afinal, se a probabilidade de alcance da prestação desejada é maior junto ao Município, o direcionamento a ele da demanda ao argumento de solidariedade soa como o mais prático ao jurisdicionado. Institui-se então um dilema em relação ao ente municipal, que quanto mais eficiente na prestação de serviços de saúde, tendencialmente mais será demandado, inclusive em relação a prestações que não são originalmente de sua competência.

Ocorre que a solução fácil do critério de solidariedade não se limita ao campo da saúde, verificando-se a sua consagração igualmente, por exemplo, no campo da proteção ao direito à moradia (Brasil, 2015), como se verifica da seguinte ementa:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Direito à moradia e aluguel social. Chuvas. Residência interditada pela Defesa Civil. 3. Termo de compromisso. Solidariedade dos entes federativos, podendo a obrigação ser demandada de qualquer deles. Súmula 287. 4. Princípio da legalidade. Lei municipal nº 2.425/2007. Súmula 636. 5. Teoria da reserva do possível e separação dos poderes. Inaplicabilidade. Injusto inadimplemento de deveres constitucionais imputáveis ao estado. Cumprimento de políticas públicas previamente estabelecidas pelo Poder Executivo. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

Neste campo em especial, a consagração da tese da solidariedade pressiona especialmente aos Municípios, ante a intuitiva referibilidade do tema da moradia, ao espaço de ocupação, movimentação e relacionamentos sociais do jurisdicionado. A condenação a prestações ou providências de garantia de um direito à moradia em regime de solidariedade, tendencialmente, penalizará

os Municípios – e mais ainda, àqueles que têm por prática efetiva o cumprimento célere de decisões judiciais.

Em verdade, a opção pela atribuição de um regime de responsabilidade solidária a entes federados em relação a direitos socioeconômicos parece ter origem numa má incorporação de pragmatismo. Constitua-se o título executivo judicial sob o signo da solidariedade para, em tese, assegurar-se um maior potencial de cumprimento. Essa compreensão é equívoca, e não pensa nos efeitos sistêmicos de uma decisão que dilui ainda mais os limites da responsabilidade de cada ente federado – e que, portanto, dá ensejo a distorções do modelo constitucional originário.

Também aqui, é de se dizer que a recondução à matriz original de repartição de competências depende não de emendamento constitucional – mas de uma atitude interpretativa do Supremo Tribunal Federal que aposte na clareza da divisão de atribuições (e não na difusão de suas fronteiras) como o caminho mais claro de responsabilização dos entes federados.

5. Conclusão

O transcurso do tempo não tirou o brilho do argumento de defesa da descentralização como critério adequado de orientação do desenho institucional, especialmente num país com as dimensões do Brasil. A experiência de aplicação da estratégia constituinte, todavia, tem revelado que a complexidade das relações postas à Administração Pública para disciplinar exige mais do que a simples afirmação de que proximidade decisória é a chave de sucesso.

As relações de colaboração, quando materializadoras de intuítos comuns de entes

federados, têm florescido, e revelam que, a rigor, a abertura à busca de outros modelos que organizem a execução dos cometimentos constitucionais pode ser a alternativa mais eficaz do que a simples ampliação unilateral da esfera de competência da União no campo do desenho estratégico – deixando aos Municípios exclusivamente a tarefa de execução de modelos urdidos no Planalto Central, muitas vezes sem conexão com as peculiaridades e desafios do ambiente local.

A proposta de revisitação dos cânones interpretativos apresentados no subitem 4 é um caminho inicial de restauração da ideia inspiradora da inclusão dos Municípios como entidades federadas, efetivamente revestidas de autonomia – e dos meios necessários ao seu exercício.

A solução para as eventuais fragilidades institucionais de Municípios específicos é de ser a busca de sua real emancipação – e não o apequenamento geral de todas as entidades municipais. Essa inspiração é de ter por ponto de partida a Suprema Corte, numa atitude interpretativa que, devolvendo aos Municípios a sua autonomia de decisão, defenda na sua expressão mais substantiva, a opção pela forma federativa de Estado proclamada pelo constituinte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANTES, Rogério B.; COUTO, Claudio G. 1988-2018: trinta anos de constitucionalização permanente. In: MENEZES FILHO, Naércio e SOUZA, André Portela. *A Carta*. Para entender a Constituição brasileira. São Paulo: Todavia, 2019.
- ARRETCHE, Marta. Transferências fiscais no Brasil. In: MENEZES FILHO, Naércio; SOUZA, André Portela. *A Carta*. Para entender a Constituição brasileira. São Paulo: Todavia, 2019.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Funerais da Constituição de 1988. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto (org.). *Debates sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição*. A democracia, o federalismo, a crise contemporânea. 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *CNJ aprova orientações para o cumprimento adequado de decisões judiciais em saúde*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-aprova-orientacoes-para-o-cumprimento-adequado-de-decisoes-judiciais-em-saude/>. Acesso em: 07 dez. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 197917, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06-06-2002, DJ 07-05-2004 PP-00036 EMENT VOL-02150-03 PP-00368.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Despacho de convocação de Audiência Pública de 5 de março de 2009. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Co nvocatorio.pdf. Acesso em: 07 dez. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 855762 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 19-05-2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 29-05-2015 PUBLIC 01-06-2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17-03-2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6492, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 02-12-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 24-05-2022 PUBLIC 25-05-2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 976 MC-Ref, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 22-08-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 20-09-2023 PUBLIC 21-09-2023.

CAMPOS, Roberto. *A Constituição contra o Brasil*. ensaios de Roberto Campos sobre a Constituinte e a Constituição de 1988. Paulo Roberto de Almeida (org.). São Paulo: LVM Editora, 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; KENICKE, Pedro Henrique Gallotti. Federalismo, centralização e princípio da simetria. 04. dez. 2015. *Jus.com.br..* Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45081/federalismo-centralizacao-e-principio-da-simetria>. Acesso em: 25 jun. 2024.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. *Consórcios públicos intermunicipais*. Disponível em: <https://consorcios.cnm.org.br/>. Acesso em: 7 dez. 2023.

DELORENZO NETO, A. A Evolução do Municipalismo no Brasil: Administração Municipal. *Revista do Serviço Público*, Brasília, Vol. 74, n. 1, 1957, p. 76-94.

DE MAGALHÃES, Justino Pereira. Escrita e Municipalismo na transição do Brasil colônia e na ideação do Brasil independente. *Revista de História Regional*, Vol. 19, n. 2, 2014.

GOMES, Daniela. IBGE: dados geográficos de estados e municípios brasileiros são atualizados. *BRASIL 61*. 17 abr. 2023. Disponível em: <https://brasil61.com/n/ibge-dados-geograficos-de-estados-e-municipios-brasileiro-sao-atualizados-bras238124>. Acesso em: 07 dez. 2023.

HIRSCHL, Ran. *City, State. Constitutionalism and the megacity*. New York: Oxford University Press, 2020.

HORTA, Raul Machado. Constituições federais e pacto federativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio (coord.). *Quinze anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LEMOS, Junia Coelho. A judicialização da saúde como sintoma de desconfiança no Poder Executivo. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.), São Paulo: Saraiva, 2017.

SCAFF, Fernando Facury. O surgimento do município como ente federado na constituinte de 1988. *R. Fórum Dir. fin. e Econômico – RFDFE*. Belo Horizonte, ano 11, n. 21, p. 25-38, mar./ago. 2022.

XAVIER, Rafael. Sentido e objetivo do Municipalismo Brasileiro. *Revista do Serviço Público*, Brasília, Vol. 3, n. 1, p. 38-41, 1949.