

Pós-Graduação em
Desenvolvimento Sustentável

**LICENCIAMENTO E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL PELOS
CONSÓRCIOS PÚBLICOS**

Cláudia Marçal
Dissertação de Mestrado

Brasília-DF, dezembro/2006



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
CENTRO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL – CDS

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
CENTRO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL – CDS

**LICENCIAMENTO E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL PELOS
CONSÓRCIOS PÚBLICOS**

Cláudia Marçal

Orientador: Fernando Paiva Scardua

Dissertação de Mestrado

Brasília-DF, Dezembro/2006

Marçal, Cláudia

Licenciamento e fiscalização ambiental pelos consórcios públicos. / Cláudia Marçal. Brasília, 2006.

204 p.

Dissertação de mestrado. Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, Brasília.

1. Direito Ambiental 2. Direito

3. Consórcio Público 4. Fiscalização Ambiental

5. Licenciamento Ambiental I. Universidade de Brasília. CDS. II. Título (série)

É concedida à Universidade de Brasília permissão para reproduzir cópias desta dissertação e emprestar ou vender tais cópias somente para propósitos acadêmicos e científicos. A autora reserva outros direitos de publicação e nenhuma parte desta dissertação de mestrado pode ser reproduzida sem a autorização por escrito da autora.

Cláudia Marçal

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
CENTRO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

**LICENCIAMENTO E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL PELOS
CONSÓRCIOS PÚBLICOS**

Cláudia Marçal

Dissertação de Mestrado submetida ao Centro de Desenvolvimento Sustentável da Universidade de Brasília, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do Grau de Mestre em Desenvolvimento Sustentável, área de concentração em Política e Gestão Ambiental, opção acadêmica.

Aprovado por:

Fernando Paiva Scardua, Doutor em Desenvolvimento Sustentável (CDS/UNB)
(Orientador)

Elimar Pinheiro do Nascimento, PhD. em Sociologia (*Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales*, EHESS, França)
(Examinador Interno)

Cleuler Barbosa das Neves, Doutor em Ciências Ambientais (UFG)
(Examinador Externo)

Brasília-DF, 21 dez. 2006.

AGRADECIMENTOS

Ao Dr. Fernando Paiva Scardua pela dedicação de verdadeiro mestre, pelas orientações e pelo estímulo na realização deste trabalho.

A todos os professores do Centro de Desenvolvimento Sustentável da Universidade de Brasília, nosso querido CDS, exemplos de profissionais que nos inspiram no aperfeiçoamento do conhecimento e amor à ciência.

Aos colegas do Mestrado pela construtiva e saudosa convivência.

Aos colegas da Procuradoria Geral do Estado de Goiás pelo apoio, amizade e exemplo profissional.

A minha família, em especial aos meus avós, Paulo e Leonardo, que partiram neste ano deixando seus exemplos de caráter, humildade e honestidade.

RESUMO

Os consórcios são apontados como uma ferramenta para suprir os problemas de carência de pessoal, infra-estrutura e recursos financeiros, sobretudo nos municípios menores, propiciando a institucionalização da gestão do meio ambiente local e aplicação de seus instrumentos, como o licenciamento e a fiscalização ambiental. Além de ser indicado como meio de articulação entre as políticas ambientais desenvolvidas no nível federal, estadual e municipal. A presente dissertação, realizando uma pesquisa na doutrina e jurisprudência, tratou das controvérsias jurídicas sobre a regulamentação dos consórcios públicos, conferida pela Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005, analisando a sua aplicabilidade legal para realização do licenciamento e fiscalização ambiental. Partiu-se de uma abordagem geral da Lei, avaliando as divergências sobre o exercício da competência; os argumentos da doutrina sobre a viabilidade da personificação dos consórcios, uma vez que esta lei atribuiu personalidade jurídica ao instituto, autorizando a formação com natureza de direito público (associação pública) ou de direito privado (associação civil); a constitucionalidade formal da norma; e, se não haveria incompatibilidade da atuação dos consórcios com o regime das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas, microrregiões e regiões administrativas instituídas pela União. Em relação especificamente ao exercício do licenciamento e fiscalização pelos consórcios públicos, constatou-se a existência de teses jurídicas favoráveis, sendo viável a sua realização pelas associações públicas e civis, todavia, neste último caso, conclui-se que não há vantagens na instituição. O exercício da competência dos consórcios limita-se à competência conferida a cada ente político para o exercício do licenciamento e fiscalização. Quanto aos aspectos práticos pertinentes a existência de possíveis incompatibilidades no funcionamento dos consórcios, foram avaliados: a responsabilidade civil dos atos praticados pelos consórcios; a cobrança das taxas de licenciamento ambiental; a inscrição em dívida ativa e a execução das multas ambientais; a participação da sociedade e a publicização dos atos de informação no licenciamento e fiscalização realizado pelos consórcios públicos e a possibilidade de criação de um conselho de meio ambiente com a participação da sociedade no âmbito dos consórcios, tendo encontrado interpretações favoráveis à realização do licenciamento e da fiscalização ambiental pelos consórcios.

Palavras-chave: Direito ambiental; Direito; Consórcio público; Fiscalização ambiental; Licenciamento ambiental.

ABSTRACT

Public partnerships have been said to be tools proper to supply a need of personnel, structure and funds that has been long felt, especially by smaller municipalities. These partnerships have propiciated the institutionalization of the management of local environment its various tools, such as the enforcing of environmental licensing and inspection, besides being indicated as a means of articulation for the federal, state and municipal environmental policies. By means of doctrinary and case law review, this dissertation has examined the juridical points of controversy in Statute 11.107, edited on April 6th, 2005, chiefly the ones related to the question of whether this statute applies to environmental licensing and inspection activities. At first, the statute is given a general view, over its various aspects: the exercise of competency; doctrinary arguments for the viability of endowing the public partnership a corporate body, of either private or public nature, since the so metioned statute disposed that the public partnership is to constitute a corporate body; the formal constitucionality of the statute mentioned above; the foreseen incompatibility between public partnerships and metropolitan regions, microregions and administrative regions instituted by the Union. As regards licensing and inspecting performed by public partnerships, the existence of a number of juridical thesis in favour of such performance has been observed. Thus, it can be stated that the performance of those activities is viable by public and private associations alike. In the last case, however, no advantages were observed. The exercise of competency by public partnerships is limited to the competency attributed by the Constitution to each political entity for the activities of licensing and inspecting. As for issues of a more practical kind, potential incompatibilities in the actual activity of public partnerships have been evaluated: damages liability; the institution and collecting of environmental licensing taxes; tax foreclosure; the participation of society and the ways to make public the licensing and inspection acts performed by the partnership; the potential institution of councils within the partnerships.

Keywords: Environmental law; Law; Public partnership; Environmental inspection; Environmental licensing.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABEMA - Associação Brasileira de Entidades Estaduais de Meio Ambiente
ACO- Ação civil originária
ADA- Agência de Desenvolvimento da Amazônia
ADENE- Agência de Desenvolvimento do Nordeste
ADI- Ação direta de inconstitucionalidade
ADIn - Ação direta de inconstitucionalidade
ADCT - Atos das disposições constitucionais transitórias
AP.- Apelação civil
AMS- Ação de mandado de segurança
ANA- Agência Nacional de Águas
ANAMMA- Associação Nacional de Órgãos Municipais de Meio Ambiente
ANEEL- Agência Nacional de Energia Elétrica
ART.- Artigo
BRDE- Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul
CETESB- Companhia de Tecnologia e Saneamento Ambiental (São Paulo)
CF- Constituição Federal
CLT- Consolidação das Leis Trabalhistas
CNCPA- Conselho Nacional de Controle da Poluição
CONAMA- Conselho Nacional do Meio Ambiente
CTN- Código Tributário Nacional
EC- Emenda constitucional
EIA- Estudo de impacto ambiental
DJU- Diário de Justiça da União
IBAMA- Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
IBDF- Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal
IBGE- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INC.- Inciso

INSS- Instituto Nacional de Seguridade Social
LI- Licença de instalação
LP- Licença prévia
LO - Licença de funcionamento
MINTER - Ministério do Interior
MMA - Ministério do Meio Ambiente
PL - Projeto de lei
PEC - Projeto de emenda constitucional
PNMA - Política Nacional do Meio Ambiente
PNUD- Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
RE-Recurso extraordinário
Rel.- Relator
RIMA-Relatório de impacto ambiental
SABESP- Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo
SEMA-Secretaria Especial de Meio Ambiente
SEMAM- Sistema Estadual de Meio Ambiente
SENAC- Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial
SENAI- Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial
SESC- Serviço Social do Comércio
SINIMA- Sistema Nacional de Informações sobre Meio Ambiente
SISNAMA - Sistema Nacional do Meio Ambiente
SNUC - Sistema Nacional de Unidade de Conservação
STF - Supremo Tribunal Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça
SUDAM- Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia
SUDENE- Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste
SUDEPE - Superintendência da Pesca
SUDHEVEA - Superintendência da Borracha
TCU- Tribunal de Contas da União
TJ - Tribunal de Justiça

TRF- Tribunal Regional Federal

UNB- Universidade de Brasília

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I- FEDERALISMO E MEIO AMBIENTE	17
1.1 A ORGANIZAÇÃO DO ESTADO FEDERAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988...	17
1.2 REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA AMBIENTAL	23
1.2.1 Divisão de competências.....	23
1.2.1.1 Competências legislativas.....	25
1.2.1.2 Competências materiais.....	33
1.3 PANORAMA DA GESTÃO AMBIENTAL NO BRASIL.....	39
1.3.1 A Política Nacional de Meio Ambiente.....	39
1.3.2 Dificuldades na execução da política ambiental compartilhada.....	43
CAPÍTULO II- DA COMPETÊNCIA PARA O EXERCÍCIO DO LICENCIAMENTO E DA FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL	51
2.1 LICENCIAMENTO AMBIENTAL.....	51
2.1.1 Aspectos gerais do licenciamento ambiental.....	51
2.1.2 Competência licenciatória.....	59
2.2.FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL.....	73

	12
2.2.1 Responsabilidade ambiental.....	73
2.2.2 Da competência fiscalizatória administrativa.....	75
CAPÍTULO III-DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS.....	80
3.1 MARCO REGULATÓRIO - LEI N° 11.107/2005.....	80
3.2 DA PERSONIFICAÇÃO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS.....	85
3.2.1 Personalidade jurídica dos consórcios.....	85
3.2.2 Associação pública.....	89
3.2.3 Consórcios públicos com personalidade de direito privado.....	94
3.2.4 Do contrato de rateio e funcionamento dos consórcios.....	97
3.3 DA CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI N° 11.107/2005.....	97
3.4 CONSÓRCIOS PÚBLICOS-CRIAÇÃO DE UM NOVO ENTE FEDERADO?...100	
3.5.COMPATIBILIDADE DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS COM AS REGIÕES METROPOLITANAS, AGLOMERAÇÕES URBANAS, MICRORREGIÕES E AS REGIÕES DE DESENVOLVIMENTO.....	106
3.6. DOS OBJETIVOS DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS.....	108
3.7 CONVÊNIOS DE COOPERAÇÃO E CONTRATOS DE PROGRAMA.....	114
CAPÍTULO IV-A REALIZAÇÃO DO LICENCIAMENTO E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL PELOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS.....	119
4.1 DESAFIOS NA IMPLANTAÇÃO DO LICENCIAMENTO E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL.....	119
4.2 QUESTÕES NORTEADORAS.....	121
4.3 O EXERCÍCIO DO LICENCIAMENTO E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL PELOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS.....	122

	13
4.3.1 Da delegação do poder de polícia.....	122
4.3.2 Do exercício do poder de polícia pelos consórcios públicos.....	128
4.3.3 Da personalidade jurídica dos consórcios públicos para o exercício do poder de polícia.....	130
4.3.4 Compatibilidade das atribuições dos consórcios públicos com o sistema de repartição de competências em matéria ambiental.....	131
4.3.5 Aspectos práticos do funcionamento dos consórcios públicos.....	138
4.3.6 Das ações dos consórcios públicos e a integração dos entes federados.....	154
CONCLUSÕES.....	157
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	163
GLOSSÁRIO.....	176
ANEXO A- Lei nº11.107, de 06 de abril de 2005.....	177
ANEXO B- Mensagem nº193, de 6 de abril de 2005.....	184
ANEXO C- Projeto de lei 1071, de 1999.....	186
ANEXO D- Projeto de lei 3.884, de 2004.....	189

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inovou ao tutelar de forma “unitária” (LEME MACHADO, 2000, p. 77) a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, elevando-o ao *status* de direito fundamental, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225).

O Constituinte adotou o federalismo atípico de três níveis, descentralizador, valorizando a atuação local, elevando o Município à categoria de ente federado autônomo. Fundamentou-se ainda no modelo de federalismo cooperativo, atribuindo a execução de tarefas comuns aos entes da federação.

Assim na distribuição de competências em matéria ambiental estabeleceu, no art. 23, a competência material ou administrativa comum da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios para proteger o meio ambiente e combater à poluição (VI); o dever de preservar as florestas, a fauna e flora (VII); a atribuição de proteger obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, impedindo a destruição e a descaracterização de obras de arte e outros bens de valor histórico, artístico e arqueológico (III e IV).

Em relação a competência legislativa, deferiu à União a competência privativa em algumas matérias (art. 22, IV, XII e XXIV) e concorrente desta com os Estados para legislar sobre proteção do meio ambiente e controle da poluição; florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais; responsabilidade por dano ao meio ambiente e proteção do patrimônio artístico, cultural, turístico e paisagístico, além de outros temas correlatos com a temática ambiental (art. 24, VI, VII, VIII), reservando aos Municípios a competência legislativa para assuntos de interesse local e supletiva da legislação federal e estadual, no que couber (art. 30, I e II).

A visão sistêmica inerente à problemática ambiental impõe a atuação conjunta dos entes federados, já que os problemas de degradação iniciam-se no nível local podendo se tornar regionais, nacionais ou mesmo internacionais, desconhecendo fronteiras administrativas,

exigindo além de uma atuação descentralizadora da gestão ambiental, coordenada e cooperativa com o ente central.

A Lei nº6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu a política nacional do meio ambiente foi recepcionada pela Constituição Federal. Essa norma, em consonância com as premissas expostas, estabeleceu a execução da política ambiental brasileira através da atuação dos órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, criando o Sistema Nacional do Meio Ambiente-SISNAMA.

Todavia, a realidade tem demonstrado que as ações dos entes federados são desarticuladas e muitas vezes contraditórias, contrárias à concepção sistêmica e cooperada prevista no arcabouço jurídico para sua atuação.

A maioria dos municípios brasileiros ainda não assumiram suas atribuições constitucionais de tutela do meio ambiente, por problemas de ordem institucional, política, administrativa, financeira e técnica, gerando um vácuo na gestão local e quebrando a harmonia do sistema, já que os Estados acabam exercendo as funções municipais, prejudicando a sua própria atuação.

Soma-se a essas questões um sistema de divisão de competências complexo, cuja ausência de um regramento claro tem provocado discussões jurídicas e contribuído para desarticulação entre os entes políticos.

A discussão permeia ainda aspectos referentes à própria estrutura federal do Estado brasileiro, como o processo de criação dos municípios e sua capacidade real para assunção das obrigações enquanto ente político.

Suscita também questionamentos sobre a estrutura das relações intergovernamentais ou interfederadas e de seus instrumentos previstos na legislação, já que um dos problemas apontados para o não funcionamento do SISNAMA é a desarticulação entre as políticas executadas pelos órgãos ambientais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em desacordo com o espírito de cooperação que orienta o exercício da competência comum para proteção do meio ambiente.

A Constituição Federal, no art. 241, com a redação dada pela Emenda nº19/1998, dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de

lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Nesse diapasão, os consórcios, enquanto instrumentos de cooperação intergovernamental, são apontados como uma ferramenta para suprir os problemas de carência de pessoal, infra-estrutura e recursos financeiros, sobretudo nos municípios menores, propiciando a institucionalização da gestão ambiental local e aplicação, por sua vez, do licenciamento e da fiscalização ambiental.

Além de ser indicado como instrumento de articulação entre as políticas ambientais executadas no nível federal, estadual e municipal, permitindo uma uniformização das ações e mesmo a padronização da legislação ambiental, o que pelo menos em tese, poderia propiciar a diminuição de conflitos entre os entes.

Os consórcios poderão ainda servir como instrumento para diminuir a interferência política, verificada principalmente nos municípios pela fragilidade institucional, na medida em que desloca para outro plano o poder decisório.

Ganha, outrossim, apelo a regulamentação conferida pela Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005, que trata das normas gerais de contratação dos consórcios públicos. Essa norma alterou o tratamento jurídico até então conferido aos consórcios administrativos ao lhes conceder personalidade jurídica permitindo a sua constituição na forma de associação pública ou como associação civil de direito privado, além de autorizar a formação entre diferentes entes políticos.

Antes da edição da referida lei, prevalecia na doutrina a classificação dos consórcios como estruturas despersonalizadas, autorizando a sua formação somente entre entes políticos da mesma categoria.

A regulamentação dos consórcios públicos era um anseio dos entes governamentais, sobretudo dos municípios, já que a ausência de um regramento específico gerava insegurança jurídica na celebração destes ajustes.

Em que pese o mérito da Lei nº 11.107/2005 ter regulamentado o instituto, a norma possui aspectos polêmicos, no que concerne a sua constitucionalidade e aplicabilidade.

Várias indagações importantes surgem da configuração dada ao consórcio na nova regulamentação: Teria sido criado um novo nível federativo? A lei é formalmente constitucional? Há incompatibilidade da atuação dos consórcios e as regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões instituídas pelos Estados e as regiões administrativas criadas pela União? A sistematização dos consórcios atende o sistema de divisão de competências? Estariam abrangidas na lei as atividades de poder de polícia? E se positivo, haveria possibilidade de delegação de atividades de poder de polícia, como, por exemplo, o licenciamento e a fiscalização ambiental?

A análise dos questionamentos jurídicos sobre a constitucionalidade e aplicabilidade da Lei, poderá auxiliar no debate científico sobre a aplicação dos consórcios como meio de viabilização do exercício do licenciamento e da fiscalização ambiental, sobretudo pelos Municípios, já que a possibilidade ou não de sua estruturação legal é essencial para formação destes ajustes.

O tratamento da questão sob a perspectiva dos instrumentos da política nacional do meio ambiente, especificamente em relação ao estudo proposto, abordando o licenciamento e a fiscalização ambiental, permite-nos visualizar estes conflitos de forma mais clara, sobretudo em relação às divergências jurídicas, tema que possui estreita ligação com a gestão cooperada.

Constitui, pois, objetivo geral da presente dissertação levantar as controvérsias jurídicas sobre a regulamentação dos consórcios públicos, instituída pela Lei nº 11.107/2005, como meio de cooperação para viabilização do licenciamento e da fiscalização ambiental.

Para atingir o objetivo geral, definimos os seguintes objetivos específicos:

- I) Avaliar as divergências referentes ao exercício do licenciamento ambiental;
- II) Avaliar os conflitos jurídicos que envolvem o exercício da competência fiscalizatória comum;
- III) Analisar as principais divergências jurídicas sobre a constitucionalidade e a aplicabilidade da Lei nº 11.107/2005;
- IV) Analisar os principais questionamentos jurídicos sobre a realização do licenciamento e da fiscalização ambiental pelos consórcios públicos.

A dissertação orientou-se pelas seguintes questões para atingir os objetivos listados:

I) A configuração dada aos consórcios públicos pela Lei nº11.107/2005 é constitucional? Teria sido criado um novo nível federativo? A Lei é formalmente constitucional?

II) Estariam abrangidas na lei as atividades de poder de polícia? E, se positivo, haveria possibilidade de delegação de atividades de poder de polícia, como o licenciamento e a fiscalização ambiental às associações públicas e civis criadas pelos consórcios públicos?

III) No plano da gestão ambiental, a estrutura dos consórcios públicos é compatível com a previsão constitucional de repartição de competências em matéria ambiental e com o SISNAMA, ou seja, com a estrutura hoje prevista na legislação para atuação da União, dos Estados e dos Municípios? Não se estaria invadindo competências pertencentes a outro ente federado?

IV) Se possível a realização do licenciamento e fiscalização ambiental pelos consórcios públicos haveria empecilhos jurídicos ao seu funcionamento na prática? Por exemplo, quem seria responsável civilmente por eventuais danos ambientais causados na expedição de licenças ou atos da fiscalização, a pessoa jurídica criada pelo consórcio ou os entes políticos consorciados? Quem instituiria e cobraria as taxas de licenciamento e execução das multas ambientais? Como se daria a participação social e a publicização dos atos de informação no licenciamento e na fiscalização ambiental realizados pelos consórcios públicos? Seria possível a criação de um conselho de meio ambiente com a participação da sociedade no âmbito dos consórcios públicos? Como se daria a participação dos demais entes federados?

A restrição do estudo ao levantamento das controvérsias jurídicas, justifica-se teoricamente pela recente edição da Lei nº 11.107/ 2005 e a construção doutrinária no direito brasileiro ainda incipiente sobre a matéria, sem uma consolidação do instituto, que nos permita fazer afirmações conclusivas sobre as questões jurídicas levantadas.

Compreende-se, que neste momento, a abordagem dos questionamentos jurídicos contribuirá para o debate, inclusive suscitando construções teóricas para avaliar a viabilidade jurídica ou não do instituto.

O enfoque específico nas atividades de licenciamento e da fiscalização decorre da importância destes instrumentos no controle das atividades poluidoras, sendo um dos aspectos priorizados nas políticas de municipalização da gestão ambiental.

A metodologia utilizada baseou-se na pesquisa bibliográfica e na jurisprudência dos Tribunais sobre os temas abordados, utilizando o método hermenêutico, sob o ponto de vista lógico-argumentativo.

Na estruturação dos capítulos da dissertação, preferimos partir de uma abordagem geral a fim de fornecer os elementos necessários para análise dos objetivos propostos no trabalho. Assim, no primeiro capítulo tratamos da divisão federativa do Estado brasileiro, da repartição constitucional de competência em matéria ambiental e da política nacional do meio ambiente, contrapondo a estrutura legal à realidade da gestão ambiental, abordando as dificuldades na atuação coordenada dos entes federados.

Como a dissertação versa sobre o licenciamento e a fiscalização ambiental, dedicamos um capítulo específico para debatermos as divergências jurídicas que envolvem a aplicação destes instrumentos na atual legislação.

No capítulo III realizamos um estudo sobre a Lei nº 11.107/2005, indicando as controvérsias gerais sobre os principais dispositivos da norma, com o propósito de fornecer um panorama da regulamentação e do funcionamento dos consórcios públicos conferido pela nova regulamentação.

Por fim no capítulo IV, analisamos a aplicabilidade dos consórcios públicos para realização do licenciamento e da fiscalização ambiental.

CAPÍTULO I - FEDERALISMO E MEIO AMBIENTE

1.1 A ORGANIZAÇÃO DO ESTADO FEDERAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A concepção moderna de Estado Federal se originou nos Estados Unidos da América, pela Constituição de 1787, com a união das treze colônias britânicas independentes, que renunciaram sua soberania para formação de um governo central, tornando-se este o ente soberano e aquelas, autônomas.

No Brasil, diferentemente, o federalismo ocorreu por um movimento centrífugo, em razão da existência do Estado unitário, controlado pelo Império Português, tendo sido instituído com a proclamação da República, através do Decreto nº01, de 15 de novembro de 1889, transformando as antigas províncias em Estados, consolidadas com a Constituição de 24 de fevereiro de 1891.

A expressão federalismo vem do latim *foedus* ou *foedoris* que significa aliança, pacto (NETTO, 1999, p. 40).

De acordo com Figueiredo (2002, p. 13), a federação é um modelo constitucional em que se prevê “a descentralização do poder estatal, tal seja, a pluralidade de centros de poder autônomos, coordenados pelo poder central, este sim, exercendo a soberania externa”.

O Estado Federal congrega, pois, a coexistência no mesmo território do poder central e das ordens parciais:

O Estado federal é o todo, dotado de personalidade jurídica de Direito Público internacional. A União é a entidade federal formada pela reunião das partes componentes, constituindo pessoa jurídica de Direito Público interno, autônoma em relação aos Estados e a que cabe exercer as prerrogativas da soberania do Estado brasileiro. Os Estados-membros são entidades federativas componentes, dotadas de personalidade jurídica de direito público interno (AFONSO DA SILVA, 2002, p.100).

A soberania é “o poder incondicionado de identificar os próprios interesses e de submeter outros entes à sua realização” (JUSTEN FILHO, 2005), trata-se do “poder exclusivo e absoluto do Estado (Nação) de se organizar e se dirigir de acordo com sua

vontade incoercível e incontestável, sancionada pela força. É o poder de autodeterminação” (MEIRELLES, 2001, p. 90), sendo conferida ao Estado Federal, enquanto pessoa reconhecida no plano do direito internacional.

Já a autonomia é “a margem de discricção de que uma pessoa goza para decidir sobre os seus negócios, mas sempre delimitada essa margem pelo próprio direito” (BASTOS, 1996, p.254), sendo realizada de forma restrita e condicionada aos preceitos constitucionais pelos Estados-Membros.

Representa, no dizer de Almeida (2005, p. 25):

[...] a capacidade de autodeterminação dentro do círculo de competências traçado pelo poder soberano, que lhes garante auto-organização, autogoverno, autolegislação e auto-administração, exercitáveis sem subordinação hierárquica dos Poderes estaduais aos Poderes da União.

A Constituição Federal de 1988 instituiu um novo pacto federativo, elevando os Municípios à categoria de entes federados autônomos, compondo o federalismo de três níveis, tornando-se peculiar, já que na experiência comparada os Municípios não compõem a estrutura do Estado federal, como bem ilustra Bonavides (1997, p. 314):

[...] não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo, quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no País com a Carta de 1988.

O art. 1º consagra expressamente que a República Federativa do Brasil “é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal” e o art. 18, que a organização político-administrativa “compreende a União, os Estados, Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”, sendo considerada a forma federativa cláusula pétrea, imodificável por procedimento de emenda constitucional (art. 60, § 4º, I).

De acordo com a atual Constituição a autonomia municipal, assenta-se basicamente, sobre os seguintes poderes:

- a) poder de auto-organização (elaboração de lei orgânica própria);
- b) poder de autogoverno, pela eletividade do prefeito, do vice-

prefeito e dos vereadores; c) poder normativo próprio ou de autolegislação, mediante a elaboração de leis municipais sobre áreas que são reservadas à sua competência exclusiva e suplementar; d) poder de auto-administração: administração própria, para criar, manter e prestar os serviços de interesse local, bem como legislar sobre os seus tributos e aplicar suas rendas (MEIRELLES, 2001, p. 93).

As Constituições anteriores, embora se referissem a autonomia municipal, imputavam a sua organização político-administrativa aos Estados¹, sendo que na nova Carta Constitucional, as normas instituidoras da autonomia dirigem-se diretamente aos Municípios, o que lhes dá o poder de auto-organização e o conteúdo básico de suas leis orgânicas e de suas competências (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 621).

A autonomia municipal constitui princípio constitucional expresso, autorizando a intervenção da União no Estado, no caso de desrespeito desta (art.37, VII, “c”).

Autores, como Castro (2006) e Afonso da Silva (2002) entendem que os Municípios não integram a federação brasileira, utilizando, dentre outros argumentos, a inexistência de uma federação municipal e a ausência de representante deste ente no Senado (como fundamento da representatividade da ordem parcial no governo central), mas constituem um posicionamento minoritário.

A doutrina critica o tratamento uniforme conferido pela Constituição aos Municípios, dada a enorme diversidade verificada no território brasileiro, onde municípios com mil habitantes possuem as mesmas atribuições e prerrogativas de um Município com milhões de habitantes:

[...] os Municípios foram tratados de modo idêntico, como se eles fossem tão semelhantes, que pudessem ser reunidos; como se pudessemos encontrar pontos comuns significativos a justificar essa unificação. Perdeu-se a oportunidade de dar um tratamento também do nível tributário, seguindo essas mesmas orientações (AIRES, 1990, p. 81 *apud* SILVEIRA, 2005, p. 72).

Outro ponto importante que envolve a organização do sistema federal, diz respeito ao processo de fragmentação na criação dos Municípios no Brasil, que gerou um quadro

institucional incompatível com a estrutura legal, já que são poucos os Municípios que possuem a capacidade de exercer de fato sua autonomia e de executar as políticas públicas.

Somente após a Constituição de 1988, foram criados 1.385 municípios no Brasil (cerca de 25% dos 5.564 hoje existentes ou 33 % de acréscimo sobre os 4.179 que existiam em 1988), que acabou por culminar com aprovação da Emenda Constitucional nº 15/1996 (TOMIO, 2005).

Essa emenda tornou mais complexo o processo de criação, incorporação, fusão e desmembramento dos Municípios, ao estabelecer como requisitos, além da edição da lei estadual e da realização de consulta pública através de plebiscito, a observância do período determinado por lei complementar federal e da realização de estudos de viabilidade municipal (art.18, §3º).²

O processo de fragmentação ocorreu tanto por razões políticas, já que ficou concentrado nos Estados o processo de criação dos Municípios, como pelo aumento da distribuição fiscal, impulsionando a emancipação dos distritos.

No aspecto jurídico, a fragmentação dos Municípios, constitui questão delicada, já que o fato de não conseguirem assumir suas funções, não os eximem de suas responsabilidades constitucionais.

O Distrito Federal é entidade federativa autônoma *sui generis*, que abarca ao mesmo tempo poderes deferidos aos Estados e aos Municípios, como o exercício das competências legislativas e da cobrança de tributos (arts. 32 e 147), e tem a sua estrutura judiciária organizada pela União (art.22, XVII). A Constituição veda a sua divisão em Municípios.

¹ A Constituição Republicana de 1891 estabelecia no art.68 que “os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.”

² A redação anterior do artigo previa: §4º- A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em lei complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas.

Os territórios federais foram excluídos como entidades políticas, representando meras descentralizações administrativas-territoriais³, integrando a administração da União, sendo sua criação, transformação ou reintegração ao Estado de origem reguladas por lei complementar (art.18, §2º).

Os distritos municipais também não integram a federação, sendo entendido apenas como circunscrições administrativas sem personalidade jurídica (CASTRO 2006, p. 64).

A federação exige mecanismos que permitam o equilíbrio entre a autonomia e a interdependência, de forma que demanda para sua efetividade não só o reconhecimento da autonomia de cada uma das esferas territoriais de poder, mas também a constituição de regras, de culturas e das relações entre os governos de maneira a permitir formas de cooperação e de coordenação federativa (CUNHA, 2004).

A Constituição, visando à integração das relações entre os entes federados, dentro de um espírito voltado ao federalismo cooperativo, calcado nas premissas de associação, união, colaboração e solidariedade, arrolou como instrumentos, dentre outros, a celebração de convênios e consórcios para gestão associada e a criação de organismos regionais (regiões metropolitanas e de desenvolvimento).

Tais instrumentos configuram as relações intergovernamentais ou interfederativas e auxiliam na complementação do arranjo federativo.

Teixeira (2005, p. 65) denomina de cooperação compulsória as relações intergovernamentais firmadas com a instituição de regiões metropolitanas e de voluntárias, os acordos firmados para celebração de consórcios e convênios administrativos.

Assim, previu no art. 241, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº24/1998, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinem por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

³ Não existem mais territórios federais, tendo a Constituição de 1988 transformado em Estados os territórios de Roraima, Amapá e reincorporado Fernando de Noronha ao Estado de Pernambuco (ADCT, arts. 15 e 12).

Autorizou a criação pelos Estados, mediante a edição lei complementar, das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (art. 25, §3º).

Afonso da Silva (2002, p. 645) define a região metropolitana como um conjunto de Municípios cujas sedes se unem com certa continuidade urbana em torno de um Município-pólo; as microrregiões são formadas por grupos de Municípios limítrofes com certa homogeneidade e problemas administrativos comuns, cujas sedes não são unidas por continuidade urbana; e, os aglomerados urbanos são áreas urbanas, sem um pólo de atração urbana, quer tais áreas sejam das cidades sedes dos Municípios ou não⁴.

Essas unidades não são entes federados e nem gozam de autonomia política, sendo definidas apenas como:

[...] entidades administrativas, superpostas aos Municípios de uma área constituinte de comunidade socioeconômica, com o objetivo de integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum a todas as unidades componentes (FERREIRA FILHO, 1995, p. 60).

Permitiu ainda a instituição pela União das regiões administrativas, também denominadas de regiões de desenvolvimento, para articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando o seu desenvolvimento e a redução das desigualdades regionais (art.43, *caput*)⁵.

Embora na experiência internacional, em alguns países, as regiões gozem de autonomia, sendo-lhes deferida inclusive competência legislativa, este não foi o posicionamento adotado pelo Constituinte, sendo consideradas:

⁴ A classificação utilizada pelo IBGE de microrregião homogênea não se confunde com a expressão microrregião utilizada pela Constituição Federal, correspondendo apenas a uma definição do espaço para fins estatísticos, sendo conceituado o espaço homogêneo como forma de organização, entorno da produção, foi expresso por combinações de fatos físicos, sociais e econômicos e permitiu a individualização de áreas que se identificam por certa forma de combinação destes fatos dentro de determinado nível de generalização (Boletim de serviço do IBGE 1989 n° 1763 de 31/07/1989).

⁵ Exemplos conhecidos de regiões administrativas: SUDAM e SUDENE, atual ADA e ADENE; e, a Região Integrada de Desenvolvimento do Distrito Federal e Entorno, criada pela Lei complementar n°94, de 19 de dezembro de 1998.

[...] meros instrumentos de articulação da União, nas suas respectivas áreas, e legitimadoras da outorga de tratamento desigual às regiões sem ofensa ao princípio do tratamento igualitário dos Estados-Membros. Não desfrutam de nenhuma capacidade política no sentido jurídico-formal, visto que privadas são de poder legislativo (BASTOS, 1996, p. 302).

De forma que no direito brasileiro as regiões administrativas não gozam de autonomia.

1.2 REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA AMBIENTAL

1.2.1 Divisão de competências

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a tratar especificamente da questão ambiental, dedicando um capítulo para tutela do meio ambiente e fazendo referências esparsas e implícitas em várias passagens de seu texto⁶.

O *caput* do art. 225 preceitua que:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A expressão Poder Público, no dizer de Afonso da Silva (1997, p. 49) constitui:

[...] expressão genérica que se refere a todas as entidades territoriais públicas, pois uma das características do Estado Federal, como o nosso, consiste precisamente em distribuir o Poder Público por todas as entidades autônomas que o compõem, para que cada qual o exerça nos limites das competências que lhe forem outorgadas pela Constituição.

O sistema de divisão constitucional de competências representa “a chave da estrutura do poder federal” (HORTA, 1995, p. 46), já que atribui as características do Estado, determinando o grau maior ou menor de descentralização do poder e da autonomia dos entes políticos.

Em relação ao estudo proposto, o tema é de suma importância, uma vez que traduz as bases jurídicas para verificação das atribuições deferidas a cada ente na aplicação dos instrumentos da política ambiental.

Por competência entende-se:

[...] o poder de acção e de actuação atribuído aos vários órgãos ou agentes constitucionais com o fim de prosseguirem em tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos.

A competência envolve, por conseguinte, a atribuição de determinadas tarefas bem como os meios de acção ('poderes') necessários para sua prossecução. Além disso, a competência delimita o quadro jurídico de actuação de uma unidade organizatória relativamente a outra. (CANOTILHO, 1997, p. 5).

A repartição de competências é regida basicamente por dois princípios: o da predominância de interesses e da subsidiariedade.

Pelo princípio da predominância de interesses compete à União as matérias e questões de predominante interesse geral ou nacional, ao passo que aos Estados pertencem as matérias e assuntos de predominante interesse regional e aos Municípios, os assuntos de interesse local.

O princípio da subsidiariedade, na lição de Baracho (2000, p. 92), é:

[...] o princípio pelo qual as decisões, legislativas ou administrativas, devem ser tomadas no nível político mais baixo possível, isto é, por aqueles que estão o mais próximo possível das decisões que são definidas, efetuadas e executadas. Está, assim, o princípio relacionado ao processo de descentralização político-administrativa, em outras palavras associa ao fortalecimento do poder local.

[...] A subsidiariedade não é um simples princípio de repartição de competências entre órgãos ou coletividades estatais. Ela fixa o próprio princípio de competências, daí decorre que a subsidiariedade passa a ser um princípio de direito constitucional.

O princípio da subsidiariedade constitui regra do direito comunitário europeu, previsto no Tratado sobre a União Europeia de 1992, o qual estabelece que as decisões devem ser

⁶ As Constituições anteriores apenas faziam menção aos elementos ambientais, como a previsão para legislar sobre águas, recursos minerais, florestas, sem tutelar de forma específica o meio ambiente.

tomadas sempre mais próximas dos cidadãos e que a Comunidade não deve intervir se as ações puderem ser realizadas de maneira suficiente pelos Estados-Membros⁷.

De acordo com este princípio só serão atribuídas ao governo federal aquelas tarefas que não possam ser executadas a partir de um governo com esse nível de amplitude e generalização, de forma que o Município prefere ao Estado e à União. O Estado, por sua vez prefere à União (FARIAS, 1999, p. 316).

A Constituição Federal de 1988 configurou um sistema complexo de divisão de competências, conjugando competências privativas, com concorrentes e comuns, permitindo em alguns casos a delegação de atribuições.

Tratou de forma sistêmica a tutela do meio ambiente, na medida em que impôs um sistema de divisão de competências com a participação dos três entes federados.

Visando sistematizar o nosso estudo, de forma a facilitar a compreensão do tema, abordaremos a repartição de competências, sob a divisão, em competências legislativas e materiais.

1.2.1.1 Competências legislativas

A competência legislativa, segundo Netto (1999, p. 75), representa:

[...] a faculdade, a aptidão ou o poder concedido às pessoas políticas para a edição de normas jurídicas infraconstitucionais (ou de natureza constitucional, no caso da competência para editar as Constituições Estaduais), por intermédio das respectivas Casas Legislativas, inovando a ordem jurídica mediante a criação de preceitos jurídicos estabelecadores de direitos e dos deveres que lhes são correlatos.

⁷ O princípio da subsidiariedade advém de concepções remotas, com localização nas idéias de Aristóteles, na Antiguidade; nas de Dante Alighieri no século XIV, na obra *Monarchia*; e, mais contemporaneamente na filosofia social da Igreja Católica, como seu aprofundamento nas *Encíclicas Rerum Novarum, Quadragesimo Anno, Centesimus Annus e Mater et Magistra*, que informa que as ações do Estado devem se guiar por este princípio, de forma que ao Estado “não é lícito tirar dos indivíduos para atribuir à comunidade, o que eles podem realizar com seu próprio esforço e atividade”, assim como é injusto e gravoso “transferir para sociedade maior e mais elevada o que as comunidades menores e inferiores podem fazer e proporcionar”(HORTA, 2003).

Tradicionalmente divide-se a competência legislativa em: a) privativa ou exclusiva; b) concorrente; c) suplementar.

A competência privativa ou exclusiva pressupõe o exercício próprio e restrito da edição de normas pelo ente federado.⁸

No sistema constitucional brasileiro houve um abrandamento dessa regra, ao se estabelecer no parágrafo único do art. 22, que trata da competência legislativa privativa da União, a previsão de edição de lei complementar para autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Tal atribuição não confere aos Estados a competência supletiva (que pressupõe um exercício de autonomia legislativa na complementação das normas gerais), representando verdadeira delegação de poderes, já que a própria Constituição limita a competência dos Estados para legislar sobre questões específicas previamente delineadas na própria lei complementar.

Os Estados também possuem competência privativa legislativa, concernente àquelas matérias que não lhes sejam vedadas pela Constituição (§1º do art. 25), ou seja, os Estados poderão dispor sobre as matérias não incluídas na competência legislativa expressa ou implícita privativa da União (art. 22) e dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I).

A competência legislativa concorrente, por sua vez, pressupõe a edição de leis por mais de um ente federado, dividindo-se em cumulativa e não cumulativa.

A competência cumulativa existe “sempre que não há limites prévios para o exercício da competência, por parte de um ente, seja a União, seja Estado-membro”, prevalecendo, em caso, de conflito, a norma editada pela União. E a não-cumulativa:

[...] é que propriamente estabelece a chamada ‘repartição vertical’. Com efeito, dentro de um mesmo campo material (concorrência ‘material’ de competência), reserva-se um nível superior ao ente federativo mais alto - a União-que fixa princípios e normas gerais, deixando-se ao ente federativo que é o Estado-membro a

⁸ Afonso da Silva (2002) diferencia a competência exclusiva da competência privativa, dizendo que aquela é indelegável e esta, delegável. Adotamos, todavia, o posicionamento de Almeida (2005), Ferreira Filho (1990), Cretella Júnior (1991) e Bastos (1996), de que são sinônimas as expressões.

complementação. Diz-se, por isso, que cabe ao Estado-Membro uma competência 'complementar'. Admite-se até que, à falta dessas normas gerais, o Estado-membro possa suprir essa ausência (competência supletiva) (FERREIRA FILHO, 1990, p. 189).

A Constituição adotou no art. 24 a competência concorrente não-cumulativa, atribuindo à União o poder de estabelecer normas gerais, permitindo aos Estados-Membros e o Distrito Federal a complementação com edição de normas especiais (§ 1º) e a suplementação, diante de ausência da lei federal, em que estes exercerão a competência legislativa plena para atender as suas peculiaridades (§ 3º).

No caso do exercício da competência suplementar pelos Estados (§3º), a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, naquilo que lhe for contrário.⁹

O conceito de normas gerais é de difícil delimitação, já que tanto o extrapolamento por parte da União, como pelos Estados, gera a inconstitucionalidade formal da norma, em razão da invasão de competência, tornando-a inválida no mundo jurídico.

Moreira Neto (1988, p. 149-150) colacionando a opinião de vários autores, sintetiza as principais características das normas gerais: a) estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas gerais; b) não podem entrar em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotar o assunto legislado; c) devem ser regras nacionais, uniformemente aplicáveis a todos os entes políticos; d) devem ser regras uniformes para todas as situações homogêneas; e) só cabem quando preencham lacunas constitucionais ou disponham sobre área de conflito; f) devem referir-se a questões fundamentais; g) são limitadas, no sentido de que não podem violar a autonomia dos Estados; h) não são normas de aplicação direta.

Concluindo com a elaboração de seu próprio conceito (MOREIRA NETO, 1988, p. 159) que:

[...] normas gerais são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que

⁹ Netto (1999, p.147) defende que em razão da inexistência de hierarquia legislativa das normas federais, estaduais e municipais, a superveniência de norma federal neste caso não gera a revogação, mas a suspensão dos efeitos jurídicos (eficácia jurídica) por parte da lei estadual, na parte em que ambas forem contraditórias.

deverão ser respeitadas pelos Estados-Membros na feitura das respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações concretas a que se destinam em seus respectivos âmbitos políticos.

Para Farias (1999, p. 294) a limitação da competência da União no estabelecimento de normas gerais não significa que a legislação federal deva ater-se somente ao nível dos princípios e critérios, podendo descer a detalhes de regulamentação, desde que uniformes em todo o país.

De acordo com Leme Machado (2000, p. 78) as normas gerais não precisam abranger necessariamente todo o território brasileiro.

Outrossim, a União ao editar as normas gerais ambientais poderá dispor, por exemplo, somente sobre determinada bacia hidrográfica ou bioma. O que não se admite é a interferência na autonomia dos outros entes, com a edição de leis determinando a criação de órgãos ou regulamentando condutas de caráter administrativo.

O fato de a União editar normas gerais não importa em hierarquia das leis federais sobre as leis estaduais ou municipais, em razão da autonomia deferida aos demais entes, de forma que as limitações extraem o seu substrato da própria repartição de competências da Constituição Federal.

A competência suplementar é correlativa da competência concorrente e significa o poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 479), estando relacionada no §2º do art. 24 e no art. 30, II, que autoriza o Município a suplementar a legislação federal ou estadual no que couber.

Em matéria ambiental, a Constituição atribui explicitamente a competência privativa da União para legislar sobre (art.22): águas e energia (V); jazidas, minas e outros recursos minerais e metalurgia (XII); atividades nucleares de qualquer natureza (XXVI); e, concorrente da União e dos Estados para legislar sobre (art.24): florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais; proteção do meio ambiente e controle da poluição (VI); proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (VIII); responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e

direitos de valor histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (VII). Não enumerando, de forma expressa a edição de normas ambientais pelos Municípios.

Tal omissão não significa que o Município não possua competência legislativa em matéria ambiental, extraindo-se sua atribuição da interpretação sistemática dos arts. 30, I e II da Constituição Federal, que estabelecem a competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal ou estadual, no que couber.¹⁰

Antunes (2001, p. 64) ao tratar da questão pondera que:

Está claro que o meio ambiente está incluído dentre o conjunto de atribuições legislativas e administrativas municipais e, em realidade, os Municípios formam um elo fundamental na complexa cadeia de proteção ambiental. A importância dos Municípios é evidente por si mesma, pois as populações e as autoridades locais reúnem amplas condições de bem conhecer os problemas e as mazelas ambientais de cada localidade, sendo certo que são as primeiras a localizar e identificar o problema. É através dos Municípios que se pode implementar o princípio ecológico de agir localmente, pensar globalmente.

Como ressalta Delgado (2000):

No que se refere ao problema da competência concorrente, entendo que a Constituição Federal excluiu, de modo proposital, o município. Não obstante assim se posicionar, permitiu, contudo, que o município suplementasse a legislação federal e a estadual no que coubesse (art. 30, II, CF), com o que colocou ao alcance do município, de modo não técnico, a competência concorrente. Dentro desse quadro, o município pode legislar sobre meio ambiente (VI, art. 23), suplementando a legislação federal e estadual, em âmbito estritamente local.

Por interesse local compreende-se na lição de Meirelles (2001, p. 109):

Interesse local não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos munícipes. Se se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que o não seja reflexamente da União e do Estado-Membro, como também não há interesse regional ou nacional, que não

¹⁰ Adotando este mesmo entendimento, temos: Meirelles (2001, p. 539), Rodrigues (2005, p. 144), Freitas (2000, p. 67), Silveira (2005, p. 160), Oliveira (2005, p. 70), Milaré (2005, p. 229), Afonso da Silva (1997, p. 53), Farias (1999, p. 312), Leme Machado (2000, p. 353) e Castro (2006, p. 205).

ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação brasileira, através dos Estados a que pertencem. O que define e caracteriza o ‘peculiar interesse’, inscrito como dogma constitucional, é a predominância de interesse do Município sobre o Estado e a União.

Não há, pois, na concepção de interesse local, exclusividade, sendo consentâneo com o equilíbrio federativo, já que “interesse exclusivamente municipal é inconcebível, inclusive por razões de lógica: sendo o Município parte de uma coletividade maior, benefício trazido a uma parte do todo acresce a este próprio todo.” (BASTOS, 1996, p. 281).

Compatibiliza-se ainda com a divisão de competências apresentada na Constituição, pois se ao Município fosse concedida exclusividade para tratar dos assuntos locais, as matérias relacionadas no art. 24, que tratam da competência concorrente, dentre as quais se enquadra a proteção ambiental, não teriam sentido, como deduz Leuzinger (2002, p. 130):

[...] Nesse caso, o fato de tratar-se de matéria local não autoriza o Município a legislar plenamente, ignorando as disposições contidas em diplomas federais e estaduais, até porque, se tal fosse permitido, seria furtada de qualquer sentido a norma inscrita no art. 24 da Carta Federal, já que mesmo de forma indireta as matérias ali tratadas atingem interesses locais.

Para Dias (1982, p.57 *apud* KRELL, 2005, p.182), entretanto, a definição da competência municipal sob a ótica do peculiar interesse local “está ficando superada e com as suas energias esgotadas.”

Krell (2005, p.182) critica a postura dos doutrinadores e das decisões judiciais que, segundo sua opinião “não entram em detalhes a respeito da questão do conteúdo do interesse local”.

Para o Autor (*ibid.*, loc.cit) é necessário compreender o problema sob os enfoques histórico-econômico e administrativo e para chegar uma atitude conciliadora entre o jurídico-constitucional e o administrativo-econômico, ressaltando que essa “concretização de competências não pode ser transferida para responsabilidade exclusiva dos tribunais, tendo a doutrina a obrigação de desenvolver critérios objetivos”, sugerindo que:

Para tal fim, poderá servir a já antiga teoria das escalas, que busca orientar a repartição de competências, encargos e serviços entre os diferentes níveis estatais segundo critérios geográficos, técnicos, financeiros, bem como de poder político e de função administrativa. O

interesse local é, portanto, variável em função da localização geográfica, dimensão, população, tradição, aspectos históricos e culturais, potencialidades, níveis de urbanização, características do solo, aspirações do povo, proximidade ou afastamento dos centros polarizadores, etc.

São justamente esses aspectos variados que deveriam entrar na definição do interesse local, seja na fase de auto-identificação dos municípios na sua Lei Orgânica, seja na concretização legislativa mais genérica por parte dos entes federados ou, por final, na decisão do juiz sobre o caso concreto. Qualquer definição de interesse local deverá, portanto, partir do município concreto e sua realidade [...].

A definição do interesse local como aspecto delimitador da competência municipal é relevante para definição desta. Como conceito aberto é difícil a sua interpretação.

A questão, em nossa opinião, remete-se aos questionamentos da adequação do Município à estrutura federal em confronto com realidade verificada. Compatibilizar a heterogeneidade dos municípios brasileiros com o plano jurídico é um desafio, já que o sistema de repartição de competências na Constituição Federal é rígido, na medida em que temos uma divisão pré-estabelecida de atribuições e não abre espaços para diferenciação dos municípios.

Continuando a análise da competência legislativa, Farias (1999, p. 356), defende que nos conflitos de atribuições, em que não se possa identificar o que sejam normas gerais e especiais ou específicas, devem ser resolvidos pela prevalência da norma que melhor defenda o direito fundamental tutelado, por tratar-se de preceito constitucional que se impõe à ordem jurídica central ou regional, aplicando-se o princípio *in dubio pro natura* para tutela do meio ambiente:

Assim o princípio *in dubio pro natura* deve constituir um princípio inspirador de interpretação. Isso significa que, nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, a escolha deve recair sobre a interpretação mais favorável à proteção ambiental.

Fica assim solucionado o conflito em função da maior restritividade da legislação federal ou estadual, caso não se possa distinguir com clareza que se trata de normas específicas ou gerais. Exemplificando, a proibição regional ou local da pesca de determinadas espécies deve prevalecer sobre norma federal que não preveja tal situação.

Assim, teleologicamente, assegura-se a possibilidade da norma estadual estabelecer proibições, onde a lei federal permita, bem como que a lei federal estabeleça padrões mínimos de proteção ambiental a

serem observados em todo o país, dando-se efetividade à proteção ambiental e ao desenvolvimento auto-sustentável.

Embora seja consenso a importância do princípio do *in dubio pro natura* para proteção do meio ambiente, é evidente que aplicação irrestrita do mesmo altera a ordem de distribuição de competências, já que teoricamente sob tal alegação, poderiam os Estados e Municípios proibir atividades que fossem autorizadas pela União, pondo em risco, em certas situações, o próprio sistema federativo, subvertendo o interesse nacional em prol do regional ou local.

Para Krell (2005, p. 184-185) a teoria da vigência universal de um sistema de proteção máxima em todas as áreas de proteção ambiental é inaceitável, ressaltando que:

[...] Se os Municípios pudessem, de modo geral, exacerbar todas as normas ambientais da União e dos Estados, isso, com certeza, frequentemente significaria também um esvaziamento de decisões políticas das outras entidades estatais, as quais, em certos casos, considera ainda tolerável um certo grau de oneração da natureza e, por isso, aparentemente não querem proibir determinados projetos e atividades. No entanto, esse tipo de disputa de proteção certamente é exceção.

Onde, existem, no entanto, conflitos entre normas de qualidade ambiental da União (esp. Resoluções CONAMA) e normas municipais sobre emissões de efluentes líquidos (Res.20/86), gasosos (Res. 08/90) e os ruídos (Res.02/90), deve se levar em conta que nem todos esses temas guardam, por si, um 'interesse nacional' que justificaria a sua regulamentação por 'normas gerais' da União, no sentido do art. 24, incisos VI e § 1º, CF.

Uma exceção representam os padrões de emissão de poluentes para a água e o ar, onde podemos constatar, ao mesmo tempo, a existência de interesses regionais e locais: as primeiras (= competência do Estados), porque estes meios ecológicos não respeitam fronteiras e costumam atingir mais do que a cidade; as últimas (=competência do Município) em virtude o fato de que a degradação do meio ambiente normalmente se manifesta primeiro e de maneira mais acentuada no local da própria emissão do poluente. Somente nesse caso podemos conceder preferência para a 'norma mais protetora do ambiente', isto é, o valor da emissão mais restritivo, independentemente se estabelecido mediante norma estadual ou municipal.

A dificuldade da questão reside em parte pela fluidez dos conceitos do que seja interesse nacional, regional, local e a sua compatibilização com as particularidades da

proteção do meio ambiente, de origem difusa, cujos problemas desconhecem as fronteiras administrativas delimitadas pelas normas.

Daí, alguns doutrinadores como Silveira (2005, p. 136) defenderem uma flexibilização na delimitação da competência para proteção do meio ambiente, concluindo que:

[...] a atribuição de competência deve, na verdade, transcender a interpretação gramatical ou a definição tipológica apresentada pelo legislador e atender ao peso do interesse predominante (nacional, regional ou local), somado à possibilidade de execução. É dessa combinação de fatores que resulta a fixação dos limites e do poder de legislar. Portanto, a via que nos parece mais adequada é a flexibilização e não a da rígida separação prévia. Na realidade, em matéria ambiental esse tipo de divisão não funciona; a proteção do meio ambiente pertence a todos os entes da federação.¹¹

E, em relação às disposições dos incisos IV, XII do art. 22 da Constituição, que estabelece a competência privativa da União para legislar sobre recursos hídricos e minerais, caberiam aos demais entes federativos dispor sobre tais matérias?

Prevalece na doutrina, o entendimento de que os Estados e Municípios desde que relacionados a aspectos inerentes à proteção do meio ambiente podem legislar sobre tais matérias, já que tanto os recursos hídricos, como os recursos minerais, constituem bens ambientais, enquadrando-se nas atribuições mencionadas nos arts. 24 e 30, II da Constituição Federal.

Como assinala Leme Machado (2000, p. 621):

A União tem competência privativa para legislar sobre 'jazidas, minas e outros recursos minerais e metalurgia' (art.22, XII da CF). Entretanto, a União, os Estados e o Distrito Federal têm competência concorrente para legislar sobre meio ambiente e controle da poluição (art.24, IV).

Há mais uma inter-relação entre essas competências do que exclusão de competências. A jazida e/ou mina não existe isoladamente, sendo que sua exploração terá efeitos no meio ambiente. Dessa forma, o interesse nacional, regional e local devem harmonizar-se no tratamento legal desses temas, deixando-se de lado construções jurídicas

¹¹ FARIAS (1999, p. 30) diz que em todos os Estados federais, inclusive nos Estados Unidos, berço do federalismo, a evolução do sistema aponta para modelos que se distanciam do parâmetro clássico de distribuição estanque de competências, para formulação de um sistema de cooperação entre as diferentes esferas de poder estatal, aperfeiçoando a eficiência e eficácia do Estado.

herméticas ou isolacionistas, contrárias à integração dos interesses privados no interesse social.

Para Antunes (2001, p. 420) cabe “sem dúvida, uma produção legislativa dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios sobre águas, desde que voltada para o combate à poluição e para proteção do meio ambiente.”

1.2.1.2 Competências materiais

As competências materiais, também denominadas de gerais, de execução, de implementação ou administrativas, correspondem ao exercício do poder de polícia e o desempenho de serviços públicos pelos entes federados.

Divide-se em: a) privativa ou exclusiva; b) comum, paralela ou cumulativa.

Em matéria ambiental, a Constituição no artigo 23, estabeleceu a competência comum da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios para: proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (III); impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e outros bens de valor histórico, artístico e cultural (IV); proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (VI); preservar as florestas, a fauna e flora (VII). Ditando no parágrafo único que lei complementar fixará normas de cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar social.

Cretella Júnior (1992, p. 1740) define competência comum como:

[...] a cooperação administrativa, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento do bem-estar, em âmbito nacional, entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, o exercício das funções concomitantes e contínuas, que incidem sobre as matérias constantes dos incisos I a XII do art. 23 da Carta Política de 1988, o auxílio recíproco disciplinado por normas veiculadas por lei complementar federal. Nesta expressão ‘comum’ é sinônimo de concorrente, como o era na Constituição de 1934, art. 10, II (concorrentemente). Trata-se, porém da “concorrência administrativa”.

O exercício da competência material comum obedece a divisão de competências em matéria legislativa, não correspondendo o termo cooperação, como poder ilimitado de atuação, permitindo-se o estabelecimento de uma ordem e divisão de atribuições, como explica Ferreira Filho (1990, p. 184):

É de se observar que o fato de serem as competências aqui enunciadas comuns à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios não importa que estejam todos em pé de igualdade em relação às matérias que visam. Com efeito, sendo a Administração sujeita ao princípio da legalidade, é evidente que a lei é que definirá a tarefa de cada um desses entes. Ora, como se depreende dos parágrafos dos art. 24, a competência legislativa não é distribuída, no campo comum, entre a União, de um lado, Estados, etc., de outro. Assim, em decorrência da legislação pertinente, poderá haver, e normalmente haverá, uma delimitação de esferas entre a União e os demais entes federativos.¹²

Assim, a definição das atribuições no exercício da competência comum ambiental, seguirá as normas prescritas principalmente no art. 24, devendo os Estados e Municípios observar as normas gerais federais que poderão dispor sobre o âmbito de atuação, desde que obviamente, observados os princípios que informam a divisão de competências, como a predominância de interesses e a subsidiariedade.

Em sentido contrário, entretanto, parte da doutrina defende que a competência comum não fica limitada na sua aplicação ao princípio da predominância de interesses, como ensina Rodrigues (2005, p. 147):

Se o pressuposto de atuação da administração pública é o princípio da legalidade (art. 37 da CF/88), decerto que se todos os entes têm aptidão para legislar sobre meio ambiente em razão do domínio de interesse, nada mais lógico que possuam competência material para exercer tais atos no âmbito do respectivo interesse (âmbito de repercussão). Entretanto, a maior inovação do dispositivo, e, certamente aí que se encontrará maior dificuldade e conflitos entre os entes políticos, é o fato de que poderá o Município atuar aplicando a lei federal (sanções, Eia-Rima, licenciamento, etc) para hipóteses em que a situação não seja de interesse local e nem lei municipal tenha regulado aquela hipótese.

¹² Em sentido contrário Neto Lobo (1989, p. 100 *apud* ALMEIDA, 2005, p. 132) entende que na competência comum não pode prevalecer a supremacia de qualquer poder, sendo que a Constituição determina o esforço cooperativo sem hierarquia, sendo a lei complementar prevista no art. 23 distinta das demais normas gerais da competência concorrente, pois é materialmente constitucional, dirigindo-se inclusive à União.

[...] Assim, exemplificando, poderá o Município atuar sancionando o poluidor do dano regional (mais de um Município) que tenha causado ao meio ambiente. Certamente que a idéia foi a de evitar que o meio ambiente fosse prejudicado pela inércia ou demora do ente político ao qual coubesse a atuação administrativa (predominância de seu interesse). Isso não quer dizer que o interesse (nacional, regional ou local) altere a sua substância em razão da atuação administrativa de outro ente político, mas simplesmente permite-se, com adoção desta regra de competência que o Município seja eficazmente atendido.

Complementando, Krell (2004a, p. 99) diz que não é possível que o art. 23 se refira meramente às tarefas de interesse local, que já são da competência exclusiva do município, segundo o art. 30, I, porque neste caso, o art. 23 não teria sentido de existir, concluindo que “no Brasil o sistema tradicional da separação administrativa de competências foi parcialmente revisado pela nova Constituição Federal.”

A questão é bastante complexa, na medida em que a competência comum permite a concorrência de atribuições, o que representa, como já dissemos, a possibilidade de uma prévia partilha de competências, inclusive restringindo a atuação de um ente, com fundamento no princípio da predominância de interesses, contrariando o entendimento em epígrafe.

Vulcanis (2005, p. 531) diz que cada ente federado deve agir, em termos de polícia administrativa, na sua esfera de competência, ditada conforme a natureza do interesse, sendo aplicável, todavia, uma única exceção, que é o caso de omissão do ente legitimado, quando então, poderá ocorrer o exercício da competência supletiva, em nome da salvaguarda do bem meio ambiente, levando tal exegese, com eficiência, o princípio da cooperação estabelecida no art. 23 da Constituição.

Farias (1999, p. 321) ampara-se no princípio da subsidiariedade para solução dos conflitos de atribuições no exercício da competência comum, dizendo que a competência do órgão federal de gestão ambiental é exercida de forma complementar a ação do órgão estadual, na fiscalização e concessão de licenças e autorizações ambientais, não havendo no caso simultaneidade ou hierarquia, mas atuação condicionada subsidiária da competência material.

Para Barroso (1992, p. 127 *apud* FARIAS, 1999, p. 315):

[...] embora as competências sejam comuns, em princípio não há superposição de atribuições. São esferas distintas, autônomas de

atuação. Frequentemente, o exercício do poder de polícia em matéria ambiental virá associado com o poder de polícia já exercido pela entidade em outra área afim, como proteção à saúde, urbanismo, navegação, etc. A omissão da entidade em tese competente poderá ensejar a atuação de outra. [competência supletiva]. Não há dúvida, todavia, que o risco de conflitos de atribuições, existe e caso venham a ocorrer, caberá ao Judiciário dirimi-los, pela interpretação sistemática da Constituição.

Parece-nos que a competência comum, não proíbe a discriminação pelo critério de predominância de interesses, mas juntamente com a compreensão do princípio da subsidiariedade, na medida em que autoriza a atuação supletiva do ente dito superior no caso de omissão do inferior, atende a proteção ampla do meio ambiente, sem que isto represente a perda da competência ou desrespeito à autonomia.

Tal interpretação é a que melhor congrega em nossa opinião o princípio da unidade da Constituição, extirpando entendimentos contraditórios do texto constitucional.

Outro aspecto importante na discussão da competência comum, diz respeito aos efeitos advindos da não regulamentação do parágrafo único do art. 23, que prevê a edição de lei complementar para fixação de normas de cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do bem-estar em âmbito nacional.¹³

Vários doutrinadores, como Milaré (2005, p. 228) defendem que enquanto tal lei complementar não for editada a responsabilidade pela proteção do meio ambiente é comum e

¹³ Existe, em trâmite, na Câmara dos Deputados, o projeto de lei complementar n.12/2003, de autoria do Parlamentar Sarney Filho, que visa a regulamentação dos incisos VI e VII do art. 23, estabelecendo normas para a cooperação entre a União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios no que diz respeito a proteção ao meio ambiente e o projeto de lei complementar n. 03/2003, de autoria de Ronaldo Vasconcellos, que trata da regulamentação do parágrafo único do art.23 da Constituição, estabelecendo normas visando o exercício da competência comum. Há ainda diversos projetos propondo a regulamentação deste dispositivo, referente somente à prestação de serviços públicos na área de saneamento ambiental: PL 72/1999, 234/1998, 118/2000, 145/2000, 159/2000. (Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 20 out. 2006).

O Poder Executivo Federal, pelo Ministério do Meio Ambiente, através das Comissões Tripartites formadas por componentes das três esferas de Governo, apresentou proposta de projeto de lei visando regulamentar os incisos III, VI e VII do art.23 da Constituição Federal (Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/DAI/_arquivos/pl_art23.pdf>. Acesso em: 20 out. 2006).

solidária, não permitindo a definição da atuação dos entes políticos pela predominância de interesses.¹⁴

Vitta (1998, p. 98) ao contrário, entende que o dispositivo é auto-aplicável, concluindo que:

É desnecessária a edição de lei complementar para atuação conjunta das entidades políticas. O art. 23 tem eficácia plena e não necessita de norma infraconstitucional para regulá-lo. De todo o modo, a legislação viria apenas a indicar a maneira pela qual se daria a cooperação entre as entidades, ainda sem ela, porém, é possível se nos afigura a atuação conjunta dos entes políticos estatais, em quaisquer hipóteses, respeitados os limites territoriais.

A edição da lei complementar para justificar o exercício da competência cumulativa, não nos parece adequada, pois compreendemos que a competência comum segue a ordem de distribuição de competências previamente delimitada no texto constitucional, em regra, coordenada pelas normas gerais editadas pela União, não havendo exigência que tal tratamento seja realizado por lei complementar, o que se fosse possível, também retiraria a eficácia dos artigos 24 e 30, II da Constituição Federal, além de outros dispositivos que tratam da competência legislativa.

Neste mesmo sentido é a opinião de Ferreira Filho (1990, p.188) ao afirmar que tal lei complementar não poderá desatender as regras constitucionais de distribuição de competências, estas sim, é que efetivamente comandam e limitam a colaboração em espécie.

Para Ferrari (2005, p. 267) o dispositivo constitucional deve ser interpretado no sentido de favorecimento, o que leva aceitar que a referida lei complementar serve apenas para detalhar a maneira da cooperação, mas sua falta não impede que esta se realize.

Por outro lado, a inexistência da referida lei complementar é mencionada pela doutrina como um dos grandes empecilhos ao funcionamento da política ambiental compartilhada, já que a ausência de um sistema claro de divisão de competências tem conduzido a divergências jurídicas, prevalecendo o entendimento equivocado de superposição de ações, gerando insegurança entre os órgãos ambientais acerca de sua competência.

Na verdade o foco do parágrafo único do art. 23 não é estabelecer uma divisão de competências, já que nem mesmo houve delegação expressa como no parágrafo único do art.

¹⁴No mesmo sentido concordam: Acker (1997), Capelli (2002), Krell (2004b), Fiorillo (2001).

22, que autoriza a União delegar o exercício da competência legislativa aos Estados, mas, realizando uma leitura mais cuidadosa, nos faz perceber que o dispositivo tem por intuito a determinação de mecanismos, instrumentos de cooperação, visando o equilíbrio do desenvolvimento e ao bem-estar nacional.

A competência material privativa ou exclusiva, por sua vez, representa o exercício próprio da execução administrativa, sendo prevista nos artigos. 20, 21, 26 e 30, II a VIII da Constituição Federal.

Vários destes dispositivos possuem interligação com a questão ambiental, como a discriminação no art. 20 dos bens da União (II, III, IV, V, VI VII, VIII, X, XI), que arrola as cavidades naturais, os lagos, os rios e seu domínio, mar territorial, os recursos naturais da plataforma continental, recursos minerais, etc; e do art.26, I, II e III, que discrimina os bens dos Estados.

De acordo com Silveira (2005, p. 137) a titularidade não exclui a atuação de todos os entes da federação em nível administrativo para tutela do meio ambiente, nem tão pouco afasta *a priori* o reconhecimento do poder de legislar dos demais entes da federação que não sejam titulares de tal bem.

Para Leme Machado (2000, p. 117) “o poder de polícia ambiental dos Estados e dos Municípios existe também sobre os bens federais, pois a competência constitucional é *ratione materiae* e não *ratione dominium*”.

Tal tese é justificada ainda pela dimensão dada ao bem ambiental, cuja característica não se confunde com a titularidade do bem, como explica Derani (2001, p. 2821-2832):

Os bens ambientais independentemente de serem públicos ou privados revestem-se de um interesse que os faz ter um caráter público diferente. Mesmo sob o domínio privado tem nele subjacente o interesse da coletividade.

[...] Sem se opor à categoria de bens privados ou públicos, a tutela ambiental impõe aos bens envolvidos na construção da tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado (bens naturais e culturais) um novo valor jurídico, cuja titularidade é de toda coletividade. Há então, uma outra dimensão jurídica sobreposta à dimensão de exercício de

poder individualizado já existente. Esta dimensão é a de fruição de toda a coletividade do conteúdo ambiental do bem.¹⁵

De forma que a gestão administrativa, calcada no exercício do domínio continua privativa do ente, todavia, no que pertine às atividades relacionadas à proteção do meio ambiente, será comum da União, dos Estados e dos Municípios, independentemente da titularidade do bem.

1.3 PANORAMA DA GESTÃO AMBIENTAL NO BRASIL

1.3.1 A Política Nacional do Meio Ambiente

A Lei nº6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente constitui um dos principais diplomas legais do direito ambiental.

Recepcionada pela Constituição Federal de 1988, adotou os mesmos princípios descentralizadores¹⁶ e de cooperação consignados nesta Carta (artigos 23 e 225, *caput*), estabelecendo a atuação da gestão ambiental através do Sistema Nacional do Meio Ambiente-SISNAMA, composto pelos órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, estando a sociedade representada no Conselho Nacional do Meio Ambiente, que inclui a participação de associações, sindicatos do setor produtivo, empresarial, de trabalhadores e organizações não-governamentais.

¹⁵ Fiorillo (2001, p. 54) defende que após o advento da Constituição Federal de 1988 o nosso ordenamento jurídico conta com três distintas categorias de bens: o público, o privado e o difuso. Sendo que os bens relacionados nos artigos 20, II, IV, V e VIII e 26, I, II e III da CF, intitulados como de domínio da União e dos Estados, não permite a conclusão que a Constituição tenha atribuído a eles a titularidade dos bens ambientais. Significa dizer tão somente que serão seus gestores, de forma que toda vez que alguém quiser explorar algum dos aludidos bens deverá estar autorizado pelo respectivo ente federado, portanto este será responsável pela administração do bem e pelo dever de sua preservação.

¹⁶ De acordo Scardua (2003, p. 135) o projeto de lei da PNMA, elaborado pelo MINTER não se opunha à descentralização, sendo que a SEMA tinha como objetivo descentralizar para os estados as ações ambientais, pois já havia percebido que a atuação local era mais efetiva no trato da questão ambiental, de forma que “a concepção da própria lei já apresentava o espírito extremamente descentralizado.”

Como ressalta Oliveira (2005a, p. 45):

A principal qualidade desta legislação foi o reconhecimento que a execução de uma Política Nacional do Meio Ambiente em um país com as dimensões geográficas do Brasil não seria possível se não houvesse a descentralização de ações, acionando-se, para este fim, os Estados e Municípios, em ações que devem estar solidamente embasadas no princípio que o meio ambiente se representa 'um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o seu coletivo'.

A intenção do legislador em trabalhar a gestão ambiental através da construção de um sistema foi exatamente a de permitir a tutela ampla, valorando a atuação local e compatibilizando com a regional e a nacional, permitindo o melhor controle dos impactos ambientais.

Neste aspecto a União e os Estados têm um papel estratégico de coordenação da política, enquanto os Municípios assumem as atividades executivas no âmbito local.

O SISNAMA é estruturado pelos seguintes órgãos:

I - Órgão superior: Conselho de Governo, com a função de assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais;

II - Órgão consultivo e deliberativo: o CONAMA, com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

O CONAMA é formado por representantes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios¹⁷, além de entidades da sociedade civil, efetivando a matriz constitucional que prevê que a tutela do meio ambiente pertence ao poder público e a sociedade. Trata-se de uma instância integradora do sistema, já que congrega os diferentes atores, permitindo a sua participação na construção da política ambiental;

¹⁷ É prevista a participação no CONAMA de 8 representantes dos Governos Municipais que possuam órgão ambiental estruturado e Conselho Municipal de Meio Ambiente deliberativo, sendo: 1 representante de cada região geográfica do país; 1 representante indicado pela

III - Órgão central: Ministério do Meio Ambiente-MMA, responsável pelo planejamento, coordenação, supervisão e controle, como órgão federal da política nacional e diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente;¹⁸

IV - Órgão executor: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA, com a finalidade de executar e fazer executar, como órgão federal, a política e diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente. É a entidade responsável, no âmbito federal, pelo licenciamento e fiscalização das atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;¹⁹

V - Órgãos seccionais: representados pelos órgãos e entidades estaduais responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental;

VI - Órgãos locais: os órgãos ou entidades municipais responsáveis pelo controle e fiscalização das atividades referidas no inciso anterior, nas suas respectivas jurisdições;

VII- Órgãos setoriais: os órgãos ou entidades da Administração Pública Federal direta e indireta, as fundações instituídas pelo Poder Público cujas atividades estejam associadas às de proteção da qualidade ambiental ou àquelas de disciplinamento do uso de recursos ambientais, como, por exemplo, os Ministério da Agricultura, da Saúde, da Fazenda, da

Associação Nacional dos Municípios e Meio Ambiente- ANAMMA e 2 representantes indicados por entidades municipalistas de âmbito nacional.

¹⁸ Inicialmente competia a Secretaria Especial da Presidência da República-SEMA as atribuições hoje deferidas ao órgão central do SISNAMA. Esta Secretaria foi criada pelo Decreto nº 73.030/1973.

A SEMA foi extinta pela Lei nº 7.735/1989 e posteriormente, foi criada a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República-SEMA/PR pela Lei nº 8.028/1990. A Lei nº 8.490/1992 transformou a SEMA/PR em Ministério do Meio Ambiente, que foi alterado pela Lei nº 8.746/1993, cuja denominação passou a ser Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal, tendo a MP nº 813/1995, o transformado o órgão em Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal e a MP nº 1.795/1999 alterado novamente a sua denominação para Ministério do Meio Ambiente.

Atualmente as atribuições e estrutura do MMA são reguladas pela Lei nº 10.693/2003 e Decreto nº 5.776/2006.

¹⁹ O IBAMA advém da extinção de quatro órgãos: Secretaria Especial do Meio Ambiente – SEMA, Superintendência da Borracha-SUDHEVEA, Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal-IBDF e Superintendência do Desenvolvimento da Pesca-SUDEPE.

Defesa, de Minas e Energia e as Agência Nacional de Águas-ANA e de Energia Elétrica – ANEEL ²⁰.

O SISNAMA representa apenas uma estrutura de colaboração, não se configurando como uma estrutura hierárquica, de forma que não há superioridade entre os órgãos federais em relação aos estaduais e municipais, seguindo a ordem de partilha constitucional de competências e respeitando a autonomia de cada ente.

A integração dos órgãos do SISNAMA é realizada através da celebração de convênios de cooperação ou para delegação de competências.

A norma prevê ainda a instituição de um Sistema Nacional de Informações sobre Meio Ambiente-SINIMA, como mecanismo de intercâmbio de informações entre os órgãos integrantes do SISNAMA.²¹

A lei arrola como instrumentos da política ambiental (art.9º):

I) o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental;

II) o zoneamento ambiental;

III) a avaliação de impactos ambientais;

IV) o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;

V) os incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental;

²⁰ A Lei nº 6.938/1981 não qualifica expressamente os órgãos setoriais no rol dos órgãos que compõem o SISNAMA, embora o § 3º do art. 6º faça menção a estes, ao delimitar que “Os órgãos central, setoriais e seccionais...”.

O Decreto nº 99.274/1990, que regulamenta a referida lei, ao contrário, amplia os órgãos seccionais, incluindo os órgãos setoriais (embora não se refira expressamente a estes), ao determinar que são considerados órgãos seccionais, tanto os órgãos ou entidades da administração direta e indireta, as fundações instituídas pelo poder público cujas atividades estejam associadas às de proteção da qualidade ambiental, ou àquelas de disciplinamento do uso de recursos ambientais, bem como os órgãos e entidades estaduais responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental. Não fazendo referência aos órgãos setoriais.

A classificação acima é adotada com fundamento na interpretação da doutrina, em especial de Antunes (2001, p.79), Afonso da Silva (1997, p.156) e Sirvinskas (2006, p.143).

²¹ A Lei nº 10.650, de 16 de abril de 2003, dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do SISNAMA.

VI) a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipal, tais como áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas;

VII) o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente;

VIII) o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumento de Defesa Ambiental;

IX) as penalidades disciplinares ou compensatórias não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental;

X) a instituição do Relatório de Qualidade do Meio Ambiente, a ser divulgado anualmente IBAMA;

XI) a garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes;

XII) o Cadastro Técnico Federal de atividades potencialmente poluidoras e/ou utilizadoras dos recursos ambientais;

XIII) instrumentos econômicos, como: concessão florestal, servidão ambiental, seguro ambiental e outros.²²

1.3.2 Dificuldades na execução da política ambiental compartilhada

Diferentemente da concepção constitucional e legal que estruturou um sistema coordenado e cooperativo, visando à gestão ambiental compartilhada, a realidade tem demonstrado ações desarticuladas, com sobreposições e omissões de funções dos entes federados, como observa Capelli (2002):

Muito embora a Lei nº 6.938/81 tenha idealizado pelo Sistema Nacional do Meio Ambiente-SISNAMA a estrutura dos órgãos dedicados à realização da gestão ambiental em nosso país, o certo é que o sistema tem-se demonstrado ineficiente, caracterizando-se por diversos conflitos de natureza institucional.

O esperado federalismo cooperativo não é aplicado. Inexiste coordenação entre as esferas administrativas distintas e, até, entre as esferas administrativas do mesmo nível hierárquico. No mais das vezes o que se vê é, alternativamente, a omissão de todos os órgãos ou a competição entre eles para o exercício do licenciamento ambiental ou aplicação das sanções administrativas.

²² Este inciso foi incluído pela Lei nº 11.284/2006.

Há inúmeros problemas de ordem administrativa, como falta de técnicos nos órgãos estaduais e municipais de meio ambiente, falta de capacitação dos servidores e infra-estrutura, carência de recursos financeiros (SCARDUA, 2003, p. 3), que corroboram para esta realidade.

A situação é mais crítica nos Municípios, principalmente naqueles menores, já que a grande maioria não assumiu suas funções constitucionais de gestão do meio ambiente.

Dados do IBGE (2005) destacam que a relação entre a quantidade de funcionários ativos nos órgãos municipais de meio ambiente e o contingente de servidores é de apenas 1%, sendo que destes só 20% possuem curso superior. Somente 6% dos Municípios possuem secretarias exclusivas de meio ambiente e 51% dos Municípios com até 5.000 habitantes não possuem sequer estrutura institucional.²³

As dificuldades na implantação da política ambiental municipal sobrecarregam os Estados, especialmente nas atividades de controle ambiental, como o licenciamento e a fiscalização, prejudicando a própria proteção do meio ambiente.

Tal panorama decorre em parte da estrutura do próprio sistema federativo adotado na Constituição de 1988, que ao elevar os Municípios à categoria de entes autônomos padronizou o tratamento, desconsiderando a heterogeneidade da realidade municipal brasileira, além de atribuir-lhes inúmeras competências sem o devido respaldo administrativo e financeiro, já que parte significativa da receita tributária pertence à União e aos Estados²⁴:

No Brasil, a autonomia municipal é padronizada e estabelecida na Constituição Federal. Entretanto, poucos são os Municípios que têm a capacidade de exercer a autonomia política, gerar recursos fiscais e administrar as demandas locais e executar a política pública. A ausência de variações na definição de funções e competências dos Municípios, pela via constitucional ou por delegação dos Estados, cria expectativas irrealizáveis na maior parte dos governos locais. Os pequenos Municípios comportam-se mais como grupos de interesse

²³ Perfil dos Municípios Brasileiros - Meio Ambiente 2002.

²⁴ Como recorda Bremaeker (2006), a solução para o equacionamento dos problemas enfrentados pelos Municípios, estaria segundo muitos, na implementação de um novo pacto federativo, que definisse as responsabilidades de cada esfera de Governo e que lhes garantisse os recursos financeiros imprescindíveis para atendimento das necessidades de cada ente federado, o que se daria pela via de uma ampla reforma tributária.

com *status* político do que organizações governamentais. (TOMIO, 2005)

A maioria dos Municípios existentes no Brasil têm menos de 20.000 habitantes, cerca de 73%, sendo que nestes residem apenas 20% da população do país (IBGE, 2001). A ausência de governabilidade nestes gera um quadro institucional grave, uma vez que a lei não os exime de cumprir suas obrigações, o que se reflete na atuação da política ambiental, como demonstram os indicadores retromencionados.

Outra crítica levantada à consolidação da gestão ambiental são as práticas clientelistas e coronelistas, ligadas ao poder local “que poderão influenciar a forma de atuação dos órgãos municipais de meio ambiente, possibilitando maior desagregação e gerando externalidades negativas para a área ambiental” (SCARDUA; BURSZTYN, 2003, p. 307).

No que pese o reconhecimento da importância da municipalização da gestão ambiental, em razão da proximidade dos problemas e a maior facilidade em solucioná-los, não se pode negar que as interferências políticas são maiores no nível local.

A solução de acordo com Novaes (2003, p. 127):

[...] para minimizar esta possibilidade, oriunda da fragilidade das instituições locais, é, de um lado, o diálogo e a construção de um pacto consensuado, o que diminui enormemente a possibilidade de desrespeito às regras do jogo estabelecidas; de outro, controle social, especialmente a partir do fortalecimento dos conselhos municipais de meio ambiente e de uma forte atuação e engajamento do Ministério Público no processo de descentralização.

A participação social é colocada como meta necessária na formulação da gestão ambiental local, como forma de evitar e minimizar tais práticas. Para Scardua (2003, p. 199) “a participação social é o instrumento que mais deve ser aperfeiçoado e fortalecido do sistema, pois, nele repousa a garantia de que a qualidade ambiental está sendo preservada.”

A configuração do modelo de distribuição de competências adotado pela nossa Constituição impede uma ação mais coordenada do poder central, já que é vedada a imposição de obrigações administrativas aos demais entes federados por parte da União ou dos Estados em relação aos Municípios.²⁵

²⁵ De acordo com Krell (2003) na Alemanha a autonomia municipal é limitada [os Municípios não são entes federados], podendo os Estados controlar as atividades exercidas pelos Municípios no aspecto administrativo.

A atuação do SISNAMA e dos pactos de descentralização da gestão ambiental, por exemplo, são todos consensuais, celebrados via convênios administrativos, que não autorizam juridicamente a imposição de requisitos pela União e Estados, como por exemplo, a exigência de criação de conselhos municipais, contratação de técnicos especializados para o licenciamento, etc, em razão da autonomia municipal.²⁶

De acordo com Krell (2004b, p. 3768):

Por falta de obrigatoriedade jurídica da participação ativa de seus pretensos órgãos seccionais e locais, os mencionados sistemas nacionais [SISNAMA] e estaduais [SEMAM] funcionam somente mediante o uso de meios indutivos, isto é, a oferta de ajuda material através de programas e fundos, sob a condição de que os governos interessados tomem as providências administrativas concebidas nas leis superiores (v.g.: criação de secretarias e conselhos, elaboração de planos e projetos, alcance de certas metas, etc). Esta participação, no entanto, não possui caráter vinculante ou permanente (como acontece em outros países), podendo os integrantes abandonar os referidos organismos administrativos a qualquer momento, o que contribui para sua instabilidade.

[...] Na verdade, toda a estrutura desse sistema, até hoje, representa mera moldura que precisa ser preenchida através de convênios livremente celebrados entre União, Estados e Municípios.

O anteprojeto da Assembléia Nacional Constituinte Subcomissão dos Municípios e Regiões, quando da elaboração da Constituição de 1988, previa uma regulamentação diferente do texto aprovado, dispondo que:

Art. 9º - Compete privativamente aos municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse municipal predominante;

[...]

III - organizar e prestar os serviços públicos locais;

§ 1º - as atribuições dos municípios poderão variar segundo as particularidades locais, sendo, entretanto, de sua competência exclusiva os serviços e atividades que digam respeito ao seu peculiar interesse, tais como: [...]

§ 3º - Os municípios poderão prestar outros serviços e desempenhar outras atividades, mediante delegação do Estado e da União, sempre que lhes forem atribuídos os recursos necessários.

§ 4º - As particularidades locais, para efeito da variação a que se refere o § 1º deste artigo, serão definidos em lei complementar estadual.

²⁶ O Código de Meio Ambiente do Rio Grande do Sul, Lei nº 11.520/2000, neste sentido, é inconstitucional ao submeter o exercício da competência dos Municípios para o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras de impacto local à celebração de convênio ou outro instrumento legal. Além de conceder ao Conselho Estadual do Meio Ambiente a aprovação para definir “em razão da natureza, características e complexidade, a lista de tipologias dos empreendimentos ou atividades de impacto local” (art. 69).

Para Souza Silveira (2002) os entes federados ainda não desenvolveram uma cultura cooperativa capaz de reconhecer interesses comuns para cuja representação e defesa devam ser institucionalizados mecanismos permanentes e estáveis de relação, vigorando, regra geral, um isolacionismo contraproducente.

Esse isolacionismo é denominado por Abrúcio (2005) de “municipalismo autárquico”, em que os municípios agem como “uma unidade legítima e separada das demais, o que é uma miopia em relação aos problemas comuns em termos micro e macrorregionais”, prejudicando a integração das políticas públicas.

Como ressalta o ilustre sociólogo (2005):

[...] O *modus operandi* cooperativo é fundamental para otimizar a utilização de recursos comuns, como nas questões ambientais ou problemas de ação coletiva que cobrem mais de uma jurisdição (caso dos transportes metropolitanos); para auxiliar governos menos capacitados ou mais pobres a realizarem determinadas tarefas e para integrar melhor o conjunto de políticas públicas compartilhadas, evitando o jogo de empurra entre os entes. Ainda é peça-chave no ataque a comportamentos financeiros predatórios, que repassam custos de um ente à nação, como também na distribuição de informação sobre as fórmulas administrativas bem-sucedidas, incentivando o associativismo intergovernamental.

Não se pode esquecer, também, que o modelo cooperativo contribui para elevar a esperança quanto à simetria entre os entes territoriais, fator fundamental para o equilíbrio de uma federação.

A cooperação entre os entes, de acordo com Justen Filho (2005), é indispensável para ampliação da legitimidade democrática e afirmação da eficiência da atividade administrativa do Estado.

Outro empecilho à consolidação da gestão ambiental compartilhada é a existência de divergências jurídicas em relação ao exercício da competência ambiental, como por exemplo, temos a divergência se o Município tem ou não competência para licenciar, assim como não há um posicionamento claro acerca do exercício da competência fiscalizatória, como iremos demonstrar no capítulo II.

As divergências jurídicas em relação à competência ambiental tem gerado um quadro de instabilidade, provocando em muitos casos a judicialização de processos, corroborando

para ineficiência das ações estatais, além de fragilizar o poder público diante do setor privado, já que:

[...] a desarticulação entre o poder público de esferas distintas, ou mesmo dentro de um ente político, tem propiciado o fortalecimento do setor privado, esse historicamente organizado, fazendo com que o Estado se mantenha refém de decisões implementadas à sua revelia, tornando-o um mero mitigador de impactos previamente engendrados (CAPELLI, 2002).

Corroborando com este problema, segundo a doutrina, a ausência da regulamentação dos instrumentos constitucionais operacionalizadores das relações intergovernamentais, como o parágrafo único do art. 23 e o art. 241 da Constituição, sendo que este último fora regulamentado pela Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

O Ministério do Meio Ambiente criou pela Portaria nº 189/2001, as Comissões Tripartites, com participação das três esferas de poder, por meio de representantes do próprio Ministério, da ABEMA e ANAMMA, para elaboração de ações destinadas à gestão compartilhada e solidária, que inclui como tema principal a regulamentação do parágrafo único do art. 23, já tendo, inclusive sido elaborado proposta de projeto de lei complementar.

O tema chegou a ser objeto de seminário específico, coordenado pelo Ministério do Meio Ambiente, no ano de 2004, no Rio de Janeiro, com o título de “Repartição de competências-regulamentação do art. 23 da Constituição Federal e o Fortalecimento do SISNAMA”²⁷.

A regulamentação do dispositivo também foi relacionada como ação prioritária para consolidação da gestão ambiental compartilhada na II Conferência Nacional do Meio Ambiente realizada pelo MMA (2005)²⁸, na Carta de Salvador elaborada pela ABEMA (2006)²⁹ e na Carta de Blumenau da ANAMMA (2006)³⁰.

²⁷ As conclusões do seminário estão disponíveis no site do Ministério do Meio Ambiente: <<http://www.mma.gov.br/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=23&idConteudo=1659>>. Acesso em: 20 nov. 2006.

²⁸ Deliberação item 5.1, subitem 20: “Garantir a regulamentação do parágrafo único do art.23 da Constituição Federal que estabelece regras para a distribuição de competências entre os entes federados, possibilitando maior integração entre as ações dos órgãos setoriais do Sisnama”

²⁹ “A efetiva estruturação do SISNAMA, como entidade máxima da gestão ambiental brasileira, com a edição de Lei Complementar que regulamente o artigo 23 da Constituição Federal - que trata da competência concorrente entre União, Estados e Municípios;”

Embora tenha se demonstrado que a inexistência da lei complementar, sob o aspecto jurídico, não autoriza a atuação sobrepostas dos entes políticos, não há como negar o seu efeito “didático”, na medida em que apaziguará as divergências, definindo de forma mais clara a divisão de competências, evitando conflitos de atribuições entre os órgãos ambientais.

Em relação ao art.241 da Constituição Federal, antes da edição da Lei nº 11.107/2005, colocava-se a necessidade de regulamentação deste dispositivo para viabilizar os mecanismos e instrumentos de pactuação da gestão associada de serviços públicos entre as diferentes esferas de Governo.

A ausência de um regramento legal da matéria gerava insegurança jurídica na celebração dos consórcios públicos, prejudicando o estabelecimento destes acordos.

Em relação à política ambiental, a Agenda 21 brasileira já enumerava como ação prioritária:

Regulamentar o artigo 241 da Constituição Federal para fortalecer a cooperação intermunicipal, por meio do estímulo aos consórcios que integram as microrregiões, possibilitando o desenvolvimento de planos de desenvolvimento sustentável, que identifiquem a sua vocação produtiva, atentos à integridade de seus recursos naturais e às exigências do meio ambiente urbano.

A Lei nº 11.107/2005, que dispõe sobre “normas gerais para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios contratarem consórcios públicos para realização de objetivos de interesse comum”, alterou o tratamento doutrinário até então conferido a figura dos consórcios, concedendo-lhes personalidade jurídica e permitindo a celebração destes acordos entre os diferentes entes políticos.

Os consórcios são apontados como uma ferramenta para suprir os problemas de carência com pessoal, infra-estrutura e recursos financeiros, verificado, sobretudo nos municípios menores, propiciando a institucionalização da gestão ambiental local.

Outro aspecto importante diz respeito a utilização dos consórcios como meio de integração da União, Estados, Distrito Federal e Municípios permitindo uma atuação conjunta para a solução os problemas ambientais, uniformizando procedimentos e a legislação ambiental, diminuindo os conflitos de atribuições.

³⁰ “Regulamentação do artigo 23 da Constituição Federal, que se encontra no Congresso causando insegurança jurídica nas ações produtivas e empreendedoras criando sobreposição de competências.”

Em relação ao licenciamento e à fiscalização ambiental, os consórcios públicos poderão servir como instrumentos para aplicação destes, permitindo a formação de uma estrutura que propiciará um maior controle das atividades poluidoras.

No capítulo seguinte discorreremos, pois, sobre o licenciamento e a fiscalização ambiental, tratando de aspectos relacionados ao seu funcionamento e às controvérsias jurídicas sobre exercício da competência.

A abordagem desses temas é necessária para atingir o objetivo geral da presente dissertação, fornecendo os elementos teóricos para análise da matéria.

CAPÍTULO II - DA COMPETÊNCIA PARA O EXERCÍCIO DO LICENCIAMENTO E DA FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL

2.1 LICENCIAMENTO AMBIENTAL

2.1.1 Aspectos gerais do licenciamento ambiental

O licenciamento ambiental constitui exigência legal, prevista no art. 10 da Lei federal nº 6.938/1981, para a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental.

Relacionado como um dos instrumentos da política nacional do meio ambiente, o licenciamento e a revisão de atividades efetivas ou potencialmente poluidoras (art. 9º, IV), constitui atividade típica de poder de polícia.

Encontra respaldo na Constituição Federal, no art. 225, § 1º, inc. IV, que trata da exigência de estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente poluidora ou degradadora do meio ambiente, referindo-se de forma indireta ao licenciamento ambiental, já que a análise do estudo constitui fase deste procedimento³¹.

O licenciamento no Brasil teve como precursor as exigências estabelecidas no Decreto-lei nº 303, de 23 de fevereiro de 1967, que criou o Conselho Nacional de Controle da Poluição Ambiental-CNCPA.

Esse previa a celebração de termo de compromisso entre os empreendedores e os Municípios para a construção, ampliação, reforma, reconstrução, adaptações e instalações industriais, comerciais ou correlatos do interessado, além da apresentação de projetos, detalhes ou fluxogramas assinados por profissional responsável pelas instalações de tratamento ou de controle da poluição ambiental.³²

³¹ De acordo com Queiroz (2005, p. 424) no modelo americano a avaliação de impacto ambiental é o próprio licenciamento, ou seja, não há licenciamento sem a realização do Estudo de Impacto Ambiental e o respectivo Relatório. Já no modelo francês, adotado no Brasil, a avaliação de impacto ambiental constitui uma exigência do licenciamento.

³² Revogado pela Lei nº 5.318, de 26 de setembro de 1967.

O Decreto-lei 1.413, de 14 de agosto de 1975, determinava que indústrias instaladas ou a se instalarem em território nacional deveriam promover as medidas necessárias a prevenir ou corrigir os inconvenientes e prejuízos da poluição e da contaminação do meio ambiente, definidas pelo órgãos federais competentes, autorizando o cancelamento ou a suspensão do funcionamento de estabelecimentos industriais cujas atividades fossem consideradas de alto interesse do desenvolvimento e da segurança nacional. A norma autorizava ainda os Estados e Municípios a estabelecer, no limite das respectivas competências, condições para o funcionamento de empresas, respeitados os critérios, normas e padrões fixados pelo Governo Federal.

A Lei nº 6.803, de 2 de julho de 1980, exigia o licenciamento ambiental de estabelecimentos industriais pelos Estados, restrito àqueles empreendimentos localizados em áreas críticas de poluição.

Todavia, o licenciamento ambiental como é hoje conhecido foi estruturado inicialmente na legislação dos Estados, alguns antes mesmo do Decreto-lei nº 1413/1975.

O Decreto-lei nº 134, de 16 de junho de 1975, do Estado do Rio de Janeiro, impunha às pessoas físicas e jurídicas, inclusive às entidades da administração direta estadual e municipal, cujas atividades industriais, comerciais, agropecuárias, domésticas, públicas, recreativas e outras, que pudessem ser causadoras de poluição, submetessem, antes de sua construção e instalação, os projetos, planos e dados característicos da poluição ambiental à aprovação da Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente-FEEMA, além de exigir prévia autorização da Comissão Estadual de Meio Ambiente-CECA para sua operação e funcionamento.

Da mesma forma os Estados de São Paulo (Lei nº 997, de 31 de maio de 1976), Alagoas (Lei nº 3.859, de 03 de maio de 1978), Goiás (Lei nº 8544, de 17 de outubro de 1978), Paraná (Lei nº 7.109, de 17 de janeiro de 1979), Mato Grosso do Sul (Lei nº 90, de 2 de junho de 1980), Pernambuco (Lei nº 8.361, de 26 de setembro de 1980), Santa Catarina (Lei nº 5.793, de 15 de outubro de 1980), Bahia (Lei nº 3.858, de 3 de novembro de 1980), Maranhão (Lei nº 4.154, de 11 de novembro de 1980) e Rio Grande do Sul (Lei

nº 7.488, de 14 de janeiro de 1981)³³ editaram normas exigindo o licenciamento ambiental, que se tornou efetivamente obrigatório em todo o país com a Lei nº 6.938/1981.

O conceito normativo do licenciamento é apresentado no inc. I do art. 1º da Resolução CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997:

I-Licenciamento ambiental : procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos ou atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

Extrai-se inicialmente do conceito que o licenciamento constitui um procedimento administrativo³⁴, assim compreendido como:

[...] a seqüência de atividades da Administração, interligadas entre si, que visa alcançar determinado efeito final previsto em lei. Trata-se, pois de atividade contínua, não instantânea, em que os atos e operações se colocam em ordenada sucessão com a proposta de chegar-se a um fim predeterminado (CARVALHO FILHO, 2004, p. 132).

Oliveira (2005a, p. 361) ensina que o licenciamento é um único procedimento administrativo, que se divide em três etapas claramente demarcadas, havendo necessidade da obtenção das três licenças, cada uma em uma fase de implantação do empreendimento, sendo exigidas licenças para³⁵: I) a aprovação da concepção do projeto e da localização, com a emissão da Licença Prévia -LP, que é concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade, atestando a sua viabilidade ambiental; II) a realização da instalação do empreendimento ou atividade, avaliando os planos e programas e projetos aprovados e incluindo medidas de controle e condicionantes, com a emissão da respectiva Licença de Instalação-LI; III) o funcionamento da atividade ou empreendimento, adotando as medidas de controle e condicionantes técnicas previstas na Licença de Operação-LO.

Como procedimento único, a fase anterior sempre condiciona a posterior, de forma que para obtenção da LO, haverá necessidade da obtenção da LI e para esta da LP.

³³ Confira Leme Machado (2000, p. 254-261).

³⁴ Meirelles (1999, p.614) define processo como o conjunto de atos coordenados para obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo, sendo o procedimento, o modo de realização do processo, ou seja, o seu rito processual.

³⁵ Art. 19 do Decreto nº 99.274/1990 e art. 8º da Resolução CONAMA nº 237/1997.

Embora não haja uma licença própria para ampliação, esta constitui uma exigência da lei, devendo para tanto se observar o procedimento especificado, com emissão da LP, LI e LO ou, ainda, o órgão ambiental poderá estabelecer uma licença ambiental específica, estabelecendo um procedimento simplificado, como autoriza os artigos 9º e 12 da Resolução CONAMA nº 237/1997.

O Decreto federal nº 4.320, de 22 de agosto de 2002³⁶, regulou no âmbito nacional o licenciamento corretivo, determinando aos empreendimentos implantados e em operação antes da edição do decreto que regularizem sua situação junto ao órgão ambiental, no prazo de 12 meses contados da publicação deste, mediante licença de operação corretiva ou retificadora.

A locução efetivo, utilizada no conceito de licenciamento, tem por conotação aquilo que é certo, real, verdadeiro, enquanto que potencial “é algo que tenha possibilidade (capacidade) de causar poluição” (CONSTANTINO, 2001, p. 193).

A Lei nº 6.938/1981 define meio ambiente, degradação, poluição, poluidor e recursos naturais como:

Art.3º-Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I- meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora³⁷.

³⁶ Regulamenta a Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação –SNUC.

³⁷ Inciso V com redação dada pela Lei nº 7.804/1989.

A expressão meio ambiente utilizada pela Lei, de acordo com Rodrigues (2005, p. 65), engloba não apenas a idéia de espaço, de simples ambiente, mas vai além, significando o conjunto de relações (físicas, químicas e biológicas) entre os seres vivos (bióticos) e não vivos (abióticos) ocorrentes nesse ambiente e que são responsáveis pela manutenção, abrigo e regência de todas as formas existentes nesse ambiente.

A degradação ambiental no sentido jurídico, não representa qualquer degradação, mas apenas a alteração adversa, que provoque “efetiva perda de qualidade ambiental, com a deterioração dos elementos componentes de um determinado ambiente, seja ele natural ou artificial” (ANTUNES, 2005, p. 61) e para que seja caracterizada a poluição é necessário que ocorra as disposições tipificadas nas alíneas do inciso III mencionado, já que:

[...] não é toda a poluição que se torna condenável; poluição sempre existiu e sempre existirá, mas para ser considerada como tal, a modificação ambiental deve influir de maneira nociva ou inconveniente, direta ou indiretamente, na vida, na saúde, na segurança e no bem-estar da população, nas atividades sociais e econômicas da comunidade, na biota ou nas condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente (AFONSO DA SILVA, 1997, p.12).

A definição legal destes elementos é importante para caracterização das atividades a serem licenciadas, uma vez que passou a ser crime, pela Lei nº 9.605/1998, a conduta de construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimento, obra ou serviço potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais ou regulamentares, submetendo o infrator à pena de detenção de um a seis meses, ou multa, ou ainda ambas as penas cumulativamente (art. 60).³⁸

Além de configurar infração administrativa, permitindo a aplicação de multa, variável de R\$ 500,00 a R\$ 10.000.000,00 (art. 44 do Decreto nº 3.179/1999).

A Resolução CONAMA nº 237/1997 arrola as atividades a serem licenciadas no Anexo 1, prevendo o detalhamento e complementação pelos órgãos ambientais (art. 2º, §§ 1º e 2º).

³⁸ A Lei nº 9.605/1998 qualifica como condutas criminosas relacionadas com a exigência do licenciamento as tipificadas nos artigos: 29, *caput*, §1º, I e III; 31; 33, II; 46, 55, 67.

Este rol, como entende majoritariamente a doutrina é meramente exemplificativo, permitindo a exigência do licenciamento ambiental de quaisquer empreendimentos ou atividades que se enquadrem nas exigências legais.³⁹

Observa-se que a lei considera como poluidor também as pessoas jurídicas de direito público, sendo exigível o licenciamento ambiental dos órgãos e entidades do poder público⁴⁰.

A licença ambiental, por sua vez, é conceituada como (Art.1º, II da Resolução CONAMA nº 237):

II- Licença ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, ou que de qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

Por ato administrativo, entende-se, toda a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria (MEIRELLES, 1999, p. 132)⁴¹.

O termo licença, no direito administrativo, diferencia-se da autorização, conferindo efeitos jurídicos diversos dependendo da qualificação que se dê ao ato, já que a licença corresponde a um ato vinculado e definitivo, mesmo que conferido a termo (com prazo especificado de validade), sendo obrigatória a sua concessão se o interessado preencher os requisitos legais e gerando direito à indenização no caso de revogação por parte da Administração.

Enquanto que, a autorização, resulta em ato discricionário e precário, podendo ser ou não concedida com base na conveniência e oportunidade da Administração em permitir a

³⁹ Confira: Fink; Macedo (2004, p.18); Oliveira (2005a, p. 297); Sirvinskas (2006, p. 124).

⁴⁰ A própria Lei nº 8.666/1993, que dispõe sobre a licitação e contratação de compras, serviços e obras pela administração pública exige que o projeto básico deva ser elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento (art.6º,IX).

⁴¹ Meirelles (ibidem, p. 169) agrupa os atos administrativos em cinco espécies: I) normativos (decretos, regulamentos, resoluções, etc); II) ordinatórios (circulares, portarias, ofícios, etc);

atividade, não gerando direito subjetivo ao interessado na sua obtenção ou continuidade, permitindo a revogação sem indenização, como explica Medauar (2006, p. 337):

A licença é ato administrativo vinculado pelo qual o poder público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, possibilita-lhe a realização de atividades ou de fatos materiais, vedados sem tal apreciação. A licença supõe apreciação do poder público no tocante o exercício de direito que o ordenamento reconhece ao interessado; por isso não pode ser negada quando o requerente atende a todos os requisitos legais para sua obtenção. Uma vez expedida, traz o pressuposto da definitividade, embora possa estar sujeita a prazo de validade e possa ser anulada ante ilegalidade superveniente. A licença se desfaz, ainda, por cassação, quando o particular descumprir requisitos para o exercício da atividade, e por revogação, se advier motivo de interesse público que exija a não realização da atividade licenciada, cabendo, neste caso, indenização ao particular [...]

A autorização apresenta-se como ato administrativo discricionário e precário, pelo qual a Administração consente no exercício de certa atividade; portanto inexistente direito subjetivo à atividade; no âmbito do poder de polícia, diz respeito ao exercício de atividades cujo livre exercício pode, em muitos casos, constituir perigo ou dano para a coletividade, mas que não é oportuno impedir de modo absoluto; por isso, a autoridade administrativa tem a faculdade de examinar, caso a caso, as circunstâncias de fato em que o exercício pode se desenvolver, a fim de apreciar a conveniência e oportunidade da outorga.[...].

Discute-se a natureza jurídica da licença ambiental, se correspondente à licença ou à autorização administrativa⁴².

Para Leme Machado (2000, p. 243) o licenciamento ambiental passou a ser feito pelo sistema de autorizações, em razão da expressão utilizada no art. 170, parágrafo único da Constituição Federal, que indica que o livre exercício da atividade econômica independe da autorização dos órgãos públicos, exceto nos casos previstos em lei, invocando ainda o disposto nos artigos 9º, IV e 10, § 1º da Lei nº 6.938/1981, que referem-se à renovação e revisão do licenciamento, concluindo que:

III) negociais (licenças, permissões, autorizações, admissão, etc); IV) enunciativos (certidões, atestados, pareceres); V) punitivos (multa, interdição e destruição de coisas).

⁴² Defendendo que a licença ambiental constitui autorização temos: Leme Machado (2000, p. 43) e Mukai (2002, p. 80).

Em sentido contrário, entendendo que se trata de licença: Figueiredo (2002, p. 20); Fiorillo (2001, p. 63), Oliveira (2005a, p. 308), Martins (2005, p. 201); Medauar (2006, p. 337), Sirvinskas (2006, p. 131).

[...] tais termos indicam que a Administração pode intervir periodicamente para controlar a qualidade ambiental da atividade licenciada. Não há na 'licença ambiental' o caráter definitivo [...]."⁴³

O Tribunal de Contas da União, na Cartilha de Licenciamento Ambiental (2004, p. 11) define a licença ambiental como autorização, emitida pelo poder público competente, concedida ao empreendedor para que exerça o seu direito à livre iniciativa, desde que atendidas as precauções requeridas, a fim de resguardar o direito coletivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Referindo-se expressamente, que a licença ambiental é um ato precário.

Mas como pondera Antunes (2001, p. 101):

A licença ambiental não pode ser reduzida à condição jurídica de simples autorização, pois os investimentos econômicos que se fazem necessários para implantação de uma atividade utilizadora de recursos ambientais, em geral, são elevados. Por outro lado, a concessão de licenças com prazos fixos e determinados demonstra que o sentido de tais documentos é o de impedir a perenização de padrões que, sempre, são ultrapassados tecnologicamente.

Além do que a referência no texto constitucional do termo autorização, dentro de uma interpretação sistemática da Constituição, não permite afirmar que a norma adotou o regime administrativo das autorizações, devendo extrair a natureza jurídica “não por força da mera utilização da palavra, mas por força da forma como foi positivada na Constituição e nas disposições legislativas” (MARTINS, 2005, p. 192).

Oliveira (2005a, p. 308) ao discorrer sobre a questão conclui que:

Assim como as demais licenças administrativas, ela é definitiva, no sentido de que, durante o seu prazo de validade-regra geral- ela não pode ter suas condicionantes modificadas. O que não impede que o Poder Público, a qualquer momento possa intervir determinando ‘a redução as atividades geradoras de poluição, para manter as emissões gasosas, os efluentes líquidos e os resíduos sólidos dentro das condições e limites estipulados no licenciamento concedido’, assim, como, em circunstâncias de emergência, tomar medidas também de emergência como a paralisação temporária de qualquer atividade licenciada.

⁴³ A Resolução CONAMA n° 237/1997 dispõe que o órgão ambiental competente, mediante decisão motivada, poderá modificar os condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar uma licença expedida, quando ocorrer: I - violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais; II - omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença; III - superveniência de graves riscos ambientais e de saúde (art. 19).

Esta possibilidade de intervenção, porém, não transforma a licença ambiental em uma autorização ambiental. Não a torna passível de modificação ou mesmo cassação, por livre vontade da autoridade administrativa⁴⁴.

A problemática, de acordo com Milaré (2005, p. 539), está em pretender identificar na licença ambiental regida pelos princípios informadores do direito do ambiente os mesmos traços que caracterizam a licença modelada segundo o cânon no direito administrativo, nem sempre compatíveis.

Considerando as características peculiares da licença ambiental, de fato, não se pode desconhecer que esta possui um regime diferenciado das demais licenças administrativas.

Tais peculiaridades, principalmente no aspecto referente ao estabelecimento de prazos e à possibilidade da Administração proceder novas exigências nas atividades e obras licenciadas, encontram respaldo na Constituição, em razão do interesse público na manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*). Inclusive, o art. 170, VI, é expresso ao permitir o tratamento diferenciado, conforme o impacto ambiental, dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação⁴⁵.

2.1.2 Da competência licenciatória

A divisão da competência para o exercício do licenciamento de empreendimentos e atividades poluidoras constitui uma das matérias mais polêmicas do direito ambiental.⁴⁶

Embora seja significativa a contribuição doutrinária sobre o tema, ainda se verifica certa dificuldade na sua sistematização, o que também se reflete na jurisprudência, sendo comum encontrarmos julgados contraditórios.

A questão é importante na medida em que o licenciamento ambiental realizado por órgão ambiental incompetente é inválido.⁴⁷

⁴⁴ O Decreto nº 99.274/1990, no art. 10, § 1º, diz que os prazos para a concessão das licenças ambientais serão fixados pelo CONAMA, observada a natureza técnica da atividade. Os prazos de validades das licenças ambientais de atividades e obras efetivas ou potencialmente poluidoras são tratados no art. 18 da Resolução CONAMA nº 237/1997.

⁴⁵ Acréscimo conferido ao inciso VI do art. 170 pela Emenda Constitucional nº 42/2003.

⁴⁶ De acordo com Antunes (2001, p. 104) a possibilidade da exigência de um triplice licenciamento “implica, que em não raras oportunidades, a sobreposição e contradição de normas gere um clima de insegurança, quanto ao licenciamento, e de instabilidade jurídica.”

No aspecto prático, a ausência de um sistema claro de divisão de competências em relação ao licenciamento tem gerado a judicialização dos processos, provocando instabilidade jurídica, além de comprometer a eficácia das ações governamentais e a própria proteção do próprio ambiente. Em conjunto com outros fatores que já foram mencionados, a divergência acerca do exercício do licenciamento ambiental constitui um dos entraves ao funcionamento adequado do SISNAMA, sobretudo em relação à competência dos Municípios.

O art. 10 da Lei nº 6.938/81, alterado pela Lei nº 7.804/1989, dispõe sobre a competência para a realização do licenciamento de atividades poluidoras, excluindo os Municípios, e utilizando como critério de fixação o da amplitude do impacto ambiental, estabelecendo que:

Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de **órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA**, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

§ 1º Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial do Estado, bem como em um periódico regional ou local de grande circulação.

§ 2º Nos casos e prazos previstos em resolução do CONAMA, o licenciamento de que trata este artigo dependerá de homologação da SEMA.

§ 3º O órgão estadual do meio ambiente e a SEMA, esta em caráter supletivo, poderão, se necessário e sem prejuízo das penalidades pecuniárias cabíveis, determinar a redução das atividades geradoras de poluição, para manter as emissões gasosas, os efluentes líquidos e os resíduos sólidos dentro das condições e limites estipulados no licenciamento concedido.

§ 4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA o licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo **impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional**. (Grifo nosso)⁴⁸

Afirmando que “a inexistência de um sistema claramente definido de competências é um dos mais graves problemas da legislação ambiental brasileira e de sua aplicação.”

⁴⁷ Como ressalta Medauar (2006, p. 137) nenhum ato administrativo pode ser editado validamente sem que o agente disponha de poder legal para tanto.

⁴⁸ A referida lei alterou o dispositivo originário da Lei nº 6.938/1981, que continha a seguinte redação:

O CONAMA com fundamento no artigo art. 1º da Lei nº 6.938/1981 editou a Resolução nº 237/1997, já mencionada anteriormente, situando o licenciamento em único nível (art. 7º) e incluindo os Municípios como entes licenciadores (art. 6º), além de acrescentar o critério da titularidade dos bens (arts. 4º, II e 5º, II).

Neste sentido discriminou a competência dos órgãos ambientais municipais para o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, além daquelas que lhe forem delegados pelo Estado por instrumento legal ou convênio (art. 6º).

A Resolução atribui ao IBAMA a competência para o licenciamento de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional: I - localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União; II - localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados; III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados; IV - destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN; V- bases ou empreendimentos militares, quando couber, observada a legislação específica (art. 4º).

Dispondo que o IBAMA fará o licenciamento após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Estados e Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento (art.4º, § 1º). Prevendo ainda a delegação aos Estados, ressalvada a competência supletiva do IBAMA, do licenciamento de atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional (art. 4º, § 2º).

§4º- Caberá exclusivamente ao Poder Executivo Federal, ouvidos os Governos Estadual e Municipal interessados, o licenciamento previsto no “caput” deste artigo, quando relativo à pólos petroquímicos e cloroquímicos, bem como a instalações nucleares e outras definidas em lei.

E aos órgãos estaduais ou do Distrito Federal, a competência para o licenciamento de empreendimentos e atividades: I - localizados ou desenvolvidos em mais de um Município ou em unidades de conservação de domínio estadual ou do Distrito Federal; II - localizados ou desenvolvidos nas florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente relacionadas no art. 2º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e em todas as que assim forem consideradas por normas federais, estaduais ou municipais; III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais Municípios; IV – delegados pela União aos Estados ou ao Distrito Federal, por instrumento legal ou convênio (art. 5º).

Da mesma forma, no parágrafo único do art. 5º, dispôs sobre a necessidade de exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.

Leme Machado (2000, p. 245) ao analisar a matéria, se manifesta sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 7.805/89, na parte que alterou o art. 10 da Lei nº 6.938/81, delimitando a competência do IBAMA para o licenciamento de atividades de impacto nacional e regional, e sobre o art. 7º da Resolução nº 237/1997, que estabeleceu o licenciamento em único nível de competência, dizendo que:

A lei federal ordinária não pode retirar dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderes que constitucionalmente lhes são atribuídos. Assim, é de se entender que o art. 10 da Lei 6.938/1981 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente) não estabeleceu licenças ambientais exclusivas do IBAMA, porque somente uma lei complementar poderia fazê-lo (art. 23, parágrafo único, da CF); e nem a Resolução CONAMA nº 237/1997 poderia estabelecer um licenciamento único. Enquanto não se elaborar essa lei complementar estabelecendo normas para cooperação entre essas pessoas jurídicas, é válido sustentar que todas elas, ao mesmo tempo, têm competência e interesse de intervir nos licenciamentos ambientais.

Argumenta ainda a ilegalidade da Resolução nº 237/1997, que ao discriminar as competências ao Município e do IBAMA alterou a atribuição deferida aos Estados no art. 10, não podendo “a resolução federal alterar uma lei federal” (*Idem*, p. 83).

Acker (1997, p. 166) entende que a competência administrativa comum deferida aos três níveis de Governo, no art. 23 da Constituição, é decorrência natural da competência normativa concorrente, a qual não é excludente, podendo os Estados e Municípios instituírem o licenciamento ambiental, sendo que tais matérias não podem ser reguladas por lei ordinária e muito menos por “mera” resolução de órgão da administração, como o CONAMA.

Andrade (1999, p. 114), utilizando os mesmos argumentos que os Autores mencionados, advoga que a Resolução nº 237/1997, é um “ato normativo nulo, irritó, inválido, incapaz de gerar e produzir efeitos, assim também nulos, inválidos e potencialmente lesivos serão quaisquer atos praticados com submissão a seus preceitos e regras”, defendendo que deve ser objeto de impugnação via ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal⁴⁹ ou pela via difusa.

⁴⁹ A jurisprudência do STF é consolidada no sentido de inadmitir o controle de constitucionalidade concentrado, via ação direta de inconstitucionalidade-ADI, de normas secundárias, como decretos, resoluções, instruções, compreendendo que não há ofensa direta à Constituição Federal.

Na ADI/DF nº 3074-4, proposta pela Associação dos Cemitérios do Brasil-ACEMBRA questionando a constitucionalidade da Resolução CONAMA nº 355, de 28.05.2003, que trata do licenciamento ambiental de cemitérios, o Ministro Carlos Brito, decidiu que: “[...] Com efeito, a Resolução nº 335, do CONAMA não regulamenta normas de berço constitucional. Na verdade, o diploma normativo ora adversado apresenta-se como um veículo de execução da Política Nacional do Meio Ambiente, prevista na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Sendo assim, quando a resolução não dispõe diretamente sobre normas de índole constitucional, eventual ofensa à *Lex Legum* tão-somente ocorreria de forma reflexa e, nesse caso, este colendo Supremo Tribunal Federal tem entendido que tais normas não se sujeitam ao controle concentrado de constitucionalidade.** Com efeito, a Resolução nº 335, do CONAMA não regulamenta normas de berço constitucional. Na verdade, o diploma normativo ora adversado apresenta-se como um veículo de execução da Política Nacional do Meio Ambiente, prevista na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Sendo assim, quando a resolução não dispõe diretamente sobre normas de índole constitucional, eventual ofensa à *Lex Legum* tão-somente ocorreria de forma reflexa e, nesse caso, este colendo Supremo Tribunal Federal tem entendido que tais normas não se sujeitam ao controle concentrado de constitucionalidade [...]” (Decisão publicada no DJ 31/05/2004, p. 37) (Grifo nosso). No mesmo sentido: ADI 274/DF, Relator Min. Maurício Corrêa, DJ nº 27/02/2004, p. 20).

Seria possível, entretanto, pelo menos em tese, que tais matérias fossem questionadas diretamente ao STF por outra via, através da ação de descumprimento de preceito fundamental, que permite o questionamento de ato normativo federal, estadual ou municipal cabível quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional, tendo por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental (art. 102, § 1º da CF e art. 1º, I da Lei nº 9.882/1999).

Rodrigues (2005, p. 146-151) expõe que todos os entes políticos possuem abstratamente competência para realização dos atos materiais de poder de polícia (licenciamento, fiscalização, sanções administrativas, etc), devendo se observar o critério de predominância de interesses, o qual não deve ser visto de forma isolada dos princípios da descentralização e da complementariedade. Defende, entretanto, a inconstitucionalidade da Resolução n° 237/1997 por tratar o licenciamento em único nível de competência, apresentando como motivos de seu convencimento que:

[...] a Resolução CONAMA 237/1997 pretendeu simplificar e acabou ferindo em uma só tacada o artigo 23, VI da CF/88, que por sua vez está sedimentado nos arts. 24, VI c/c 30, II e, por que não dizer, no art.225, §1° , IV(que apenas diz que o Poder Público (sem dizer de qual esfera) deverá exigir o EIA/RIMA. O ferimento do dispositivo constitucional citado decorre do fato de que a CF/88 outorgou poder de polícia complementar e suplementar, tal qual a competência legislativa, aos Municípios em matéria ambiental. O fato de se ter uma obra que cause impacto regional (mais de um Estado) pode significar que competirá à União exigir o EIA/RIMA; mas não poderia a resolução impedir que o Estado ou um dos Municípios ali localizados exijam, dentro de suas peculiaridades, um licenciamento ambiental e, portanto, uma licença ambiental, ou se for o caso também estadual. Isso era permitido na Res. CONAMA 1 /86. Deve ser salientado que se o legislador constitucional quisesse limitar a matéria da atuação administrativa de um só ente como fez a Res. CONAMA n° 237 (art. 7°), então decerto teria deslocado a matéria ambiental para o art.21, cuja competência material é de natureza exclusiva da União [...]

Aqui, revela-se importantíssimo o princípio da predominância do interesse substancial em jogo. A União, ao fazer o licenciamento, observa aspectos e peculiaridades de âmbito nacional que perpassam a esfera de atuação de um Estado, e, como se sabe, as exigências e condicionantes ambientais podem existir nas três políticas, de modo, que as peculiaridades regionais ou locais podem fazer com que o Estado, e, como se sabe o Município exijam certas restrições para atender aos seus interesses regionais e locais.

Não podem é exigir de novo, *bis in idem*, as mesmas coisas que teriam sido exigidas pela União, porque senão estaríamos diante de exercício de poder de polícia para atingir o mesmo fim.

Oliveira (2005a, p. 353-354), dispondo de forma diversa, defende que a lei ordinária federal pode definir as autoridades públicas responsáveis pelo licenciamento, com respaldo no art. 170, III e IV e parágrafo único da Constituição, por representar a intervenção do Estado (União) na ordem econômica em prol do desenvolvimento socioeconômico sustentável em todo o território nacional, sendo válido, em sua opinião a exclusão pelo art.

10 do exercício do licenciamento ambiental para atividades poluidoras pelos Municípios e incorreta, portanto, a Resolução nº 237/1997 neste ponto, concluindo que:

É de se consignar que o licenciamento ambiental é um instituto restritivo do exercício de direitos em todo o território nacional, criado pela lei federal, competindo, portanto, à mesma lei federal determinar quais as autoridades públicas com capacidade para a sua aplicação. Assim é fácil concluir que os Municípios não tem capacidade para o licenciamento ambiental.

Na verdade, como já se disse anteriormente, eles não têm necessidade desta competência para cumprir a tarefa administrativa de defender o meio ambiente e combater a poluição que lhes foi atribuída pelo artigo 23 da Carta Constitucional, pois têm competência plena para, legislando sobre assunto de interesse local e sua organização administrativa, incluir dentre os requisitos para obtenção das licenças edilícias, os parâmetros ambientais que julgar necessários para atender seus interesses.

Do exposto, verifica-se que os dispositivos da Resolução CONAMA nº 237/97, conferindo aos Municípios capacidade para emitir licenças ambientais, são absolutamente inválidos.

Alonso Júnior (2004, p.52), ao contrário, elogia a Resolução nº 237, por ter compatibilizado o sistema de competências do licenciamento aos ditames da Constituição Federal, dando competência implementadora a quem a tem, possibilitando, que o ente federativo diretamente atingido dentro do raio de influência do dano ambiental (potencial ou concreto) ocupe-se com a questão que lhe diz de perto.

Mukai (2002) entende que o art. 10 da Lei nº 6.938/1981 foi revogado pela Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade), ao prever que o Município deverá incluir no seu plano diretor, obrigatoriamente, como uma de suas diretrizes fundamentais, a “proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico”, e, ainda, ao ter previsto como um dos instrumentos da política urbana o “zoneamento ambiental” (art. 4º, III, alínea “c”), autorizando o exercício do licenciamento pelos Municípios.

A jurisprudência também não é unânime em relação ao tema, havendo julgados contraditórios:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTUAÇÃO POR DESMATAMENTO. COMPETÊNCIA DO IBAMA. ART. 23, INCISO VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI 6938/81. RESOLUÇÃO CONAMA 237/97. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Competência do IBAMA em se tratando de licenciamento ambiental. 2. A Resolução CONAMA

237/97, que introduziu a municipalização do procedimento de licenciamento, é eivada de inconstitucionalidade, posto que exclui a competência da União nessa espécie de procedimento. 3) A Lei 6.938/81, adequada com a nossa Carta constitucional, rege a competência do IBAMA.” (TRF4, AMS 2000.04.01.118497-8, Terceira Turma, Relator Luiza Dias Cassales, publicado em 14/11/2001).

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRAS DE DRAGAGEM E BOTA-FORA DA FOZ DO RIO CAMBORIÚ. LICENCIAMENTO E FISCALIZAÇÃO.

O fato de o bem afetado pertencer à União não implica a necessidade de licenciamento ou fiscalização ser realizado pelo órgão federal competente. O que interessa, segundo a lei, é a magnitude do dano (§ 4º, do artigo 10, da Lei nº 6.938/81).

- O licenciamento deferido pela FATMA, órgão estadual de controle ambiental, não exclui a possibilidade de que o IBAMA, no exercício da competência prevista no artigo 23, VI, da CF/88, impeça a realização da obra, uma vez constatada a degradação ao meio ambiente.

- Não se vislumbra inconstitucionalidade impingida na Resolução 237 do CONAMA, tendo-se em vista que foi expedida em harmonia com a Constituição da República e com a legislação federal, sendo, portanto, meio legislativo idôneo para esmiuçar e regulamentar o comando legal que, por sua natureza geral, não se ocupa de questões específicas e particulares.(TRF 4, AC 2002.72.08.003119-8, Quarta Turma, Relator Valdemar Capeletti, publicado em 28/09/2005).

Considerando as competências constitucionais conferidas aos municípios no art. 23, VI e VII, para defesa do meio ambiente, não se sustenta a argumentação contrária de que o município não teria atribuição para realização do licenciamento, eis que várias das atividades potencialmente ou efetivamente poluidoras são de preponderante interesse local, adequando-se à Constituição⁵⁰, como pondera Figueiredo (2002, p. 21):

A competência para outorga das licenças seguirá, sem dúvida, as competências constitucionais já versadas. As normas de estrutura sobre competências incidirão diretamente sobre o licenciamento ambiental, mesmo que não houvesse expressas disposições legislativas.

O licenciamento ambiental será feito pela União, pelos Estados ou, até mesmo, pelo Município quando se colocarem temas de interesse local.

⁵⁰ O Ministério do Meio Ambiente no Roteiro Básico da Administração Municipal para o Meio Ambiente (1993, p. 19) prevê que os Municípios poderão atuar no licenciamento ambiental. Defendendo também a possibilidade do Município de realizar o licenciamento ambiental temos: Castro (2006, p. 206), Delgado (2000), Ferrari (2005, p.269), Pedro (2005, p.76).

Como vimos no primeiro capítulo, ao analisarmos a questão da distribuição constitucional de competências, o exercício da competência comum elencada no art. 23 não indica superposição de atribuições entre os entes, devendo a mesma ser exercida com fundamento nos demais artigos que tratam da competência legislativa, de forma que a regulação deverá, regra geral, ocorrer por lei ordinária da União (art.24, VI, VII, VIII).

Vimos ainda que a não edição da lei complementar, prevista no parágrafo único do art. 23, não impede a execução e a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais, cuja eficácia é plena. Além do que o intuito desta lei não é regular a distribuição de competências, mas apenas indicar instrumentos de cooperação e de formulação de políticas de integração, visando o equilíbrio e bem-estar nacional.

Outrossim, discordamos do entendimento de que somente por lei complementar poder-se-ia distribuir o licenciamento em único nível de atribuição, já que sendo competência da União editar normas gerais de proteção do meio ambiente e combate da poluição, poderia sim, por lei ordinária dispor sobre a matéria, restringindo a atuação dos demais entes, sem que isso representasse inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade do dispositivo não está no fato de ter sido regulado por lei ordinária federal, mas por não respeitar os princípios que informam a divisão de competências, calcados na predominância de interesse e da subsidiariedade.

Assim, o art. 10 da Lei nº 6.938/1981, com alteração conferida pela Lei nº 7.804/1989, mesmo após a promulgação da Constituição Federal, ao ignorar o licenciamento municipal, ofendeu os princípios que informam a divisão constitucional de competências, merecendo interpretação conforme à Constituição, para fim de resguardar sua validade jurídica.⁵¹

Desta forma não há razão para restringir o licenciamento às licenças edilícias, referentes ao controle de uso do solo urbano, como defende Oliveira.⁵²

⁵¹ A Resolução CONAMA nº 01/1986, editada antes da Lei nº 7.804/1989, já previa a atuação dos Municípios no licenciamento ambiental, ao exigir no art. 4º, que os órgãos ambientais competentes e setoriais do SISNAMA, que inclui os Municípios, deverão compatibilizar os processos de licenciamento com etapas de planejamento e implantação das atividades modificadoras do meio ambiente.

⁵² As licenças edilícias, referentes ao controle do solo urbano, são as denominadas licenças de construir, cujo regime jurídico é diferenciado das licenças ambientais, por importar, por exemplo, a impossibilidade de renovação.

Infundado também o argumento de Oliveira, de que art. 170 defere apenas a União, a competência para intervir na ordem econômica, já que é previsto no art. 24, a competência concorrente para legislar sobre direito econômico “sendo importante notar que aí se tem também a competência estadual, distrital (DF) e municipal, donde se vê que a tais entidades se reconhece o poder de intervenção na ordem econômica.” (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 780).

Interessante notar, todavia, que o art. 7º, I do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990⁵³, que regulamenta a Lei nº 6.938/1981, diferentemente do que dispõe o art. 10 da Lei, estabelece a competência licenciatória municipal, ao dispor que compete ao CONAMA, mediante proposta do IBAMA, estabelecer “normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios e supervisionada pelo referido Instituto”.

No que pese tal fato, sob o ponto de vista legal, não ser permitido, já que o decreto, enquanto ato regulamentar secundário, não pode inovar na ordem jurídica⁵⁴, nem obviamente contrariar a lei que regulamenta, não verificamos no presente caso ilegalidade do dispositivo, haja vista a sua adequação à interpretação exposta referente a necessidade de aplicar interpretação conforme à Constituição ao art. 10 da Lei nº 6.938/1981, incluindo os Municípios como entes licenciadores.

Os argumentos de que haverá impactos que interessam ao mesmo tempo à União, aos Estados e Municípios, de forma a justificar o licenciamento múltiplo, revela na verdade, um das grandes dificuldades da matéria, que é o estabelecimento de critérios para divisão do licenciamento ambiental.

A fluidez dos conceitos do que seja impacto local, supra-local, regional, nacional e mesmo as definições de interesse, dificultam a questão.

A Resolução CONAMA nº 237/1997 buscando compatibilizar os dois instrumentos exige obrigatoriamente para o deferimento do licenciamento ambiental a certidão da Prefeitura Municipal declarando que o local e o tipo de empreendimento ou atividade estão em conformidade com a legislação aplicável ao uso e ocupação do solo. (art. 10, § 1º).

⁵³ Redação alterada pelo Decreto nº 3.942, de 27 de setembro de 2001.

⁵⁴ Com exceção das hipóteses do art. 84, VI da Constituição Federal que tratam do decreto autônomo.

Alia-se a isso, o fato de que o meio ambiente, enquanto bem difuso, desconhece fronteiras administrativas, sendo complexa a delimitação dos impactos, em razão dos efeitos sinérgicos e cumulativos que podem afetar de forma negativa o meio ambiente.

A Resolução nº 237/1997, visando preencher uma lacuna da legislação, definiu como impacto regional, todo e qualquer impacto ambiental que afete diretamente (área de influência direta do projeto), no todo ou em parte, o território de dois ou mais Estados (art. 1º, IV), oferecendo como parâmetro a área de afetação direta para classificação do impacto.

O conceito de impacto, por sua vez, é apresentado pela Resolução CONAMA nº 01/1986, correspondendo a qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II - as atividades sociais e econômicas; III - a biota; IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V - a qualidade dos recursos ambientais (art.1º).

Andrade (1999, p. 112) critica o conceito de impacto elaborado pela Resolução 237/1997, sustentando que:

[...] o conceito de impacto, assim como sua vinculação a limites territoriais ou parâmetros geográficos (art. 1º, II; art. 4º, I a III e seu parágrafo único e o art. 6º) está desvirtuado em relação ao disposto no art. 3º, da Lei nº 6.938/1981, além do *caput* do art. 225 do Texto Constitucional. Sim, eis que não só a afetação adversa e direta do meio ambiente constitui poluição ou degradação, mas evidentemente também os impactos indiretos ou reflexos decorrentes da ação, omissão, obra, empreendimento ou atividade, têm o condão de submeter a risco ou lesionar águas superficiais ou subterrâneas, o ar atmosférico, o solo e o subsolo e suas propriedades, a vida animal e vegetal e seus respectivos ecossistemas associados, dentre outros bens ou funções, sem contar os patrimônios genético, paisagístico, arqueológico, histórico, estético, turístico, espeleológico, etc.

A doutrina refuta este entendimento argumentando a necessidade da definição de um parâmetro para definição das competências.

Para Oliveira (2005a, p. 326) a Resolução é inconstitucional por intitular como regional o impacto que atinja simplesmente o território de dois ou mais Estados, ignorando a Constituição, em seu art. 43, que considera regional para efeitos administrativos, como é o

caso, a articulação da ação da União “em um mesmo complexo geoeconômico e social”, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais”, alegando que:

[...] não é pelo simples fato do impacto direto de um empreendimento ou atividade atingir mais de um Estado, que, à luz dos interesses nacionais, seja isto suficiente para justificar a atuação do órgão da União. Acreditamos que somente quando tais impactos vierem, ainda que potencialmente, a ameaçar os ‘planos nacionais ou regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social’ de que trata o artigo 21, IX, da Constituição Federal, ao estabelecer a competência exclusiva da União para elaborar e executar tais planos, é que surgiria o interesse nacional justificativo da atuação do IBAMA.

É certo que os conceitos de impacto pela localização geográfica facilitam a repartição do licenciamento, mas são insuficientes, já que nem sempre corresponderão ao critério constitucional da predominância de interesses, já que a princípio poderá haver atividades de âmbito estritamente local que sejam de interesse da União ou do Estado.

Pedro (2005, p. 80) defende que para classificação do impacto deve se verificar, primeiro, o interesse local prevalente e, segundo, que impactos admitidos ensejariam alteração da esfera e competência para licenciar.

Outro aspecto polêmico, diz respeito ao critério da dominialidade dos bens, adotado pela Resolução CONAMA n° 237, nos arts. 5° e 6°, II.

Como ressaltado no primeiro capítulo a dominialidade dos bens não impede a atuação administrativa e legislativa dos demais entes federados, já que a competência é fixada em razão da matéria e não do domínio, além do regime jurídico diferenciado conferido aos bens ambientais, de natureza difusa.⁵⁵

Neste sentido é a orientação do próprio Ministério do Meio Ambiente, no Parecer n° 1853/CONJUR/MMA/98 (SILVA, 1998 *apud* TRINTADE, 2004):

[...] não há contradição entre o regime constitucional dos bens da União e o fato de ser o licenciamento ambiental realizado pelos órgãos estaduais ou municipais integrantes do SISNAMA, dada a preponderância do interesse público sobre o domínio do bem. Não há

⁵⁵ Existe em tramite no Congresso Nacional a proposta de emenda constitucional n° 99/2003, de autoria do Deputado Wagner Rubinelli, que propõe a federalização das questões ambientais (Disponível em: <www.camara.gov.br/silega/integras/14020.htm>. Acesso em: 20 maio 2006), criando uma estrutura própria no Poder Judiciário para o julgamento das questões ambientais. De acordo com a proposta seria criado o Tribunal Superior Ambiental, um Tribunal Regional Ambiental em cada Estado da federação e os juízes ambientais, além do Ministério Público Ambiental.

direito de propriedade da União sobre os bens de seu domínio tal qual a do particular, posto que são bens de uso comum do povo, e portanto, patrimônio de toda a Nação. O critério utilizado pela lei para efeito de fixação das competências não decorre do regime constitucional dos bens da União, pois a licença é um instrumento administrativo de gestão ambiental. A competência administrativa em matéria ambiental é repartida politicamente para os três níveis de governo por força do texto constitucional. O critério adotado pelo legislador na Lei nº 6938/81, para efeito de divisão das competências é o do dano e não do bem ou localização da atividade ou empreendimento. O conceito de domínio, administração e utilização dos bens públicos, não se vincula com o instituto do licenciamento ambiental, eis que são institutos distintos e por conseguinte tratados em legislação própria. Por fim, o licenciamento ambiental de uma atividade não implica no uso ou alteração de regime do bem público.

A jurisprudência não é unânime em relação à matéria, havendo julgados nos dois sentidos, embora haja uma prevalência em relação a tese apresentada:

ADMINISTRATIVO. OBRA EM REGIME DE URGÊNCIA. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. CONTRATAÇÃO COM DISPENSA DE LICITAÇÃO.

A Competência para licenciar projeto de obra ou atividade potencialmente danosa ao meio ambiente não se fixa pela titularidade dos bens nele contemplados, mas pelo alcance dos seus possíveis impactos ambientais. - ausência de prova da significância e abrangência, regional ou nacional, dos impactos decorrentes da obra impugnada ou que importe na descaracterização da situação de urgência invocada para dispensa de licitação. (TRF 5ª Região, AC - Apelação Cível - 327022Processo:200184000016830 UF: RN. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data da decisão: 22/04/2004)- Grifo nosso.

A Resolução neste ponto é ilegal, na medida em que afronta diretamente o art. 10 da Lei nº 6.938/1981, que adota como critério da abrangência do impacto para identificação da competência.

Outra discussão a respeito do tema diz respeito aos limites do exercício da competência supletiva.

Antunes (2005, p. 170) ensina que:

Por atividade supletiva não se deve entender uma atividade exercida em substituição daquela que deve ser desempenhada pelo órgão estadual de controle ambiental, salvo nas hipóteses em que o órgão regional não exista ou se recuse a atuar. A atividade supletiva limita-se a atender aspectos secundários do processo de licenciamento.

Entende-se, igualmente, como atividade supletiva, a atividade complementar ao processo de licenciamento.

Leme Machado (2000, p. 244) entende que cabe a atuação supletiva apenas quando “o órgão estadual for inepto ou se órgão permanecer inerte ou omissor.”

Oliveira (2005a, p. 322) diz que existe uma corrente interpretativa que sustenta ter a alteração do art. 10, limitado ainda mais a atuação federal, de forma que a exegese do caput e do §4º, induzem o entendimento de que toda intervenção federal é sempre supletiva, além do que esta não poderia ocorrer em todos os casos, mas apenas nos casos de obras e atividades de significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional.

A competência supletiva respalda-se no princípio da subsidiariedade, já tratado no capítulo I, quando da análise da competência comum, prevista no artigo 23 da Constituição Federal.

Por este princípio privilegia-se a atuação local, autorizando a participação do ente dito “superior” sobre o “inferior” no caso de omissão ou inércia, congregando a ampla proteção, sem que isto signifique desrespeito à autonomia do ente federado.

O exercício da competência supletiva não autoriza a interferência de um órgão no procedimento de licenciamento ambiental realizado pelo outro, por ato próprio, assim, não pode, por exemplo, o IBAMA anular ou desconhecer licenciamento realizado pelo órgão estadual, nem aos Estados são conferidos tais poderes em relação aos Municípios.⁵⁶

Neste sentido a lição de Martins da Silva (2004, p.326):

[...] não existe norma jurídica, ambiental ou não, conferindo ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA o poder de intervir diretamente na atuação dos demais órgãos ambientais do Sistema Nacional do Meio Ambiente-SISNAMA e cancelar, pura e simplesmente, os documentos por eles produzidos, e também que a licença ambiental expedida pelos órgãos públicos do meio ambiente, seja estadual ou municipal, gozam de absoluta fé pública (qualidade esta reconhecida em inúmeros julgados), portanto, não sendo nulos por invadirem competência da União Federal ou outra esfera de governo, somente poderão ser

⁵⁶ A licença ambiental, sendo um ato administrativo, goza do que a doutrina denomina de presunção de legitimidade ou de veracidade, de forma que é presumida a sua legalidade, devendo a parte contrária provar a sua invalidade. Como ensina Di Pietro (2004, p. 72) :“Esse princípio, que alguns chamam de princípio da a presunção de verdade, que diz respeito à certeza dos fatos; de outro lado, a presunção da legalidade, pois, se a Administração Pública se submete à lei, presume-se, até prova em contrário, que todos os seus atos sejam verdadeiros e praticados com observância das normas legais pertinentes. Trata-se de presunção relativa (juris tantum) que, como tal, admite prova em contrário. O efeito de tal presunção é inverter o ônus da prova.”

revogados pela própria autoridade que o expediu, pelo Poder Judiciário ou por outra entidade pública com poderes para tanto expressamente conferidos por lei, do contrário, cairíamos numa situação de verdadeira babel ambiental, em que qualquer documento público ambiental que se tivesse em mãos não valeria mais do que uma folha de papel em branco[...].

Sendo, portanto, inconstitucional, o disposto no § 2º do art. 10 da Lei nº 6.938/1981, que determina que “Nos casos e prazos previstos em resolução do CONAMA, o licenciamento de que trata o *caput* deste artigo dependerá de homologação da SEMA [IBAMA]”, da mesma forma o art. 8º, I, o qual determina a atribuição do CONAMA para “estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedida pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA”, de forma que tal homologação e supervisão fere a autonomia dos demais entes federados.

2.2 FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL

2.2.1 Responsabilidade ambiental

A responsabilidade ambiental consiste, segundo Martins da Silva (2004, p. 682), na obrigação de determinada pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responder por um fato ou ato omissivo ou comissivo que causar dano ou lesão ao meio ambiente e reparar tal dano de maneira *in natura* ou pecuniária.

A Constituição Federal de 1988, no art. 225, § 3º, estabeleceu a responsabilidade administrativa, civil e penal para punição das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, determinando que:

§ 3º-As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos ambientais.

A responsabilidade penal advém do cometimento de crime ou contravenção penal, sujeitando o infrator às penas privativas de liberdade, restritivas de direito ou pecuniárias. É imputada para condutas mais graves, cuja importância para a sociedade demanda um remédio extremo, já que a responsabilidade criminal importa na possibilidade de interferência na liberdade do ser humano.

A responsabilidade civil corresponde à obrigação de indenização ou reparação dos danos ambientais causados, independentemente da licitude ou ilicitude da conduta.

E a responsabilidade administrativa, por sua vez, decorre do exercício de poder de polícia e

[...] resulta da infração a normas administrativas, sujeitando-se o infrator a uma sanção de natureza também administrativa: advertência, multa, interdição de atividade, suspensão de benefícios, etc. [...] Fundamenta-se na capacidade que têm as pessoas jurídicas de direito público de impor condutas aos administrados. Esse poder administrativo é inerente à Administração de todas as entidades estatais- União, Estados, Distrito Federal e Municípios - nos limites de suas respectivas competências institucionais (AFONSO DA SILVA, 1997, p. 209).

As sanções penais, civis e administrativas por terem natureza jurídica diversa são incomunicáveis, podendo ser aplicadas de forma cumulativa, sem que tal fato represente *bis in idem*, ou seja, dupla punição pelo mesmo fato.

A tríplice responsabilização é prevista no art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/1981, ao delimitar que:

Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

[...]

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Enquanto as sanções penais e civis são aplicadas pelo Poder Judiciário, as sanções administrativas, por decorrerem do exercício do poder de polícia, são impostas pelos órgãos ou entidades da administração da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente define como infração administrativa ambiental “toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção e recuperação do meio ambiente.” (art. 70, *caput*).

As condutas administrativas são especificadas no Decreto nº 3.179, de 21 de setembro de 1999.

De acordo com a Lei nº 9.605/1998 são sanções administrativas:

I - advertência;

II - multa simples;

III - multa diária;

IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;

V - destruição ou inutilização do produto;

VI - suspensão de venda e fabricação do produto;

VII - embargo de obra ou atividade;

VIII - demolição de obra;

IX - suspensão parcial ou total de atividades;

X - restritiva de direitos, que englobam: a) suspensão de registro, licença ou autorização; b) cancelamento de registro, licença ou autorização; c) perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais; d) perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimento oficiais de crédito; e) proibição de contratar com a Administração Pública, pelo período de três anos.

2.2.2 Da competência fiscalizatória administrativa

Como visto no primeiro capítulo a Constituição Federal estabeleceu a competência concorrente da União e dos Estados para legislar sobre responsabilidade por danos ao meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI e VIII), conferindo à União o estabelecimento de normas gerais, podendo os Estados e os Municípios suplementarem, resguardadas, todavia, as matérias indicadas como de competência privativa ou exclusiva da União.

Em relação à competência material ou administrativa, a Constituição delimitou a competência comum, no art. 23, VI e VII, para proteção do meio ambiente, atribuindo a todos os entes federados o exercício de poder de polícia em matéria ambiental.

Existem divergências jurídicas acerca da interpretação da delimitação da competência comum, entendendo parte da doutrina que a competência é cumulativa, autorizando a

qualquer ente federado a fiscalização ambiental sem delimitação prévia das atribuições, enquanto não editada a lei complementar prevista no parágrafo único do art. 23 da Constituição.

E outra corrente que defende que o dispositivo é auto-aplicável, autorizando a delimitação das atribuições, com fundamento no princípio da predominância de interesses e da subsidiariedade, cabendo aos Municípios o exercício da fiscalização das atividades de impacto local, aos Estados a apuração das condutas lesivas ao meio ambiente de caráter microrregional, que ultrapassem a fronteira do Município e à União, a fiscalização das atividades de impacto regional (ultrapassem o limite do Estado) e dos demais casos expressos em lei, autorizando o exercício da competência supletiva no caso de omissão.

A Lei nº 6.938/1981 prevê, no art. 11, § 1º, que a fiscalização e o controle da aplicação de critérios, normas e padrões de qualidade ambiental serão exercidos pelo IBAMA, em caráter supletivo da atuação do órgão estadual e municipal competentes.

A Lei nº 9.605/1988, ao tratar da infração administrativa, dispõe no § 1º do art. 70 que são autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, designados para atividades de fiscalização, bem como agentes das Capitânicas dos Portos, do Ministério da Marinha.

A imposição da atuação conjunta dos órgãos ambientais para fiscalização do meio ambiente não autoriza a múltipla punição pelo mesmo fato, como explica Carneiro (2005, p. 599):

[...] para fins de tutela ambiental, uma só lesão cometida não se subdivide nas três esferas da federação, não sendo razoável a realização de autuações e a aplicação de sanções concomitantes em virtude do mesmo ato infracional.

Destarte inexistente um meio ambiente federal, outro estadual, distrital ou ainda municipal, podendo haver, quando muito, efeitos lesivos que atinjam recursos ambientais integrantes do patrimônio público dos entes federados, ou mesmo que se repercutem em mais de um Município ou em mais de um Estado, regional ou nacionalmente.

Ademais, ocorre um só dano ao meio ambiente, derivado de uma mesma conduta violadora das normas ambientais, impondo-se, concluir que a autuação e correspondente sanção devem ser únicas [...].

Admitir o contrário seria consagrar o *bis in idem*, ou seja, a dupla punição pelo mesmo fato, em notória oposição ao princípio segundo o

qual “*bona fides patitur, tu bis idem exi gatur*”, ou seja, a boa-fé não consente que se exija duas vezes a mesma coisa.

Demais disso, deve-se considerar o fato de que a pretensão punitiva do Estado é uma só e que a política ambiental é uma e insusceptível de fragmentação, atuando os órgãos ambientais federais, estaduais e municipais sob a regência de uma mesmo sistema- o Sistema Nacional do Meio Ambiente- SISNAMA, previsto já embrionariamente no art. 6º da Lei nº 6.938/1981.

Visando afastar a múltipla punição, a Lei nº 9.605/1998 delimitou, no art. 76, que o pagamento da multa imposta pelos Estados, Municípios, Distrito Federal ou Territórios substitui a multa federal na mesma “hipótese de incidência”. Estabelecendo o art. 8º do Decreto nº 3.179/1999 que o pagamento da multa por infração ambiental imposta pelos Estados, Distrito Federal ou Territórios substitui a aplicação de penalidades pecuniárias pelo órgão federal, em decorrência “do mesmo fato, respeitados os limites estabelecidos neste Decreto.”

Por interpretação analógica a multa imposta pelos Municípios e paga pelo infrator substitui a multa imposta pelos Estados.

Estes dispositivos revogaram os artigos 14, I da Lei nº 6.938/1981 e 41 do Decreto nº 99.274/1990, que ao contrário, não exigiam o pagamento como causa impeditiva de aplicação da multa federal, mas determinava que a simples imposição da penalidade pelo mesmo fato gerador autorizava a não exigência da multa pela União.

Milaré e Loures (2004, p. 166) ponderam que:

Releva notar também que o art. 76 da Lei nº 9.605/1998 diz que a substituição da multa federal ocorre no caso de pagamento de pena pecuniária imposta pelo Estado ou pelo Município, ao contrário do direito anterior que excluía a exigência das multas federais nos casos de imposição da multa pelo Estado ou Município, ainda que não paga. Parece mais sensato e suficiente a simples imposição da multa pelo estado ou município para afastar a ação da União. O pagamento é mera consequência da imposição. Entender de outra forma é admitir o curso paralelo de dois ou até três processos administrativos em razão da mesma infração, em flagrante conflito de atribuições.

A questão é complexa e revela a dificuldade prática da aplicação do exercício da fiscalização comum.

Sem um consentimento na delimitação prévia das atribuições da União, dos Estados e Municípios para o exercício da fiscalização ambiental ocorre, em não raras oportunidades, a

imposição de mais de uma atuação por diferentes órgãos ambientais, gerando insegurança jurídica.

A Lei silencia a respeito de outras infrações, como por exemplo, o fato do Estado aplicar uma multa e o Município embargar o empreendimento. Como se daria a solução deste conflito?

Para Milaré (2005, p. 809) apesar de o dispositivo referir-se especificamente às multas, entende que se aplica por analogia a qualquer outra penalidade prevista no art. 72 da Lei nº 9.605/1998, o que obviamente importaria em reconhecer como válida a sanção do órgão que preventivamente a aplicou, ou seja, aquele que primeiramente agiu, já que neste caso torna-se impossível a aplicação do art. 76, visto que as outras sanções não possuem natureza pecuniária.

Outra questão que se impõe em relação à análise da competência fiscalizatória diz respeito à aplicação da legislação punitiva, se há ou não obrigatoriedade de que os Estados e os Municípios, caso possuam leis próprias regulando a aplicação das infrações punitivas, deixem de aplicar a Lei nº 9.605/1998 e o Decreto nº 3179/1999.

Krell (2004a, p. 129) defende que se o ente local possuir legislação própria deve aplicá-la, deduzindo que:

[...] Caso o ente local possuir legislação própria sobre determinado assunto, não parece ser possível a prefeitura simplesmente se valer de leis superiores que tratam da mesma temática. Tal comportamento seria aceitável somente em casos nos quais não incida a legislação municipal ou o órgão local substitua, expressamente um ente administrativo superior. Por isso, deve ser exigida a elaboração de legislação ambiental própria em cada esfera, para estabelecer as respectivas sanções, ou a adequação das leis existentes, isto é, um sensível aumento nos valores das multas ambientais.

No mesmo sentido Milaré e Loures (2004, p. 165):

[...] se houver legislação estadual ou municipal prevendo tipos infracionais e estabelecendo as sanções correspondentes, é com base nesse ordenamento que o Estado e o Município, respectivamente, poderão exercer seu poder de polícia. Juridicamente equivocada, portanto, a postura de alguns órgãos estaduais que, embora pudessem multar com base em legislação própria, recorrem à legislação federal para assegurar a aplicação da sanção pecuniária em valor superior.

Em sentido contrário, Leme Machado (2000, p. 2000) acentua que:

A Constituição Federal foi clara ao atribuir, indistintamente à União, aos Estados e ao Distrito Federal a competência para “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” e de “preservar as florestas, a fauna e a flora” (art. 23, VI e VII). Adequado interpretar-se que, qualquer dos entes públicos mencionados tem competência para aplicar a legislação ambiental, ainda que essa legislação não tenha sido de autoria do ente público que a aplica.

Adotando essa linha de entendimento temos julgado do Tribunal paulista:

EXECUÇÃO FISCAL - Competência - Multa imposta com base em legislação ambiental federal - Cobrança pela Fazenda do Estado - Possibilidade - O art. 24, VIII da CF, prevê a competência concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente - Recurso provido. (Apelação Cível com Revisão n. 251.494-5/8-00 - Catanduva - 7ª Câmara de Direito Público - Relator: Guerrieri Rezende - 13.03.2006. Voto n. 22.359)

O entendimento de que o exercício da competência fiscalizatória é cumulativo, além de importar em ineficiência das ações do Estado, já que imputa as três esferas políticas a mesma atribuição, constitui fator de insegurança e instabilidade.

Defendemos, como já assentado anteriormente, que a competência fiscalizatória deve seguir os princípios constitucionais da predominância de interesses e da subsidiariedade, assegurando o exercício da competência supletiva, com forma de assegurar a ampla proteção do meio ambiente.

Como bem expõe Ramos (2005, p. 139):

[...]Se cada órgão puder se concentrar em exercer a sua competência que lhe cabe, atuando supletivamente apenas em casos excepcionais, certamente pode-se obter uma melhora significativa na realização do direito ambiental como um todo.

Uma participação equânime dos entes federativos na prevenção e no controle da degradação ambiental proporcionaria a cada um destes órgãos administrativos de execução uma maior eficiência na realização de suas atribuições institucionais, diminuindo o déficit de implementação das políticas públicas ambientais e proporcionando uma melhor distribuição na forma de atuação destes órgãos equilibrando prevenção e repressão.

Diante do exposto, analisado o funcionamento e as controvérsias acerca da competência do licenciamento e da fiscalização ambiental, passemos a avaliar a regulamentação dos consórcios públicos, conferida pela Lei nº 11.107/2005, levantando os

principais questionamentos jurídicos sobre a constitucionalidade e aplicabilidade desta norma, fornecendo os parâmetros teóricos necessários para atingir o objetivo geral da presente dissertação.

CAPÍTULO III- CONSÓRCIOS PÚBLICOS

3.1 MARCO REGULATÓRIO-LEI Nº 11.107/2005

A Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005, que “Dispõe sobre normas gerais para União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum”, constitui um marco regulatório no direito brasileiro, alterando a formatação jurídica doutrinária até então existente sobre o instituto, que classificava os consórcios como acordos administrativos, sem personalidade jurídica, formados por entes da mesma categoria e regulando a forma de criação, funcionamento e extinção, conferindo maior estabilidade jurídica na celebração destes ajustes.

Pelo novo diploma legal os consórcios públicos poderão se constituir na forma de associação pública, com personalidade jurídica de direito público ou como pessoa jurídica de direito privado, sendo autorizada a composição mista, com a participação de diferentes entes políticos.

A Lei dos Consórcios Públicos resultou das transformações no texto do Projeto de Lei nº 3.884/2004, objeto da reunião do Projeto de Lei nº 1.071/1999, do Deputado Federal, Rafael Guerra e do Anteprojeto de Lei, elaborado pelo Grupo Interministerial do Poder Executivo Federal, constituído pela Portaria nº 1.391, de 28 de agosto de 2003, da Casa Civil.⁵⁷

Na justificativa apresentada pelo Poder Executivo, quando do encaminhamento do Projeto de Lei nº 3.884/2004 para o Congresso Nacional (Exposição de motivos nº 18/2004), argumentou-se da necessidade de aprovação da lei para complementar o “desenho do arranjo federativo decorrente da Constituição Federal de 1988, propiciando a criação de um mecanismo de coordenação federativa adequado às diversas escalas de atuação territorial”. E da importância da criação de instrumentos de coordenação, de forma a

⁵⁷ Havia no Senado Federal os Projetos nº 222/1999 e 186/2000, de autoria, respectivamente dos Senadores Ronaldo Cunha Lima e Geraldo Althoff, que tratavam da matéria. O Projeto do Senador Althoff, que foi aprovado no Senado, chegou a ser encaminhado à Câmara dos Deputados, tendo recebido o nº 5.755/2001, todavia, sua tramitação foi considerada prejudicada em razão da aprovação da Lei mencionada.

fortalecer o papel do ente público de agente planejador, regulador e fiscalizador de serviços públicos, possibilitando incrementar a efetividade das políticas públicas executadas em parcerias como outras esferas de Governo, deduzindo que:

Ao se constituírem como instrumento viabilizador de ações cooperadas e coordenadas entre os entes federativos, os consórcios abrem a possibilidade de ampliar o alcance e aumentar a efetividade das políticas e da aplicação dos recursos públicos. Para o Governo Federal, portanto, a criação e o funcionamento dos consórcios públicos têm a capacidade de alavancar, por meio da maior racionalidade da execução cooperada, o impacto de diferentes políticas públicas-saúde, saneamento, geração de renda, infraestrutura, entre outras políticas de responsabilidade partilhada entre os entes federados. (Exposição de motivos nº 18, de 25. 06. 2004).

Buscou ainda o projeto atender às reivindicações dos Prefeitos para que disciplinassem os consórcios de cooperação, em razão da precariedade e das limitações jurídico-institucionais até então existentes, propiciando maior segurança jurídica e planejamento a médio e longo prazo na celebração destes ajustes.

A experiência dos consórcios no Brasil não é recente. Cretella Júnior (1992, p. 1826) ensina que a Lei Paulista nº 2.484, de 16 de dezembro de 1935 foi a primeira lei a regular os consórcios intermunicipais.⁵⁸

A Constituição Federal de 1937, no art. 29, possibilitava aos Municípios da mesma região agrupar-se para instalação, exploração e administração dos serviços públicos comuns, competindo aos Estados regular as condições de constituição de tais agrupamentos, cuja personalidade jurídica era limitada a seus fins.

Já a Constituição de 1967, no art.16, § 4º referia-se apenas a possibilidade dos Municípios celebrarem convênios para a realização de obra ou exploração de serviços públicos de interesse comum, cuja execução dependia da aprovação das respectivas Câmaras legislativas.

A Carta Paulista de 1969 foi mais avançada, prescrevendo no art. 104, que os Municípios poderiam realizar obras, serviços e atividades de interesse comum, mediante

⁵⁸ Diferentemente, Cunha (2004) diz que a Constituição Paulista de 1891, já se referia ao associativismo municipal ao prever no art. 56 que “As municipalidades poderão associar-se para a realização de quaisquer melhoramentos, que julguem de comum interesse, dependendo, porém, de aprovação do Congresso do Estado as resoluções que nesse caso tomarem”.

convênios com entidades públicas ou particulares, bem como por meio de consórcios intermunicipais.

Com o crescimento da atuação municipal em diferentes áreas políticas, a partir da década de 1970, o consorciamento intermunicipal tornou-se mais visível, sendo citados como exemplos o Consórcio de Desenvolvimento do Vale do Paraíba e o Consórcio de Penápolis, em 1980 (CUNHA, 2004).

A ascensão dos Municípios à categoria dos entes autônomos pela Constituição Federal de 1988 incentivou o debate do consorciamento intermunicipal em diversas áreas.

A Lei nº 8.080/1990, que trata das ações e serviços de saúde, já estabelecia no art. 10 que os “os Municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto ações e os serviços de saúde, que lhes correspondam.” E no art. 18, VII que determinava à direção municipal do Sistema Único de Saúde-SUS, a formação de consórcios administrativos intermunicipais.

Na área ambiental, a Lei nº 9.433/1997, que trata da política nacional de recursos hídricos, também já relacionava no art. 47, I, os consórcios intermunicipais de bacias hidrográficas como organizações civis de recursos hídricos, autorizando sua participação no Conselho Nacional de Recursos Hídricos (art.34, IV), órgão do Sistema Nacional de Recursos Hídricos (art.33, I), com atribuições importantes como (art. 35): a de promover a articulação do planejamento de recursos hídricos com os planejamentos nacional, regional, estaduais e dos setores usuários; arbitrar, em última instância administrativa, os conflitos existentes ente os Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos; deliberação sobre projetos de aproveitamento de recursos hídricos cujas repercussões extrapolem o âmbito dos Estados em que serão implantados; estabelecer critérios gerais para outorga de recursos hídricos e para cobrança por seu uso, dentre outras.

Não havia, entretanto, nenhum diploma legal regulando o funcionamento dos consórcios que respaldassem a atuação do poder público, gerando insegurança jurídica.

O Poder Executivo atento a tais reivindicações, inclui no texto da PEC nº 173/1995, que resultou na EC nº 19/1998, dispositivo regulando a celebração de acordos entre as esferas de governo, justificando na exposição de motivos para aprovação da proposta, a necessidade introdução de novos formatos institucionais para gestão em regime de cooperação dos serviços públicos, envolvendo a União, Estados, Distrito Federal e

Municípios e a remoção de obstáculos legais à transferência de bens e de pessoal, aprofundando a aplicação dos preceitos do federalismo na administração pública, particularmente no que tange à descentralização de serviços públicos (Mensagem nº 886/1995).

Esse previa a introdução do art. 247 no ADCT da Constituição Federal de 1988 com a seguinte redação:

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

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

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

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

O dispositivo foi rejeitado na Câmara Federal, pelo Deputado Prisco Viana, sob o argumento de que se tratava de matéria administrativa, não exigindo tratamento constitucional. Posteriormente, a Câmara aprovou a proposta substitutiva apresentada pelo Deputado Moreira Neto, que resultou na atual redação do art.241 da Constituição Federal de 1988:

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

A regulação do dispositivo, todavia, não foi suficiente, já que permaneciam dúvidas jurídicas acerca da qualificação dos consórcios.

No vácuo institucional verificado até a edição da Lei nº 11.107/2005, os consórcios foram formados sem personalidade jurídica e com personalidade jurídica de direito privado, na forma, principalmente de associação civil sem fins lucrativos.

Dados do IBGE (2005), de 2002 identificaram que quase 40% dos Municípios tinham consórcio na área da saúde, sendo que deste percentual cerca de 46,1% eram formados por Municípios com até 5.000 habitantes. Na área ambiental verificou-se em levantamento realizado em 2004, que cerca de 20% dos Municípios participam de alguma forma de

consórcios ambientais, sendo a proporção maior entre os Municípios com mais de 100.000 habitantes, chegando a 67% entre os que têm acima de 500.000 habitantes, sendo o tema preferencial a disposição de resíduos sólidos (mais de 60%).

A formatação jurídica de direito privado sem uma regulamentação específica, era objeto de dúvidas, já que não havia clareza quanto à observância das normas obrigatórias para a Administração Pública, como realização de licitação, contratação de pessoal por concurso público, controle financeiro, como ressalta Reis (2004, p.138 apud CUNHA, 2004), sobre a situação existente nos consórcios de saúde organizados sob a forma de associação civil:

[...] De maneira geral, a mesma confusão prevalece em relação às normas administrativas, uma vez que, apesar de alguns consórcios responderem que respeitam a legislação pertinente ao direito público, utilizam-se de instrumentos característicos de instituições de direito privado. Efetivamente, na administração dos recursos humanos, no regime de admissão de pessoal, na aquisição de materiais, na contratação de serviços de terceiros e na utilização de serviços contábeis, foi verificada a predominância das normas do setor privado. Como a totalidade dos recursos financeiros são decorrentes de repasses dos Municípios e do Ministério da Saúde e o patrimônio formado/adquirido é decorrente da utilização de dinheiro público, repassado por convênios com o Estado ou adquirido com recursos repassados pelos Municípios, fica clara a dificuldade enfrentada pelos ordenadores de despesas quanto à prestação de contas desses recursos.

Embora se reconheça o mérito da Lei nº 11.107/2005, por ter regulamentando a matéria, a norma possui aspectos polêmicos, sendo sua constitucionalidade e aplicabilidade questionada em vários pontos, os quais serão tratados no presente capítulo.

Neste sentido é observação de Borges (2005, p. 245):

Nossa preocupação primordial diz respeito à própria lei. Representa ela um meritório esforço do legislador federal, que já enaltecemos, para dar efetividade ao cumprimento do art.241 da Constituição, preservando a autonomia das ordens federadas. Mas é uma lei de difícil leitura e interpretação, de estruturação caótica, com omissões imperdoáveis [...] Tema tão relevante, cujas perspectivas são tão ansiosamente aguardadas, teria merecido um tratamento mais cuidadoso, do ponto de vista de técnica legislativa.

Para DI PIETRO (2005):

A lei é sob todos os aspectos lamentável e não deveria ter sido promulgada nos termos que o foi. Mais do que resolver problemas, ela os criou, seja do ponto de vista jurídico, seja do ponto de vista de sua

aplicação prática. Algumas normas da lei são de difícil, senão de impossível aplicação.

[...] Apesar da promulgação da Lei nº 11.107/2005 ter o mérito de tentar disciplinar a matéria dos consórcios entre os entes políticos com o objetivo de facilitar a utilização do instituto, não há dúvida de que a lei merece críticas e, para alcançar o seu objetivo, terá que sofrer algumas alterações.

A abordagem dos questionamentos jurídicos sobre a lei visa subsidiar o debate sobre o tema, levantando os elementos necessários à verificação da viabilidade técnico-jurídico da norma para aplicação dos consórcios públicos.

A seguir são apresentadas as principais controvérsias jurídicas sobre a lei.

3.2 DA PERSONIFICAÇÃO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

3.2.1 Personalidade jurídica dos consórcios

A Lei nº 11.107/2005 modificou profundamente o tratamento até então exposto pela doutrina a respeito da qualificação dos consórcios, ao atribuir-lhes personalidade jurídica e prever a formação de consórcios heterogêneos ou verticais, com a participação de outros entes federados de diferentes categorias.⁵⁹

Antes da edição da referida norma, os consórcios eram tidos como simples acordos administrativos, institutos despersonalizados, de formação apenas homogênea, que os diferenciava dos convênios que permitia a participação de entidades diversas.

A necessidade da formatação de uma estrutura jurídica que respaldassem a celebração destes ajustes levou os doutrinadores a sugerir alternativas diversas, diferentes da disposta na referida lei, como, por exemplo, a criação de uma entidade paralela ou de um fundo para administração do consórcio.

⁵⁹De acordo com Losada (2004) na experiência do direito comparado os consórcios públicos são personificados, citando como exemplos: a) as associações de municípios do direito português; b) “as *mancomunidades* e os *consórcios públicos* do direito espanhol e, na última acepção, do direito argentino”; c) os *syndicats de communes*, do direito francês, belga e suíço de língua francesa; d) as *Zwerckverbände* do direito alemão e suíço de língua alemã; e) os *consorzi pubblici*, do direito italiano, em que se encontra presente também a figura da *gestione associata* de *servizi pubblici*. É mister ressaltar, entretanto, que estes países possuem uma organização estatal diversa do Brasil, que diferentemente caracteriza o Município como ente federado, o que influencia na alteração do regime jurídico adotado.

Assim, Meirelles (1999, p. 363-364), qualificava os consórcios como:

Consórcios administrativos são acordos firmados entre entidades estatais, autárquicas, fundacionais ou paraestatais, sempre da mesma espécie, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.

O que caracteriza o consórcio e o diferencia do convênio é que este é celebrado entre pessoas jurídicas de espécies diferentes e aquele só o é entre entidades da mesma espécie. [...]

Entre nós, o consórcio usual é o de Municípios, para a realização de obras, serviços e atividades de competência local, mas de interesse comum intermunicipal de toda uma região. Com essa cooperação associativa as municipalidades reúnem-se recursos financeiros, técnicos e administrativos de uma só Prefeitura não teria como executar o empreendimento desejado e de utilidade geral para todos.

[...] como não são pessoas jurídicas, não têm capacidade para exercer direitos e assumir obrigações em nome próprio, pelo que é de toda conveniência e organização de uma entidade civil ou comercial, paralela, que administre seus interesses e realize seus objetivos, como desejado pelos consorciados.

Di Pietro (2004, p.297) conceituava os consórcios como acordo de vontades entre duas ou mais pessoas jurídicas públicas da mesma natureza e mesmo nível de governo ou entre entidades da administração indireta para consecução de objetivos comuns, negando a personalidade jurídica a tais ajustes, afirmando que:

[...] Na realidade, nem o convênio, nem o consórcio se constituem como pessoa jurídica; trata-se de acordos de vontades para consecução de objetivos comuns. Não há nada no direito brasileiro, que autorize a considerar o consórcio como pessoa jurídica, seja no direito administrativo, seja no direito privado [art. 278, §1º da Lei nº 6.404/1976). Exatamente por se tratar de acordo de vontades é que a Lei nº8.666/1993, sobre licitações e contratos, manda aplicar as suas disposições, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

Quanto a criar uma sociedade, civil ou comercial, com o fim específico de administrar o consórcio, não há fundamento legal no direito brasileiro, se essa entidade for privada. Estaria havendo uma terceirização da gestão pública. Ora, se o consórcio administra negócios públicos e se utiliza de bens do patrimônio público, não há como fugir ao regime jurídico publicístico, especialmente no que diz respeito à observância dos princípios constitucionais pertinentes à exigência de licitação para celebração de contratos e concurso público para seleção de pessoal.

A melhor solução é a de criar uma comissão executiva que vai assumir direitos e obrigações (não em nome próprio, já que a Comissão não tem personalidade jurídica), mas em nome das pessoas jurídicas que compõem o consórcio e nos limites definidos no instrumento do consórcio.

Também é possível, à semelhança do consórcio de empresas, indicar um dos partícipes como líder, hipótese em que ele pode (desde que previsto no instrumento do consórcio e autorizado em lei) instituir uma entidade (autarquia ou fundação) para gerir os assuntos pertinentes ao consórcio [e não uma autarquia instituída pelos dois entes, como é hoje previsto na Lei nº 11.107/2005]. Outra alternativa é a instituição de um fundo constituído com verbas dos vários partícipes, que funcionaria vinculado a órgão de um dos entes integrantes do consórcio.

No mesmo sentido, Gasparini (2002, p. 367) dizia que tanto os convênios, como os consórcios não possuem personalidade jurídica, não lhes cabendo comprar, vender, ser locador, locatária, empregador, contratar, descontratar, ter inscrição estadual, municipal ou federal, em suma “assumir obrigações e desfrutar de direitos já que tais poderes são próprios das pessoas físicas ou jurídicas.”

A doutrina fundamentava a ausência de personalização dos consórcios, em razão da previsão do §1º do art. 278 da Lei da Sociedade Anônima, Lei nº 6.404/1976, que estabelece que:

Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

De acordo com a Lei nº 11.107/2005 os consórcios poderão adquirir personalidade jurídica de direito público, caso em que se constituiu na forma de associação pública ou de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil (art. 6º).

É mister salientar que mesmo assumindo a forma privada é utilizada a denominação de consórcio público.

O regime jurídico dos ditos consórcios públicos tratados na Lei nº 11.107/2005 não se confundem com os consórcios administrativos (acordos de cooperação) ou com os consórcios de empresas regulados pelo direito privado (Lei nº 6.404/1976)⁶⁰:

⁶⁰ Os consórcios públicos também não se confundem com as operações urbanas consorciadas, previstas no Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, que constitui o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.

Passando, entretanto, a conviver no ordenamento jurídico duas figuras distintas sob a homonímia consórcio. A primeira abriga os consórcios despersonalizados, de natureza obrigacional, informados pelo vínculo precário entre as entidades integrantes, que se classificam em duas espécies fundamentais: a) consórcios administrativos despersonalizados; e b) consórcios entre empresas.

A outra figura passa a obrigar os consórcios personalizados, que são os consórcios públicos, ou seja, aqueles formados por entes da Federação, mesmo que não sejam da mesma espécie (ALVES, 2006, p. 42).

A Lei autoriza a formação de consórcios públicos entre: a) Municípios; b) Municípios e Estado ou Distrito Federal, desde que os Municípios estejam localizados no território do Estado consorciado; c) Estados e Estados; d) Estados e Distrito Federal (art. 4º, § 1º, I a V).

Foram vetados os incisos III e V do §1º do art.4º, que admitia a celebração de consórcio entre Estados e Municípios não contidos no mesmo território e daqueles firmados entre Municípios, Distrito Federal e Estados, cujo intuito era permitir que um Estado auxiliasse outro Município mesmo que situado no território de outro Estado, procurando soluções integradas para políticas públicas.

Na mensagem de veto nº 193, de 06 de abril de 2005, argumentou-se que a alteração realizada no texto do projeto, quando da votação da lei pelo Congresso Nacional, retirou o requisito de que o Município fosse contíguo ao Estado, o que, caso se mantivesse os dispositivos, permitiria que um Estado se consorciasse com Municípios de outro Estado mesmo não havendo relações de vizinhança, ensejando o seu veto, haja vista que “a manutenção deste dispositivo é perigosa para a paz federativa, uma vez que o Estado poderá interferir nos assuntos municipais de outro Estado sem ter, ao menos, uma relação de vizinhança que legitime sua ação”.

A participação da União não é admitida nos consórcios formados exclusivamente pelos Municípios (intermunicipais), já que o § 2º do art. 1º condiciona a participação da União somente naqueles consórcios em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados. Autorizando, pois, a sua participação nos consórcios formados por: a) um Estado e Municípios contidos em seu território; b)

consórcios integrados por dois ou mais Estados (interestaduais); c) entre o Estado e o Distrito Federal (MEDAUAR; OLIVEIRA, 2006, p. 28).

Tal limitação visa resguardar o equilíbrio do pacto federativo, já que se fosse permitido, teríamos a União celebrando consórcios públicos com Municípios de Estados diversos, o que poderia gerar um desequilíbrio no relacionamento dos Estados-Membros.

Mas a lei autoriza que a União celebre convênios com os consórcios públicos formados pelos Municípios, com objetivo de viabilizar a descentralização e a prestação de políticas públicas em escalas adequadas (art. 14).

3.2.2 Associação pública

O art. 16 da Lei dos Consórcios alterou o inc. IV do art. 41 do Código Civil, equiparando as associações públicas às autarquias, ao acrescentar no dispositivo que são pessoas jurídicas de direito público as autarquias “inclusive as associações públicas”.⁶¹

Borges (2005, p. 236) ao interpretar a expressão “inclusive” diz que a intenção do legislador foi a de tratar a associação pública como uma subespécie de autarquia, evitando com isso, a necessidade de alteração por emenda constitucional do art. 37 da Constituição Federal⁶², que não prevê tal entidade, referindo-se apenas às autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, como entidades que compõem a administração indireta⁶³.

⁶¹ Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

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

⁶² Justen Filho (2005) refuta a obrigatoriedade de que tais entidades sejam previstas na Constituição.

⁶³ A Administração Pública divide-se em: I) administração direta - que engloba os órgãos que integram a estrutura administrativa do ente político;

II) administração indireta- composta pelas autarquias; fundações; empresas públicas e sociedade de economia mista;

III) entidades paraestatais- abrange as pessoas privadas que colaboram com o Estado desempenhando atividades não lucrativas e não exclusivas do Estado, mas que o poder público

Na lição de Carvalho Filho (2004, p. 381) a autarquia é “a pessoa jurídica de direito público, integrante da administração indireta, criada por lei para desempenho de funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado”.

Por constituírem a personalidade jurídica de direito público é que as autarquias podem ser titulares de interesses públicos, ao contrário das empresas públicas e sociedades de economia mista, que possuindo o regime de direito privado, podem apenas receber qualificação para o exercício de atividades públicas, não podendo, porém, titularizar atividades públicas (MELLO, 2006, p. 153).

Como ressalta Meirelles (2001, p. 339) a autarquia é uma “*longa manus* do Estado” e deve executar serviços próprios do Estado, em idênticas condições às do Estado, com os mesmos privilégios da Administração – matriz e passíveis dos mesmos controles dos atos administrativos.

As autarquias gozam assim das mesmas restrições e prerrogativas deferidas à administração direta, como sujeição à licitação, realização de concursos públicos para contratação de pessoal, impenhorabilidade e imprescritibilidade de seus bens, juízo privativo, prazos processuais dilatados, imunidade tributária, etc.

As agências executivas e reguladoras também são entidades autárquicas.

As fundações, por sua vez podem ser públicas, sendo consideradas espécie de autarquia (autarquia fundacional), submetendo-se ao mesmo regime jurídico dispensado a estas entidades, ou ainda assumirem a forma privada, hipótese em que sofre algumas derrogações do direito público.

dispensa especial proteção, assim compreendidas: a) serviços sociais autônomos - “todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de direito privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou contribuições parafiscais”(MEIRELLES, 1999, p. 336), como por exemplo SESC, SENAC, SENAI, etc; b) organizações colaboradoras ou parceiras (CARVALHO FILHO, 2004, p. 436), formado pelas: organização social (Lei nº 9.637/1998) - pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas à ensino pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, com incentivo do Estado, através da celebração de contrato de gestão; e, as organização da sociedade civil de interesse público-OSCIP (Lei nº 9.790/1999) - “pessoas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativas de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de termo de parceria.” (DI PIETRO, 2004, p. 422).

As empresas públicas e as sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado, criadas para o exercício de atividades gerais de caráter econômico ou prestação de serviços públicos, com regime jurídico híbrido, estando sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas em relação aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias no caso de explorarem atividades econômicas (art. 173, § 1º, II da CF), sujeitando-se, todavia, ao controle administrativo, no que pertine a obrigatoriedade de concurso público, realização de procedimento licitatório, fiscalização orçamentária, dentre outros.

As sociedades de economia mista só podem ser constituídas na forma de sociedades anônimas, cujo controle acionário pertence ao poder público, sendo permitido na composição de seu capital a participação de pessoas jurídicas de direito privado. Já as empresas públicas, podem ser constituídas sob qualquer forma adequada às suas funções, sendo a participação no capital social exclusivamente autorizada às pessoas jurídicas de direito público, ainda que pertencentes a diferentes entes federativos.

Todas estas entidades são dotadas de personalidade jurídica própria, sendo sujeitos de direitos e obrigações, independentes da entidade matriz, tendo poder de auto-administração, com patrimônio e renda próprios. Tais poderes não se confundem, todavia, com a autonomia que é exclusiva das pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

As pessoas políticas exercem sobre a administração indireta, apenas a tutela administrativa ou de supervisão, não importando em hierarquia, já que “são dotados de poder próprio de decisão em razão de sua competência que é deferida por lei” (MEDAUAR, 2006, p.59)⁶⁴.

A alteração provocada pela Lei nº 11.107/2005, ao equiparar a associação pública às autarquias, inovou ao possibilitar a instituição da autarquia interfederada, federativa,

⁶⁴ Segundo Carvalho Filho (2004, p. 378) este controle se distribui em quatro aspectos: I) controle político, pelo qual os dirigentes das autoridades da administração indireta são escolhidos ou nomeados pela autoridade competente da administração direta; II) controle institucional- que obriga entidade a caminhar sempre no sentido dos fins para os quais foi criada; III) controle administrativo- que permite a fiscalização dos agentes e rotinas administrativas da entidade; IV) controle financeiro- pelo qual são fiscalizados os setores financeiros e contábil da entidade.

multifederada ou plurifederada⁶⁵, formada por mais de um ente público, regime este que até então, só era permitido às empresas públicas.

As associações públicas integram a administração indireta de todos os entes consorciados (art.6º, § 1º).

A equiparação das associações públicas ao regime das autarquias submete o seu processo de criação e extinção à edição de lei específica, consoante o disposto no art. 37, XIX, da Constituição Federal, o qual reza que:

XIX- somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso definir as áreas de sua atuação;⁶⁶ (Grifo nosso)

A Lei nº 11.107/2005, todavia, estabeleceu um sistema complexo para criação dos consórcios públicos, dividindo-o em três etapas específicas.

Primeiro é exigido que os entes federados celebrem um protocolo de intenções, correspondente a um contrato preliminar, o qual deverá prever, dentre outras cláusulas, se o consórcio se constituirá como associação pública ou pessoa jurídica de direito privado (art. 3º, IV)⁶⁷.

⁶⁵ SILVA (2005b), em contrariedade com o entendimento dominante da doutrina, refuta a qualificação da associação pública como autarquia, colocando a necessidade de uma nova teorização, sugerindo para tanto, o conceito de associação pública do direito português que a define como “pessoas coletivas de direito público, de natureza associativa, criadas como tal por acto do poder público, integradas na Administração autónoma e, em princípio, sujeitas a tutela estadual.”

⁶⁶ A extinção das autarquias deve ocorrer por autorização legislativa, não se admitindo que seja realizado por mero ato administrativo.

⁶⁷ Art. 4º São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam:

- I – a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio;
- II – a identificação dos entes da Federação consorciados;
- III – a indicação da área de atuação do consórcio;
- IV – a previsão de que o consórcio público é associação pública ou pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos;
- V – os critérios para, em assuntos de interesse comum, autorizar o consórcio público a representar os entes da Federação consorciados perante outras esferas de governo;
- VI – as normas de convocação e funcionamento da assembléia geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público;
- VII – a previsão de que a assembléia geral é a instância máxima do consórcio público e o número de votos para as suas deliberações;
- VIII – a forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do consórcio público que, obrigatoriamente, deverá ser Chefe do Poder Executivo de ente da Federação consorciado;

Após, cada ente consorciado deverá ratificar, mediante a edição de lei específica, o protocolo de intenções (art. 5º, *caput*). De acordo com o art.6º, I, da Lei, a constituição da personalidade jurídica da associação pública é adquirida “mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções”.

A não ratificação por lei por um dos consorciados, não impede que os outros se consorciem, desde que esteja previsto no protocolo de intenções (art. 5º, § 1º).

Da mesma forma permite-se que a ratificação seja realizada com reserva, que se aceita pelos demais entes subscritores implicará no consorciamento parcial ou condicional (art. 5º, § 2º).

A intenção destes dispositivos é de resguardar os atos já praticados, não se exigindo que quando da aprovação da lei, caso haja alguma reserva ou desistência por algum ente, tenha que se celebrar novo protocolo de intenções, retornando à fase inicial.⁶⁸

O artigo dispensa a ratificação no caso de o ente federado ter disciplinado por lei, antes da subscrição do protocolo de intenções, a sua participação no consórcio público (art. 5º, § 4º).

IX – o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

X – as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão ou termo de parceria;

XI – a autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando:

a) as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público;

b) os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados;

c) a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação dos serviços;

d) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados;

e) os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão; e

XII – o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplente com suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público.

68 O Supremo Tribunal Federal em vários precedentes julgou inconstitucional a exigência de autorização legislativa para celebração de convênios e outros ajustes, alegando ofensa aos princípios da independência e harmonia dos poderes (art.2º da Constituição Federal de 1988): ADIn 462/BA, Pleno, rel. Moreira Alves, DJU 18-02-2000, j. 20.08.1997; ADIn 770/MG, Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, j. 01.07.2002, DJU 20.09.2002 e ADIn 342/PR, Pleno, rel. Min. Sydney Sanches, j. 06.02.2003, DJU 11.04.2003.

No presente caso, a autorização legislativa se justifica em razão da necessidade de lei para criação da pessoa jurídica que compõe o consórcio público.

Por último, após a ratificação por lei do protocolo de intenções é que os entes celebram o contrato de consórcio (art. 3º).

O procedimento de criação do consórcio público na forma de associação pública, a princípio, confronta com o texto constitucional, já que a criação e a aquisição da personalidade jurídica da autarquia decorrem da edição da própria lei, não se exigindo qualquer ato constitutivo posterior ou ratificação, o que no presente caso não é possível, uma vez que o consórcio exige a participação de mais de um ente, evidentemente que se um editar a lei e o outro não, não haverá a constituição da pessoa jurídica.

Di Pietro (2005) lecionando a respeito diz que:

Como os consórcios públicos integrarão a Administração Indireta de cada ente consorciado, tem-se que entender que a personalidade jurídica surge em momentos diferentes para cada qual (o que é, evidentemente, absurdo, mas é o que decorre da lei). Talvez se resolva o impasse pelo entendimento de que o consórcio adquire personalidade jurídica com a lei ratificadora, sob a condição resolutiva da celebração do contrato de consórcio. Não se pode conceber a existência legal do consórcio, como associação, se não existir mais de um associado. Ou tem-se que chegar à conclusão de que o art.6º, inciso I, não tem condições de aplicar-se, só surgindo a personalidade jurídica no momento da celebração do contrato, hipótese em que estará sendo deixada de lado a norma do artigo 37, inciso XIX, da Constituição, segundo a qual a autarquia tem que ser criada por lei.

A retirada do ente do consórcio depende de ato formal do representante na Assembléia Geral, na forma previamente delimitada por lei (art. 11).

Da mesma forma a alteração ou extinção do consórcio público dependerá de instrumento aprovado pela Assembléia Geral, ratificado mediante lei por todos os entes consorciados (art. 12).

A exigência de lei é adequada, já que, como a criação do consórcio se dá pela edição de lei, somente através desta poderá ser alterado ou extinto.

3.2.3 Consórcios públicos com personalidade de direito privado

A Lei nº 11.107/2005 estabelece ainda que consórcio público poderá ser instituído com personalidade de direito privado sem fins econômicos (art. 4º, IV), determinando a adoção do regime jurídico aplicado na legislação civil, com derrogação de algumas normas de

direito público, referentes a realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela CLT (art. 6º, § 1º).

O Código Civil no art. 44, arrola como pessoas jurídicas de direito privado: I) associações; II) sociedades; III) fundações; IV) organizações religiosas; V) partidos políticos.

As associações civis correspondem à união de pessoas que se organizam para fins não econômicos, diferenciando-se das sociedades, cujo intuito é oposto, já que visam o exercício de atividades econômicas (artigos 53 e 981 do Código Civil).

As fundações também não visam fins econômicos, sendo limitada, todavia, a sua finalidade, às causas religiosas, morais, culturais ou de assistência.

O art. 15 determina que se aplique aos consórcios públicos, no que não contrariar esta lei, a legislação que rege as associações civis⁶⁹.

De forma que, presume-se que o legislador tenha querido que os consórcios públicos de personalidade privada adotassem o regime das associações civis, embora também seja possível, diante da inexistência de previsão expressa em sentido contrário, sua instituição como fundação (neste caso restrito aos serviços de caráter assistencial ou cultural), já que a norma expressamente diz que estes não possuem fins econômicos, afastando a sua configuração como sociedade civil.

O processo de criação destes consórcios segue o mesmo procedimento de instituição das associações públicas, com a diferença de que ao contrário daquelas, a personalidade jurídica de direito privado só é adquirida com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro (art. 45 do Código Civil).

O § 1º do art. 6º da Lei dos Consórcios Públicos silenciou em relação à composição dos consórcios com personalidade privada na administração indireta dos entes instituidores, referindo-se apenas às associações públicas.

Di Pietro (2005) entende que embora este dispositivo não faça expressa alusão a integração dos consórcios de direito privado à administração indireta de cada ente consorciado, é evidente que estes a integram, argumentando que:

Não há como uma pessoa jurídica política (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) instituir pessoa jurídica para desempenhar atividades próprias do ente instituidor e deixá-la fora do âmbito de

⁶⁹ Di Pietro (2005) lembra que o art. 15 não pode ser aplicado às associações públicas, já que como autarquias são regidas pelo regime administrativo de direito público e não do Código Civil.

atuação do Estado, como se tivesse sido instituída pela iniciativa privada. Todos os entes criados pelo Poder Público para desempenho de funções administrativas do Estado têm que integrar a Administração Pública Direta (se o ente for constituído como órgão sem personalidade jurídica) ou Indireta (se for instituído como órgão com personalidade jurídica própria). Até porque o desempenho destas atividades dar-se-á por meio de descentralização administrativa, inserida na modalidade de descentralização de serviços.

A Lei nº 11.107/2005 alterou a concepção do projeto de lei nº 3.884/2004, que previa apenas a formação de consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público, gerando críticas por parte da doutrina.

Para Alves (2006, p.45) a liberalidade conferida pela referida lei encontra-se justificativa no fato de que a grande maioria dos consórcios pré-existentes a sua vigência foi constituída no formato de associação civil e as eventuais dificuldades de reenquadramento no formato de associação pública (autarquia) poderiam, em tese, desestimular a atuação dessas entidades, ressalvando, entretanto que:

Trata-se de argumentos extra-jurídicos, insuficientes para justificar a hesitação do legislador em submeter os novos consórcios públicos personalizados a um ou a outro regime de direito.⁷⁰

SILVA (2005b) entende que o PL nº3.884/04 oferecia uma solução mais efetiva e consentânea com o sistema jurídico ao restringir os consórcios à personificação de direito público, evitando as atuais divergências doutrinárias e as confusões que poderão advir do duplo regime, concluindo que:

A toda evidência, o hibridismo adotado pela lei não se harmoniza com a sistematização jurídica vigente, pois a tarefa precípua do legislador é a de criar e disciplinar novos institutos, de forma harmonizada ao sistema jurídico posto, sob pena de criar indissolúveis problemas de hermenêutica, inviabilizando, em certos casos, a aplicação efetiva da novel legislação. Ademais, ainda que se possa argumentar que as transformações do direito administrativo, ocorridas nas últimas décadas em nosso país, indiquem crescente interpenetração entre os direitos público- direito privado, mitigando, cada vez mais, clássica dicotomia direito público-

⁷⁰ O Autor (Ibidem, p. 125) cita como exemplo de consórcio estruturado como associação civil, desde 1990, o Consórcio Intermunicipal das Bacias do Alto Tamanduateí e Billings, mais conhecido como Consórcio Intermunicipal do Grande ABC, que integra os Municípios paulistas de Santo André, São Bernardo do Campo, São Caetano do Sul, Diadema, Mauá, Ribeirão Pires e Rio Grande da Serra.

direito privado na doutrina pátria, entende-se, que na situação em exame, a criação de uma figura híbrida, destoante do sistema normativo vigente, não se mostra suficientemente relevante a ponto de justificar a excepcionalidade da medida.

Marques Neto (2005), quando da análise do PL n° 3.884/04, questionado sobre a possibilidade dos consórcios públicos se constituírem na forma de pessoa jurídica de direito privado, respondeu negativamente, invocando o art. 241 da Constituição Federal, que se refere expressamente aos consórcios públicos, demonstrando, em sua opinião, a intenção do Constituinte em conferir-lhes o regime jurídico publicístico, argumentando que o dispositivo importa na atribuição da gestão de serviços públicos em sentido amplo (função pública) e não apenas de serviços públicos de natureza econômica realizados pela administração, o que impede a adoção da personalidade de direito privado.

No mesmo sentido Borges (2005, p. 238):

Não nos parece que a personalidade de direito privado seja adequada para reger as relações a serem travadas exclusivamente entre pessoas de direito público interno. Ainda mais que a lei em comento traçou uma série de competências para os consórcios públicos em geral, (...) sem distinguir-lhes a espécie de regime jurídico. Ora, o desempenho de algumas dessas competências efetivamente não se coaduna com um regime de direito privado.

3.2.3 Do contrato de rateio e funcionamento dos consórcios

O financiamento do consórcio público, seja na modalidade pública ou privada, é realizado através do contrato de rateio, em que os entes consorciados comprometem-se a fornecer recursos para realização das despesas.

Em consonância com as disposições constitucionais (arts. 165 a 167 da CF), a Lei n° 11.107/2005 prevê a formalização do contrato de rateio em cada exercício financeiro, com prazo de vigência não superior ao das dotações orçamentárias, exceto para os contratos que tenham objeto exclusivo projetos consistentes em programas e ações contemplados em plano plurianual ou a gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou preços públicos (§ 1° do art. 8°), devendo ainda obediências à Lei de responsabilidade fiscal, Lei Complementar n° 101/2000.

Prevê ainda a exclusão do consórcio público, após prévia suspensão, do ente consorciado que não consignar, em sua lei orçamentária ou em créditos adicionais, as dotações suficientes para suportar as despesas assumidas por meio do contrato de rateio.

Não se exige que a contribuição financeira para o contrato de rateio seja igualitária, como ressalta Alves (2006, p. 134):

A cooperação interfederativa não pressupõe que a colaboração seja isonômica, ao menos sob o aspecto nominal. Se uma das finalidades da gestão associada é justamente a superação das deficiências em matéria de recursos humanos, materiais e técnicos, em um quadro de profundas desigualdades regionais, o rateio deverá levar em conta a capacidade contributiva de cada ente associado.

Como forma de garantir o controle amplo, a lei determinou que a fiscalização contábil, operacional, patrimonial, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia das receitas dos consórcios será realizada por cada Tribunal de Contas competente pela apreciação das contas do Chefe do Poder Executivo (art. 9º, parágrafo único).

3.3 DA CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI Nº 11.107/2005

Medauar e Oliveira (2006, p. 17) apontam como bases constitucionais da Lei nº 11.107/2005 o parágrafo único do art. 23 e o art. 241 da Constituição Federal.

A Lei dos Consórcios não cita expressamente nenhum destes dispositivos, referindo-se apenas que “Dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de interesse comum e dá outras providências” (art. 1º).

A edição desta norma gerou questionamentos se haveria ou não inconstitucionalidade formal por duas razões⁷¹. Primeiro, se a lei regulasse a cooperação entre os entes federados tendo em vista o equilíbrio e do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional, deveria ter sido editada uma lei complementar, nos termos do parágrafo único do art. 23 da

⁷¹ Entende-se por inconstitucionalidade formal “quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela Constituição” (AFONSO DA SILVA, 2002, p.47), como por exemplo, quando a Constituição exige a regulamentação de determinada matéria por lei complementar, cujo processo legislativo é diferenciado, e o legislador edita lei ordinária. Já a inconstitucionalidade material ocorre quando “o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da Constituição” (Ibid, loc.cit).

Constituição Federal e não uma lei ordinária. Segundo, se a lei atendesse o art. 241 da Constituição, poderia a União ter editado a Lei nº 11.107/2005, como norma geral a ser observada pelos demais entes, uma vez que o dispositivo preceitua que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei...”, ou seja, teoricamente, determina que cada ente edite regulamento específico?

SILVA (2006) discorrendo sobre o primeiro questionamento diz que:

[...] vale ressaltar que a Lei n.º 11.107/05 dispõe de normas gerais para a contratação de consórcios públicos, sem estabelecer qualquer restrição à celebração de tais instrumentos às circunstâncias qualificadoras enunciadas *in fine* do parágrafo único do art. 23 da CF. Para ratificar este entendimento, cabe evidenciar que o art. 1º da Lei Reguladora dos Consórcios explicita que a lei disporá sobre normas gerais para os entes federativos ‘*contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum*’. Assim, teleologicamente a Lei Consorcial visa a instrumentalizar a viabilização de consórcios públicos para a realização de *objetivos de interesse comum* que necessariamente não se confundem com os sobreditos “equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” pautado no Texto Constitucional, mas ao revés, encerram conceito bem mais amplo do que as hipóteses qualificadoras exaustivas de lei complementar enunciadas naquele parágrafo único.

Em relação ao art. 241 da Constituição, embora confusa a redação, pondera a doutrina que a regulamentação do dispositivo exige a edição de norma geral por parte da União, em razão do disposto no art. 22 inc. XXVII, o qual define a competência privativa deste ente para legislar sobre normas gerais de contratação pelo poder público:

Art. 22- Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII- normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

Para Lenir Santos (2001, p. 13 *apud* NETO, 2005):

[...] à União compete fixar normas gerais sobre consórcio público pelo fato de sua natureza ser contratual [...] Se a União tem poderes para dispor sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas federal, estadual e municipal, haverá, agora, com base, também no art.241, de disciplinar a matéria de forma genérica para todas as administrações públicas, sob pena de divergências insuperáveis no âmbito legislativo municipal impedirem a formação de consórcios intermunicipais. Se a União não

baixar diretrizes gerais sobre os consórcios públicos deixando para cada ente político a sua regulação, poderá ocorrer de uma lei municipal vir a colidir com outra lei municipal, criando impedimentos de tal sorte que inviabilize a formação de consórcios entre municípios.

Diante da Lei nº 11.107/2005, que personificou os consórcios públicos, tal teoria poderá ser questionada, já que não é correto afirmarmos que estes possuem natureza jurídica contratual, uma vez que constituem pessoas jurídicas.

Para Justen Filho (2005) a referência no art. 241 da edição de normas pelos outros entes federados, não afasta a competência da União para edição de normas gerais, principalmente pelo caráter nacional exigido pela regulamentação, que extrapola os limites da competência dos Municípios e dos Estados, ressaltando que:

[...] a figura do consórcio público produz a conjugação de competências, atuações e interesses de entes federados diversos. Portanto, há uma dimensão de supra-localidade do interesse envolvido, que se pode traduzir na atuação conjunta de diversos Municípios e, mesmo na participação federal ou estadual (se necessário se fizer).

De forma que o argumento adequado, em nossa opinião, favorável à constitucionalidade formal da Lei nº 11.107/2005 é o exposto no art. 241 da Constituição Federal, considerada a natureza da matéria, o que desloca a competência para União.

3.4 CONSÓRCIOS PÚBLICOS-CRIAÇÃO DE UM NOVO ENTE FEDERADO?

A personificação dos consórcios provocou debates jurídicos ainda na concepção do PL nº 3.884/2004, o qual previa apenas o estabelecimento dos consórcios com personalidade de direito público, através das associações públicas, impondo o questionamento sobre a constitucionalidade da criação de uma pessoa jurídica formada por mais de um ente político e a discussão se tal fato não importaria na instituição de um novo ente federativo.

Reale (2004) em parecer sobre o referido projeto, encomendado pela Secretaria Estadual de Energia Elétrica, Recursos Hídricos e Saneamento do Estado de São Paulo, manifestou-se pela sua inconstitucionalidade, deduzindo que a criação da associação pública altera a estrutura federal, que se distingue pela existência de três entes, cujo relacionamento

recíproco a própria Carta disciplina, além de possibilitar uma interferência indevida de um ente sobre outro, desrespeitado a autonomia, concluindo que:

[...] o Projeto de Lei, que pretende instituir 'consórcios públicos', fê-lo extrapolando o art.241 da Constituição Federal, visto criar uma instituição jurídica anômala, à qual é conferida competência equiparável à dos entes que compõem nosso sistema federativo, o que conflita com as diretrizes de nossa Carta Magna.

Essa proposta legislativa viria constituir um poderoso instrumento de ação em conflito.

Como dito acima, as associações públicas se equiparam às autarquias interfederativas ou plurifederadas, já que congrega a participação de mais de um ente federado na composição da entidade.

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 120932/RS, sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgou inconstitucional a criação do Banco Regional do Desenvolvimento do Extremo Sul-BRDE, instituído em 1962, cuja lei lhe impunha a personalidade jurídica de autarquia interestadual, formada pelos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, incumbida de atividades de fomento regional, por inexistir previsão na Constituição de 1969, que autorizasse a criação desta categoria de autarquia, decidindo que:

RE 120932/RS - RIO GRANDE DO SUL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 24/03/1992. Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Publicação: DJ 30-04-1992 PP-05725 EMENT VOL-01659-02 PP-00255 RTJ VOL-00141-01 PP-00273

Execução fiscal: débito representado por Cédula de Crédito Industrial em favor do BRDE - Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul: inidoneidade da via processual, resultante da solução negativa a questão constitucional da suposta natureza autárquica interestadual, que se arroga o credor exequente: RE provido. I. Atividade econômica do Estado: intervenção suplementar no domínio econômico ou exploração de serviço público. 1. Ainda que se devesse reduzir a participação suplementar do Estado na atividade econômica '*stricto sensu*' - objeto do art. 170 CF/69 - aquela que se faça mediante o apelo a técnica privatística das empresas estatais de forma mercantil não basta a descaracterização, em tese, da natureza autárquica de um banco de desenvolvimento criado pelo Poder Público. 2. Em tese, a assunção estatal, como serviço público, da atividade dos bancos de desenvolvimento é tanto mais viável quanto é certo que, desde a Constituição de 1967, a elaboração e a execução de planos regionais de desenvolvimento foram explicitamente incluídos no rol da competência da União: dispensa demonstração que, nosso regime de liberdade de iniciativa, a atividade de fomento dela,

desenvolvida pelos bancos de desenvolvimento - mediante empréstimos com prazo ou condições favorecidas, prestação de garantias, intermediação de empréstimos externos ou tomada de participações acionárias -, são um dos instrumentos primaciais da tarefa estatal de execução do planejamento econômico. II. **Autarquia interestadual de desenvolvimento: sua inviabilidade constitucional.** 3. O dado diferencial da autarquia é a personalidade de direito público (Celso Antônio), de que a podem dotar não só a União, mas também as demais entidades políticas do Estado Federal, como técnicas de realização de sua função administrativa, em setor específico subtraído a administração direta. 4. **Por isso mesmo, a validade da criação de uma autarquia pressupõe que a sua destinação institucional se compreenda toda na função administrativa da entidade matriz.** 5. O objetivo de fomento do desenvolvimento de região composta pelos territórios de três Estados Federados ultrapassa o raio da esfera administrativa de qualquer um deles, isoladamente considerado; só uma norma da Constituição Federal poderia emprestar a manifestação conjunta, mediante convênio, de vontades estatais incompetentes um poder que, individualmente, a todos eles falece. **6. As sucessivas Constituições da República - além de não abrirem explicitamente às unidades federadas a criação de entidades públicas de administração interestadual,** tem reservado a União, expressa e privativamente, as atividades de planejamento e promoção do desenvolvimento regional: análise da temática regional no constitucionalismo federal brasileiro. (Grifo nosso)⁷²

Carvalho Filho (2004, p. 386) discorrendo sobre o tema, entende que a instituição das autarquias interfederativas provocaria a deformação no sistema de administração direta e indireta, segundo o qual cada pessoa descentralizada é vinculada apenas ao ente federativo responsável por sua instituição e não, simultaneamente, a várias pessoas federativas.

Em sentido contrário aos argumentos acima expostos, temos a defesa por parte da doutrina, que o julgamento do Supremo Tribunal Federal foi anterior à introdução do art. 241 pela EC nº 19/1998, ‘ que trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro o princípio do federalismo cooperativo ou da cooperação interfederativa, viabilizador da criação de autarquias interfederativas entre nós’ (SILVA, 2006), tendo, pois suprido, a exigência de que haveria necessidade da edição de norma constitucional autorizativa para formação destas autarquias.

⁷² No mesmo sentido ADI 175/PR, STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Octávio Gallotti, j. 03.06.1993, DJU 08.10.1993: “[...]. 3. Banco Regional do Desenvolvimento do Extremo Sul. Natureza autárquica não caracterizada, não podendo também o Estado dispor, isoladamente, sobre o regime de servidores públicos da empresa [...]”.

Tal tese pode ser afastada, já que o Supremo, mesmo em julgamento posterior à EC n° 19/1998, proferido na ação civil originária n° 503/RS, em 2001, avaliando a imunidade tributária do BRDE em face da Constituição Federal de 1988, manteve o entendimento de este não constitui autarquia, mas empresa pública, ao reiterar a decisão do RE n° 120932, como se infere da transcrição apresentada no Informativo n° 247 (BRASIL, 2001):

No sistema constitucional brasileiro, não há a possibilidade de criação de autarquia interestadual mediante a convergência de diversas unidades federadas, porquanto compete à União o desenvolvimento, planejamento e fomento regional. Com esse entendimento, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária entre a União e o Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul - BRDES - ajuizada pelo BRDES juntamente com os Estados do Rio Grande do Sul, do Paraná e de Santa Catarina, atraindo a competência originária do STF para o julgamento da causa -, mediante a qual se pretendia ver reconhecida, com base em sua alegada natureza jurídica de autarquia interestadual de desenvolvimento, a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, a, § 2º, da CF. (ACO 503 / RS, Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento : 25/10/2001, Pleno, Publicação DJ 05-09-2003).⁷³

Quanto à possibilidade de interferência de um ente federado no outro com a criação da associação pública, argüida por Reale, Marques Neto (2005) refuta o argumento dizendo que não há interferência na autonomia do outro ente, já que o consórcio não altera a repartição constitucional de competências:

[...] dado que os entes autárquicos a serem criados mediante consórcios públicos terão sua competência adstrita à delegação competencial recebida dos entes federados seus criadores, inclusive no aspecto territorial. Desse modo, a competência das autarquias assim criadas será a mera conjunção de competências que as pessoas políticas que o instituem possuem. O consórcio público não altera o

⁷³ Ementa: Ação Cível originária. Imunidade fiscal com base no disposto no artigo 150, VI, "a", e seu parágrafo 2º. Natureza jurídica do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul - BRDE. - Rejeição da preliminar de ilegitimidade ativa "*ad causam*" dos Estados do Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina. Em consequência, fica prejudicada a alegação de incompetência residual desta Corte. Aliás, ainda quando os Estados-membros não tivessem legitimidade ativa "*ad causam*", haveria conflito federativo entre o Banco-autor, criado como autarquia interestadual por eles, e a União Federal que lhe nega essa natureza jurídica para efeito de negar-lhe a imunidade fiscal pretendida. - **No mérito, esta Corte já firmou o entendimento (assim, no RE 120932 e na ADI 175) de que o Banco-autor não tem a natureza jurídica de autarquia, mas é, sim, empresa com personalidade jurídica de direito privado. Conseqüentemente, não goza ele da imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, "a", e seu parágrafo 2º, da atual Constituição, não fazendo jus, portanto, à pretendida declaração de inexistência de relação jurídico-tributária resultante dessa imunidade. Ação que se julga improcedente. (ACO 503 / RS, Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento : 25/10/2001, Pleno, Publicação DJ 05-09-2003) -Grifo nosso.**

círculo de competências. Emerge, isto sim, como uma forma para o exercício de competências, por meio do qual tal exercício dar-se-á em regime de cooperação federativa, fazendo valer o princípio do federalismo cooperativo, que é estruturante da ordem constitucional brasileira.

Defendendo ainda o referido Autor que a intenção do Constituinte reformador na introdução do art.241 da CF foi de personificar os consórcios, já que:

Seria um verdadeiro pleonasma constitucional (não admitido na boa hermenêutica, pois, não se pode ver na norma constitucional palavras inúteis ou rebarbativas) entender que o constituinte quis que fossem públicos os consórcios que já naturalmente o seriam! Ao contrário, o constituinte recorreu ao adjetivo público exatamente porque, pretendendo que eles assumam personalidade jurídica (já que os consórcios se prestarão para exercer de forma contínua função pública-gestão associada de serviços públicos - e receberão um plexo de direitos e obrigações, vg.: encargos, bens, serviços [...]) De fato, não fosse para determinar a personificação jurídica do consórcio, não faria sentido o adjetivo 'público' inserido no art.241.

Para Justen Filho (2005) não há interferência na autonomia federativa, uma vez que tanto a integração como o desligamento do consórcio são facultados aos entes federativos, não havendo norma que obrigue a participação.

Dallari (2005) diz ser incorreto afirmar que a criação da associação pública contraria as normas da Constituição, instituindo um novo ente federativo, pois os consórcios públicos são instrumentos de descentralização administrativa, não tendo os atributos essenciais de um ente federativo, que são a autonomia, competências próprias exclusivas estabelecidas na Constituição e o poder tributário, que lhe dê direito de instituir tributos para obtenção de recursos.

Para Medauar e Oliveira (2006, p. 77) é questionável a constitucionalidade do § 1º do art. 6º, que determinou a integração da associação pública na administração indireta de cada ente consorciado, afirmando que:

Tal situação fere o próprio federalismo, não pela agregação em consórcio, conforme notado anteriormente, mas por um excessivo 'misturar-se' das entidades federativas. Além do mais, há lesão à autonomia, sobretudo nos itens da auto-organização e auto-administração.

Critica ainda a temporalidade do consórcio, já que é previsto o estabelecimento de prazo de duração do consórcio (art. 4º, I), deduzindo que tal situação é inadequada à criação das entidades públicas.

Como demonstrado, existem divergências jurídicas sérias quanto à própria previsão constitucional da viabilidade da personificação dos consórcios públicos e à formatação desta modalidade associativa pelos entes federados.

No que pese alguns dos argumentos favoráveis à personificação do consórcio ser tecnicamente justificáveis, não são suficientes, em nossa opinião, para resguardar a autonomia dos entes federados.

Dizer que não haverá interferência na autonomia administrativa por respeito ao sistema de divisão de competências ou mesmo pela liberalidade na criação e na extinção dos consórcios não esclarece se poderá ocorrer a interferência de um ente federado no outro.

Mesmo em relação à divisão de competências, não há um tratamento mais aprofundado pela doutrina para verificar a compatibilidade da Lei com o sistema constitucional de repartição de competências. Tomemos como exemplo os consórcios intermunicipais para realização das matérias descritas no art. 23 da Constituição Federal, neste caso as atividades ficariam restritas ao âmbito local de cada ente ou se estaria regionalizando os serviços? Isto não interferiria nas atribuições do Estado, que teria competência para atuar nas questões regionais?

A Lei dos Consórcios é bastante concisa a respeito do funcionamento destes ajustes.

Com efeito, preceitua no art. 4º que os consórcios funcionarão mediante uma Assembléia Geral, órgão de instância máxima do consórcio, formada pelos representantes legais dos entes consorciados, devendo ser acordado o número de votos para sua deliberação (VI), a forma de eleição e a duração do mandato de um representante legal do consórcio, que obrigatoriamente, deverá ser Chefe do Poder Executivo de ente da Federação consorciado (VIII).

Não haveria quebra do equilíbrio federativo ou interferência na autonomia a indicação de pesos para definição dos votos dos signatários do ajuste? Mesmo no caso de adoção de um critério linear, a não concordância de um dos entes federados com determinada medida não representaria desrespeito à sua autonomia, já que estaria atrelado à deliberação da Assembléia Geral?

No caso do consorciamento vertical, firmado entre Municípios e Estado, haveria obrigatoriedade do Governador ser o Presidente do consórcio ou não? Em caso negativo, isto não seria incompatível com a estrutura federal, em termos de coordenação?

A lei é omissa, não oferecendo respostas a tais indagações.

A doutrina pesquisada também não trata destas questões, que imputo essenciais para real verificação da afirmação de que a formatação jurídica dos consórcios públicos conferida pela Lei nº 11.107/2005 não interfere na autonomia dos entes federados.

Sem dúvida este é um dos temas que exigirá uma investigação mais profunda por parte da doutrina, de forma a fornecer a sustentação jurídica necessária à investigação da constitucionalidade da Lei nº 11.107/2005.

Uma solução possível para a questão, seria a utilização do veto nas deliberações da Assembléia Geral, autorizando assim o ente consorciado que discordasse de determinada proposta que não fosse atingido por esta⁷⁴.

De fato a utilização do veto resguardaria, a princípio, a autonomia do ente federado consorciado, afastando os questionamentos de inconstitucionalidade, na medida em que o ente não perderia o seu poder de deliberação.

O veto poderia ser previamente acordado pelos entes federados no protocolo de intenções e previsto nas leis de criação do consórcio público.

Excluído:
Excluído: foi sugerida pelo Doutor Elimar Pinheiro do Nascimento, membro da banca de avaliação da presente dissertação, por ocasião da defesa, realizada no dia 21 de dezembro de 2006, que

3.5 A COMPATIBILIDADE DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS COM AS REGIÕES METROPOLITANAS, AGLOMERAÇÕES URBANAS, MICRORREGIÕES E AS REGIÕES DE DESENVOLVIMENTO

Como vimos no Capítulo I, a Constituição Federal de 1988 autoriza os Estados a instituírem, por lei complementar, regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (art. 25, § 3º). E a União, a criar regiões para articulação dentro de um mesmo complexo geoeconômico e social, visando o seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais (art. 43).

⁷⁴ [Sugestão apresentada pelo Dr. Elimar Pinheiro do Nascimento.](#)

Reale (2004) entende que a instituição dos consórcios poderá privar os Estados do seu exercício da competência privativa para instituição destas regiões.

Em sentido contrário, argumenta Dallari (2005):

[...] a participação em consórcios públicos de Municípios integrantes de Regiões Metropolitanas não viola os artigos 25, § 3º, e 43 da Constituição Federal. A instituição de Regiões Metropolitanas pelos Estados, prevista no § 3º do artigo 25, tem caráter genérico, objetivando a organização e o planejamento integrados, para execução de funções públicas de interesse comum, de Municípios limítrofes situados no mesmo Estado. É apenas medida de racionalização administrativa, que não implica a gestão associada de serviços públicos nem autoriza a transferência de encargos, serviços, pessoal e bens. Assim, pois, a criação de Regiões Metropolitanas não será afetada, de qualquer modo, pela instituição dos consórcios públicos, não havendo e nem se estabelecendo com a aprovação do Projeto impedimento algum para que o mesmo Município integre Região Metropolitana e participe de consórcio público.

O artigo 43 da Constituição, por sua vez, estabelece a possibilidade de um planejamento regional, para fins administrativos, a ser estabelecido pela União. Aqui também se pode afirmar que não há qualquer incompatibilidade entre a inclusão de um Município numa região em desenvolvimento e sua participação num consórcio público.

Para Marques Neto (2005) a afirmação de que haveria interferência na atribuição do Estado, importaria no reconhecimento equivocado, em sua opinião, de que o art. 25, § 1º, autorizaria os Estados avocar as competências dos municípios, protestando que:

A meu ver, a instituição de regiões metropolitanas não tem o condão de alterar competências, pois equivaleria à possibilidade de um ente federativo arrogar para si competências de outro, por sua exclusiva vontade. É hipótese radicalmente diferente da aqui tratada: não apenas os consórcios públicos dependem da expressão da vontade de todos os entes políticos envolvidos, como também ele não exclui ou exime o titular original dos serviços de suas responsabilidades iniciais em relação ao serviço. Por esse motivo, creio que a instituição de regiões metropolitanas serve apenas para instituir padrões de coordenação e cooperação entre as localidades inseridas numa área de metrópole, sem nada interferir na titularidade ou delegação dos serviços.

Neto (2005), por sua vez, diz que a instituição das regiões metropolitanas impede o consorciamento, mas não impossibilita a utilização dos consórcios públicos em relação aos demais Municípios que poderão utilizar da gestão consorciada:

É certo que a criação daquelas regiões, aglomerações ou microrregiões por lei complementar estadual interfere nas

competências dos municípios que as integram. Antes de sua edição, contudo, eles são livres para assumir a colaboração mútua, de acordo com as definições próprias. Existindo lei complementar, a conjugação de esforços entre eles continua comportada, apenas com dever de observância das competências do Estado.

Não há, portanto, disputa entre os consórcios públicos ou convênios de Municípios e Estado para implementação de interesses dos primeiros. Deve haver apenas atuação harmoniosa entre todas as partes.

Medauar e Oliveira (2006, p. 16) diferenciam as regiões metropolitanas dos consórcios, argumentando que aquelas são compulsórias e não possuem personalidade jurídica, enquanto que estes resultam da livre associação das entidades federativas e são personificados.

No que pese ser corretas as diferenças apontadas entre os consórcios públicos e as regiões metropolitanas, concordamos com o posicionamento de Neto, já que a instituição dos consórcios públicos poderá no nível metropolitano ser incompatível, em razão de atribuir a coordenação aos Estados dos serviços públicos de interesse comum.

Em relação às regiões administrativas, instituídas pela União, não se vislumbra tal “concorrência”, já que a sua criação objetiva aspectos ligados à política de desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais, não tendo por escopo, como as regiões metropolitanas, a assunção de obrigações relacionadas a funções de interesse comum, relacionada a prestação de serviços públicos, que constitui objetivo dos consórcios públicos.

De forma que não se vislumbra conflitos na criação das às regiões administrativas com os consórcios públicos.

3.6 DOS OBJETIVOS DOS CONSÓRCIOS

A conceituação de serviço público constitui uma das matérias mais controversas do direito administrativo.

Meirelles (1999, p.297) adotando uma definição ampla, conceitua os serviços públicos como “todo aquele prestados pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controle estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade e simples conveniência do Estado”, incluindo, portanto, a atividade de poder de polícia, classificando-os em:

I) Serviços públicos propriamente ditos - aqueles em que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer que sua utilização é uma necessidade coletiva. Sendo serviços privativos do Poder Público, no sentido que só a Administração pode prestá-los, é indelegável à terceiros, mesmo porque exigem geralmente atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados, como por exemplo, o serviço de defesa nacional, os de polícia, os de preservação da saúde pública;

II) Serviços de utilidade pública - os que a Administração reconhece sua conveniência (e não a essencialidade ou necessidade) para coletividade, prestando-os diretamente ou aquiescendo que terceiros o façam, nas condições regulamentadas ou sob seu controle (concessão, permissão e autorização), como por exemplo, os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone, etc;

III) Serviços próprios do Estado - são aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene e saúde pública, etc) e para a execução dos quais a Administração usa da sua supremacia sobre os administrados. Por esta razão, só podem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares;

IV) Serviços impróprios do Estado- são os que não afetam as necessidades coletivas, nem as condições de existência da sociedade, mas atendem a interesses dos indivíduos;

V) Serviços administrativos - que a Administração executa para atender a suas necessidades internas ou preparar outros serviços que serão prestados pelo poder público, tais como imprensa oficial, estações experimentais, etc.;

VI) Serviços industriais - os que produzem renda para quem presta, sendo remunerados por tarifa ou preços públicos, constituindo serviços impróprios do Estado, por consubstanciarem atividade econômica que só poderá ser prestada pelo Poder Público quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, nos termos da lei (art. 173 da Constituição);

VII) Serviços *uti universi* ou gerais - aqueles que a Administração presta sem ter usuários determinados, para atender à coletividade no seu todo, como os de polícia, iluminação pública, calçamento;

VIII) Serviços *uti singuli* ou individuais- aqueles em que os usuários são determinados e a utilização particular é mensurável para cada destinatário, como ocorre com o serviço de água e energia.

Mello (2006, p. 642), ao contrário, dentro de uma conceituação restritiva, define o serviço público como:

[...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, instituídos em favor dos interesses definidos como públicos nos sistema normativo.

Segundo o Administrativista (2006, p. 655) o poder de polícia não integra a definição de serviço público, argumentando que:

Enquanto o serviço público visa ofertar ao administrado uma utilidade, ampliando, assim, o seu desfrute e comodidades, mediante prestações feitas em prol da de cada qual, o poder de polícia, inversamente (conquanto para proteção do interesse de todos), visa a restringir, limitar e condicionar, as possibilidades de sua atuação livre, exatamente para que seja possível um bom convívio social. Então, a polícia administrativa constitui-se em uma atividade orientada para contenção dos comportamentos dos administrados, ao passo que o serviço público, muito ao contrário, orienta-se para atribuição aos administrados de comodidades e utilidades materiais.

Para Di Pietro (2004, p. 99) o poder de polícia, assim como as atividades de fomento e de intervenção, constitui atividade da Administração, juntamente com os serviços públicos, não se confundindo, portanto, o poder de polícia com serviço público, elaborando também um conceito restritivo, definindo o serviço público como:

[...] toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente público.

A abordagem da conceituação de serviço público é essencial para definição dos objetivos e ações dos consórcios, impondo-se o questionamento se teria adotado uma definição ampla ou restrita, excluindo ou não, o consorciamento para exercício das atividades de poder de polícia.

A Lei nº 11.107/2005 estabeleceu apenas que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão contratar consórcios para realização de objetivos de interesse comum (art. 1º), os quais serão determinados pelos entes consorciados, observados os limites constitucionais (art. 2º), sem identificá-los, ao contrário do Projeto de lei nº 3.884/2004, que taxativamente arrolava os objetivos dos consórcios (art. 3º), dispondo que:

- Art. 3º-Os objetivos dos consórcios públicos devem se circunscrever:
- I – gestão associada de serviços públicos;
 - II – prestação de serviços, inclusive de assistência técnica, a execução de obras e ao fornecimento de bens à administração direta ou indireta dos entes consorciados;
 - III – compartilhamento ou uso comum de instrumentos e equipamentos de gestão, manutenção, informática, de pessoal técnico e de procedimentos de licitação e de admissão de pessoal;
 - IV – produção de informações ou de estudos técnicos;
 - V – instituição e funcionamento de escolas de governo ou de estabelecimentos congêneres;
 - VI – promoção do uso racional dos recursos naturais e à proteção do meio ambiente;**
 - VII – exercício de funções no sistema de gerenciamento de recursos hídricos que tenham sido delegadas ou autorizadas;**
 - VIII – apoio e fomento do intercâmbio de experiências e de informações entre os entes consorciados, inclusive no que se refere à segurança pública e ao sistema penitenciário;
 - IX – gestão e proteção do patrimônio paisagístico ou turístico comum;**
 - X – planejamento, gestão e administração dos serviços e recursos da previdência social dos servidores de qualquer dos entes da Federação que integram o consórcio;
 - XI – fornecimento de assistência técnica, extensão, treinamento, pesquisa e desenvolvimento urbano, rural e agrário;
 - XII – ações e políticas de desenvolvimento sócio-econômico local e regional; e
 - XIII – exercício de competências pertencentes aos entes federados nos termos de autorização e delegação. (Grifo nosso)

Medauar e Oliveira (2006, p. 26) entendem que a referência no art. 1º, ao consorciamento para realização de “objetivos de interesse comum”, não vinculam necessariamente a celebração dos consórcios às competências mencionadas no art. 23 da Constituição, podendo incluir outras matérias ainda que não indicadas neste dispositivo, afirmando que “o rol constitucional do art. 23 não esgota as matérias de interesse comum a motivar os entes federados a se associarem em consórcios públicos.”

Silva (2005), mencionando o art. 241 da Constituição Federal, diz que a Carta Política foi expressa ao restringir a utilização do consórcio público à esfera dos serviços públicos.

Gomes (2005), enfrentando a questão, defende que os consórcios públicos poderão realizar também atividades de poder de polícia e não somente serviços públicos considerados no sentido estrito, expondo que:

Com efeito, não faz sentido algum imaginar que os consórcios públicos e também os convênios de cooperação, os instrumentos por excelência para celebrar a associação de interesse comum, estejam limitados tão-somente aos serviços públicos, em sentido estrito. Diante do federalismo solidário ou mesmo do federalismo de integração, em curso na Federação brasileira, traduzido, entre outras passagens constitucionais, na competência administrativa comum do artigo 23 da Lei Maior, seria um contra-senso permitir a utilização desses acordos apenas para a gestão de serviços públicos, contrariando longa prática federativa. Note-se que ao longo do caput do artigo 23 são listadas atribuições compartilhadas dos nossos entes federativos e muitas não ensejam, no rigor técnico, atividades enquadráveis no conceito de Bandeira de Mello [citado acima], como, por exemplo, proteger o meio ambiente e os bens de valor histórico, artístico e cultural, fomentar a produção agropecuária ou estabelecer e implantar a política de educação do trânsito.

A mesma amplitude veja-se no § 3º do citado artigo; não há razão para admitir a doação, destinação ou cessão de uso de bens móveis ou imóveis e as transferências ou cessões de direitos dos Municípios consorciados apenas diante de atividade que enseje comodidade à população e seja fruível individualmente, excluindo-se atividades importantes, como as relacionadas ao poder de polícia ambiental ou urbanística – apenas para apanharmos um exemplo –, que poderiam gozar do compartilhamento de radares e de sistemas mais modernos de tecnologia de informação, geridos por uma entidade específica e comum a todos. É novamente o federalismo solidário que requer tal interpretação. [...]

Excluindo-se as atividades impassíveis de compartilhamento (por exemplo, a legislativa), é aceitável que o consórcio público execute qualquer tipo de ação atribuída às entidades estatais, como a gestão de bens, o fomento do setor privado e o poder de polícia, além é claro, do serviço público.

E quais seriam os limites constitucionais referidos no art. 2º da Lei nº 11.107/2005 para delimitação dos objetivos dos consórcios?

Citando novamente Medauar e Oliveira (2006, p. 34), temos que são limites constitucionais para fixação dos objetivos dos consórcios: a autonomia dos entes federados e o sistema de repartição constitucional de competências, não se admitindo, por exemplo, que consórcios intermunicipais tenham por finalidade atuações relativas à competência dos Estados e da União ou que a transferência de atribuições importe em renúncia de competência em favor do ente federado ou do consórcio.

Justen Filho (2005), ao tratar da questão, ressalta que não poderão ser transferidas competências políticas, inerentes à identidade do ente federado, como os poderes de natureza legislativa, jurisdicional e de avaliação e defesa dos direitos fundamentais confiados ao ente federado. Da mesma forma não se admite renúncia ou transferência definitiva de competências, o que “equivaleria a frustração da estruturação federativa imposta constitucionalmente.”

Para Marques Neto (2005):

Não há que confundir-se tal delegação com a renúncia de competência. Essa é inviável, já que o que a Constituição atribui aos entes federativos não é mera faculdade, mas poder-dever de exercer tais atributos. É corolário do princípio da função que o titular dos serviços não possa renunciar à competência. Ou seja, o titular de uma competência não pode abrir mão de exercê-la (já que dela não é dono, apenas a exerce por prescrição legal), deixar de cumpri-la ou fazê-lo de forma parcial.

A Lei estabeleceu poderes importantes para os consórcios públicos cumprirem seus objetivos, autorizando-os, no art. 2º, § 1º, a:

- I) firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas⁷⁵ de outras entidades e órgãos do governo;
- II) nos termos do contrato de consórcio de direito público, promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse realizados social, realizado pelo poder público⁷⁶;

⁷⁵ A Lei nº 4.320/1964 qualifica: I) Auxílio- espécie de transferência de capital, derivada diretamente da lei de orçamento, e destinada a investimentos ou inversões financeiras que entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços; II) Contribuições - constitui a transferência corrente ou transferência de capital; III) Subvenções- transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se em subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa; e, subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.

⁷⁶ Entende-se por desapropriação “o procedimento através do qual o Poder Público, compulsoriamente despoja alguém de uma propriedade e a adquire, mediante indenização, fundada em um interesse público.” (MELLO, 2006, p. 821).
 Servidão administrativa “é o direito real de gozo, de natureza pública, instituído sobre imóvel de propriedade alheia, com base em lei, por entidade pública ou seus delegados, em favor de um serviço público ou de um bem afetado a fim de utilidade pública.” (DI PIETRO, 2004, p. 145).

III) ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação.

Para Medauar e Oliveira (2006, p. 37), dentro da atribuição deferida no inciso I do dispositivo acima mencionado (art. 3º, § 1º), os consórcios poderão firmar parcerias público-privadas, conforme o disposto no art. 1º da Lei nº 11.079/2004, o qual prevê a aplicação desta lei aos órgãos da administração pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta e indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municipal.

Ressalvando apenas, que, neste caso, ficaria restrita aos consórcios públicos com modelagem jurídica de associação pública, por se equiparar às autarquias, já que entendem que os consórcios com personalidade privada não integram a administração indireta dos entes federados, em razão da omissão verificada no art. 6º da Lei nº 11.107/2005, embora tal opinião possa ser contestada conforme entendimento de Di Pietro, exposto acima, que diz ser impossível o não enquadramento.

Alves (2006, p. 69) critica a disposição do inciso III do § 1º do art. 3º, defendendo que a possibilidade de ser o consórcio contratado para a execução de determinada obra ou serviço não representa, a rigor, mais um instrumento destinado ao cumprimento de suas finalidades e, sim, a previsão de uma espécie de função subsidiária decorrente do eventual desenvolvimento da capacidade de operação das gestões associadas em determinados setores, mencionando, por exemplo, que eventualmente estes consórcios poderão adquirir capacidade de prestar consultorias técnicas, desenvolver sistemas e projetos bem sucedidos, eventualmente sujeitos de serem requisitados para aplicação em outras entidades federativas, consorciadas ou não, autarquias, sociedades de economia mista, fundações públicas ou até empresas particulares.

Embora o inciso III deste dispositivo não identifique o tipo de contrato a ser firmado neste caso, Medauar e Oliveira (2006, p. 44) entende que se aplica neste caso o contrato programa, previsto no art. 4º, IX, d e art. 13, *caput* e § 5º da Lei, já que a norma também dispensa a licitação no caso de “celebração de contrato programa com ente da Federação ou com entidade da administração indireta, para prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou convênio de cooperação.” (art. 17).

A Lei nº 11.107/2005, no art. 17, aumentou os valores atribuídos à licitação para contratação realizada pelos consórcios públicos, acrescentando o § 8º no art. 23 da Lei nº 8.666/1993, duplicando os valores para realização da licitação na modalidade convite, tomada de preços e concorrência, no caso dos consórcios firmados por até três entes da federação e triplicando, no caso do consórcio ser formado por um número maior.

Autorizando ainda a dispensa de licitação no caso de contratos de compras, obras e serviços a serem celebrados com os consórcios públicos, de valor até 20% dos limites indicados nos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/1993 (art. 17)⁷⁷.

Os consórcios poderão também emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de bens públicos por eles administrados, ou, mediante autorização específica pelo ente da federação consorciado (art. 2º, § 2º).

Além de outorgar concessão, permissão ou autorização de obras e serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma específica o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender, observada a legislação de normas gerias em vigor (art. 2º, § 3º).

3.7 CONVÊNIOS DE COOPERAÇÃO E CONTRATOS DE PROGRAMA

A Lei nº 11.107/2005 estabeleceu, além dos consórcios públicos, outras duas formas de gestão associada de serviços: os convênios de cooperação e os contratos de programas.

Os convênios, como dito acima, não são novidades na legislação brasileira, sendo regulados pelo art. 116 da Lei nº 8.666/1993.

Correspondem a ajustes de cooperação “firmados por pessoas administrativas entre si ou entre estas e entidades particulares, com vistas a ser alcançado determinado objetivo de interesse público” (CARVALHO FILHO, 2004, p. 196).

⁷⁷ O Decreto nº 5.504, de 05 de agosto de exige a utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para os entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizados em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos.

Os convênios de delegação são previstos no art. 3º da Lei nº 9.277/1996, que autoriza a União a delegar por meio de convênio a administração e exploração de rodovias e portos federais.⁷⁸

Para Borges (2005, p. 236) os convênios de cooperação constituem espécie nova e diferenciada daquela que até então conhecíamos em nosso direito, uma vez que só abrange um tipo especial, constituído unicamente por entes da Federação.

Os contratos de programa ⁷⁹, ao contrário, são uma inovação da lei e representam o ajuste pelo qual são contraídas obrigações que um ente da Federação constitua para com o outro, ou para com o consórcio público ou ainda com entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer os entes da federação consorciados ou conveniados, em razão de prestação de serviços públicos por meio de gestão associada ou a transferência total ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.

A Lei nº 11.107/2005 dispõe sobre o instituto nos seguintes termos:

Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que **um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.**

§ 1º O contrato de programa deverá:

⁷⁸ Almeida (2005, p. 135) ressalta a controvérsia gerada com a promulgação da Constituição de 1988, que não dispôs inicialmente sobre o assunto, ao contrário da Constituição anterior, que previa a possibilidade da União, dos Estados e Municípios celebrarem convênios para execução de leis, serviços e decisões por intermédio de funcionários federais, estaduais e municipais. Todavia, essa controvérsia foi sanada com a edição da EC nº19/1998 que alterou a redação do art.241.

⁷⁹ Di Pietro (2005) diz que a expressão contrato de programa era aplicada no direito administrativo brasileiro no mesmo sentido utilizado para designar os contratos de gestão, previstos no art.37, §8º da Constituição Federal, mas cujo regime em nada se assemelha ao tratado na Lei nº11.107/2005.

Medauar e Oliveira (2006, p. 101) ressaltam que a expressão contrato programa é empregada de longa data no direito francês e italiano, com conotação diferente da adotada na legislação brasileira. Na França, os contratos programas são ajustes destinados a regulamentar repartições de responsabilidades entre o Estado e as empresas públicas. Já na Itália, diversamente do contrato francês, representa o ajuste firmado entre a Administração e as empresas do setor privado com o objetivo de promover a execução dos planos econômicos, permitindo inclusive a concessão de auxílios e subvenções de ordem econômico-financeira às empresas que se comprometerem a desenvolver atividades previstas em programação definida pelo Estado.

I – atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados; e

II – prever procedimentos que garantam a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares.

§ 2º No caso de a gestão associada originar a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos, o contrato de programa, sob pena de nulidade, deverá conter cláusulas que estabeleçam:

I – os encargos transferidos e a responsabilidade subsidiária da entidade que os transferiu;

II – as penalidades no caso de inadimplência em relação aos encargos transferidos;

III – o momento de transferência dos serviços e os deveres relativos a sua continuidade;

IV – a indicação de quem arcará com o ônus e os passivos do pessoal transferido;

V – a identificação dos bens que terão apenas a sua gestão e administração transferidas e o preço dos que sejam efetivamente alienados ao contratado;

VI – o procedimento para o levantamento, cadastro e avaliação dos bens reversíveis que vierem a ser amortizados mediante receitas de tarifas ou outras emergentes da prestação dos serviços.

§ 3º É nula a cláusula de contrato de programa que atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados.

§ 4º O contrato de programa continuará vigente mesmo quando extinto o consórcio público ou o convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos.

§ 5º Mediante previsão do contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados.

§ 6º O contrato celebrado na forma prevista no § 5º deste artigo será automaticamente extinto no caso de o contratado não mais integrar a administração indireta do ente da Federação que autorizou a gestão associada de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação.

§ 7º Excluem-se do previsto no caput deste artigo as obrigações cujo descumprimento não acarrete qualquer ônus, inclusive financeiro, a ente da Federação ou a consórcio público (Grifo nosso).

Assim o contrato programa pode ser celebrado entre:

I) no âmbito do consórcio público, podendo ser firmado entre o consórcio e um de seus consorciados, podendo ser firmados com entidades da administração indireta dos entes consorciados.

II) fora do âmbito do consórcio, autorizando a celebração entre os entes da federação, podendo haver a participação da administração indireta.

De acordo com Ribeiro(2005a) a criação do contrato de programa visa disciplinar as relações entre os entes da federação interessados, no que se refere à gestão associada ou à transferência total ou parcial a ela ligada que exorbitem o âmbito meramente convenial, permitindo um maior aprofundamento e concedendo segurança jurídica às relações ajustadas, sobretudo na garantia dos direitos dos usuários dos serviços públicos e a modicidade das tarifas.

Di Pietro (2005) critica o inc. I, § 1º do art. 13, que prevê que se aplica aos contratos de programa “a legislação de concessões, permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados”, argumentando que:

É difícil imaginar que um ente Federativo assuma a posição de concessionário em relação a outro ente Federativo. Quando muito, pode ocorrer que entidade da Administração indireta vinculada a um ente Federativo (uma sociedade de economia mista ou empresa pública, por exemplo) assuma, como concessionária, a prestação de serviço público de que é titular determinando ente federativo. Isto já ocorre. É o caso da SABESP, comumente contratada por municípios para prestação de serviços públicos de saneamento [...]. Nesses casos, a denominação do contrato de programa é imprópria, porque se trata de verdadeiros contratos de concessão de serviços públicos, podendo, agora, assumir também a forma de parceria público-privada.

Os contratos de concessão e permissão são tratados nas Leis nº 8.987/1995, 9.074/1995, 9.791/1999 e 11. 079/2004.

Entende-se por concessão de serviço público a delegação da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), mediante licitação à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho por sua conta e risco e por prazo determinado.

Já a permissão, constitui a delegação, a título precário, mediante licitação da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho por sua conta e risco.

Marques Neto (2005) diferencia os contratos de programa dos contratos de concessão e permissão, refletindo que:

Parece-me, então, ser necessário reconhecer a particularidade dessa forma de delegação, que muito se distingue das formas tradicionais de delegação a particulares prevista no art. 175 da Constituição. Trata-se de hipótese de cooperação federativa que foge às concepções tradicionais de concessão tradicional. Impõe-se reconhecer a existência de formas de delegação que, por envolver, as cooperações federativas, situam-se fora do âmbito do art. 175. Elas se fundam, em seu conteúdo, nas competências materiais comuns dos entes, pois traduzem engajamento dos entes federativos na promoção da melhoria dos serviços públicos, e no federalismo de cooperação adotado pela República brasileira.

A Lei ressalva a sua não aplicabilidade aos convênios de cooperação, contratos de programa para gestão associada de serviços públicos ou instrumentos congêneres, que tenham sido celebrados anteriormente à sua vigência (art. 19).

Apresentado um panorama geral da regulamentação dos consórcios públicos pela Lei nº 11.107/2005 e analisado os principais questionamentos jurídicos quanto a sua constitucionalidade e aplicabilidade, passaremos a abordar a questão das controvérsias sobre a viabilidade da realização do licenciamento e fiscalização ambiental pelos consórcios públicos, que constitui o objetivo geral da dissertação.

CAPÍTULO IV- A REALIZAÇÃO DO LICENCIAMENTO E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL PELOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

4.1 DESAFIOS NA IMPLANTAÇÃO DO LICENCIAMENTO E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL

Como vimos, embora a legislação tenha estruturado um sistema de atuação coordenada entre os entes federados para gestão do meio ambiente, distribuindo competências legislativas e materiais entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e instituído o SISNAMA, a prática tem demonstrado outra realidade.

As ações dos órgãos ambientais são desarticuladas, verificando-se omissões e sobreposições de ações, comprometendo a visão compartilhada e integrada que deveria orientar o poder público na consecução da política ambiental.

A maioria dos Municípios brasileiros ainda não assumiu suas atribuições constitucionais, sobrecarregando a estrutura estadual, gerando um vácuo na gestão local, que constitui uma lacuna prejudicial à própria proteção do meio ambiente, já que a assunção dos Estados das obrigações dos Municípios acaba afetando a sua atuação, o que desestrutura a harmonia do sistema.

Os programas de municipalização da gestão ambiental, realizados pelos Estados e União, encontram dificuldades na sua implementação, em razão da situação institucional precária dos Municípios.

Parte destes problemas advém da própria concepção do federalismo brasileiro que concedendo autonomia aos Municípios não considerou a heterogeneidade destes, além do processo de fragmentação, que gerou uma realidade complexa, em que vários Municípios não possuem condições financeiras e administrativas de exercerem sua autonomia política.

Somam-se a estas questões, um sistema complexo de divisão de competências, cuja ausência de um regramento claro, tem provocado discussões jurídicas, levando muitas das vezes à judicialização de ações.

O sistema de repartição de competências constitucional adotado não autoriza que a União ou os Estados interfiram em questões administrativas dos Municípios, prejudicando a articulação de algumas políticas públicas de atribuição comum dos três entes, como é o caso da política ambiental. Sendo inconstitucionais as exigências estabelecidas em alguns programas de descentralização, como, por exemplo, o condicionamento para o exercício da competência à celebração de convênio.

É possível visualizar este quadro a partir da análise dos instrumentos da política ambiental, como o licenciamento e fiscalização.

De acordo com o IBGE (2005), em pesquisa realizada em 2002, apenas 11% dos municípios informaram ter recebido recursos da concessão da licença ambiental, sendo que 42% destes estão localizados na faixa acima de 500.000 mil habitantes. A aplicação de multas ambientais também é baixa, somente 22% dos municípios declararam a multa como recurso específico, o que segundo o próprio Instituto pode ser imputado tanto ao fato de que os municípios não praticam a fiscalização ambiental, bem como pelas dificuldades no processo de cobrança.

No plano jurídico, como evidenciado no capítulo II, ainda persistem as discussões acerca da competência licenciatória dos Municípios, assim como a divergência no exercício da fiscalização, representando um dos principais problemas do direito ambiental e da própria gestão do meio ambiente, já que gera uma situação de instabilidade que acaba fragilizando as instituições públicas.

Os consórcios públicos são apontados como uma ferramenta para gestão ambiental local, permitindo que Municípios formem uma estrutura institucional para realização destas atividades, propiciando ainda a articulação com os Estados e a União, fortalecendo a gestão integrada do meio ambiente.

Os consórcios poderão ainda servir de instrumento para padronizar procedimentos realizados no licenciamento e na fiscalização ambiental, propiciando ainda a uniformização da própria legislação, diminuindo situações de conflito.

Capelli (2002) sugere a formação dos consórcios intermunicipais como alternativa para implementação do licenciamento no nível local.

Antunes (2005, p. 105) também defende o consorciamento municipal para realização do licenciamento ambiental ponderando que:

A municipalização do controle ambiental de atividades com pequeno impacto é um imperativo que precisa ser implementado. Uma possibilidade que pode ser pensada é o estabelecimento de consórcios municipais para fins de licenciamento ambiental mediante a criação de uma agência única.

O próprio projeto de lei complementar, apresentado pelo Ministério do Meio Ambiente, para regulamentação do art.23 coloca os consórcios entre os órgãos dos SISNAMA como instrumento da gestão ambiental compartilhada (art. 12, III).

Os consórcios poderão ainda no plano municipal diminuir a influência política, já que se transfere para um plano supramunicipal o poder decisório.

As sugestões de formação dos consórcios intermunicipais para aplicação do licenciamento e fiscalização ganham, assim, apelo com a edição da Lei nº 11.107/2005.

Nesta perspectiva, a avaliação da compatibilidade jurídica dos consórcios públicos, instituída pela Lei nº 11.107/2005, para aplicação do licenciamento e fiscalização ambiental coloca-se como uma questão importante, já que a possibilidade ou não de estruturação legal é essencial para formação destes ajustes, viabilizando a sua aplicação.

Mais do que fornecer respostas imediatas, entendemos que as perguntas a serem formuladas contribuem para o debate científico, especialmente pela novidade da questão, sendo nosso objetivo principal levantar as controvérsias legais da formação dos consórcios públicos pela Lei nº 11.107/2005.

4.2 QUESTÕES NORTEADORAS

A Lei nº 11.107/2005 regulamentou os consórcios públicos no direito brasileiro, alterando o tratamento doutrinário até então conferido ao instituto, ao determinar a personificação destes ajustes, possibilitando a sua criação com a configuração jurídica de direito público ou de direito privado. Além de autorizar a formação vertical, permitindo a participação de diferentes entes federados.

Como exposto no capítulo anterior, no que pese a lei tenha tido o mérito de regulamentar a matéria, existem divergências jurídicas sobre a sua constitucionalidade e aplicabilidade, sobretudo em relação à personificação dos consórcios públicos.

A Constituição Federal fundamenta e orienta a criação das demais leis e atos normativos, que devem respeitar as diretrizes e princípios constitucionais, sob pena de nulidade.

Milita em favor das leis e atos normativos a presunção de constitucionalidade (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 53), que só se desfaz com o mecanismo de controle estabelecido na própria Constituição.

Os questionamentos sobre a constitucionalidade da Lei nº 11.107/2005 foram avaliados apenas no plano teórico, sem posicionamento concreto dos Tribunais, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, que como guardião da Constituição elaborará o juízo definitivo sobre a questão, caso venha a ser interpelado.

Partindo, pois, da presunção de constitucionalidade que goza a lei e visando atingir os objetivos específicos da presente dissertação, é que indagamos:

I - Seria possível a realização do licenciamento e fiscalização ambiental, como atividades de poder de polícia, pelos consórcios públicos?

II - Haveria alguma incompatibilidade de ser personificado sob a forma de associação civil de direito privado ou só seria possível a personificação na forma de direito público?

III - A formatação jurídica dos consórcios públicos é compatível como o sistema de repartição de competências previsto para realização do licenciamento e fiscalização ambiental? Não se estaria regionalizando a gestão ambiental, invadindo a competência de outro ente federado?

IV - Em relação ao funcionamento prático destes consórcios, haveria alguma incompatibilidade legal que impediria a sua constituição?

Como seria a responsabilidade civil por atos praticados pelo consórcio público? Como seria realizada a cobrança das taxas para expedição das licenças ambientais? Quem seria competente pela execução das multas ambientais? Como se daria a participação social e a publicização dos atos de informação no licenciamento e fiscalização ambiental realizado pelos consórcios públicos? Seria possível a criação de um conselho de meio ambiente, com a participação da sociedade no âmbito dos consórcios públicos?

V- Quais atividades poderiam então ser praticadas pelos consórcios públicos? Os consórcios permitem a integração dos entes federados em relação ao SISNAMA?

4.3. O EXERCÍCIO DO LICENCIAMENTO E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL PELOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

4.3.1 Da delegação do poder de polícia

Entende-se por poder de polícia, na lição de Meirelles (1999, p. 115), a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

Di Pietro (2005, p. 111), por sua vez, o define como “atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.”

Mello (2006, p. 795) adota a expressão “polícia administrativa” para designar os comportamentos administrativos do Poder Executivo, diferenciando da expressão “poder de polícia” que consigna, em sua opinião, um sentido mais amplo, referente à atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando aos interesses coletivos, abrangendo tanto os atos do próprio Executivo, como do Poder Legislativo. Assim define a polícia administrativa como:

[...] a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“*non facere*”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.

Moreira Neto (1998) defende que o conceito de poder de polícia não se restringe a um tipo especial de poder do Estado próprio ou exclusivo da Administração Pública, mas dentro de posicionamento mais atual e moderno, corresponde a um tipo de função estatal que deve ser exercida por quem receba a necessária competência da Constituição e de suas leis, deduzindo que:

Com efeito, já é conhecida de longa data a crise no conceito de poder de polícia, outro mais que se encontra defasado, já não se aceitando que possa continuar a ser definido como um ‘poder administrativo’, pois inegavelmente, sua titularidade não se confina a um ramo orgânico do Estado, mas se estende a todo ele, de modo que, em última análise, quem o institui, para harmonizar o uso e gozo dos direitos e liberdades individuais, inclusive a propriedade, com o interesse geral, é sempre o legislador.

Não se confunde a polícia administrativa, com a polícia judiciária, cujo caráter é eminentemente repressivo, ligado à atuação da função jurisdicional penal.

O conceito legal de poder de polícia é apresentado no Código Tributário Nacional:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Em relação especificamente ao poder de polícia ambiental, temos a definição apresentada por **Leme Machado** (2000, p. 303), que o conceitua como:

[...] a atividade da Administração Pública que, limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato em razão do interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício das atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do poder público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza.

O Estado utiliza como meios de atuação do exercício do poder de polícia (DI PIETRO, 2004, p. 113):

I) Atos normativos em geral: através da lei, criando limitações administrativas ao exercício de direitos e das atividades individuais, estabelecendo normas gerais e abstratas dirigidas indistintamente às pessoas que estejam em idêntica situação; disciplinando a aplicação da lei aos casos concretos, pode o Executivo baixar decretos, resoluções, portarias, instruções;

II) Atos administrativos e operações materiais de aplicação da lei ao caso concreto, compreendendo:

a) medidas preventivas (fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorização, licença), com o objetivo de adequar o comportamento individual à lei;

b) medidas repressivas (dissolução de reunião, interdição de atividade, apreensão de mercadorias deterioradas, internação de pessoa com doença contagiosa), com a finalidade de coagir o infrator a cumprir a lei.

No plano do direito ambiental, são exemplos de atos normativos de poder de polícia: as limitações ao direito de propriedade instituídas pelo Código Florestal, como a imposição de áreas de preservação permanente, reserva legal, imunidade de corte de árvore ou abstenção do exercício de determinada atividade poluidora, etc. E de atos administrativos: a concessão de licenças ambientais (preventivo) e autos de infração decorrentes da atividade de fiscalização ambiental (repressivo).

Distingue-se o poder de polícia originário, que já nasce com a entidade que o exerce, do poder delegado que é transferido legalmente para outra entidade, sendo que:

O poder de polícia originário é pleno no seu exercício e consectário, ao passo que o delegado é limitado aos termos da delegação e se caracteriza por atos de execução. Por isso mesmo, no poder de polícia delegado não se compreende a imposição de taxas, porque o poder de tributar é intransferível da entidade estatal que o recebeu constitucionalmente. Só esta pode taxar e transferir recursos para o delegado realizar o policiamento que lhe foi atribuído. Mas no poder de polícia delegado está implícita a faculdade de aplicar sanções aos infratores, na forma regulamentar, pois que isto é atributo de seu exercício (MEIRELLES, 1999, p. 115).

O Estado no exercício de suas funções exerce as atividades tanto por seus próprios órgãos, como descentralizando suas atividades, transferindo-as para pessoas administrativas vinculadas ao próprio Estado.

Denomina-se de descentralização administrativa “a transferência de poderes de decisão em matérias específicas a entes dotados de personalidade jurídica própria” (MEDAUAR, 2006, p. 59), de forma que são transferidos não somente atividades administrativas, mas atos decisórios, não existindo hierarquia com a entidade matriz, já que os entes descentralizados são dotados de poder próprio de decisão em razão de sua competência que é deferida por lei.

Di Pietro (2004, p. 351) classifica a descentralização “por serviços, funcional ou técnica”⁸⁰, como sendo a que se verifica quando a União, os Estados ou Municípios criam

⁸⁰ Di Pietro (2004, p. 350-353) também aponta como formas de descentralização administrativa: a) descentralização territorial ou geográfica que se verifica quando uma entidade de âmbito local, geograficamente delimitada, é dotada de personalidade jurídica própria, de direito público, com

uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público. No Brasil essa descentralização realiza-se com a instituição dos entes da administração indireta, no caso as autarquias, as fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

As autarquias, enquanto pessoas jurídicas de direito público exercem atividades típicas da Administração, como o poder de polícia. Na área ambiental, temos como exemplo, o próprio IBAMA, cuja personalidade é a de entidade autárquica, responsável pelo licenciamento e fiscalização das atividades efetiva ou potencialmente poluidoras na esfera federal.

Em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista existem questionamentos se tais entidades poderiam exercer poder de polícia em razão de sua qualificação como pessoas de direito privado.

A respeito, temos precedente importante da Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental-CETESB do Estado de São Paulo, cuja natureza jurídica é sociedade de economia mista, pessoa de direito privado, responsável pelo exercício do poder de polícia administrativa no controle da poluição e outras fontes, por delegação conferida pelo Estado, pela Lei nº 997/1976 e Decreto nº 8.468/1976.

Chegou a ser questionado no Supremo Tribunal Federal a sua legitimidade para exercício de poder de polícia e validade de multa aplicada pela Companhia, alegando a parte autora que como sociedade de economia mista não poderia efetuar tais atos. No julgamento, todavia, o Supremo não conheceu do recurso, por ausência de prequestionamento:

COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO AMBIENTAL - CETESB. Competência para exercer as atividades de fiscalização e repressão à poluição ambiental. Falta de prequestionamento das questões constitucionais e da relativa ao artigo 142 do CTN (súmulas 282 e 356). Inexistência de negativa de vigência dos artigos 82 e 145 do Código Civil, por não dizerem respeito a questão da competência

capacidade administrativa genérica. É prevista nos Estados Unitários, como França, Itália, Bélgica, constituídas por departamentos, regiões, províncias, comunas e o que se verificava no Brasil à época do Império e como hoje é previsto para os territórios, que não são considerados entes federativos, mas possuem personalidade jurídica de direito público e possuem capacidade genérica, que abrange serviços de segurança, saúde, justiça, etc; b) descentralização por colaboração - verifica-se, por meio de contrato ou ato administrativo unilateral, que a administração transfere a execução de determinado serviço público a pessoa de direito privado, previamente existente, conservando o poder público a titularidade do serviço, como exemplos, as concessões e permissões de serviços públicos.

em si mesma. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 113035 / SP, Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento: 10/04/1987, DJ 15-05-1987)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manifestou-se em diversas oportunidades sobre a legalidade da delegação do exercício de poder de polícia à CETESB, afastando a alegação de incompetência pela sua personificação legal, como se infere das ementas dos julgados abaixo colacionados:

MANDADO DE SEGURANÇA - Poluição sonora - Declaração da incompetência funcional da autoridade impetrada - Inadmissibilidade - A 'CETESB' tem competência na qualidade de órgão delegado do Governo do Estado, para atuar no campo de controle de poluição - O critério adotado, quanto ao limite de ruído tolerável, está amparado em portaria de entidade federal, acompanhada o padrão aceito pela União, através de 'CONAMA' e que se harmoniza com os padrões internacionais relativos à exposição a ruídos suportados pelo ser humano - Recurso provido. (Apelação Cível n. 34.958-5 - Bauru - 7ª Câmara de Direito Público - Relator: Albano Nogueira - 04.11.98 - V.U.)

MULTA - CETESB - Excesso de emissão de poluentes - Competência da CETESB para aplicar multas como órgão delegado do Governo do Estado de São Paulo. (Apelação Cível n. 41.535-5 - São Paulo - 1ª Câmara de Direito Público - Relator: Carlos de Carvalho - 22.02.99 - V.U.)

MULTA - Imposição pela CETESB - **Competência, na qualidade de órgão delegado do Governo do Estado, embora cuide-se de sociedade de economia mista** - Sentença confirmada JTJ 132/205. (Grifo nosso)

Tais entidades embora possuam personalidade de direito privado, exercem função de interesse público e compõem a Administração, não havendo óbice jurídico para que realizem atos de poder de polícia.

A própria Lei nº 9.813/1999 que trata da prescrição para apuração de ação punitiva da administração pública federal no exercício de poder de polícia, refere-se à administração direta e indireta, englobando, pois, estas entidades.

Esta também é a opinião de Leme Machado (2000, p. 304):

O Estado moderno, entretanto, não se resume mais na Administração direta. Os serviços públicos são também exercidos por empresas estatais e entes de cooperação (serviços sociais autônomos e organizações sociais), que vivem ao lado Estado e por isso eram chamadas de "paraestatais". Sabemos que o poder de polícia não se confunde com a noção de serviço público. Contudo, não se pode

ignorar que aquelas entidades, ditas paraestatais, ainda que tendo regime jurídico de direito privado, não são totalmente uma pessoa privada. [...]

Nesse sentido, no que concerne o exercício do poder de polícia ambiental, a lei expressa poderá atribuí-lo não só à Administração direta como à Administração indireta (empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação).

Carvalho Filho (2004, p. 66) nos ensina que estas entidades são um prolongamento do Estado e recebem deste o suporte para o desempenho, por delegação, de funções públicas a ele cometidas, deduzindo que:

Indispensável, todavia, para validade dessa atuação é que a delegação seja feita por lei formal, originária da função regular do Legislativo. Observe que a existência da lei é o pressuposto de validade da polícia administrativa exercida pela própria Administração direta, e, desse modo, nada obstará que servisse também como respaldo da atuação de entidades paraestatais, mesmo que sejam elas dotadas de personalidade jurídica de direito privado. O que importa, repita-se, é que haja expressa delegação na lei pertinente e que o delegatário seja entidade integrante da Administração Pública.

[...] Inexiste qualquer vedação constitucional para que pessoas administrativas de direito privado possam exercer o poder de polícia em sua modalidade fiscalizatória. Não lhes cabe- é- lógico- o poder de criação das normas restritivas de polícia, mas uma vez criadas, como é o caso das normas de trânsito, nada impede que fiscalizem o cumprimento das restrições.

Sampaio Silva (2001) adotando o mesmo posicionamento pondera que os atos de polícia, como atos administrativos, constituem meios de atuação de toda Administração Pública, seja a direta ou a indireta, podendo ser por elas praticados, conquanto devidamente autorizados em lei.

Carvalho Filho (2004, p. 67) enumera como condições necessárias para que as entidades administrativas exerçam o poder de polícia delegado que: I) a pessoa jurídica integre a estrutura da administração indireta, isso porque sempre terá a seu cargo prestação de serviço público; II) a competência delegada deverá ter sido conferida por lei; III) o poder de polícia há de restringir-se à prática de atos de natureza fiscalizatória, partindo-se, pois, da premissa de que as restrições preexistem e de que se cuida de função executória, e não inovadora.

No caso de particulares contratados pela Administração, como os concessionários e permissionários de serviços públicos, com vínculos apenas contratuais, a doutrina admite a delegação somente de atos de execução material e instrumental.

Em relação à delegação de poder de polícia para particulares sem qualquer vínculo com a Administração Pública é majoritário na doutrina o posicionamento quanto a sua impossibilidade.

4.3.2 Do exercício do poder de polícia pelos consórcios públicos

A Lei nº 11.107/2005 estabelece no *caput* do art. 1º, que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão contratar consórcios públicos para a “realização de objetivos de interesses comuns”, prevendo no art. 2º, que os entes federados, quando da celebração do ajuste determinarão os objetivos dos consórcios “observados os limites constitucionais.”

Como ressaltado no capítulo III, não obstante os diferentes posicionamentos acerca do conceito de serviço público, se esse englobaria ou não atividades de poder de polícia, existe o entendimento de parte da doutrina que a Lei dos Consórcios Públicos teria permitindo a associação para o exercício de outras atividades, como a gestão de bens, atividades de fomento e o próprio exercício de poder de polícia.⁸¹

O PL nº 3.884/2004, que subsidiou a elaboração da Lei nº 11.107/2005, mencionava explicitamente como objetivos dos consórcios públicos, no art. 3º, incisos VI e VII: a promoção do uso racional dos recursos naturais e a proteção do meio ambiente; e, o exercício de funções no sistema de gerenciamento de recursos hídricos que tenham sido delegadas ou autorizadas.

A amplitude da expressão “interesse comum” respalda o entendimento de que a Lei abarca as competências enumeradas no art. 23 da Constituição Federal [embora não se restrinja somente as atribuições enumeradas neste dispositivo, como ressalta Medauar e Oliveira (2006, p. 25)], dentre as quais se encontra a competência comum dos entes federados para proteção do meio ambiente e combate da poluição em qualquer de suas formas (VI) e a preservação de florestas, fauna e flora (VII), importando no reconhecimento de que poderiam ser celebrados consórcios públicos para realização de atos de poder de

⁸¹ Confira Gomes (2005).

polícia, no caso específico do nosso estudo, para realização do licenciamento e fiscalização ambiental.

Esta premissa enseja, entretanto, a confirmação de duas outras questões para sua sustentação:

1º) A verificação da adequação da personificação jurídica conferida pela Lei nº 11.107/2005, analisando se as associações públicas e as pessoas jurídicas de direito privado poderiam realizar atividades de poder de polícia;

2º) E se positivo, a investigação sob o aspecto prático, em relação à operacionalização desta atividade, identificando se haveria algum óbice legal e ainda quais poderiam ser as soluções jurídicas adotadas para viabilizá-la.

Vencida a primeira etapa, passemos à análise das demais questões.

4.3.3 Da personalidade jurídica dos consórcios públicos para o exercício do poder de polícia

A Lei dos Consórcios Públicos facultou aos entes federados instituírem o consórcio na forma de pessoa jurídica de direito público, com a criação da associação pública ou com personalidade de direito privado, regra geral, com a estruturação de uma associação civil.

Estabeleceu uma nova categoria de autarquia, as associações públicas, determinando a sua integração à administração indireta de cada ente consorciado (arts. 3º, I e 16).

As autarquias exercem atividades típicas da Administração, podendo os entes federados delegar-lhes atividades de poder de polícia, de forma que não haveria vedação jurídica à descentralização das atividades de licenciamento e fiscalização ambiental para as associações públicas. A única particularidade seria o fato de que estar-se-ia transferindo à uma autarquia interfederada.

Obviamente, tal conclusão reside na presunção de constitucionalidade que goza norma, já que a eventual declaração de inconstitucionalidade quanto à formação das autarquias interfederadas, tornaria inaplicável a Lei nº 11.107/2005.

E em relação aos consórcios públicos com personalidade de direito privado, haveria óbice a sua instituição para o exercício do licenciamento e fiscalização ambiental?

Os consórcios públicos de personalidade privada assumem a forma de associação civil, podendo também ser criado como fundação.

Embora a lei tenha silenciado quanto ao fato de que estes não integram a administração indireta (art. 6º, § 1º), como bem salientou Di Pietro (2005), não há possibilidade jurídica da criação de entidade pelo Poder Público sem que esta integre a Administração.⁸²

Aplicando o raciocínio retro, de que é possível a descentralização das atividades de poder de polícia às pessoas administrativas de direito privado que integram a Administração Pública, haveria a possibilidade de se atribuir aos consórcios públicos com personalidade privada a realização do licenciamento e fiscalização ambiental.

Não podemos nos esquecer que os consórcios públicos desta natureza são formados pela associação dos próprios entes públicos e não visam fins econômicos.

A realidade é que tal formatação jurídica não representaria vantagens na instituição, já que se perderiam as prerrogativas processuais próprias dos entes políticos e das entidades autárquicas, como prazos dilatados, foro privilegiado, regime especial de execução, etc; além de outras prerrogativas próprias das entidades públicas.

Em relação à imunidade tributária, por não exercerem atividade econômica, poderia ser estendida aos consórcios públicos personificados como associações civis⁸³.

Embora seja uma tendência no direito administrativo a interpenetração das atividades do setor público e privado, não há uma grande diferenciação prática dos consórcios públicos instituídos com personalidade privada das associações públicas, já que mesmo aqueles se submetem às normas de direito público referentes à licitação, normas de contratação, prestação de contas, admissão de pessoal e fiscalização deferidas às entidades públicas. Como bem ressalta Medauar e Oliveira (2006, p. 79):

Se a atribuição de personalidade jurídica privada a grande número de entes administrativos seria motivada por intuito de agilidade operacional, ante a regência do direito privado, a paulatina e crescente imposição da observância de normas de direito público esvazia aquele

⁸² Vide p. 93.

⁸³ O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o regime tributário das empresas estatais é diferenciado no caso das empresas que exercerem serviço público, não aplicando, neste caso, a regra do art. 170, §§ 1º e 2º, II da Constituição Federal, que proíbe um tratamento diferenciado em termos fiscais das empresas públicas, não autorizando a concessão de privilégios fiscais não extensivos ao setor privado. A respeito confira: RESP 364202 / RS, RE-AgR 357291 / PR e RE 424227 / SC.

instituto, tornando a atuação dessas pessoas jurídicas praticamente idênticas à atuação das pessoas jurídicas de direito públicas.

De forma que, não obstante seja viável a criação do consórcio para realização do licenciamento e fiscalização ambiental na forma de associação civil, não haveria benefícios na sua instituição com personalidade privada, pois perderia prerrogativas importantes inerentes às entidades de direito público. Além do fato de ser mais adequada a configuração como associação pública, que como entidade autárquica realizaria atividades típicas da Administração, como o poder de polícia.

4.3.4 Compatibilidade das atribuições dos consórcios públicos com o sistema de repartição de competências em matéria ambiental

Quais seriam os limites para descentralização e exercício da competência pelos consórcios públicos?

Mello (2006, p. 141) enumera como características das competências públicas⁸⁴:

I) a obrigatoriedade do exercício para os órgãos e agentes públicos- “Vale-dizer: exercitá-las não é questão entregue à livre decisão de quem as titularize”, correspondendo a um dever jurídico o atendimento das finalidades legais;

II) a irrenunciabilidade de seu exercício, significando que o titular não pode abrir mão delas enquanto as titularizar;

III) intransferíveis, de forma que não podem ser objeto de transação, de tal sorte que descaberia repassá-las a outrem, cabendo, tão somente, nos casos previstos em lei, delegação de seu exercício, sem que o delegante, portanto, perca com isto a possibilidade de retomar-lhes o exercício, retirando-o do delegado;

⁸⁴ Para o Autor (2006, p.138) as competências públicas não representam poderes, mas deveres-poderes, já que as competências são atribuídas ao Estado para que possam atender a certas finalidades públicas consagradas em lei, em prol da coletividade, concluindo que o Estado, nem seus órgãos e agentes dispõem de competências para sua auto-satisfação, já que no estado de direito, onde “todo o poder emana do povo” (art.1º, parágrafo único, da Constituição Federal) e no qual se proclama a “cidadania” (art.1º, II da Constituição Federal), “obviamente não são instituídas em favor de quem as titularize, mas para que sirvam a determinados objetivos estabelecidos no interesse de todos.”

d) imodificáveis pela vontade do próprio titular, o qual, pois, não pode dilatá-las ou restringi-las, pois sua compostura é a que decorre da lei;

e) imprescritíveis, isto é, incorrendo hipóteses de sua utilização, não importa por quanto tempo, nem por isto deixarão de existir.

A descentralização administrativa das atividades do Estado, através da criação de pessoas jurídicas públicas ou privadas da administração indireta, não importa em renúncia ou transferência definitiva de sua competência, mas apenas delegação da atividade, já que lhe é garantida tanto a autonomia para criação como para própria extinção da entidades.

Em relação aos consórcios públicos explica Marques Neto (2005):

A constituição do consórcio público corresponde, portanto, como dissemos, a uma forma de exercício das competências regulatórias e fiscalizatórias do titular do serviço, e não a um mecanismo para transferi-las a outro ente. Uma vez que o consórcio público pertence (não só, mas também) à estrutura do titular do serviço, resta respeitado o limite de transferência da regulação do serviço – já que o titular não se desvencilha simplesmente de suas atribuições constitucionais, ele tão somente cria pessoa jurídica específica para fazê-lo, assim como faria com autarquia tradicional. A diferença é que, desta vez, trata-se de autarquia integrada também por outros entes federativos, que se coordenam para a melhor execução da tarefa. Em outras palavras, o titular dos serviços se associa com outros entes federativos para a sua execução, mas isso não implica em redução de sua responsabilidade na condição de titular do serviço.

A criação das entidades da administração indireta também não importa na transferência de “competências políticas fundamentais, que abrange poderes de natureza legislativa, jurisdicional e de avaliação e defesa dos interesses fundamentais confiados ao ente federado” (JUSTEN FILHO, 2005).

Como já citado acima, não pode, por exemplo, os consórcios públicos instituir tributos, editar leis, que são restritos aos entes políticos.

E, em relação às competências constitucionais como se daria tal delimitação? Haveria possibilidade de os municípios exercerem atribuições que ultrapassem o âmbito de seu predominante interesse? Isto não quebraria o pacto federativo?

No caso específico dos consórcios públicos intermunicipais criados para realização do licenciamento e fiscalização ambiental ficaria restrito às atividades de impacto local ou abarcaria também as atividades de impacto intermunicipais?

Como especificado no Capítulo I, a Constituição Federal de 1988 criou um sistema complexo de divisão de competências, orientado pelos princípios da predominância de interesses e da subsidiariedade.

Em matéria ambiental estabeleceu a competência material: a) exclusiva: da União (art. 21), dos Estados (art. 25, §1º) e dos Municípios (art. 30, III a VIII); b) comum: da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, VI, VII). E a competência legislativa: a) privativa ou exclusiva: da União (art. 22), dos Estados (art. 25, §§ 1º e 2º), dos Municípios (art. 30, I); b) concorrente da União, Estados e Distrito Federal (art. 24, VI, VII, VIII), em que compete a União editar normas gerais e aos Estados e Distrito Federal, normas suplementares ou complementares, autorizando aos Municípios o exercício da competência suplementar em relação aos assuntos de predominante interesse local (art. 30, II).

O plano que nos interessa é o da competência material ou administrativa, que constitui a aplicação dos instrumentos da PNMA, objeto de nosso estudo, o licenciamento e a fiscalização ambiental.

Vimos que existem divergências jurídicas em relação ao exercício da competência comum, adotando a doutrina basicamente três posicionamentos:

I) aqueles que entendem que o art. 23 da Constituição Federal autoriza a atuação cumulativa dos entes federados, de forma que permite-se a atuação dos Municípios mesmo em assuntos que ultrapassem os limites territoriais, como, por exemplo, que o Município aplique uma multa por dano regional;

II) os que defendem que o exercício da competência comum segue a prévia divisão de atribuições de acordo com a natureza do interesse;

III) e, aqueles que embora admitam o estabelecimento de uma ordem de divisão pela predominância de interesses condicionam o seu exercício à edição da lei complementar, prevista no parágrafo único do art. 23, compreendendo que enquanto não for editada essa norma prevalece a atuação cumulativa.

Tais divergências se refletem no plano infraconstitucional, em relação ao regramento do licenciamento e fiscalização ambiental.

Com efeito, discorda a doutrina sobre o exercício da competência licenciatória pelos municípios, em razão da omissão no art. 10 da Lei nº 6.938/1981, discutindo a constitucionalidade e legalidade da Resolução CONAMA nº 237/1997.

Dissente ainda sobre o exercício do licenciamento em um único nível de competência, fundamentando parte dos Autores que até a edição da lei complementar o licenciamento ambiental é múltiplo, não autorizando restrições.

Divergem também sobre os critérios utilizados para divisão do licenciamento, especialmente em relação ao critério de titularidade dos bens.

Prevalece, entretanto, o entendimento de que compete ao Município o licenciamento das atividades e empreendimentos de impacto local, aos Estados, aqueles que ultrapassem o limite territorial dos Municípios (intermunicipal) e à União, os impactos regionais (mais de um Estado) e transfronteiriços.

Em relação à competência fiscalizatória, no mesmo sentido, existe o debate sobre a delimitação da competência, repetindo-se a divergência quanto à delimitação do art. 23 da Constituição Federal, não obstante neste caso, seja consenso a vedação do *bis in idem* na aplicação das sanções administrativas.

Medauar e Oliveira (2006, p. 35) diz que os objetivos dos consórcios públicos devem estar adstritos às competências constitucionais dos entes federativos que os integram, mencionando como exemplo, que os consórcios intermunicipais não podem ter por finalidade atuações relativas a competências dos Estados e da União.

O meio ambiente, enquanto bem difuso, desconhece fronteiras administrativas, dificultando a repartição de competências, todavia, tal divisão é necessária para garantir a própria proteção do ambiente, permitindo uma atuação mais efetiva do poder público.

Os consórcios públicos têm como escopo a associação dos entes federados para realização de objetivos de interesse comum (art. 1º da Lei nº 11.107/2005).

Para Castro (2006, p. 351) interesse comum representa:

[...] as funções públicas e os serviços que atendam a mais de um Município, assim como os que restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes ou confluentes de funções públicas e serviços supramunicipais [...].

Havendo, pois, uma gestão associada para permitir o cumprimento dos interesses comuns de forma compartilhada.⁸⁵

⁸⁵ Caffê Alves (2001a, p.77) discorre sobre a fluidez do conceito de interesse comum, dizendo que o regime jurídico de prestação dos serviços de interesse local ou de interesse regional (funções públicas de interesse comum) pode ser alterado em função do desenvolvimento ou

No caso do licenciamento e fiscalização ambiental das atividades de impacto local realizadas pelos consórcios públicos, restrita à circunscrição territorial de cada município, não há maiores dificuldades, se adequando ao sistema constitucional e legal de repartição de competências.

A questão que se impõe é se estes consórcios poderiam licenciar e fiscalizar atividades de impactos intermunicipais, caso em que é questionável a competência, já que se estaria retirando a competência deferida aos Estados.

Entendemos que neste caso deverá ser obedecida a ordem de distribuição de competências, não autorizando os consórcios formados pelos Municípios atuar no caso de impactos intermunicipais, sob pena de desprezar a competência dos Estados e romper o equilíbrio federativo.

O fundamento da coordenação pelos Estados das situações que ultrapassem o limite dos Municípios ou que ultrapassem o interesse local é manter a harmonia da unidade federativa, da mesma forma no plano da União em relação aos Estados-Membros.

Tal permissão poderia gerar insegurança jurídica ainda maior do que já existente, uma vez que não se teria clareza acerca da entidade competente para o exercício destas funções.

A questão poderia ser solucionada com a integração do Estado no consórcio intermunicipal ou mesmo com a celebração de convênio administrativo, em que o Estado poderia delegar tais atribuições ao consórcio.

A repartição de competências constituiu o núcleo do sistema federativo, definindo o grau de centralização e descentralização do poder, de acordo com o interesse das matérias, não sendo mero preciosismo do legislador.

Ao se permitir tal invasão de competências invariavelmente estar-se-ia anulando a competência dos Estados, enfraquecendo o pacto federativo.

Daí o questionamento exposto se a Lei nº 11.107/2005 não teria criado um novo ente federativo e o se o modelo adotado não fere a organização estatal da Constituição.

mudança de fatores contextuais objetivos, de ordem físico-geográfica, social, econômica, institucional, técnica, financeira ou administrativa, os quais autorizam novas interpretações normativas, ampliando ou restringindo o campo de atuação local ou regional. O conceito, em sua opinião, é dinâmico e adaptável às circunstâncias da natureza e da conveniência técnica, social ou política, devendo ser, tais circunstâncias e fatores, devidamente ponderados e justificados, podendo até ser deduzidas em possível arguição jurídico-contenciosa.

Tomemos como exemplo o caso das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. Diante da impossibilidade de interferência administrativa de um município nas atividades de outro, mas reconhecendo a necessidade de uma estrutura para trabalhar a gestão das atividades de interesse comum é que se exige a atuação da entidade estatal superior, no caso a criação e coordenação ficam a cargo do Estado-membro, por expressa determinação constitucional.

Como observa Castro (2006, p. 357):

[...] dos interesses regionais, que são comuns a vários Municípios, não podem cuidar esses Municípios isoladamente, e, sim, em conjunto, pelos órgãos regionais previstos constitucionalmente, cuja criação pertence ao Estado-membro.

Apesar de que no plano da execução dos serviços públicos propriamente ditos, como os serviços de saúde, saneamento básico, transporte, não haja, a princípio, complicações numa possível “regionalização” em termos de atribuições (embora no aspecto das políticas públicas possa haver uma desarticulação), no caso específico do poder de polícia, face ao princípio da legalidade que condiciona o exercício da competência, entendemos que a associação consorcial não poderá ultrapassar os limites específicos do exercício da competência de cada entidade federativa exercida dentro de seu território, exceto através da participação dos Estados nos consórcios ou por delegação via convênio.

Não se trata de impor uma divisão estanque de competências, ao contrário, visa apenas coordenar o compartilhamento das atribuições, via os instrumentos adequados para tanto, de forma a conservar o equilíbrio federativo.

O federalismo cooperativo não desconhece a divisão de competências, o que autoriza é um compartilhamento entre as esferas políticas, permitindo uma integração em termos de serviços, recursos, etc.

Não podemos nos olvidar ademais que os consórcios públicos constituem uma pessoa jurídica formada pelos entes federados, integrantes de sua administração indireta, para gestão associada dos serviços pertencentes a cada unidade:

Diz o artigo 241 que ele será atuação concertada na gestão de serviços públicos. Portanto, os entes consorciados (como vimos, entes dos distintos planos da Federação) poderão se reunir para organizar, planejar, disciplinar e prestar serviços públicos que sejam de titularidade de um ou vários destes entes consortes. Gestão associada há de ser – não vejo como se desviar disso – aquela que é efetivada

em comum e de forma conjunta pelos entes federados que se consorciaram. No caso do consórcio, isso não implicará em delegação de atribuições (o que é típico do convênio), mas sim assunção por um ente personalizado, integrado por todos os participantes, e que passará a exercer, de forma concertada, as competências que pertencem – e seguirão pertencendo – aos entes consorciados. (MARQUES NETO, 2005)

Nesta perspectiva a realização do licenciamento e fiscalização ambiental deverá observar a legislação própria de cada Município, não permitindo, por exemplo, que o consórcio aplique as leis do Município B no Município A.

Em relação ao exercício da competência supletiva, dado que o consórcio constituiu forma de descentralização administrativa, com criação de uma pessoa jurídica integrante da administração indireta do ente consorciado, obviamente não há que se falar em competência supletiva pelo ente consorciado em relação ao consórcio, uma vez que a relação jurídica é diversa referente ao dito controle de supervisão, próprio das entidades da administração indireta em relação ao ente criador⁸⁶.

No caso a competência supletiva subsiste apenas em relação ao ente federado superior.

A configuração jurídica conferida aos consórcios públicos pela Lei nº 11.107/2005 é de difícil aplicação em razão do modelo federativo adotado no Brasil, cuja concepção trina dificulta a instituição de instrumentos regionais. Tomemos como exemplo as próprias regiões metropolitanas, já mencionadas, no que pese a previsão constitucional que possibilita a sua criação, uma das grandes dificuldades apontadas para sua implementação e funcionamento é exatamente compatibilizar a autonomia municipal com a coordenação pelos Estados.

Deve-se dar o adequado dimensionamento aos consórcios públicos para compatibilizá-los a estrutura federal e, sem dúvida, um dos aspectos essenciais a serem observados é o da divisão constitucional de competências.

4.3.5 Aspectos práticos do funcionamento dos consórcios públicos

Continuando o estudo sobre a viabilidade da realização do licenciamento e fiscalização ambiental pelos consórcios públicos, passemos agora a abordar alguns aspectos práticos, identificando possíveis incompatibilidades na realização destas funções por estes instrumentos.

⁸⁶ Confira p. 89.

Como funcionaria a responsabilidade dos atos praticados pelos consórcios públicos?

O art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a responsabilidade de atos praticados pela Administração Pública, determinando que:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Trata o referido artigo da responsabilidade extracontratual do Estado, assim compreendida como “obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.” (DI PIETRO, 2004, p. 548).

O Novo Código Civil, Lei nº 10.406/2002, alterando a redação do Código anterior, em compatibilidade com a Constituição, estabeleceu no art. 43, a responsabilidade objetiva do Estado, ao prever que as pessoas jurídicas de direito público interno são “civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores de dano, se houver, por parte deles, culpa ou dolo.”

O Código Civil de 1916, diferentemente, condicionava a responsabilização do Estado à demonstração de que os agentes públicos teriam procedido “de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei” (art. 15).

Na responsabilidade objetiva exige-se apenas a demonstração do nexo de causalidade e ocorrência do dano, sendo desnecessária a comprovação dos elementos subjetivos (culpa ou dolo), bastando a comprovação de que a ação ou omissão do agente concorreu para ocorrência do evento danoso.

Já a responsabilidade dos agentes públicos, ao contrário, é subjetiva, exigindo a confirmação do dolo ou culpa, podendo o Estado se condenado agir regressivamente contra o causador do dano, exigindo-lhe o ressarcimento.

A responsabilidade objetiva funda-se na teoria do risco, calcada no reconhecimento do “risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais”, devendo ser partilhada a responsabilidade com a coletividade para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração (MEIRELLES, 1999, p. 585).

Carvalho Filho (2004, p. 463) denomina de responsabilidade primária aquela atribuída diretamente à pessoa física ou jurídica a que pertence ao agente autor do dano e de subsidiária, quando sua configuração depender da circunstância de o responsável primário ter condições de reparar o dano por ele causado.

Na responsabilidade subsidiária, de acordo com Mello (2006, p. 962):

[...] para fins de responsabilidade subsidiária do Estado, incluem-se, também, as pessoas jurídicas de direito público auxiliares do Estado, bem como quaisquer outras, inclusive de direito privado, que, inobstante alheias à sua estrutura orgânica central, desempenham cometimentos estatais sob concessão ou delegação explícitas (concessionárias de serviço público e delegados de função pública) ou implícitas (sociedades de economia mista e empresas do Estado em geral, quando no desempenho de serviço público propriamente dito). Isto porque não faria sentido que o Estado se esquivasse a responder subsidiariamente-ou seja, depois de exaustas as forças da pessoa alheia à sua intimidade estrutural - se a atividade lesiva só foi possível porque o Estado lhe colocou em mãos o desempenho da atividade exclusivamente pública geradora do dano.

No caso dos consórcios públicos, considerando que são entidades personificadas, a responsabilidade civil segue a mesma orientação do art. 37, § 6º da Constituição Federal, aplicando a responsabilidade objetiva aos atos praticados por estes, permitindo-se a ação regressiva contra os agentes causadores do dano.

Por integrar a administração indireta dos entes consorciados existe ainda a dita responsabilidade subsidiária, ou seja, no caso do patrimônio financeiro do consórcio não conseguir suprir as obrigações, os entes consorciados arcarão com a responsabilidade, assumindo o ônus na indenização do dano.

De acordo com Alves (2006, p. 122):

No caso de danos decorrentes da prestação de serviços públicos a ele incumbidos ou daqueles causados a terceiros por seus servidores, a responsabilização do consórcio é objetiva. A responsabilidade dos consórcios autárquicos pelos comportamentos lesivos a terceiros é da mesma índole da responsabilidade do Estado. O mesmo ocorre quando os consórcios se constituírem na forma de associação civil [...]

Temos então, que a responsabilidade objetiva dos consórcios públicos por danos causados à terceiros é direta e dos entes consorciados é subsidiária, por força de lei. No caso de se constituírem em associações civis, a responsabilidade direta e subsidiária persistem, mas os estatutos serão soberanos para ampliar a responsabilização dos entes associados. Entretanto, esgotadas as suas forças, caberá às

administrações públicas a ele vinculadas suportar o ônus remanescente.

O art. 10 da Lei nº 11.107/2005 previa a responsabilidade civil solidária dos atos praticados pelos consórcios, determinando que “Os consorciados respondem solidariamente pelas obrigações assumidas pelo consórcio.”

O dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, utilizando como argumentos que:

A intenção do legislador, aparentemente, era dizer que os consorciados respondem subsidiariamente; contudo, constou que os consorciados respondem solidariamente.

Na responsabilidade subsidiária, a administração direta somente responde por obrigações quando comprovada a insolvência patrimonial do ente que integra a administração indireta. Ou seja, a entidade da administração indireta responde por si e, no caso de ter assumido obrigações maiores que seu patrimônio é que, liquidado primeiro este, poderá a administração direta ser demandada pelas eventuais obrigações remanescentes.

Já na responsabilidade solidária, como previsto no art.10, o credor pode exigir o cumprimento da obrigação tanto do consórcio como dos entes consorciados. Isso fará que dívidas do consórcio sejam automaticamente transferidas para os consorciados, num evidente prejuízo aos princípios da segurança jurídica e da estabilidade fiscal.

Com o veto, o regime a ser aplicado aos consórcios públicos será o da responsabilidade subsidiária, que é o ordinário da administração indireta. Esse conceito é manso e pacífico e não deixa margens para nenhuma dúvida, como deixa clara a lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

“...doutrina e jurisprudência sempre consideraram, outrossim, que quaisquer pleitos administrativos ou judiciais de atos que lhe fossem imputáveis, perante elas mesmas ou contra elas teriam que ser propostos- e não contra o Estado. Disto se segue igualmente que, perante terceiros, as autarquias são responsáveis pelos seus próprios atos. A responsabilidade do Estado é apenas subsidiária (MENSAGEM 193, DE 06.04.2005).

A responsabilidade subsidiária é, ressaltada, todavia, no §2º, I do art.13, que ao tratar do contrato de programa prevê que deverá constar neste os encargos transferidos e a responsabilidade subsidiária da entidade que os transferiu.

O art.12, § 2º da Lei nº 11.107/2005 determina que:

§2º-Até que haja decisão que indique os responsáveis por cada obrigação, os entes consorciados responderão solidariamente pelas obrigações remanescentes, garantindo o direito de regresso em face dos entes beneficiados ou dos que deram causa à obrigação.

Di Pietro (2005) critica o dispositivo ponderando que:

A norma deve ser interpretada à luz do art. 37, § 6º, da Constituição, que prevê a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos, por ato que seus agentes causarem a terceiros. O dispositivo constitucional não prevê responsabilidade solidária. Perante terceiros, a responsabilidade é sempre da pessoa jurídica e não de seus membros. Por isso, o referido dispositivo da Lei nº 11.107/2005 só vale entre os consorciados, não produzindo efeitos perante terceiros.

Embora correta as argumentações acima a respeito da responsabilidade subsidiária, sendo certa a interpretação de que primeiro deverá se responsabilizar o consórcio público para então agir em desfavor dos entes consorciados, em relação a esta segunda hipótese, não se pode negar que haverá solidariedade na obrigação, ou seja, caso venha os entes consorciados a serem interpelados com fundamento na responsabilidade subsidiária haverá de se aplicar a responsabilidade solidária.

Isto porque, não haveria como distinguir ou imputar a responsabilidade somente a um dos entes consorciados, de forma que se interpelados de forma subsidiária, poderão ser demandados solidariamente ou individualmente, hipótese em que aquele que assumir a obrigação deverá demandar em relação aos demais requerendo o partilhamento da indenização paga.

Essa é a interpretação que entendemos que deva ser aplicada à Lei nº 11.107/2005, em especial ao § 2º do art. 12, respaldando a responsabilidade solidária, já que segundo o Código Civil, a responsabilidade solidária não se presume, resultando da lei ou da vontade das partes (art. 265).

E em relação à instituição das taxas de licenciamento ambiental, como se daria o funcionamento prático?

O licenciamento ambiental exige a realização de vistorias, exames e análises cujo preço é pago pelo empreendedor.

A Resolução CONAMA nº 237/1997 expressamente determina o pagamento para realização do licenciamento, dispondo que:

Art. 13- O custo de análise para a obtenção da licença ambiental deverá ser estabelecido por dispositivo legal, visando o ressarcimento pelo empreendedor das despesas realizadas pelo órgão ambiental competente.

Parágrafo único - Facultar-se-á ao empreendedor acesso à planilha de custos realizados pelo órgão ambiental para a análise da licença.

As taxas constituem espécie de tributo vinculado, cujo fato gerador decorre do exercício regular do poder de polícia ou, a utilização efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição (art. 145, II da Constituição Federal).

Podem ser cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições.

A Lei nº 11.107/2005 prevê no art. 2º, § 2º, que os consórcios públicos poderão emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos por ele administrados ou, mediante autorização específica, pelo ente consorciado.

As taxas não se confundem com os preços públicos ou tarifas:

A taxa é um tributo, sendo, portanto, objeto de uma obrigação instituída por lei; já o preço é obrigação contratual. O preço é, pois, obrigação assumida voluntariamente, ao contrário da taxa de serviço, que é imposta pela lei a todas as pessoas que se encontrem na situação de usuários (efetivos ou potenciais) de determinado serviço estatal (AMARO, 2003, p. 41).

No âmbito do exercício de poder de polícia é impossível a cobrança de preço público, em razão da sua natureza jurídica, sendo cobrado por taxa, exigindo a edição de lei para a instituição e cobrança:

[...] a atividade do Poder Público no exercício do poder de polícia autoriza-o a exigir do interessado o pagamento de taxa, conforme exprime o art. 77 do Código Tributário Nacional. Em consequência não é cabível tarifa, que se caracteriza como preço público, e que, diferentemente daquele tributo, tem natureza negocial ou contratual, sendo adequado, por exemplo, para remunerar serviços públicos econômicos, inclusive os executados por concessionários e permissionários de serviços públicos (energia, transporte, linhas telefônicas, etc). Desse modo, é ilícito que ato administrativo institua tarifa para remunerar o poder de polícia, quando correto é a instituição de taxa, a ser processado por lei (CARVALHO FILHO, 2004, p. 63).

A respeito, a Justiça já anulou várias taxas instituídas pelo IBAMA por portaria, por violar o princípio da legalidade estrita, que informa a instituição de tributos (art. 150, I da Constituição Federal⁸⁷), como se verifica dos seguintes julgados:

⁸⁷ Art. 150-Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. IBAMA. LEI Nº 6.938/81. PORTARIA Nº 113/97. REGISTRO OBRIGATÓRIO NO CADASTRO TÉCNICO FEDERAL. LEGALIDADE. CRIAÇÃO DE TAXA E IMPOSIÇÃO DE PENALIDADES POR MEIO DE PORTARIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O princípio constitucional da legalidade, impõe a todos que ninguém fará ou deixará de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. (CF/88, art. 5º, inciso II); 2. Nos termos da Lei nº 6.938/81, regulamentada pela Portaria nº 113/97, é obrigatório o registro no Cadastro Técnico Federal de atividades potencialmente poluidoras ou utilizadoras de recursos ambientais, sendo vedada a criação de taxa, cujo pagamento é imposto como condição para tanto. 3. O Supremo Tribunal Federal deferiu medida liminar, suspendendo a eficácia da referida Portaria atacada, nos autos da ADIn MC 1.823/DF. 4. Viola o princípio da legalidade estrita, a imposição de penalidades por meio de portaria. 5. Remessa oficial e apelação a que se nega provimento. (TRF 1º - A p. 199901000134623/MT. Rel. Alvio Mozar. DJ: 15/9/2005)

ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. TAXA DE POLÍCIA E INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE. INSTITUIÇÃO EM SIMPLES PORTARIA DO IBAMA. AFASTAMENTO DA EXAÇÃO E NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

1. Se o processo envolve matérias conexas da competência de distintas Seções do Tribunal, firma-se a competência em função do interesse predominante, no caso, o interesse ambiental, que constitui a matéria subjacente. 2. O mandado de segurança é ação inadequada para se obter declaração de que o IBAMA é entidade incompetente para exercer a polícia florestal no Estado de Goiás. 3. Tem natureza tributária (taxa de polícia) a exação que o IBAMA pretendeu instituir, por simples portaria, para o deferimento de autorização de queima controlada, logo, sujeita ao princípio da legalidade. 4. A atividade punitiva da Administração, fora dos casos de autotutela, é uma excepcionalidade (resquício do Estado absolutista) que deve ser reduzida ao mínimo indispensável e cercada de garantias eficazes aos direitos do cidadão. 5. Desatende, também, ao princípio da legalidade a instituição de pena de multa administrativa por simples portaria. (TRF 1ª, AMS nº 200001000487720/GO, Rel. João Batista Moreira, DJ: 15/5/2002).

O licenciamento ambiental, enquanto atividade de poder de polícia, decorrente do controle sobre o exercício das atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, é cobrado por taxa, instituída através de lei, pelo ente licenciador.

I- exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

No caso dos consórcios públicos firmados para o exercício do licenciamento como ficaria a instituição da taxa?

A competência tributária corresponde a “aptidão para instituir tributos, enquanto que a capacidade tributária constitui “aptidão para ser titular do pólo ativo da obrigação, vale-dizer, para figurar como credor na relação jurídica tributária.” (AMARO, 2003, p. 285).

A competência tributária é exclusiva do ente político, podendo ser delegada, todavia, as funções de arrecadação e fiscalização de tributos ou execução de leis, serviços, atos e decisões administrativas em matéria tributária, conferidas a outra pessoa jurídica (art. 7º do Código Tributário Nacional), como explica Machado (1998, p.98):

A Constituição atribui às pessoas jurídicas de direito público competência para instituir tributos. É a competência tributária própria. Quem a tem pode instituir e arrecadar o tributo, praticando todos os atos a esse fim necessários, desde a edição da lei até os atos materiais de cobrança do tributo. É a essa competência tributária própria que se refere o Código Tributário Nacional ao estabelecer que ela compreende a competência legislativa plena (CTN, art.6º). Só as pessoas jurídicas de direito público, dotadas de Poder Legislativo, são titulares da competência legislativa própria. Pode ocorrer que a lei institua um tributo e atribua a uma autarquia a titularidade da competência para a respectiva administração e arrecadação.

Evidentemente, pois que os consórcios não poderão instituir taxas, haja vista ser poder próprio do ente federativo, portanto, indelegável. Dado o arranjo diferenciado do ajuste, a única alternativa possível para instituição da taxa seria a criação na própria lei, editada por cada ente consorciado quando da autorização para o consorciamento, imputando-se previamente no protocolo de intenções os valores a serem cobrados pela análise do licenciamento.

Adotando interpretação analógica do § 2º do art. 2º poderia constituir recursos dos consórcios as taxas de licenciamento, exigindo também, neste caso, a previsão por lei a ser editada por cada ente consorciado quando da associação.

Em relação a fiscalização ambiental, um fator que poderá gerar controvérsia diz respeito ao procedimento de inscrição em dívida ativa e a cobrança das multas aplicadas pelos consórcios públicos.

Meirelles (1999, p. 178) define a multa administrativa como “toda imposição pecuniária a que se sujeita o administrado a título de compensação do dano presumido da infração.”

O não pagamento da multa sujeita o infrator à inscrição na dívida ativa da Fazenda Pública credora e ao procedimento de execução fiscal para recebimento dos valores, no caso de negativa de pagamento espontâneo.

Szklarowsky (1998) conceitua a dívida ativa como o crédito da Fazenda Pública regularmente inscrito, no órgão e por autoridade competente, após esgotado o prazo final para pagamento fixado pela lei ou por decisão final, em processo administrativo regular.

De acordo com a Lei nº 4.320/1964 a dívida ativa pode ser de natureza tributária ou não tributária:

Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias.

§1º- [...]

§ 2º - Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e **Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes** de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, **multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias**, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.⁸⁸ (Grifo nosso)

A Lei nº 6.830/1980 trata da cobrança judicial da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e de suas autarquias, incluindo as de natureza não tributária, dispondo que:

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§ 1º - Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.

§ 2º - A Dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato.

§ 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez

⁸⁸ Redação do *caput* e do § 2º conferidas pelo Decreto- Lei nº 1735/1979.

e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

As multas administrativas constituem crédito não-tributário.

De acordo com a lei pode inscrever em dívida ativa e realizar o procedimento especial de execução fiscal tanto a União, os Estados, Distrito Federal e Municípios, como suas autarquias.

As autarquias são, pois, legitimadas ativas para realização deste procedimento.

Cita-se, como exemplo, o próprio IBAMA, cuja Lei nº 8.005/1990 estipula a competência desta autarquia para inscrever em dívida ativa e executar judicialmente as taxas e contribuições que lhe são devidas e as penalidades pecuniárias que impuser, no exercício de sua atividade.

De acordo com Szklarowsky (1998):

A expressão genérica, Fazenda Pública, compreende as diversas entidades estatais, apresentadas num dos seus aspectos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), podendo tal denominação ser qualificada quanto a sua natureza e abrange as autarquias, segundo a melhor doutrina e dominante jurisprudência. A autarquia - pessoa jurídica de direito público - submete-se a regime jurídico especial - o público, sob o feixe de dois princípios fundamentais: o da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade do interesses públicos. Por ser a *longa manus* do Estado, goza dos mesmos privilégios da Administração matriz e submete-se ao mesmo controle.

[...]

Pode ocorrer que, por lei, uma autarquia perceba recursos que lhe são próprios e os que constituem receita de entidade que a criou.

A receita própria, não arrecadada amigavelmente, deverá ser inscrita e cobrada, pelo órgão jurídico competente da autarquia, e a receita, que, por lei, tenha destinação diversa, isto é, deva ser canalizada para a entidade estatal à qual está vinculada ou determina a lei, será inscrita e cobrada por esta última, eis que a autarquia hospeda receita que lhe é própria e a que lhe é estranha.

Destarte, as multas e os recursos, que se não encaixam como receita da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mas por lei constituem-se em receita da autarquia, por esta deverá ser inscrita e cobrada.

O consórcio público importa na descentralização de competência, com a instituição de uma entidade com personalidade jurídica, que integra a administração indireta dos entes consorciados, sendo, portanto, sujeito de direitos e obrigações.

Dada a personalidade jurídica conferida aos consórcios e a própria equiparação das associações públicas à figura das autarquias importa no reconhecimento de que as multas aplicadas por estas entidades constituem créditos que em tese pertencem ao seu patrimônio.

O que exigiria por parte dos consórcios públicos a formação de uma estrutura jurídica para realização da inscrição e cobrança da dívida ativa e a previsão de tal competência na lei de criação do consórcio por cada ente consorciado, sob pena de tornar inválido o procedimento.

Em relação às certidões de regularidade poderiam ser emitidas pelo próprio consórcio.

Um mecanismo que deveria ser implementando seria a identificação da origem do débito, já que a multa aplicada no Município B não serviria em relação ao Município A para comprovação de regularidade neste.

Como se daria a participação social e a publicização dos atos de informação no licenciamento e fiscalização ambiental realizado pelos consórcios públicos?

Antunes (2001, p. 27) diz que o princípio democrático materializa os direitos à informação e à participação, ensinando que:

O princípio democrático é aquele que assegura aos cidadãos o direito pleno de participar da elaboração das políticas públicas ambientais. No sistema constitucional brasileiro, tal participação faz-se de várias maneiras diferentes. A primeira delas consubstancia-se no dever jurídico de proteger e preservar o meio ambiente; a segunda, no direito de opinar sobre as políticas públicas, através da participação em audiências públicas, integrando órgãos colegiados, etc. Há ainda, a participação que ocorre através da utilização de mecanismos judiciais e administrativos de controle dos diferentes atos praticados pelo Executivo, tais como as ações populares, as representações e outros. Não se pode olvidar, também, as iniciativas legislativas que podem ser patrocinadas pelos cidadãos.

De acordo com Martins da Silva (2004, p. 426) o princípio da informação se divide no “direito de informar”, consagrado no art. 5º, incs. IV (É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato) e XIV da CF (É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional); e no “direito de ser informado”, exposto no art. 5º, XXXIII (Todos têm o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja

imprescindível à segurança da sociedade e do Estado) e no art. 225, § 1º, IV, o qual preceitua que:

Art. 225- [...]

§ 1º- Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

IV- exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, **que se dará publicidade (Grifo nosso);**

Milaré (2005, p. 163) diferentemente denomina de princípio da participação comunitária, dizendo que a participação encontra respaldo no art. 225, *caput*, da CF, ao prescrever que compete ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. De acordo com o Autor, o direito à participação pressupõe o direito de informação e está a ele intimamente ligado.

Em relação ao licenciamento ambiental tanto a participação como o direito de informação estão presentes em várias fases do procedimento, podendo se verificar o exercício destes direitos pelos atos de: publicidade das licenças ambientais, de acesso ao RIMA e a realização da audiência pública.

A Lei nº 6.938/1981 determina no art. 10, § 1º que os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão sejam publicados no jornal oficial do Estado, bem como em um periódico regional ou local de grande circulação.

No mesmo sentido o Decreto nº 99.274/1990 reza que:

§ 4º- Resguardado o sigilo industrial, os pedidos de licenciamento, em qualquer de suas modalidades, sua renovação e a respectiva concessão das licenças serão objeto de publicação resumida, paga pelo interessado, no jornal oficial do Estado e em um periódico de grande circulação, regional ou local conforme modelo aprovado pelo CONAMA.⁸⁹

⁸⁹ A Resolução CONAMA nº 06/1986 dispõe sobre a aprovação de modelos de publicação de pedidos de licenciamento. Essa foi parcialmente alterada pela Resolução CONAMA nº 281/2001, que determinou que os órgãos ambientais criassem modelos simplificados para publicação no caso de licenciamento de atividades e empreendimentos de pequeno porte, prescrevendo que: “Os modelos de publicação de pedidos de licenciamento, sua renovação e concessão, são exigidos conforme determina a Resolução CONAMA nº 06, de 24 de janeiro de 1986, somente para os empreendimentos e atividades relacionados no artigo 2º da Resolução CONAMA nº 1, de 23 de Janeiro de 1986, ou para aqueles que, a critério dos órgãos competentes, sejam identificados como de significativo impacto ambiental.”

A Lei nº 10.650/2003 regula o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do SISNAMA, determinando que:

Art. 4º Deverão ser publicados em Diário Oficial e ficar disponíveis, no respectivo órgão, em local de fácil acesso ao público, listagens e relações contendo os dados referentes aos seguintes assuntos:

- I - pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão;
- II - pedidos e licenças para supressão de vegetação;
- III - autos de infrações e respectivas penalidades impostas pelos órgãos ambientais;
- IV - lavratura de termos de compromisso de ajustamento de conduta;
- V - reincidências em infrações ambientais;
- VI - recursos interpostos em processo administrativo ambiental e respectivas decisões;
- VII - registro de apresentação de estudos de impacto ambiental e sua aprovação ou rejeição.

Parágrafo único. As relações contendo os dados referidos neste artigo deverão estar disponíveis para o público trinta dias após a publicação dos atos a que se referem.

O intuito da norma é fornecer informação à sociedade que poderá impugnar junto aos órgãos competentes irregularidades encontradas na licença.

No caso dos consórcios públicos o procedimento para publicação das licenças seguiria a mesma orientação exposta na legislação mencionada, já que a norma determina a publicação no Diário Oficial do Estado e no periódico de grande circulação local ou regional.

Assim, por exemplo, se o impacto ocorrer estritamente no município A não haveria, em nossa opinião, necessidade de publicação em todos os periódicos locais dos municípios consorciados.

Dado o caráter difuso do bem ambiental e a sua tutela coletiva, qualquer membro da sociedade, independentemente de seu domicílio, poderá questionar o procedimento de licenciamento.

O estudo de impacto ambiental-EIA e respectivo relatório-RIMA são exigidos obrigatoriamente para obras e empreendimentos de significativo impacto ambiental, garantida a publicidade (art.225, § 1º, IV da CF).

O Decreto nº99.274/1990 determina que respeitada a matéria de sigilo industrial, assim expressamente caracterizada a pedido do interessado, o RIMA, devidamente fundamentado será acessível ao público (art. 17, § 3º).

A Resolução CONAMA nº 01/1986 dispõe sobre os critérios básicos e diretrizes gerais para elaboração do RIMA.

Essa norma determina que exemplares do RIMA fiquem a disposição dos interessados para consulta nos órgãos licenciadores (art. 11, *caput*), referindo-se ainda a realização de audiência pública, “sempre que o órgão licenciador julgar necessário, para informação sobre o projeto e seus impactos ambientais e discussão do RIMA” (art.11, § 2º).

A audiência pública é tratada na Resolução CONAMA nº 09/1987, que delimita sua realização sempre que o órgão licenciador julgar necessária ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, hipótese em que é obrigatória, sob pena de invalidade da licença ambiental (art. 2º, *caput* e § 2º).

De acordo com o art. 2º, § 5º desta Resolução, em função da localização geográfica dos solicitantes e da complexidade do tema, poderá haver mais de uma audiência pública sobre o mesmo projeto do respectivo RIMA.

A Resolução CONAMA nº 237/1997 expressamente prevê que:

Art. 3º A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

A audiência pública, como explica Milaré (2005, p. 517) será sempre realizada no município ou área de influência em que a obra poderá ser implementando, tendo prioridade o município ou a área onde os impactos ambientais forem mais significativos.

No caso específico dos consórcios públicos não haveria dificuldade prática, já que o RIMA poderia ficar disponível na sede do próprio consórcio e também nos Municípios envolvidos, ampliando o acesso a informação. Quanto à audiência pública, da mesma forma, não haveria dificuldade, já que há a exigência de que esta abarque a área de influência do projeto, que poderá afetar mais de um Município, podendo ser realizada mais de uma audiência, caso seja necessário.

Em relação à fiscalização ambiental, como exposto acima, é obrigatório, pela Lei nº 10.650/2003, a publicação no Diário Oficial e a disposição de lista no respectivo órgão contendo (art. 4º): autos de infrações e respectivas penalidades impostas pelos órgãos ambientais (III), lavratura de termos de compromisso de ajustamento de conduta (IV), reincidências em infrações ambientais (V), recursos interpostos em processo administrativo ambiental e respectivas decisões (VI).

No caso dos consórcios públicos também não haveria dificuldade na aplicação da lei, bastando a publicação no Diário Oficial do Município atingido.

Outra questão importante que está ligada a participação é a compatibilização do funcionamento dos Conselhos de Meio Ambiente e dos consórcios públicos.

Com efeito, dispõe a Resolução CONAMA nº 237/1997:

Art. 20 - Os entes federados, para exercerem suas competências licenciatórias, deverão ter implementados os Conselhos de Meio Ambiente, com caráter deliberativo e participação social e, ainda, possuir em seus quadros ou a sua disposição profissionais legalmente habilitados.

Antunes (2001, p. 108) ao comentar este dispositivo o critica, ressaltando que:

Curioso foi que a atribuição de licenciamento ambiental aos “entes federados” ficou condicionada à existência de Conselhos de Meio Ambiente, com caráter deliberativo e participação social e, ainda, que eles possuam profissionais habilitados (art. 20). O CONAMA, no particular, logrou se superar. Ou os Estados e Municípios possuem competência para licenciar em termos ambientais - competência outorgada pela Constituição Federal - ou não possuem. Não se conhece nenhum artigo da Constituição que autorize o CONAMA a estabelecer condições para o exercício, pelos integrantes da Federação, de suas competências constitucionais.

O CONAMA, de fato, extrapolou as suas atribuições legais, desrespeitando a autonomia dos entes federados ao dispor sobre condições administrativas para o exercício da competência destes.

A instituição dos conselhos municipais de meio ambiente e mesmo dos conselhos estaduais é inspirada no modelo federal estabelecido pela Lei nº 6.938/1981, que ao tratar do SISNAMA coloca como órgão deliberativo e consultivo do sistema, o CONAMA.

Embora as competências dos conselhos variem conforme a lei específica de cada ente político, podemos identificar como atribuições relacionadas ao licenciamento e à fiscalização ambiental: a) a edição de padrões de emissão de poluentes e de normas específicas reguladoras do licenciamento ambiental; b) o funcionamento como instância revisora recursal das infrações administrativas aplicadas.

Seria possível a criação de um conselho de meio ambiente, com a participação da sociedade, no âmbito dos consórcios públicos para realização destas atribuições?

A Lei nº 11.107/2005 é silente em relação a participação social na coordenação do consórcio, prevendo apenas a estruturação da representação pelos entes políticos.

A esse respeito, Borges (2005) critica a omissão da Lei dos Consórcios Públicos quanto a previsão de formas de controle participativo das comunidades interessadas na realização dos consórcios públicos que se destinam à gestão associada de serviços públicos, deduzindo que:

Sobre outra espécie de controle, entretanto, a Lei omitiu-se completamente: o controle participativo dos cidadãos. Nem um só dispositivo previu a realização de consultas públicas, e, sobretudo de conselhos, formados com representantes da sociedade civil, que possam se manifestar-se para estruturação dos consórcios e definição das metas a serem atingidas. E, no entanto, trata-se de organismos que irão manejar recursos públicos e que vão definir prioridades e modalidades de gestão associada de serviços públicos. Inafastável, ante a consagração constitucional da democracia participativa, que para atendimento de interesses cruciais de toda a coletividade, não se está convidada a opinar em assuntos de tamanha relevância. Cada vez mais no cenário nacional vem-se agigantando a idéia da necessidade de um efetivo controle social sobre as políticas públicas, como forma de garantir-se a plena realização dos princípios constitucionais.

A omissão da Lei, entretanto, não impede a criação de um organismo, no âmbito dos consórcios, como o conselho ambiental, por tratar-se de matéria de natureza administrativa.

O fato de o Conselho envolver diferentes entes políticos não importa na inadequação prática, já que o meio ambiente enquanto bem difuso pertence a toda coletividade, merecendo a ampla proteção social, não havendo é claro óbice que a população do município B questione ações do município A.

De forma que seria viável e até desejável, em nossa opinião, a criação de um conselho ambiental no âmbito dos consórcios públicos, como unidade administrativa deste.

A ampliação da participação neste caso poderia diminuir inclusive as pressões políticas no nível municipal.

Sua criação, competências e funcionamento, neste caso, deveria ser regulada mediante a edição de lei por cada ente, quando do consorciamento.

Em relação às atribuições do Conselho Ambiental, como é cediço os consórcios não podem editar leis, que são restritas ao Poder Legislativo de cada ente político, mas nada impede que os consórcios emitam normas de índole administrativa, através de resoluções, portarias, etc.

A padronização de procedimentos e das normas são um dos aspectos positivos da formação dos consórcios públicos.

Os Conselhos Ambientais formados no âmbito dos consórcios poderiam editar resoluções estabelecendo parâmetros de emissão de poluentes e mesmo editando normas referentes ao procedimento de licenciamento, desde que autorizadas por lei.

A justificativa para tal atribuição decorre do fato de tratar-se de matéria de índole estritamente administrativa e técnica, não ferindo a ordem constitucional.

Quanto a possibilidade dos Conselhos Ambientais funcionarem como instância administrativa recursal, também não vemos óbice jurídico que impeça o exercício de tal atribuição.

Não há obrigatoriedade legal de que os conselhos ambientais funcionem como instância revisora de recursos, nem que se “copie” a estrutura federal⁹⁰, podendo cada ente dispor sobre o sistema recursal, inclusive limitando o número de instâncias administrativas.

Isso porque trata-se de matéria de índole administrativa estando dentro das atribuições específicas de cada ente federado, calcada na sua autonomia constitucional, assegurada no art. 18 da Constituição Federal.

De forma que os conselhos ambientais formados no âmbito dos consórcios poderiam funcionar como instância revisora recursal. É mister salientar que mesmo sem a existência do Conselho poderá ser criada uma estrutura recursal interna dentro do próprio consórcio, prevendo-se, por exemplo, como entidade competente para apreciação do recurso o Presidente do consórcio ou mesmo a deliberação colegiada pela Assembléia do consórcio.

4.3.6 Das ações dos consórcios e a integração dos entes federados

No caso específico do licenciamento e fiscalização ambiental a formação dos consórcios seria interessante para criação de uma estrutura tanto de servidores como de equipamentos e bens que possibilitassem o exercício destas atividades pela própria entidade criada, principalmente dos municípios menores, que autorizassem os próprios consórcios a emitir as licenças e realizar atos de fiscalização, como lavratura de autos de infrações, etc.

⁹⁰ O art. 71 da Lei nº 9.605/1998 estabelece os prazos e instâncias recursais no âmbito federal.

Como demonstrado, existem controvérsias sobre a constitucionalidade e aplicabilidade da própria Lei nº 11.107/2005, que se confirmados inviabilizam formação do consórcio.

Em relação especificamente a aplicação do licenciamento e fiscalização, como vimos também existem questionamentos jurídicos, entretanto, há teses favoráveis que viabilizariam sua aplicação.

A formação de uma estrutura de apoio que dispusesse de material laboratorial para análises e técnicos especializados para realização de laudos e vistorias que subsidiassem o processo de licenciamento, também seria possível, mas haveria a desvantagem na burocratização do procedimento, já que teríamos, por exemplo, o consórcio emitindo um laudo e o ente é quem concederia a licença, tendo neste caso, que contar com quadro de servidores especializados.

Por importar na criação de uma pessoa jurídica não compatibiliza a celebração dos consórcios para acordos temporários ou projetos de curto prazo. Neste caso poderia ser celebrado convênios administrativos.

A Lei nº 11.107/2005 possibilitou a formação dos consórcios públicos entre diferentes entes políticos, limitando, entretanto a participação da União nos consórcios em que façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados (art. 1º, § 2º) e proibindo o consorciamento dos Municípios de Estados diversos.

A participação da União é vedada nos consórcios exclusivamente intermunicipais (art. 1º, § 2º), autorizando, entretanto, a celebração de convênios (art. 14).

Dado os problemas relacionados à distribuição de competência, deve-se avaliar se a participação dos entes federados não fere estes dispositivos.

Por tratar de ato voluntário a questão da integração da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, em relação ao SISNAMA, sofreria os mesmos questionamentos deferidos aos convênios.

Como dito, um dos pontos enumerados como falhos para consolidação do SISNAMA é justamente a questão da ausência de instrumentos que possibilitem a gestão integrada estável, uma vez que tanto os convênios como os consórcios são instrumentos voluntários e não permanentes, já que mesmo nestes últimos é facultado aos entes federados desfazerem a associação.

Não obstante se reconheça a validade dos consórcios sob o aspecto prático para formação de uma estrutura que possibilite o licenciamento e a fiscalização, sobretudo nos municípios menores, é certo que os consórcios enquanto ato voluntário depende da vontade do ente para configurar sua participação.

As práticas clientelistas que poderiam ser minimizadas pela criação dos consórcios, podem ao mesmo tempo tornar-se um fator de impedimento do consorciamento por disputas políticas.

O arranjo federativo brasileiro e a discussão da gestão ambiental compartilhada, como dito, perpassam por questões mais profundas relacionadas à divisão de competências, a formação da estrutura federal brasileira e a discussão dos limites da autonomia dos entes federados, especialmente dos municípios.

Como bem conclui Cunha (2004):

É importante salientar, no entanto, que os consórcios públicos são meros instrumentos de cooperação. A definição da agenda a ser trabalhada de forma cooperativa, do território a ser pactuado e, ainda, o formato das políticas a serem implementadas, embora tenham relação com os consórcios, são de outra natureza.

Se é verdade que os consórcios públicos poderão apoiar a execução cooperada de políticas com conteúdos de transversalidade e territorialidade, é importante reconhecer que eles não serão capazes de resolver todas os conflitos e pendências decorrentes do desenho ainda inconcluso da Federação brasileira. Há temas que dialogam com a proposta de consórcios, mas não são resolvidos por ela. Entre estes podem ser lembrados os conflitos quanto à gestão e ao compartilhamento de responsabilidades entre os entes federados em regiões metropolitanas; a efetivação de uma política de desenvolvimento regional; os processos de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios; litígios quanto à competência sobre serviços públicos; a definição de responsabilidades e formas de ação frente às atribuições compartilhadas por diferentes entes federados, dentre outras.

No plano da aplicação do licenciamento e fiscalização ambiental embora possam teoricamente propiciar a formação de uma estrutura e permitir a execução destes instrumentos, a sua viabilidade dependerá de outros fatores que não só de ordem jurídica para serem concretizados.

CONCLUSÕES

A Lei nº 11.107/2005 alterou o tratamento jurídico até então conferido pela doutrina ao instituto dos consórcios, ao proceder a sua personificação, permitindo a criação dos consórcios com personalidade de direito público (associação pública) ou de direito privado (associação civil), autorizando, ainda, o consorciamento entre diferentes entes federados.

Essa Lei é objeto de questionamentos jurídicos quanto a sua constitucionalidade e aplicabilidade em vários pontos.

A personificação dos consórcios públicos, por autorizar a criação de uma pessoa jurídica formada por mais de um ente político, gerou divergências quanto à sua viabilidade, dividindo a doutrina em duas correntes opostas.

A primeira, que defende a impossibilidade de criação da associação pública, alegando que fere a autonomia dos entes políticos e importa na criação de um novo ente federativo.

E a segunda corrente, que invocando o art. 241 da CF, com redação dada pela EC nº 24/1998, diz que este dispositivo autoriza a personificação do consórcio, refutando o desrespeito à autonomia, com o argumento de que é assegurado aos entes políticos a decisão para a instituição e extinção do consórcio.

Em relação à alegação de que teria sido criado um novo ente federativo, contesta dizendo que os consórcios não possuem os poderes políticos de um ente político, mas constituem apenas forma de gestão associada.

No que pese os argumentos utilizados pela segunda corrente serem justificáveis, a Lei não é clara quanto ao funcionamento dos consórcios públicos em relação a sua coordenação, não informando, por exemplo, como serão as deliberações do consórcio, se haverá pesos ou diferenças no voto de cada ente, impedindo que se forneça um juízo conclusivo que nos permita afirmar que não haverá interferência na autonomia do ente consorciado.

Todavia, uma solução viável que poderia ser adotada, assegurando a autonomia do ente federado, é a previsão do poder de veto nas deliberações do ente consorciado, no protocolo de intenções e nas leis de criação do consórcio público, assegurando o seu poder político decisório, afastando, com isso, as alegações de inconstitucionalidade.

A doutrina majoritária critica a formação jurídica do consórcio público com personalidade de direito privado, alegando incompatibilidade para o exercício de serviços públicos e por criar uma situação híbrida, abrindo margem para divergências e discordâncias.

Discutem ainda sobre a constitucionalidade formal da Lei, em razão da interpretação deferida ao art. 241 da CF, que estabelece que a União, os Estados, Distrito Federal e Municípios “delimitarão por meio de lei os consórcios públicos”, ensejando o entendimento de cada ente poderá legislar sobre a matéria. E de aplicação do art. 22, XXVII da CF, que estabelece a competência privativa da União para legislar sobre normas de contratação em todas as modalidades para a Administração Pública dos entes federados, para afastar a alegação de inconstitucionalidade formal.

A Lei nº 11.105/2005 ao conferir personalidade jurídica ao consórcio afastou a sua natureza contratual, de forma que a interpretação mais adequada é a que invoca o art. 241 da Constituição Federal e não o art. 22, XXVII, mencionado, aliado ao argumento de que a matéria é de interesse nacional, por envolver a relação entre entes federados diversos.

Os consórcios públicos embora possuam regime jurídico diverso das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas, microrregiões, por serem instrumentos voluntários, enquanto aquelas são compulsórias, podem ser incompatíveis caso sejam formados no nível metropolitano, já que a associação municipal poderá esvaziar a atribuição do Estado na coordenação destas regiões, vez que acabam assumindo as mesmas atribuições referentes ao exercício da gestão associada.

Em relação as regiões administrativas, instituídas pela União, não há tal incompatibilidade, já que possuem objetivos diversos.

As divergências sobre a Lei nº 11.107/2005 ainda não foram objeto de questionamento judicial, sendo a construção doutrinária também incipiente sobre a matéria, não autorizando que se façam afirmações conclusivas e categóricas sobre a invalidade da norma.

Especificamente em relação ao licenciamento e fiscalização ambiental, com fundamento na presunção de constitucionalidade de que goza a Lei nº 11.107/2005, é possível a construção de teorias jurídicas favoráveis à aplicação destes instrumentos pelos consórcios públicos.

A Lei nº 11.107/2005 não faz expressa alusão às atividades de poder de polícia, referindo-se apenas aos serviços públicos, cujo conceito é controverso, adotando alguns

doutrinadores o conceito amplo, que engloba a atividade de poder de polícia nos serviços públicos e o conceito restrito, que entende que os serviços públicos não abarca tais atividades. Invocando o conceito amplo de serviços públicos há posicionamentos que defendem a aplicabilidade da atividade de poder de polícia pelos consórcios públicos, propiciando, outrossim, a realização do licenciamento e da fiscalização ambiental, que constituem atos de poder de polícia.

As associações públicas, equiparadas às entidades autárquicas pela Lei nº 11.107/2005, podem exercer tais atividades, consideradas típicas do poder público e adequadas ao regime deferido às autarquias.

Em relação aos consórcios públicos com personalidade privada também há esta possibilidade, todavia, não há vantagens para sua instituição, em razão da perda de algumas prerrogativas deferidas às entidades públicas.

O exercício da competência dos consórcios limita-se à competência constitucional conferida ao ente político.

Existem divergências jurídicas em relação ao exercício da competência comum, adotando a doutrina basicamente três posicionamentos:

I) aqueles que entendem que o art. 23 da Constituição Federal autoriza a atuação cumulativa dos entes federados, de forma que permite-se a atuação dos Municípios mesmo em assuntos que ultrapassem os limites territoriais, como, por exemplo, que o Município aplique uma multa por dano regional;

II) os que defendem que o exercício da competência comum segue a prévia divisão de atribuições de acordo com a natureza do interesse;

III) e, aqueles que embora admitam o estabelecimento de uma ordem de divisão pela predominância de interesses condicionam o seu exercício à edição da lei complementar, prevista no parágrafo único do art. 23, compreendendo que enquanto não for editada essa norma prevalece a atuação cumulativa.

Tais divergências refletem-se no plano infraconstitucional, em relação à normatização do licenciamento e fiscalização ambiental.

Há divergências sobre o exercício da competência licenciatória pelos municípios, em razão da omissão no art. 10 da Lei nº 6.938/1981, discutindo-se a constitucionalidade e

legalidade da Resolução CONAMA nº 237/1997, que inclui a competência destes entes para o licenciamento das atividades de impacto local.

Dissente ainda sobre o exercício do licenciamento em um único nível de competência, fundamentando parte dos Autores que até a edição da lei complementar o licenciamento ambiental é múltiplo, não autorizando restrições.

Divergem também sobre os critérios utilizados para divisão do licenciamento, especialmente em relação ao critério de titularidade dos bens.

Prevalece, entretanto, o entendimento de que compete ao Município o licenciamento das atividades e empreendimentos de impacto local, aos Estados, aqueles que ultrapassem o limite territorial dos Municípios (intermunicipal) e à União, os impactos regionais (mais de um Estado) e transfronteiriços.

Em relação à competência fiscalizatória, no mesmo sentido, existe o debate sobre a delimitação da competência, repetindo-se a divergência quanto a delimitação do art. 23 da CF, apesar de neste caso, existir consenso na vedação do *bis in idem* na aplicação das sanções administrativas.

No caso dos consórcios públicos intermunicipais, por exemplo, compreendemos que não poderá licenciar ou fiscalizar atividades com impacto intermunicipal, sob pena de ferir a competência do Estado, tornando inválidos os atos praticados pelos consórcios, além de ferir a autonomia, colocando em risco o equilíbrio federativo. O exercício de tal atribuição exigiria a participação do Estado ou celebração de convênio delegando ao consórcio o exercício de tal competência.

Quanto aos aspectos práticos, pertinentes a possíveis incompatibilidades no funcionamento dos consórcios, avaliamos a questão da: responsabilidade civil dos atos praticados pelos consórcios; a instituição e cobrança das taxas de licenciamento ambiental; a inscrição em dívida ativa e execução das multas ambientais; a participação da sociedade e a publicização dos atos de informação no licenciamento e fiscalização ambiental realizado pelos consórcios públicos; possibilidade de criação de um conselho de meio ambiente, com a participação da sociedade no âmbito dos consórcios.

Em relação à responsabilização dos atos praticados pelos consórcios públicos, concluímos que a responsabilidade é do próprio consórcio, subsistindo, entretanto, em relação ao ente político a responsabilidade subsidiária, no caso do patrimônio do consórcio

não conseguir arcar com o pagamento da indenização. Caso o ente federado seja demandado com fundamento nesta última (responsabilidade subsidiária), poderá invocar a responsabilidade solidária, exigindo o ressarcimento dos demais entes consorciados.

A instituição das taxas de licenciamento ambiental poderão ser viabilizadas com a previsão nas próprias leis de criação do consórcio de cada ente consorciado, mediante prévio acordo entre os entes políticos.

Sobre a cobrança das multas administrativas ambientais aplicadas é defensável a tese de que a própria associação pública formada pelo consórcio poderá realizar a inscrição em dívida ativa e a cobrança do crédito não tributário.

Os atos referentes à informação em relação aos processos de licenciamento e fiscalização podem ser adequados à previsão da legislação vigente, não se exigindo, por exemplo, no caso do licenciamento de atividade ou de empreendimento cujo impacto seja restrito ao município A que se publique o edital de requerimento e deferimento da licença no município B.

Quanto à formação de um conselho ambiental no âmbito dos consórcios públicos compreendemos ser viável, por tratar-se de matéria administrativa, não havendo óbice jurídico para sua criação, não obstante a Lei nº 11.107/2005 tenha silenciado a respeito da participação popular nos consórcios públicos.

A ampliação da participação poderia diminuir inclusive as pressões políticas no nível municipal.

Em relação às atribuições do Conselho Ambiental, os consórcios não podem editar leis, que são restritas ao Poder Legislativo de cada ente político, mas nada impede que os consórcios públicos emitam normas de índole administrativa, através de resoluções, portarias, etc. Tal medida é positiva na medida em que contribui para uniformização de procedimentos e das normas ambientais, evitando conflitos.

Quanto à possibilidade dos Conselhos Ambientais funcionarem como instância administrativa recursal, também não há impedimento legal que impeça o exercício de tal atribuição, por tratar-se de matéria de índole administrativa, estando dentro das atribuições específicas de cada ente federado, calcada na sua autonomia constitucional, assegurada no art. 18 da CF.

Finalmente, em relação a integração dos entes federados, temos que a União só poderá participar dos consórcios municipais caso haja o consorciamento pelo Estado, podendo, entretanto, celebrar convênios.

A celebração de consórcios verticais deve observar, sobretudo, a divisão de competências, evitando situações que provoquem divergências jurídicas.

No plano da aplicação do licenciamento e fiscalização ambiental embora os consórcios públicos possam teoricamente propiciar a formação de uma estrutura e permitir a aplicação do licenciamento e fiscalização ambiental, a sua viabilidade dependerá de outros fatores, como a vontade política dos entes em se consorciarem.

Embora seja um instrumento de gestão associada, a compatibilização das políticas ambientais depende de outros fatores relacionadas a aspectos estruturais do federalismo brasileiro, como a divisão de competências, a formação da estrutura federal e a discussão dos limites da autonomia dos entes federados, especialmente dos municípios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÚCIO, Fernando Luiz. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do Governo Lula. **Revista de Sociologia Política** [online]. 2005, ano, p. 41-67. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010444782005000100005>. Acesso em: 20 out. 2006.

ABEMA. Carta de Bonito. Encontro da Associação Brasileira de Entidades Estaduais de Meio Ambiente - ABEMA, realizado em Bonito-MS, nos dias 24 a 26 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.abema.org.br/content/publicacoes>>. Acesso em: 02 mar. 2006.

_____. Carta de Salvador. Encontro da Associação Brasileira de Entidades Estaduais de Meio Ambiente - ABEMA, realizado em Salvador-BA, nos dias 12 e 13 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.abema.org.br/content/noticias/default2.asp?Cod_Noticia=514>. Acesso em: 20 set. 2006.

ACKER, Francisco Thomaz Van. Breves considerações sobre a Resolução nº 237 de 19.12.1997, do CONAMA, que estabelece critérios para o licenciamento ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n.8, p.165-169, out./dez.,1997.

AFONSO DA SILVA, José. **Direito Ambiental Constitucional**. 2.ed., 2.tir. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ALONSO JÚNIOR, Hamilton. Da competência para o licenciamento ambiental. In: FINK, Daniel Roberto, ALONSO JÚNIOR, Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. cap. III, p. 56-73.

_____. O autolicensing ambiental. In: FINK, Daniel Roberto, ALONSO JÚNIOR., Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. cap. II, p. 43-55.

ALVES, Flávia Maria Gomes Parente. Competência para o licenciamento ambiental: princípio da supletividade. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 9. E CONGRESSO DE DIREITO AMBIENTAL, 10. **Anais...**, v. 2. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2005. p.73-88.

ALVES, Sérgio Luis Mendonça. **Estado poluidor**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

ALVES, Vladimir. **Comentários à Lei de Consórcios Públicos: gestão associada e cooperação interfederativa no Brasil**. São Paulo: LEUD, 2006.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANAMMA, Associação Nacional de Órgãos Municipais de Meio Ambiente. Carta de Santo André. In: ENCONTRO NACIONAL DA ANAMMA, 15., ago. 2004. Disponível em: <<http://www.anamma.com.br/relatorios/relatoriomateria.php>>. Acesso em: 02 mar. 2006.

_____. Carta de Blumenau. In: ENCONTRO NACIONAL DA ANAMMA, 16., ago., 2006. Disponível em: <<http://www.anamma.com.br/sgc/publicacao/pdf/pub48.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2006.

ANDRADE, Filipe Augusto Vieira de. Resolução Conama 237, de 19.12.1997: um ato normativo inválido pela eiva de inconstitucionalidade e da ilegalidade. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, ano 4, n. 13, p. 105-115, jan./ mar., 1999.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 5. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001.

_____. **Política Nacional do Meio Ambiente** (Comentários à lei nº6.938, de 31 de agosto de 1981). Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

ARAÚJO, SUELY M. V. G de. Nota técnica- A distribuição de competências governamentais em relação ao meio ambiente. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Brasília: 2005. Disponível em: <www2.camara.gov.br/publicacoes/estnottec/tema14/2005_2327.pdf> . Acesso em: 6 jul. 2006.

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

_____. **Princípio da subsidiariedade: o conceito e a evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____; MARTINS, Ives Gandra. **Comentário à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, v. 3, Tomo I e II, 1993.

BENJAMIN, Antônio Herman. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada et al. **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI** –

estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 363-398.

BORGES, Alice González. Consórcios públicos: nova sistemática e controle. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador: Instituto de Direito Publico da Bahia n. 6, maio/jun./jul., 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 ago. 2006.

_____. Consórcios públicos e Estatuto da Cidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1128, 3 ago., 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8693>>. Acesso em: 02 out. 2006.

_____. Consórcios públicos na sua legislação reguladora. **Revista Interesse Público**. Porto Alegre: Notadez, n. 32, 2005, p. 227-248.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 247, out., 2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/antiores/info247.asp#Autarquia%20Interestadual:%20Inexistência>>. Acesso em: 5 out. 2006.

BREMAEKER, François E.J. de. Pacto federativo: um futuro para os Municípios. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL-IBAM. Série Estudos Especiais n. 153. Rio de Janeiro, a b r . , 2006, p. 27. Disponível em: <www.ibam.org.br/publique/media/ESP153p.pdf>. Acesso em: 20 out. 2006.

BURSZTYN, M. A. A. **Gestão Ambiental**: instrumentos e práticas. Brasília: IBAMA. 1994.

CAFFÉ ALVES, ALAÔR. Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado brasileiro. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, ano 6, n.21, p. 57-82, jan./ fev., 2001a.

_____. Formulação e implementação de políticas públicas intergovernamentais. **Cadernos FUNPAD**, São Paulo, n.22, p.117-131, 2001b. Disponível em: <<http://www.fundap.sp.gov.br/publicacoes/cadernos/cad22/dados/Alves.pdf>> Acesso em: 30 set. 2006.

Código de campo alterado

CAMÁRA, Leonor Moreira. **A análise das relações intergovernamentais no contexto do Sistema Nacional do Meio Ambiente-SISNAMA**: um estudo dos condicionantes do relacionamento entre as instâncias estadual e municipal de governo. 1999. 163 p. Tese (Doutorado) Curso de Pós-Graduação da EAESP/FGV. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.

CAMARGO, Aspásia. **A descentralização e o meio ambiente**. Série meio ambiente em debate, 4. Brasília: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Livraria Almedina, 1997.

CAPELLI, Sílvia. Gestão ambiental no Brasil: Sistema Nacional do Meio Ambiente- do formal à realidade. In: CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA AMBIENTAL EM AMÉRICA LATINA, 1. 2002, Buenos Aires. **Anais...** Buenos Aires, FARN, 2002. Disponível em: <http://www.farn.org.ar/docs/p32/08_Cappelli.pdf>. Acesso em: 15 maio 2006.

CARLETTI, Amilcare. **Dicionário de latim forense**. 6^a. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1995.

CARNEIRO, Ricardo. Responsabilidade administrativa ambiental: sua natureza subjetiva e os exatos contornos do *non bis in idem*. In: SILVA, Bruno Campos et al. **Direito ambiental visto por nós advogados**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.585-607.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.

CASSESE, Sabino. As transformações do direito administrativo do século XIX ao XXI. **Revista Interesse Público**. Porto Alegre: Notadez, n. 24, 2004, p.13.

CASTRO, Flávio de. **Compacto dicionário jurídico de expressões latinas**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

CASTRO, José Nilo de. **Direito Municipal positivo**. 6. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. **Delitos ecológicos: a lei ambiental comentada artigo por artigo: aspectos penais e processuais**. São Paulo: Atlas, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v.3, 1991.

_____. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v.4, 1992.

CUNHA, Rosani Evangelista da. Federalismo e relações intergovernamentais: os consórcios públicos como instrumentos de cooperação federativa. In: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, IX. Madrid, Espanha, 2 - 5 nov., 2004. **Anais...**Madrid: CLAD, 2004. Disponível em: <http://www.clad.org.ve/siare/biblo/biblo_a.html>. Acesso em: 11 ago. 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Parecer sobre a proposta de lei que regulamenta os consórcios públicos. São Paulo: 2005. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br/sri/consorcios/ParecerDalmoAbreuDallari.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2006.

DAWALIBI, Marcelo. O poder de polícia em matéria ambiental. In: FINK, Daniel Roberto, ALONSO JÚNIOR., Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, cap.V, p. 92-114.

_____. O poder de polícia e o direito penal ambiental. In: FINK, Daniel Roberto, ALONSO JÚNIOR., Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, cap. VI, p. 115-137.

DAUDT d'OLIVEIRA, Rafael Lima. O licenciamento ambiental municipal e o autolicensing. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo: ADCOAS, ano V, v.27, p. 3841-3860, set./ out., 2004.

DELGADO, José Augusto. Reflexões sobre Direito Ambiental e competência municipal. **Cidadania e Justiça**, v. 4, n. 9, p. 32-51, 2. set. 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1882/1/Reflex%C3%B5es_Sobre_DireitoAmbiental.pdf>. Acesso em: 22. set. 2006.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. Tutela jurídica da apropriação do meio ambiente e as três dimensões da propriedade. **Revista de Direitos Difusos**. São Paulo: ADCOAS, v.20, p.2817-2837, jul./ago., 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O consórcio público na Lei nº 11.107, de 6. 4. 2005. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 03, jul-set., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acessado em: 20 abr. 2006.

_____. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Parcerias na administração pública**. São Paulo: Atlas, 1999.

DRUMMOND, JOSÉ AUGUSTO. 1999. A legislação ambiental brasileira de 1934 a 1988: comentários de um cientista ambiental simpático ao conservacionismo. **Ambiente & Sociedade**. Ano II, n.(3-4). p:27149.

FARIAS, Paulo José Leite. **Competência federativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito municipal**. São Paulo: RT, 2005.

FERREIRA, FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, v.1, 1990.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Discriminação constitucional das competências ambientais: aspectos pontuais do regime jurídico das licenças ambientais. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n.39, p.10-22, 2002.

FINK, Daniel Roberto. O controle jurisdicional do licenciamento ambiental. In: _____; ALONSO JÚNIOR., Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, cap.IV, p.74-91.

_____; MACEDO, André Camargo Horta de. Roteiro para licenciamento ambiental e outras considerações. In: FINK, Daniel Roberto, ALONSO JR., Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, cap.I, p. 1-42.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 2. ed. ampli. São Paulo: Saraiva, 2001.

FREIRE, Willian. **Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Aide, 1999.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas Ambientais**. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Direito Administrativo e meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2001.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Marcos Pinto Correia. Os consórcios públicos na Lei nº 11.107/05. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 752, 26 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7062>>. Acesso em: 2 out. 2006.

GRAF, Ana. Valores Ambientais, controle social e competências. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin (Coord.). **Direito Ambiental em Debate**. v.2. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004, p. 25-37.

GUILERME, Márcia Lúcia. **A sustentabilidade sob a ótica do global e do local em projetos de execução descentralizada**. 2003. 265 p. Tese (Doutorado)- Departamento de

Sociologia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas, Campinas.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. Federalismo e o princípio da subsidiariedade. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Disponível em: <<http://www.iamg.org.br/site/revista/02.htm>>. Acesso em: 24 abr. 2005.

IBGE. **Perfil dos Municípios Brasileiros. Meio Ambiente 2002**. Rio de Janeiro: IBGE, 2005. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/meio_ambiente_2002/meio_ambiente2002.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2006.

_____. **Perfil dos Municípios Brasileiros: Gestão Pública 2004**. Rio de Janeiro: IBGE, 2005. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2004/munic_2004.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2006.

_____. **Perfil dos Municípios Brasileiros: Gestão Pública 2005**. IBGE: Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2005/munic2005.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2006.

JUNQUEIRA, Ana Thereza Machado. CRUZ, Maria do Carmo Meirelles Toledo. **Grandes questões nacionais. Alternativas para o Brasil- Consórcios públicos e gestão associada de serviços públicos**. Ceará: INESP, 2005. Disponível em: <<http://www.al.ce.gov.br/inesp/publicacoes/consorcios09.09.2005.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Parecer sobre a proposta legislativa que regulamenta os consórcios públicos**. Curitiba: 2005. Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br/sri/consorcios/ParecerMarcalJustenFilhoUFPR.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2006.

KRELL, Andreas Joachim. Autonomia municipal e proteção ambiental: critérios para definição das competências legislativas e das políticas locais. In: _____. (org.) **A aplicação do direito ambiental no estado federativo**. São Paulo: Lumem Juris, 2005. p.147-203.

_____. **Discrecionabilidade administrativa e proteção ambiental - O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004a.

_____. Problemas do licenciamento ambiental no Sistema Nacional do Meio Ambiente. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo: ADCOAS, ano V, v.27, p.3765-3782, set./out., 2004b.

_____. As competências administrativas do art.23 da CF, sua regulamentação por lei complementar e o “poder-dever de policia”. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre: Notadez, n. 20, p.54-72, 2001a.

_____. Subsídios para uma interpretação moderna da autonomia municipal na área de proteção ambiental. **Revista Interesse Público**. Porto Alegre: Notadez, n.10, p.28-43, 2001b.

_____. Autonomia municipal no Brasil e na Alemanha. Uma visão comparativa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 37, dez. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1557>>. Acesso em: 3 out. 2006.

LEME MACHADO, Paulo Affonso. **Direito Ambiental Brasileiro. 8. ed. rev., atual. e ampl.** São Paulo: Malheiros: 2000.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Meio ambiente: propriedade e repartição constitucional de competências.** Rio de Janeiro: Esplanada, 2002.

_____. Competências ambientais, licenciamento e outorga de direitos de usos de recursos hídricos. In: CONGRESSO NACIONAL DOS PROCURADORES DE ESTADO: AS PERSPECTIVAS DA ADVOCACIA PÚBLICA E A NOVA ORDEM ECONÔMICA,XXXI., 2005. **Anais..** Florianópolis: OAB/SC, 2005.

LITTLE, Paul E. (org). **Políticas ambientais no Brasil.** São Paulo, Peiropólis; Brasília, IIEB, 2003.

LOSADA, Paula Ravanelli. Parecer Subchefia para Assuntos jurídicos da Casa Civil. Nota SAJ n. 1730/2004 - PRL - Analisa a legalidade e constitucionalidade do anteprojeto de lei que "estabelece normas gerais de contratos para constituição de consórcios públicos, bem como de contratos de programa para a prestação de serviços por meio de gestão associada e dá outras providências". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_74/pareceres/ParecerPaula.pdf>. Acesso em: 20 set. 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MAGLIO, Ivan Carlos. **A descentralização da gestão ambiental no Brasil: o papel dos órgãos estaduais e as relações com o poder local, 1990/1999.** 2000. 270 p. Tese (Mestrado)- Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, São Paulo.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Reflexos do licenciamento na competência da ação civil pública. CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 9 E CONGRESSO DE DIREITO AMBIENTAL, 10. **Anais...**, v.1. São Paulo: Instituto O Direito por um planeta verde, 2005. p. 371-380.

MARÇAL, Cláudia. Análise da distribuição de competências no licenciamento ambiental- necessidade do estabelecimento de regras claras. **Revista fórum de direito urbano e ambienta**. Belo Horizonte: Fórum, v. 26, p. 3174-3182, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Parecer sobre a proposta de lei de regulamentação dos consórcios públicos**. São Paulo: 2005. Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br/sri/consorcios/ParecerFlorianoAzevedoMarquesNeto.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2006.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Regime jurídico da licença ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, ano 10, n.40, p. 186-216, out. /dez, 2005.

MARTINS DA SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do meio ambiente e dos recursos naturais**. São Paulo: RT, v.1, 2004.

MAXIMIANO, Vitore André Zilio. Competência municipal em matéria de urbanismo. **Revista de Direitos Difuso**. São Paulo: ADCOAS, ano V, v.26, jul./ ago., p.3663-3682, 2004.

MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios públicos: comentários à lei nº 11.107/2005**. São Paulo: RT, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal brasileiro**. 12. ed. São Paulo, Malheiros, 2001.

_____. **Direito Administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo, Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, ago., 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 22 out. 2006.

MILARÉ, Édís. Sistema Municipal do Meio Ambiente-SISMUMA: instrumentos legais e econômicos. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, ano 4, n.14, p. 38-47, abril /jun.1999.

_____. LOURES, Flávia Tavares Rocha. Responsabilidade administrativa em matéria ambiental. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin (Coord.). **Direito Ambiental em Debate**. v. 2. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004. p. 143-200.

_____. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, prática e glossário. 4. ed. rev., atual. e ampli. São Paulo: RT, 2005.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Impacto ambiental**: aspectos da legislação brasileira. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MMA. Texto base da II Conferência Nacional do Meio Ambiente- Política Ambiental Integrada e Uso Sustentável de Recursos Naturais. Brasília, 2005.

_____. Caderno de Deliberações da II Conferência Nacional do Meio Ambiente- Política Ambiental Integrada e Uso Sustentável de Recursos Naturais. Brasília: 2005. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/conferencianacional/>>. Acesso em: 20 jul. 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada. O problema da conceituação de normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 25, n. 100, out. /dez., Senado Federal, 1988.

_____. A competência legislativa e executiva do Município em matéria ambiental (A nova organização federal e as atribuições do Município na proteção, conservação e melhoria do meio ambiente. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a.28, n. 111, jul. /set., Senado Federal, 1991.

_____. Transferência de atividades estatais a entes da sociedade. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, XXIV, 1998. **Anais...** São Paulo: P G E / S P , 1 9 9 8 . Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Congresso/w tese23.htm>>. Acesso em: 20 set. 2006.

MUKAI, Toshio. A atuação administrativa e legislativa dos poderes públicos em matéria ambiental. **Revista Interesse Público**. Porto Alegre: Notadez, n.15, p.80-115, 2002.

NETO, Benedito Porto. **Parecer sobre a proposta de lei de regulamentação dos consórcios públicos**. São Paulo: 2005. Disponível em <<https://www.presidencia.gov.br/sri/consorcios/ParecerBenedictoPortoNeto.pdf>>. Acesso em 10. mai.2006.

NETTO, André Luiz Borges. **Competências legislativas dos Estados-Membros**. São Paulo: RT, 1999.

NOVAES, Washington. Serviço de Consultoria para a definição de critérios e procedimentos para descentralização das atividades de controle ambiental na Bacia do Rio Meia Ponte a

montante de Goiânia. Produto 4- Termo de Referência n.172- Convênio MMA/Agência Ambiental- PNMA II, 2003.

_____. et al. (Coord.). **Agenda 21 Brasileira– Bases para discussão**. Brasília: MMA/PNUD, 2002.

OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis. **O licenciamento ambiental**. 1. ed., São Paulo: Iglu, 1999.

_____. **Introdução à legislação ambiental e licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005a.

_____. O Município e o controle ambiental. In: SILVA, Bruno Campos et al. **Direito ambiental visto por nós advogados**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005b, p.57-65.

PEDRO, Antônio Fernando Pinheiro. O licenciamento ambiental e a autonomia municipal. In: SILVA, Bruno Campos et al. **Direito ambiental visto por nós advogados**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 67-85.

PHILIPPI JR. Arlindo (et. al.). **Municípios e Meio Ambiente: perspectivas para municipalização da gestão ambiental no Brasil**. São Paulo: Associação Nacional de Municípios e Meio Ambiente, 1999.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Processo administrativo de licenciamento ambiental: licenciamento ambiental de atividade agropecuária exigência para a obtenção do crédito rural. In: SILVA, Bruno Campos et al. **Direito ambiental: Visto por nós advogados**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 445-458.

RAMOS, Érika Pires. Direito ambiental sancionador: conexões entre as responsabilidades penal e administrativa. In: KRELL, Andreas Joachim (org.). **A aplicação do direito ambiental no estado federativo**. São Paulo: Lumem Juris, 2005. p. 83-146.

REALE, Miguel. **Parecer -Projeto de Lei federal que “institui normas gerais de contratos para a constituição de consórcios públicos, bem como de contratos de programa para a prestação de serviços públicos por meio de gestão associada”[2004?]**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/parecer.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2006.

RIBEIRO, José Mendes; COSTA, Nilson do Rosário da. **Consórcios municipais no SUS**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; 1999. (Texto para Discussão, 669).

RIBEIRO, Vladimir Antônio. Nota técnica sobre a legalidade e constitucionalidade ao Anteprojeto de lei criado pela Portaria nº1391/CCivil 2003. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 03, jul./set., 2005a. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2006.

_____. Nota técnica sobre texto do Autógrafo de lei nº 1071, de 1999: Consórcios públicos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 03, jul./set., 2005b. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 jul. 2006.

ROCHA, Ibraim. Órgão ambiental competente para licenciamento de obra localizada nas margens de rio federal: estudo de caso. **Revista de Direitos Difusos**. São Paulo: ADCOAS, ano V, v. 27, p. 3825-3840, set./ out., 2004b.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental**: parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

SAMPAIO SILVA, Lia. Poder de polícia e suas formas de atuação: possibilidade de atribuir seu exercício à sociedade de economia mista. **Revista da Procuradoria Municipal de Fortaleza**. Fortaleza, n. 09, 2001. Disponível em: <<http://www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revistaPGM/vol09/05PoderDePolicia.htm>>. Acesso em: 03 nov.2006.

SCARDUA, Fernando Paiva. **Governabilidade e descentralização da gestão ambiental no Brasil**. Brasília. 2003. 234 p. Tese (Doutorado)- Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, Brasília.

_____; BURSZTYN, Maria Augusta. Descentralização da política ambiental brasileira. **Sociedade e Estado**. Brasília: UNB, v.18, n.1/2, p. 291-314, jan. /dez., 2003.

SERAFINI, Leonardo Zagonel. O zoneamento costeiro e as competências municipais: uma análise à luz da legislação ambiental brasileira. **Revista de Direitos Difusos**. São Paulo: ADCOAS, ano VI, v.30, p.7-28, mar. / abr., 2005.

SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da. A regulamentação dos consórcios públicos à luz do Projeto de Lei nº 3.884/2004. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 654, 22 abr., 2005a. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6614>>. Acesso em: 2 out. 2006.

_____. Lei nº 11.107/05: marco regulatório dos consórcios públicos brasileiros. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 705, 10 jun., 2005b. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6872>>. Acesso em: 15 maio 2006.

_____. A simetria conceitual existente entre a teoria de justiça de John Rawls e os consórcios públicos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 816, 27 set., 2005c. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7344>>. Acesso em: 2 out. 2006.

_____. Os consórcios públicos na prestação de serviço de iluminação pública nos municípios brasileiros. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 826, 7 out. 2005d. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7343>>. Acesso em: 02. out. 2006.

_____. Considerações sobre a futura regulamentação da lei geral dos consórcios públicos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 934, 23 jan., 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7863>>. Acesso em: 2 out. 2006.

SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. **Competência ambiental**. 1. ed., 4. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 4.ed. rev., atual. e ampli. São Paulo: Saraiva, 2006.

SOUZA SILVEIRA, Alessandra Aparecida. A cooperação intergovernamental no Estado Brasileiro: análise jurídico-constitucional. In: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO E DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, VII. Lisboa, Portugal, oct., 2002. **Anais...** Lisboa: CLAD, 2002. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0044405.pdf>>. Acesso em : 2 out. 2006.

STAUT JR, Sebastião Vilela. A competência administrativa para licenciamento ambiental em face das disposições do artigo 225, parágrafo 4º da Constituição Federal-áreas de patrimônio natural. **Revista de Direitos Difusos**. São Paulo: ADCOAS, ano V, v.27, p.3861-3872, set. /out., 2004.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Dívida ativa da Fazenda Pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1315>>. Acesso em: 1 nov. 2006.

TEIXEIRA, Ana Carolina Wanderley. **Região metropolitana-instituição e gestão contemporânea-dimensão participativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

TCU. **Cartilha de Licenciamento Ambiental**. Brasília: 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal**. São Paulo: Saraiva: 2002.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Lima. . Autonomia Municipal e Criação de Governos Locais: a Peculiaridade Institucional Brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 42, p. 103-120, 2005. Disponível em: <<http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewArticle/5178>>. Acesso em: 20 ago. 2006.

_____. A criação de municípios após a Constituição de 1988. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 17, n. 48, 2002. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010269092002000100006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 14 out. 2006.

TRENNEPOHL, Curt. **Infrações contra o meio ambiente**. São Paulo: Fórum, 2006.

TRINTADE, Gustavo. **Parecer nº312/CONJUR/MMA/2004**- Conflito de competência para o licenciamento ambiental. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/DAI/_arquivos/par312conjur.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2006.

VITTA, Heraldo Garcia. Da divisão constitucional de competências das pessoas políticas e meio ambientes. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v.3, nº10, p.93-101, abr. /jun, 1998.

VULCANIS, Andréa. Competência para fiscalização do empreendimento licenciado. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 9. E CONGRESSO DE DIREITO AMBIENTAL, 10. **Anais...**, v. 2. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2005, p.519-532.

GLOSSÁRIO

Ad causam- Para causa.

A priori- Do precedente. De antemão.

Bis in idem- Duas vezes a mesma coisa, repetição.

Bona fides patitur, tu bis idem exigatur - A boa-fé não tolera que a mesma coisa seja exigida duas vezes.

Foedus ou foedoris – Aliança, pacto.

In dubio pro natura- Em dúvida a favor da natureza.

In fine- No fim.

In natura- Na natureza, da mesma natureza.

Juris tantum- Apenas de direito.

Jus- Direito.

Longa manus- Mão longa.

Modus operandi- Modo de operação.

Non facere- Não fazer.

Rationae materiae- Em razão da matéria.

Rationae dominium- Em razão do domínio.

Uti universi- De forma conjunta.

Uti singuli- De forma singular.

ANEXO A



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 11.107, DE 6 DE ABRIL DE 2005.

Mensagem de veto

Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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

§ 1º O consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado.

§ 2º A União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados.

§ 3º Os consórcios públicos, na área de saúde, deverão obedecer aos princípios, diretrizes e normas que regulam o Sistema Único de Saúde – SUS.

Art. 2º Os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais.

§ 1º Para o cumprimento de seus objetivos, o consórcio público poderá:

I – firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo;

II – nos termos do contrato de consórcio de direito público, promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público; e

III – ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação.

§ 2º Os consórcios públicos poderão emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos por eles administrados ou, mediante autorização específica, pelo ente da Federação consorciado.

§ 3º Os consórcios públicos poderão outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma específica o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender, observada a legislação de normas gerais em vigor.

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

Art. 4º São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam:

I – a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio;

II – a identificação dos entes da Federação consorciados;

III – a indicação da área de atuação do consórcio;

IV – a previsão de que o consórcio público é associação pública ou pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos;

V – os critérios para, em assuntos de interesse comum, autorizar o consórcio público a representar os entes da Federação consorciados perante outras esferas de governo;

VI – as normas de convocação e funcionamento da assembléia geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público;

VII – a previsão de que a assembléia geral é a instância máxima do consórcio público e o número de votos para as suas deliberações;

VIII – a forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do consórcio público que, obrigatoriamente, deverá ser Chefe do Poder Executivo de ente da Federação consorciado;

IX – o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

X – as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão ou termo de parceria;

XI – a autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando:

a) as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público;

b) os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados;

c) a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação dos serviços;

d) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados;

e) os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão; e

XII – o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplente com suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público.

§ 1º Para os fins do inciso III do caput deste artigo, considera-se como área de atuação do consórcio público, independentemente de figurar a União como consorciada, a que corresponde à soma dos territórios:

I – dos Municípios, quando o consórcio público for constituído somente por Municípios ou por um Estado e Municípios com territórios nele contidos;

II – dos Estados ou dos Estados e do Distrito Federal, quando o consórcio público for, respectivamente, constituído por mais de 1 (um) Estado ou por 1 (um) ou mais Estados e o Distrito Federal;

III – (VETADO)

IV – dos Municípios e do Distrito Federal, quando o consórcio for constituído pelo Distrito Federal e os Municípios; e

V – (VETADO)

§ 2º O protocolo de intenções deve definir o número de votos que cada ente da Federação consorciado possui na assembleia geral, sendo assegurado 1 (um) voto a cada ente consorciado.

§ 3º É nula a cláusula do contrato de consórcio que preveja determinadas contribuições financeiras ou econômicas de ente da Federação ao consórcio público, salvo a doação, destinação ou cessão do uso de bens móveis ou imóveis e as transferências ou cessões de direitos operadas por força de gestão associada de serviços públicos.

§ 4º Os entes da Federação consorciados, ou os com eles conveniados, poderão ceder-lhe servidores, na forma e condições da legislação de cada um.

§ 5º O protocolo de intenções deverá ser publicado na imprensa oficial.

Art. 5º O contrato de consórcio público será celebrado com a ratificação, mediante lei, do protocolo de intenções.

§ 1º O contrato de consórcio público, caso assim preveja cláusula, pode ser celebrado por apenas 1 (uma) parcela dos entes da Federação que subscreveram o protocolo de intenções.

§ 2º A ratificação pode ser realizada com reserva que, aceita pelos demais entes subscritores, implicará consorciamento parcial ou condicional.

§ 3º A ratificação realizada após 2 (dois) anos da subscrição do protocolo de intenções dependerá de homologação da assembleia geral do consórcio público.

§ 4º É dispensado da ratificação prevista no caput deste artigo o ente da Federação que, antes de subscrever o protocolo de intenções, disciplinar por lei a sua participação no consórcio público.

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;

II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

§ 1º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.

§ 2º No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de

contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

Art. 7º Os estatutos disporão sobre a organização e o funcionamento de cada um dos órgãos constitutivos do consórcio público.

Art. 8º Os entes consorciados somente entregarão recursos ao consórcio público mediante contrato de rateio.

§ 1º O contrato de rateio será formalizado em cada exercício financeiro e seu prazo de vigência não será superior ao das dotações que o suportam, com exceção dos contratos que tenham por objeto exclusivamente projetos consistentes em programas e ações contemplados em plano plurianual ou a gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outros preços públicos.

§ 2º É vedada a aplicação dos recursos entregues por meio de contrato de rateio para o atendimento de despesas genéricas, inclusive transferências ou operações de crédito.

§ 3º Os entes consorciados, isolados ou em conjunto, bem como o consórcio público, são partes legítimas para exigir o cumprimento das obrigações previstas no contrato de rateio.

§ 4º Com o objetivo de permitir o atendimento dos dispositivos da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, o consórcio público deve fornecer as informações necessárias para que sejam consolidadas, nas contas dos entes consorciados, todas as despesas realizadas com os recursos entregues em virtude de contrato de rateio, de forma que possam ser contabilizadas nas contas de cada ente da Federação na conformidade dos elementos econômicos e das atividades ou projetos atendidos.

§ 5º Poderá ser excluído do consórcio público, após prévia suspensão, o ente consorciado que não consignar, em sua lei orçamentária ou em créditos adicionais, as dotações suficientes para suportar as despesas assumidas por meio de contrato de rateio.

Art. 9º A execução das receitas e despesas do consórcio público deverá obedecer às normas de direito financeiro aplicáveis às entidades públicas.

Parágrafo único. O consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio.

Art. 10. (VETADO)

Parágrafo único. Os agentes públicos incumbidos da gestão de consórcio não responderão pessoalmente pelas obrigações contraídas pelo consórcio público, mas responderão pelos atos praticados em desconformidade com a lei ou com as disposições dos respectivos estatutos.

Art. 11. A retirada do ente da Federação do consórcio público dependerá de ato formal de seu representante na assembléia geral, na forma previamente disciplinada por lei.

§ 1º Os bens destinados ao consórcio público pelo consorciado que se retira somente serão revertidos ou retrocedidos no caso de expressa previsão no contrato de consórcio público ou no instrumento de transferência ou de alienação.

§ 2º A retirada ou a extinção do consórcio público não prejudicará as obrigações já constituídas, inclusive os contratos de programa, cuja extinção dependerá do prévio pagamento das indenizações eventualmente devidas.

Art. 12. A alteração ou a extinção de contrato de consórcio público dependerá de instrumento aprovado pela assembléia geral, ratificado mediante lei por todos os entes consorciados.

§ 1º Os bens, direitos, encargos e obrigações decorrentes da gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outra espécie de preço público serão atribuídos aos titulares dos respectivos serviços.

§ 2º Até que haja decisão que indique os responsáveis por cada obrigação, os entes consorciados responderão solidariamente pelas obrigações remanescentes, garantindo o direito de regresso em face dos entes beneficiados ou dos que deram causa à obrigação.

Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.

§ 1º O contrato de programa deverá:

I – atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados; e

II – prever procedimentos que garantam a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares.

§ 2º No caso de a gestão associada originar a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos, o contrato de programa, sob pena de nulidade, deverá conter cláusulas que estabeleçam:

I – os encargos transferidos e a responsabilidade subsidiária da entidade que os transferiu;

II – as penalidades no caso de inadimplência em relação aos encargos transferidos;

III – o momento de transferência dos serviços e os deveres relativos a sua continuidade;

IV – a indicação de quem arcará com o ônus e os passivos do pessoal transferido;

V – a identificação dos bens que terão apenas a sua gestão e administração transferidas e o preço dos que sejam efetivamente alienados ao contratado;

VI – o procedimento para o levantamento, cadastro e avaliação dos bens reversíveis que vierem a ser amortizados mediante receitas de tarifas ou outras emergentes da prestação dos serviços.

§ 3º É nula a cláusula de contrato de programa que atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados.

§ 4º O contrato de programa continuará vigente mesmo quando extinto o consórcio público ou o convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos.

§ 5º Mediante previsão do contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados.

§ 6º O contrato celebrado na forma prevista no § 5º deste artigo será automaticamente extinto no caso de o contratado não mais integrar a administração indireta do ente da Federação

que autorizou a gestão associada de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação.

§ 7º Excluem-se do previsto no caput deste artigo as obrigações cujo descumprimento não acarrete qualquer ônus, inclusive financeiro, a ente da Federação ou a consórcio público.

Art. 14. A União poderá celebrar convênios com os consórcios públicos, com o objetivo de viabilizar a descentralização e a prestação de políticas públicas em escalas adequadas.

Art. 15. No que não contrariar esta Lei, a organização e funcionamento dos consórcios públicos serão disciplinados pela legislação que rege as associações civis.

Art. 16. O inciso IV do art. 41 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 41.

.....

IV – as autarquias, inclusive as associações públicas;

....." (NR)

Art. 17. Os arts. 23, 24, 26 e 112 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 23.

.....

§ 8º No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no caput deste artigo quando formado por até 3 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número." (NR)

"Art. 24.

.....

XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.

Parágrafo único. Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas." (NR)

"Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

....." (NR)

"Art. 112.

§ 1º Os consórcios públicos poderão realizar licitação da qual, nos termos do edital, decorram contratos administrativos celebrados por órgãos ou entidades dos entes da Federação consorciados.

§ 2º É facultado à entidade interessada o acompanhamento da licitação e da execução do contrato." (NR)

Art. 18. O art. 10 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, passa a vigorar acrescido dos seguintes incisos:

"Art. 10.

.....

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei." (NR)

Art. 19. O disposto nesta Lei não se aplica aos convênios de cooperação, contratos de programa para gestão associada de serviços públicos ou instrumentos congêneres, que tenham sido celebrados anteriormente a sua vigência.

Art. 20. O Poder Executivo da União regulamentará o disposto nesta Lei, inclusive as normas gerais de contabilidade pública que serão observadas pelos consórcios públicos para que sua gestão financeira e orçamentária se realize na conformidade dos pressupostos da responsabilidade fiscal.

Art. 21. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 6 de abril de 2005; 184º da Independência e 117º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Márcio Thomaz Bastos
Antonio Palocci Filho
Humberto Sérgio Costa Lima
Nelson Machado
José Dirceu de Oliveira e Silva

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 7.4.2005.

ANEXO B



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

MENSAGEM Nº 193, DE 6 DE ABRIL DE 2005.

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, e por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 1.071, de 1999 (nº 148/01 no Senado Federal), que "Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências".

A Casa Civil manifestou-se pelo veto aos seguintes dispositivos:

Art. 4º

"Art. 4º.....

.....

§ 1º.....

.....

III – dos Municípios e dos Estados, quando o consórcio público for constituído por 1 (um) ou mais Estados e Municípios;

.....

V – dos Municípios, do Distrito Federal e dos Estados, quando o consórcio for constituído pelo Distrito Federal, 1 (um) ou mais Estados e Municípios.

....."

Razões do veto

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

A redação original do inciso III, tanto no projeto de lei do Poder Executivo, como no texto aprovado no Senado Federal previa que os Municípios, nesse caso, teriam os seus territórios contíguos, isto é, fariam divisa com o território do Estado.

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

Entretanto, por meio de emenda, o Congresso Nacional retirou o requisito que o Município fosse contíguo ao Estado, o que permite – a se manter a redação atual – que um Estado se consorcie com Municípios de outro Estado mesmo que não haja relações de vizinhança que legitime esse consorciamento.

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

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

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

Art. 10

"Art. 10. Os consorciados respondem solidariamente pelas obrigações assumidas pelo consórcio.

....."

Razões do veto

"A intenção do legislador, aparentemente, era dizer que os consorciados respondem subsidiariamente; contudo, constou que os consorciados respondem solidariamente.

Na responsabilidade subsidiária, a administração direta somente responde por obrigações quando comprovada a insolvência patrimonial do ente que integra a administração indireta. Ou seja, a entidade da administração indireta responde por si e, no caso de ter assumido obrigações maiores que seu patrimônio é que, liquidado primeiro este, poderá a administração direta ser demandada pelas eventuais obrigações remanescentes.

Já na responsabilidade solidária, como previsto no art. 10, o credor pode exigir o cumprimento da obrigação tanto do consórcio como dos entes consorciados. Isso fará que dívidas do consórcio sejam automaticamente transferidas para os consorciados, num evidente prejuízo aos princípios da segurança jurídica e da estabilidade fiscal.

Com o veto, o regime a ser aplicado aos consórcios públicos será o da responsabilidade subsidiária, que é o ordinário da administração indireta. Esse conceito é manso, pacífico e não deixa margens para nenhuma dúvida, como deixa clara a doutrina brasileira, de onde se destaca a lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

'... doutrina e jurisprudência sempre consideraram, outrossim, que quaisquer pleitos administrativos ou judiciais de atos que lhe fossem imputáveis, perante elas mesmas ou contra elas teriam que ser propostos – e não contra o Estado. Disto se segue igualmente que, perante terceiros, as autarquias são responsáveis pelos próprios atos. A responsabilidade do Estado, em relação a eles, é apenas subsidiária.'

Essas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar os dispositivos acima mencionados do projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

Brasília, 6 de abril de 2005.

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 7.4.2005

ANEXO C

PROJETO DE LEI Nº 1.071, DE 1999

(Do Sr. Rafael Guerra e outros)

Dispõe sobre normas gerais para celebração de consórcios públicos, nos termos da Emenda Constitucional nº 19, de 1997.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar consórcios públicos para execução de obras, serviços e atividades de interesse comum dos partícipes, dependendo de autorização legislativa para sua celebração.

Parágrafo único. Não se admitirá a celebração de consórcio público entre pessoas jurídicas de espécies diferentes.

Art. 2º Os consórcios públicos terão por objeto:

I – representação dos consorciados que o integram, em assuntos de interesse comum, perante quaisquer outras entidades, especialmente perante as demais esferas de governo;

II – planejamento, adoção e execução de programas e medidas destinadas a promover e acelerar o desenvolvimento sócio-econômico da região ou da atividade-fim;

III - planejamento, adoção e execução de programas e medidas destinadas a promoção de suas finalidades e implantação dos serviços afins.

Parágrafo único. Para o cumprimento de suas finalidades, o consórcio público poderá:

a) adquirir os bens que entender necessários, os quais integrarão o seu patrimônio;

b) firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo;

c) prestar aos seus consorciados serviços de qualquer natureza, independentemente de licitação.

Art. 3º As autorizações legislativas para celebração do consórcio público conterão, entre outras disposições, o seguinte:

I – identificação dos consorciados;

II – finalidade do consórcio;

III – prazo de duração;

IV – regras, critérios, e parâmetros definidores da implantação, expansão, alteração e modernização do serviço, bem como de sua qualidade;

V – deveres relativos à universalização e à continuidade do serviço;

VI– as possíveis receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados;

VII - constituição patrimonial do consórcio;

VIII – forma da prestação de contas e da fiscalização;

IX – bens reversíveis, se houver;

X – obrigação de manter, durante o consórcio, todas as condições de habilitação exigidas na licitação, se houver;

XI – sanções administrativas, civis e penais;

XII – sede, foro e modo de solução extrajudicial.

§ 1º A pessoa jurídica criada para administração do consórcio será necessariamente instituída na forma de sociedade civil sem fins lucrativos, regida de acordo com o art. 18 do Código Civil Brasileiro, gozando dos privilégios fiscais e encargos sociais das entidades filantrópicas e do terceiro setor.

§ 2º A sociedade civil responsável pela administração do consórcio observará as normas de direito público, especialmente, no que concerne a prestação e tomada de contas, contratação de pessoal e realização de licitação, conforme a Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 4º O consórcio público terá como órgão máximo o Conselho Diretor, devendo contar também, com um Conselho Fiscal, uma Ouvidoria e uma Secretaria Técnica-Executiva, além das unidades especializadas incumbidas das diferentes funções.

§ 1º Não poderão pertencer ao Conselho Fiscal membros dos Poderes Legislativo e Judiciário da circunscrição territorial a que pertençam os consorciados.

§ 2º A Ouvidoria será dirigida por um Ouvidor-Geral, escolhido pelo Conselho Diretor, a quem compete receber as petições e sugestões da sociedade sobre o consórcio público e encaminhar soluções, podendo ser composta por um colégio paritário, se assim dispuser o estatuto.

§ 3º A Secretaria Técnica-Executiva é órgão executivo, dirigido por um Secretário Executivo e constituído pelo apoio técnico e administrativo integrado pelo quadro de pessoal a ser aprovado pelo Conselho Diretor.

§ 4º O Secretário Executivo será indicado pelo Conselho Diretor e livremente nomeado pelo seu Presidente.

Art. 5º A competência de cada um dos órgãos constitutivos do consórcio público será determinada consoante os respectivos estatutos.

Art. 6º Os servidores requisitados serão colocados à disposição do consórcio mediante lei autorizativa ou convênio, sem prejuízo da percepção de seus vencimentos e demais vantagens pessoais.

Art. 7º Cada partícipe poderá se retirar do consórcio, desde que denuncie sua intenção com prazo nunca inferior a 90 (noventa) dias antes do exercício seguinte, cuidando os demais associados de acertar os termos da redistribuição dos custos dos planos, programas ou projetos de que participe o retirante.

Art. 8º Serão excluídos do quadro social os partícipes que tenham deixado de incluir em seu orçamento dotação destinada ao consórcio, ou que deixarem de recolher a sua cota aos fundos sociais, sem prejuízo da responsabilização por perdas e danos.

Art. 9º O consórcio público poderá ser dissolvido pelo voto de 2/3 (dois terços) dos membros do Conselho Diretor em reunião extraordinária convocada para este fim.

Art. 10. Em caso de extinção, os bens e recursos do consórcio público reverterão ao patrimônio dos associados, proporcionalmente, às participações.

Art. 11. Os partícipes que se retirarem espontaneamente ou que forem excluídos do quadro social, somente participarão do rateio de bens e recursos, quando da extinção do consórcio ou do encerramento da atividade para a qual contribuiu.

Art. 12. Os consorciados respondem solidariamente pelas obrigações assumidas pelo consórcio.

Parágrafo único. Os conselheiros não responderão pessoalmente pelas obrigações contraídas por deliberação do consórcio, mas responderão pelos atos praticados em desconformidade com a lei ou com as disposições do respectivo estatuto.

Art. 13. Os consórcios públicos, na área da saúde, deverão obedecer aos princípios, diretrizes e normas que regulam o Sistema Único de Saúde - SUS.

Art. 14. Ao Tribunal de Contas que tiver jurisdição sobre os partícipes do consórcio serão encaminhados os relatórios financeiros, contábeis, orçamentários, se for o caso, operacional e patrimonial dos consórcios administrativos, incluindo-se os procedimentos licitatórios, contratos, convênios, termos aditivos e outros instrumentos firmados pelo consórcio.

Art. 15. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

ANEXO D

PROJETO DE LEI nº3.884, de 2004

Institui normas gerais de contratos para a constituição de consórcios públicos, bem como de contratos de programa para a prestação de serviços públicos por meio de gestão associada e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

TÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES CAPÍTULO I DO OBJETO E DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Art. 1º Esta Lei institui normas gerais de contratos para a constituição de consórcios públicos, bem como de contratos de programa para a prestação de serviços públicos por meio de gestão associada.

CAPÍTULO II DAS DEFINIÇÕES

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

- I - consórcio público: a associação pública formada por dois ou mais entes da Federação, para a realização de objetivos de interesse comum;
- II - área de atuação do consórcio público: independentemente de figurar a União como consorciada, a que corresponde à soma dos territórios:
 - a) dos Municípios, quando o consórcio público for constituído somente por Municípios ou por um Estado e Municípios com territórios nele contidos;
 - b) dos Estados ou dos Estados e do Distrito Federal, quando o consórcio público for, respectivamente, constituído por mais de um Estado ou por um ou mais Estados e o Distrito Federal;
 - c) dos Municípios e dos Estados, quando o consórcio público for constituído por um ou mais Estados e Municípios contíguos a qualquer deles;
 - d) dos Municípios e do Distrito Federal, quando o consórcio for constituído pelo Distrito Federal e os Municípios a ele contíguos, e
 - e) dos Municípios, do Distrito Federal e dos Estados, quando o consórcio for constituído pelo Distrito Federal, um ou mais Estados e Municípios contíguos a qualquer destes últimos;
- III - protocolo de intenções: contrato preliminar que, ratificado mediante lei pelos entes da Federação interessados, converte-se em contrato de consórcio público;
- IV - contrato de consórcio público: ato constitutivo do consórcio público, conferindo-lhe personalidade jurídica de direito público;

V - reserva: o ato pelo qual ente da Federação não ratifica, ou condiciona a ratificação, de determinados objetivos ou cláusulas de protocolo de intenções para constituição de consórcio público;

VI - retirada: a saída do ente da Federação de consórcio público, por ato de sua vontade;

VII - contrato de rateio: contrato por meio do qual os entes da Federação consorciados comprometem-se a fornecer recursos para a realização de despesas do consórcio público;

VIII - gestão associada plena de serviços públicos: as atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos por meio de consórcio público, acompanhadas ou não da sua prestação;

IX - gestão associada parcial de serviços públicos: a que não envolve as atividades de planejamento, regulação, ou fiscalização de serviços públicos;

X - planejamento: as atividades atinentes à identificação, qualificação, quantificação, organização e orientação de todas as ações, públicas e privadas, por meio das quais um serviço público deve ser prestado ou colocado à disposição de forma adequada;

XI - regulação: todo e qualquer ato, normativo ou não, que discipline ou organize um determinado serviço público, incluindo suas características, padrões de qualidade, impacto socioambiental, direitos e obrigações dos usuários e dos responsáveis por sua oferta ou prestação e fixação, reajuste e revisão do valor de tarifas e outros preços públicos;

XII - fiscalização: as atividades de acompanhamento, monitoramento, controle ou avaliação, exercida pelo titular do serviço público, por entidades de sua administração indireta e pelos usuários, no sentido de garantir a utilização, efetiva ou potencial, do serviço público;

XIII - prestação de serviço público: a execução, em estrita conformidade com o estabelecido na regulação, de toda e qualquer atividade ou obra com o objetivo de permitir aos usuários o acesso a um serviço público com características e padrões de qualidade determinados;

XIV - serviço público adequado: aquele que, custeado por recursos orçamentários ou por preço público, atende a todas as exigências da regulação e à finalidade a que se destina;

XV - titular do serviço público: o ente da Federação a quem compete prover o serviço público, especialmente por meio do planejamento, regulação, fiscalização e prestação direta ou indireta.

XVI - contrato de programa: instrumento pelo qual são constituídas e reguladas obrigações que um ente da Federação, inclusive sua administração indireta, tenha para com outro, ou para com consórcio público, em razão de:

a) prestação de serviços públicos por meio de gestão associada;

b) transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

§ 1º A área de atuação do consórcio público refere-se exclusivamente aos entes da Federação que estejam efetivamente consorciados, dela se excluindo os territórios dos entes a que se tenha aplicado a pena de suspensão ou meramente signatários de protocolo de intenções para a constituição de consórcio público.

§ 2º Para efeito do inciso II do **caput** deste artigo não se considera contíguo o território de Município contido no de Estado consorciado.

TÍTULO II
DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS
CAPÍTULO I
DA CONSTITUIÇÃO

Art. 3º Os objetivos dos consórcios públicos devem se circunscrever:

- I - à gestão associada de serviços públicos;
- II - à prestação de serviços, inclusive de assistência técnica, a execução de obras e ao fornecimento de bens à administração direta ou indireta dos entes consorciados;
- III - ao compartilhamento ou uso em comum de instrumentos e equipamentos de gestão, manutenção, informática, de pessoal técnico e de procedimentos de licitação e de admissão de pessoal;
- IV - à produção de informações ou de estudos técnicos;
- V - à instituição e ao funcionamento de escolas de governo ou de estabelecimentos congêneres;
- VI - à promoção do uso racional dos recursos naturais e à proteção do meio-ambiente;
- VII - ao exercício de funções no sistema de gerenciamento de recursos hídricos que tenham sido delegadas ou autorizadas;
- VIII - ao apoio e ao fomento do intercâmbio de experiências e de informações entre os entes consorciados, inclusive no que se refere à segurança pública e ao sistema penitenciário;
- IX - à gestão e à proteção de patrimônio paisagístico ou turístico comum;
- X - ao planejamento, à gestão e à administração dos serviços e recursos da previdência social dos servidores de qualquer dos entes da Federação que integram o consórcio;
- XI - ao fornecimento de assistência técnica, extensão, treinamento, pesquisa e desenvolvimento urbano, rural e agrário;
- XII - às ações e políticas de desenvolvimento sócio-econômico local e regional; e
- XIII - ao exercício de competências pertencentes aos entes federados nos termos de autorização ou delegação.

§ 1º A autorização ou a delegação de competências prevista no inciso XIII do **caput** deste artigo, sob pena de nulidade, deverá observar as seguintes condições, exceto quando no âmbito de gestão associada de serviços públicos:

- I - a União poderá outorgar ao consórcio público quaisquer de suas competências delegáveis;
- II - o Estado somente poderá delegar competência para os consórcios públicos que constituir:
 - a) com a União, e
 - b) com Municípios contidos em seu território, mesmo quando o consórcio público também for integrado pela União.
- III - os Municípios não poderão delegar competências que exijam execução por instrumento de direito público.

§ 2º Os consórcios públicos poderão emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos por eles administrados ou, mediante autorização específica, pelo ente consorciado.

§ 3º Os consórcios públicos somente poderão celebrar parcerias público-privadas, ou outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma específica o objeto da parceria, concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender.

§ 4º Pelo consórcio público, ou por entidade a ele vinculada, poderão ser desenvolvidas as ações e os serviços de saúde que correspondam aos entes consorciados, garantido aos usuários o acesso gratuito e obedecido o disposto no art. 10 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Art. 4º A constituição de consórcio público dependerá da celebração de protocolo de intenções subscrito pelos Chefes de Poder Executivo dos entes da Federação interessados.

Art. 5º O protocolo de intenções, sob pena de nulidade, deverá conter, no mínimo, cláusulas que estabeleçam:

I - a denominação do consórcio;

II - a identificação de cada um dos entes signatários;

III - as competências delegadas ao consórcio público, ou cujo exercício a este se autorize;

IV - os critérios para autorizar o consórcio público a representar os entes da Federação que o integram, em assuntos de interesse comum, perante quaisquer autoridades e demais esferas de governo;

V - as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão ou termo de parceria;

VI - a autorização para a gestão associada de serviços públicos, caso esta integre os objetivos do consórcio público, explicitando seus termos e condições, especialmente:

a) as competências delegadas ao consórcio público, por cada ente consorciado, especialmente se elas se referem às atividades de planejamento, de regulação, de fiscalização ou de prestação de serviços ou obras, ou somente a algumas delas, e respectivo prazo de delegação;

b) os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados;

c) a autorização para outorgar a concessão, permissão ou autorização dos serviços, bem como para licitar e contratar a prestação de serviços ou parcerias públicos-privadas;

d) a exigência de que a prestação de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais aos serviços transferidos, dependerão da celebração de contrato de programa entre o consórcio público e cada titular dos serviços;

e) a forma de cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, obrigatoriamente com a demonstração contábil e econômica de cada um dos seus componentes, bem como os critérios gerais a serem observados em sua revisão ou reajuste;

f) o direito de qualquer cidadão ter acesso aos documentos, estudos e planilhas referentes aos serviços, independentemente da demonstração de seu interesse, salvo quando, por prazo certo, forem tidos como sigilosos por decisão adequadamente motivada da assembléia geral;

VII - a indicação da área de atuação do consórcio, bem como a previsão de que ficam vedadas a realização de ações e serviços fora dela, salvo para cooperar com ente da Federação ou com consórcio público, nos termos de específica decisão da assembléia geral;

VIII - o reconhecimento de que, sendo constituído o consórcio público, será ele pessoa jurídica de direito público que integra a administração indireta de cada um dos entes da Federação consorciados;

IX - a assembléia geral, como a instância máxima do consórcio público, composta exclusivamente pelos Chefes do Poder Executivo dos entes consorciados, que, para determinados atos, poderão indicar substitutos;

X - as normas de convocação e funcionamento da assembléia geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público;

XI - como públicas e acessíveis a qualquer do povo as reuniões de todas as instâncias colegiadas do consórcio público, bem como, independentemente da demonstração de interesse, todos os seus atos, procedimentos e contratos;

XII - as hipóteses de suspensão e de exclusão do consórcio público;

XIII - o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplente com suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público, inclusive as relativas à transferência de bens ou direitos, e à elaboração e aprovação dos estatutos;

XIV - o número, as formas de provimento e o regime jurídico dos servidores, bem como os respectivos padrões de remuneração; e os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

§ 1º Somente poderão celebrar contrato de consórcios os entes da Federação com territórios contíguos, bem como o ente cujo território esteja contido no território de qualquer destes primeiros.

§ 2º O requisito de que os territórios sejam contíguos ou estejam contidos uns nos outros será aferido somente no momento da celebração do protocolo de intenções.

§ 3º O protocolo de intenções deve definir o número de votos que cada ente da Federação consorciado possui na assembléia geral, sendo assegurado pelo menos um voto a cada ente consorciado.

§ 4º Salvo as exceções desta Lei e as previstas no contrato de consórcio público, as deliberações da assembléia geral exigirão mais da metade dos votos.

§ 5º Poderão compor os órgãos colegiados do consórcio público, exceto a assembléia geral:

I - entidades representativas da sociedade civil;

II - representantes de somente uma parte dos entes consorciados.

§ 6º Mediante decisão motivada, e por prazo certo, poderá a assembléia geral limitar o acesso a determinados atos, procedimentos, contratos ou reuniões de órgãos colegiados do consórcio aos próprios interessados e a seus advogados, ou a somente a estes.

§ 7º Considerar-se-á representante legal do consórcio a pessoa física que foi eleita presidente da assembléia geral, desde que Chefe de Poder Executivo de ente consorciado.

§ 8º O mandato do representante legal do consórcio público será fixado em um ou mais exercícios financeiros e cessará automaticamente no caso de o eleito não mais ocupar a Chefia do Poder Executivo do ente da Federação que representa na assembléia geral, hipótese em que será sucedido, na forma que indicarem os estatutos do consórcio público, por quem preencha essa condição.

§ 9º O protocolo de intenções deverá ser publicado na imprensa oficial dos signatários.

§ 10. A publicação do protocolo de intenções poderá se dar de forma resumida, desde que a publicação indique o local e o sítio da rede mundial de computadores - internet em que se poderá obter seu texto integral.

§ 11. É nula a cláusula do protocolo de intenções que estabeleça determinadas contribuições financeiras ou econômicas de ente da Federação ao consórcio público, salvo a doação, destinação ou cessão do uso de bens móveis ou imóveis e as transferências ou cessões de direitos operadas por força de gestão associada de serviços públicos.

§ 12. Dentre as hipóteses a que se refere o inciso XII do **caput** deste artigo, obrigatoriamente deve constar a de exclusão, após prévia suspensão, do ente consorciado que não consignar, em suas respectivas leis orçamentárias anuais e créditos adicionais, as dotações suficientes para suportar as despesas a serem assumidas com o contrato de rateio.

Art. 6º O contrato de consórcio público será tido como celebrado quando o protocolo de intenções for ratificado, mediante lei, por todos os entes da Federação que o subscreveram.

§ 1º Os entes subscritores do protocolo de intenções não são obrigados a ratificá-lo; a ratificação pode ser realizada com reservas que, aceitas, implicarão consorciamento parcial ou condicional.

§ 2º Mediante previsão expressa, o contrato de consórcio público poderá ser celebrado apenas por parcela dos signatários do protocolo de intenções, sem prejuízo de que os demais signatários venham a integrá-lo.

§ 3º Caso as leis mencionadas no caput deste artigo prevejam reservas, a admissão no consórcio dependerá da aprovação de cada uma das reservas pela unanimidade dos demais subscritores do protocolo de intenções.

§ 4º Admitir-se-ão somente reservas que digam respeito, em relação ao ente da Federação que as apresentaram, à vigência de cláusula, parágrafo, inciso ou alínea do protocolo de intenções, ou que imponham condições para a vigência de qualquer desses dispositivos.

§ 5º Na hipótese do § 2º deste artigo, se os demais subscritores ratificarem o protocolo de intenções após decorrido mais de dois anos de sua publicação, o ingresso no consórcio público dependerá da aquiescência unânime da assembléia geral, inclusive no que se refere a eventuais reservas, devendo o mesmo procedimento ser utilizado nos pedidos de reingresso.

§ 6º Dependerá de alteração do contrato de consórcio público o ingresso de ente da Federação não subscritor do protocolo de intenções.

§ 7º As alterações do contrato de consórcio público, inclusive em razão de reservas admitidas, somente terão eficácia mediante publicação de seus termos por meios iguais ou equivalentes aos adotados para a publicação do protocolo de intenções.

§ 8º Na hipótese de, antes da celebração do protocolo de intenções, o ente da Federação disciplinar por lei a sua participação no consórcio público, o contrato de consórcio público será considerado celebrado independentemente da ratificação prevista no **caput** deste artigo.

Art. 7º Com a vigência do suficiente número de leis de ratificação do protocolo de intenções, o consórcio público adquirirá a personalidade jurídica de direito público, passando a constituir a administração indireta de cada um dos entes da Federação consorciados.

Parágrafo único. Na hipótese em que todos os entes da Federação subscritores do protocolo de intenções se encontrarem na situação prevista no § 8º do art. 5º desta Lei, o aperfeiçoamento do contrato de consórcio público e a aquisição da personalidade jurídica dependerão exclusivamente da publicação do protocolo de intenções.

Art. 8º O consórcio público será organizado por estatutos cujas disposições, sob pena de nulidade, deverão atender a todas as cláusulas do contrato de consórcio público.

§ 1º Caso o contrato de consórcio público não disponha em contrário, os estatutos serão elaborados pela assembléia geral, exigida a maioria absoluta de votos para a sua aprovação.

§ 2º Salvo disposição em contrário dos estatutos, a sede do consórcio é a do domicílio de seu representante legal.

§ 3º Os estatutos do consórcio público produzirão seus efeitos mediante publicação.

§ 4º Os entes da Federação consorciados respondem subsidiariamente pelas obrigações do consórcio público.

§ 5º Os estatutos poderão dispor sobre o exercício do poder disciplinar e regulamentar, as atribuições administrativas, hierarquia, avaliação de eficiência, locais, jornada de trabalho e denominação dos servidores do consórcio público.

Art. 9º A qualidade de consorciado e de subscritor do protocolo de intenções é intransferível, salvo nas hipóteses de criação, fusão, incorporação ou desmembramento que atinjam entes consorciados ou subscritores do protocolo, nas quais os novos entes da Federação serão tidos como automaticamente consorciados ou subscritores.

CAPÍTULO II DA GESTÃO

Art. 10. Para cumprimento de suas finalidades, o consórcio público poderá:

I - firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, transferências voluntárias, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de entidades públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras;

II - celebrar contratos com os entes da Federação consorciados ou entidades de sua administração indireta, sendo dispensada a licitação;

III - promover desapropriações ou instituir servidões que sejam necessárias ao desempenho de suas finalidades, nos termos de anterior declaração de utilidade ou necessidade pública ou de interesse social realizada pelo Poder Público.

Parágrafo único. O consórcio público só poderá receber ou administrar qualquer recurso econômico ou financeiro mediante os meios previstos no inciso I do **caput** deste artigo, sendo-lhe vedado contratar operações de crédito e conceder garantias.

Art. 11. As propostas de orçamento e de suas respectivas reformulações orçamentárias serão apreciadas e aprovadas pela assembléia geral do consórcio, mediante procedimento público previsto em seus estatutos.

Art. 12. Aprovada e publicada a proposta de orçamento ou de reformulação orçamentária, será formalizado contrato de rateio.

§ 1º Em cada exercício financeiro, o contrato de rateio será formalizado com observância da legislação orçamentária e financeira do ente consorciado contratante.

§ 2º A celebração de contrato de rateio depende da previsão de recursos orçamentários que suportem o pagamento das obrigações contratadas, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e criminal dos gestores do consórcio público e do ente da Federação contratante.

§ 3º O prazo de vigência do contrato de rateio não será superior ao de vigência das dotações que o suportam, com exceção dos que tenham por objeto exclusivamente projetos consistentes em programas e ações contemplados em plano plurianual do ente da Federação contratante.

§ 4º Havendo restrição na realização de despesas, de empenhos ou de movimentação financeira, ou qualquer outra derivada das normas de direito financeiro, poderá o ente da Federação consorciado diminuir o valor dos pagamentos previstos no contrato de rateio, desde que comunique ao consórcio público por notificação escrita.

Art. 13. Independentemente de qualquer formalidade, é inexigível a licitação para a celebração de contratos de rateio.

Art. 14. O contrato de rateio será regido pelo direito privado, não se admitindo que venha a custear projeto ou atividade não específicos ou de natureza meramente financeira, especialmente transferências e operações de crédito.

§ 1º Na gestão associada de serviços públicos, os titulares e o consórcio público deverão celebrar contratos de rateio específico para cada um dos serviços, ou dos serviços que técnica e financeiramente se complementem, de forma a garantir a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares.

§ 2º Os entes consorciados, isolados ou em conjunto, bem como o consórcio público, são partes legítimas para exigir o cumprimento das obrigações previstas no contrato de rateio.

§ 3º As cláusulas do contrato de rateio não poderão conter disposição tendente a afastar, ou dificultar a fiscalização exercida pelos órgãos de controle interno e externo ou pela sociedade civil de qualquer dos entes da Federação consorciados.

Art. 15. A execução das receitas e das despesas do consórcio público deverá obedecer às

normas de direito financeiro aplicáveis às entidades públicas.

§ 1º Com o objetivo de permitir o atender aos dispositivos da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, o consórcio público deve fornecer as informações necessárias para que sejam consolidadas, nas contas dos entes consorciados, todas as despesas realizadas com os recursos entregues em virtude de contrato de rateio, de forma a que possam ser contabilizadas nas contas de cada ente da Federação na conformidade dos elementos econômicos e das atividades ou projetos atendidos.

§ 2º Fica vedado ao consórcio público indicar como realizadas despesas genéricas, bem como transferências ou operações de crédito.

Art. 16. Os entes da Federação integrantes do consórcio público, ou com ele conveniados, poderão ceder-lhe servidores, na forma e condições da legislação de cada um.

§ 1º Os servidores cedidos permanecerão no seu regime jurídico originário.

§ 2º Na hipótese de o ente consorciado assumir o ônus da cessão do servidor, tais pagamentos serão contabilizados como créditos hábeis para operar compensação com obrigações previstas no contrato de rateio.

Art. 17. Sem expressa previsão do contrato de consórcio público, são vedados quaisquer pagamentos a servidores em comissão ou aos que foram cedidos ao consórcio.

Art. 18. O representante legal do consórcio público é o ordenador das despesas, incumbindo-lhe o dever de prestar contas nos termos da lei.

CAPÍTULO III

DA RETIRADA, DA SUSPENSÃO E DA EXCLUSÃO DE ENTE CONSORCIADO

Art. 19. Nenhum ente da Federação poderá ser obrigado a se consorciar ou a permanecer consorciado.

Art. 20. A retirada do ente da Federação do consórcio público dependerá de ato formal de seu representante na assembléia geral, na forma previamente disciplinada por lei.

§ 1º Os bens destinados ao consórcio público pelo consorciado que se retira somente serão revertidos ou retrocedidos no caso de expressa previsão do contrato de consórcio público ou do instrumento de transferência ou de alienação.

§ 2º A retirada não prejudicará as obrigações já constituídas entre o consorciado que se retira e o consórcio público, inclusive as pendentes de termo ou condição.

§ 3º A retirada de um ente da Federação do consórcio público constituído por apenas dois entes implicará em extinção do consórcio.

Art. 21. Poderá ser excluído do consórcio público o ente que subscrever protocolo de intenções para constituição de outro consórcio com finalidades iguais ou, a juízo da maioria da assembléia geral, assemelhadas ou incompatíveis.

§ 1º A decisão que excluir ente da Federação do consórcio exigirá a aprovação da maioria dos entes consorciados, independentemente do número de votos que possuam na assembléia geral.

§ 2º O disposto no **caput** não se aplica nas hipóteses em que:

I - não houver coincidência de parte das áreas de atuação dos consórcios;

II - tenha havido prévia aquiescência da assembléia geral; ou

III - a subscrição do protocolo de intenções para constituição do outro consórcio tenha se dado há mais de dois anos.

§ 3º Com exceção da hipótese prevista no **caput** deste artigo, a aplicação da pena de exclusão deverá ser antecedida da suspensão por doze meses, período em que o ente integrante suspenso poderá se reabilitar.

CAPÍTULO IV
DA ALTERAÇÃO E DA EXTINÇÃO
DOS CONTRATOS DE CONSÓRCIO PÚBLICO

Art. 22. A alteração ou a extinção de contrato de consórcio público dependerá de instrumento aprovado pela assembléia geral, ratificado mediante lei por todos os entes consorciados.

Art. 23. No caso em que o contrato de consórcio público não dispuser de forma diversa, as obrigações e direitos remanescentes serão atribuídos a cada ente consorciado à razão proporcional do quanto tenham contribuído com o consórcio público nos três exercícios financeiros anteriores ao da extinção.

§ 1º Excetuam-se do disposto no **caput** deste artigo os bens, direitos, encargos e obrigações decorrentes da gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outra espécie de preço público, que serão atribuídos aos titulares dos respectivos serviços.

§ 2º Até que haja decisão que indique os responsáveis por cada obrigação, os entes consorciados responderão solidariamente pelas obrigações remanescentes, garantido o direito de regresso em face dos entes beneficiados ou dos que deram causa à obrigação.

§ 3º Com a extinção, o pessoal cedido ao consórcio público retornará a seus órgãos de origem.

TÍTULO III
DO CONTRATO DE PROGRAMA
CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 24. Devem ser disciplinadas por contrato de programa, sob pena de nulidade, as obrigações que ente da Federação, inclusive sua administração indireta, constituir para com outro, ou para com consórcio público, em virtude de prestação de serviços públicos por meio de gestão associada, ou de transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Parágrafo único. Excluem-se do previsto no **caput** as obrigações cujo descumprimento não acarrete qualquer ônus, inclusive financeiro, a ente da Federação ou a consórcio público.

Art. 25. O contrato de programa será celebrado por dispensa de licitação e deverá atender a todas as exigências de planejamento, regulação e fiscalização fixadas ou que venham a ser fixadas pelo titular dos serviços ou pelo consórcio público.

Art. 26. O contrato de programa somente produzirá efeitos quando em vigor contrato de consórcio público ou convênio de cooperação entre entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos.

Art. 27. Mediante previsão do contrato de consórcio público ou do convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado por determinadas entidades que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação interessados.

CAPÍTULO II
DAS CLÁUSULAS NECESSÁRIAS

Art. 28. Os contratos de programa deverão atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, sob pena de nulidade, conter cláusulas que estabeleçam:

I - os serviços objeto da gestão associada e a área em que serão prestados;

- II - o prazo de vigência, que deverá ser justificado pelos parâmetros de economicidade e amortização de investimentos;
- III - a plena obediência ao estabelecido nos instrumentos legais e administrativos de regulação em vigor ou que venham a ser editados;
- IV - os aspectos gerais da fiscalização dos serviços, a qual deverá ser exercida diretamente pelo titular dos serviços ou por pessoa de direito público que integre a sua administração indireta, inclusive consórcio público;
- V - a indicação das obras a serem executadas, o orçamento estimativo de cada uma delas e os prazos a serem cumpridos;
- VI - a exigência de publicação de demonstrações financeiras periódicas, no mínimo quadrimestrais, e específicas no que se refere a cada um dos serviços e obras objeto da gestão associada;
- VII - a obrigação do contratado de zelar pela integridade dos bens vinculados aos serviços públicos objeto da gestão associada;
- VIII - os bens e direitos reversíveis, que deverão abranger todos os entregues pelo titular do serviço, bem como aqueles originados de investimentos amortizados ou a serem amortizados pelas receitas emergentes da prestação dos serviços;
- IX - a exigência de anuência do titular do serviço público a qualquer alienação ou negócio jurídico que tenha por objeto bens reversíveis ou essenciais à prestação dos serviços, inclusive os que impliquem a sua modificação;
- X - o reconhecimento de o titular dos serviços de entrar imediatamente na posse e propriedade dos bens vinculados aos serviços, por ocasião da extinção;
- XI - os casos de extinção;
- XII - o modo, o prazo e a periodicidade para fornecimento de dados e informações;
- XIII - o acesso a documentos e arquivos, inclusive sua transferência, na hipótese de extinção do contrato;
- XIV - o valor das obras, bem como das tarifas e outros preços públicos, com a demonstração contábil e econômica de cada um dos seus componentes, e os critérios gerais a serem observados em sua revisão ou reajuste;
- XV - a obrigação de o contratado, pelo menos ao início e ao final da gestão associada, elaborar relatório de passivo ambiental;
- XVI - as penalidades a que fica sujeito o contratado em caso do não-cumprimento, ou do cumprimento defeituoso, do estabelecido ou do que vier a ser estabelecido na regulação;
- XVII - a responsabilidade do titular dos serviços de declarar de utilidade ou necessidade pública, ou arguir urgência, nas desapropriações ou servidões necessárias aos serviços;
- XVIII - a autorização para que, havendo declaração de utilidade ou necessidade pública, ou de interesse social, o contratado promova desapropriações ou institua servidões.
- XIX - no caso de gestão associada parcial de serviços públicos:
 - a) previsão de que as tarifas e outros preços públicos serão fixados pelo titular dos serviços, diretamente ou por entidades de sua administração indireta, nelas incluído o consórcio público que integre ou venha a integrar;
 - b) possibilidade do titular dos serviços intervir e tomar medidas para garantir a continuidade e a preservação dos serviços ou obras por meio de decisão administrativa motivada, exarada independentemente de específica autorização legislativa ou do pagamento de prévia indenização;

XX - no caso de ser objeto a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços:

- a) os encargos transferidos e a responsabilidade subsidiária da entidade que os transferiu;
- b) as penalidades nos casos de inadimplência em relação aos encargos transferidos;
- c) o momento da transferência dos serviços e os deveres relativos a sua continuidade;
- d) a indicação de quem arcará com o ônus do pessoal transferido;
- e) a previsão expressa de que o pessoal transferido será recebido a título de mera cessão, permanecendo íntegro o vínculo originário, e que, caso não haja desligamento, é garantido o seu retorno à entidade de origem;
- f) a identificação dos bens que terão apenas sua gestão e administração transferidas e os que serão efetivamente alienados ao contratado;
- g) o levantamento e avaliação dos bens transferidos, antes de sua entrega e por ocasião, se for o caso, de sua reversão.

Parágrafo único. O titular dos serviços poderá alienar onerosamente bens ou direitos por meio de contrato de programa, caso em que a alienação será admitida apenas no valor necessário para adimplir com as obrigações atuais ou futuras decorrentes de operações de crédito anteriormente contratadas pelo titular e cujos recursos foram aplicados nos serviços transferidos.

TÍTULO IV DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 29. A União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados.

Art. 30. A União poderá celebrar convênios com os consórcios públicos, com o objetivo de viabilizar a descentralização e a prestação de políticas públicas em escalas adequadas.

Art. 31. Somente poderão utilizar a denominação “consórcio público” as associações de entes da Federação constituídas nos termos desta Lei.

Art. 32. No que não contrariar esta Lei, a organização e funcionamento dos consórcios públicos serão disciplinados pela legislação que rege as associações civis.

Art. 33. São nulos os contratos de consórcio, convênios de cooperação, contratos de programa ou instrumentos congêneres celebrados em desacordo com o disposto nesta Lei.

Art. 34. O inciso IV do art. 41 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com a seguinte redação:

“IV - as autarquias, inclusive as associações públicas.” (NR)

Art. 35. O **caput** do art. 5º da Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, passa a vigorar acrescido dos seguintes incisos:

“V - autorizar gestão associada de serviços públicos, ou celebrar contrato ou outro instrumento que a tenha por objeto, sem observar as formalidades previstas na lei;

VI - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.” (NR)

Art. 36. O art. 10 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, passa a vigorar acrescido dos seguintes incisos:

“XIV - autorizar gestão associada de serviços públicos, ou celebrar contrato ou outro instrumento que a tenha por objeto, sem observar as formalidades previstas na lei;

XV - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (NR)”

Art. 37. Os arts. 9º e 10 da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 9º..... 8-
autorizar gestão associada de serviços públicos ou celebrar contrato ou outro instrumento que a tenha por objeto, sem observar as formalidades previstas na lei.” (NR)

“Art. 10.
13 - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária ou sem observar as formalidades previstas na lei.” (NR)

Art. 38. O **caput** do art. 1º do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, passa a vigorar acrescido dos seguintes incisos:

“XXIV - autorizar gestão associada de serviços públicos, ou celebrar contrato ou outro instrumento que a tenha por objeto, sem observar as formalidades previstas na lei;

XXV - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária ou sem observar as formalidades previstas na lei.” (NR)

Art. 39. Os arts. 23, 24, 26, 89 e 112 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 23.

§ 8º No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no **caput** deste artigo quando formado por até três entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número. (NR)”

“Art. 24.

XXV - na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.

Parágrafo único. Os percentuais referidos nos incisos I e II deste artigo serão vinte por cento para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.” (NR)

“Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º deverão ser comunicados, dentro de três dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para a eficácia dos atos...” (NR)

“Art. 89.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que:

I - aprovar ou subscrever protocolo de intenções para a constituição de consórcio público que não observe as formalidades previstas na lei;

II - celebrar contrato, ou instrumento congêneres, que tenha por objeto a gestão associada de serviços públicos sem obedecer as formalidades previstas na lei;

III - tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.” (NR)

“Art. 112.

§ 1º Os consórcios públicos poderão realizar licitação da qual, nos termos do edital, decorram contratos administrativos celebrados por entes consorciados.

§ 2º Fica facultado à entidade interessada o acompanhamento da licitação e da execução

do contrato.” (NR)

Art. 40. O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos:

“Autorização de gestão associada de serviços públicos sem respaldo legal

Art. 328. A. Autorizar gestão associada de serviços públicos sem observar as formalidades previstas na legislação.

Pena – detenção de três a cinco anos, e multa .

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da autorização ilegal para a prestação de serviços públicos por gestão associada.” (NR)

“Celebração irregular de contrato de rateio de consórcio público

Art. 359-I. Celebrar contrato de rateio de consórcio público sem prévia e suficiente previsão de recursos orçamentários.

Pena – reclusão, de um a dois anos.” (NR)

“Recusa ou prestação defeituosa de contas de consórcio público

Art. 359-J. Recusa do gestor do consórcio público em prestar contas, ao ente consorciado dos recursos entregues por contrato de rateio.

Pena – reclusão, de dois a quatro anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incide o gestor de consórcio público que preste contas de forma a não permitir que o valor das despesas executadas com os recursos entregues por meio de contrato de rateio sejam consolidadas nas contas do ente da Federação consorciado, inclusive para demonstrar o cumprimento das obrigações previstas na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.” (NR)

Art. 41. O art. 10 da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 10. Aplica-se às autarquias, consórcios públicos e fundações públicas o disposto nos arts. 188 e 475, **caput**, e no seu inciso II, do Código de Processo Civil.” (NR)

TÍTULO V

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 42. As associações civis de entes da Federação que tenham sido inscritas no registro civil até a data de promulgação desta Lei poderão ser convertidas em consórcios públicos.

§ 1º Fica autorizada a alteração dos estatutos da associação civil, obedecidos os seus termos, para que dela se excluam associados com o objetivo de que os remanescentes convertam-na em consórcio público.

§ 2º A conversão prevista no **caput** será admitida desde que observado o seguinte procedimento:

I - celebração de contrato de consórcio público, antecedida de elaboração de protocolo de intenções, bem como a sua ratificação mediante lei dos entes que se consorciarão, dentre os quais deverão constar, obrigatoriamente, todos os associados da associação civil a ser convertida;

II - a inscrição do contrato de consórcio público no registro civil, que será tido como instrumento de conversão da associação civil de direito privado em consórcio público, sendo por este sucedida em todos os direitos e obrigações.

§ 3º O pessoal admitido pela associação anterior, sem concurso público de provas ou de provas e títulos, terá o seu vínculo com o consórcio extinto quando decorridos cento e oitenta dias da inscrição no registro civil do ato de conversão em consórcio público.

§ 4º Os contratos celebrados pela associação civil antes da data de promulgação desta Lei permanecerão em vigor, passando a ser regidos, no que couber, pela Lei nº 8.666, de 1993.

§ 5º A conversão somente será admitida se houver a apresentação do contrato de consórcio público para sua inscrição no registro civil em até dois anos da data de publicação desta Lei.

Art. 43. O **caput** do art. 11 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

“IV - o contrato de consórcio público, quando instrumento de conversão de associação civil formada exclusivamente por entes da Federação.” (NR)

Art. 44. O disposto nesta Lei não se aplica aos convênios de cooperação, contratos de programa para gestão associada de serviços públicos ou instrumentos congêneres, que tenham sido celebrados anteriormente a sua vigência.

Art. 45. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília,

E.M. nº 18

Em 25 de junho de 2004.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submetemos à apreciação de Vossa Excelência o anexo Projeto de Lei, que tem por objetivo instituir normas gerais de contratos para constituição de consórcios públicos e de contratos de programa para a prestação de serviços públicos por meio de gestão associada.

O art. 241 da Constituição da República, com a redação que lhe deu a Emenda nº 19, de 1998, estabelece que os entes federativos disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação, autorizando a gestão associada de serviços públicos.

O dispositivo constitucional citado possibilita a criação de mecanismos e instrumentos de coordenação, cooperação e de pactuação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Instrumentos com tal característica são de fundamental importância para a efetividade da Federação brasileira, constituída por três esferas autônomas de governo. Até o momento, no entanto, esses mecanismos e instrumentos permanecem sem regramento legal, o que resulta na ausência ou precariedade das formas de cooperação e coordenação entre os governos.

A proposta ora apresentada foi elaborada a partir de três preocupações fundamentais. A primeira delas, que pode ser definida como responsabilidade de Estado, extrapolando, portanto, um governo ou um mandato, é a necessidade de complementar o desenho federativo decorrente da Constituição da República, em especial nos aspectos cooperativos do federalismo.

A segunda preocupação responde à carência de instrumentos de coordenação de políticas públicas de responsabilidade do Governo Federal, considerando especificamente aquelas executadas de forma conjunta com Estados e Municípios. Ao se constituírem como instrumento viabilizador de ações cooperadas e coordenadas entre os entes federativos, os

consórcios públicos abrem a possibilidade de ampliar o alcance e aumentar a efetividade das políticas e da aplicação de recursos públicos. Para o Governo Federal, portanto, a criação e funcionamento de consórcios públicos têm a capacidade de alavancar, por meio da maior racionalidade da execução cooperada, o impacto de diferentes políticas públicas – saúde, saneamento, geração de renda, infra-estrutura, entre outras políticas de responsabilidade partilhada entre os entes federados.

Uma terceira preocupação, apresentada ao Governo Federal pelas entidades nacionais de representação de prefeitos ao longo do ano de 2003, diz respeito à precariedade jurídica e às limitações institucionais dos instrumentos de consorciamento que os Municípios hoje utilizam. Segundo os prefeitos, é preciso disciplinar a possibilidade de constituição de instrumentos de cooperação intermunicipal que lhes permita ter segurança jurídica e possibilidade de planejamento e atuação de médio e longo prazo.

Portanto, os objetivos a serem alcançados com a aprovação da proposta anexa são: 1) a instituição de um mecanismo de coordenação federativa adequado às diversas escalas de atuação territorial; 2) o fortalecimento do papel do ente público de agente planejador, regulador e fiscalizador de serviços públicos; 3) a possibilidade de incrementar a efetividade das políticas públicas executadas em parceria por diferentes entes governamentais; e 4) a necessidade de superar a insegurança jurídica dos atuais arranjos de cooperação entre os entes públicos brasileiros, resultando em maior previsibilidade das políticas executadas pelo Estado.

Para atender aos fins a que se destina, a figura institucional dos consórcios públicos, tal como desenhada na proposta ora apresentada, tem como características o respeito à autonomia e às competências federativas, às diversas escalas de atuação territorial e aos instrumentos de participação e controle social. São, ainda, elementos do anteprojeto a obediência às regras de gestão pública e aos esforços de responsabilidade fiscal; a flexibilidade na organização e a universalidade, possibilitando que o instrumento seja utilizado para diferentes serviços e políticas públicas e para múltiplos objetivos.

O texto submetido à apreciação de Vossa Excelência foi elaborado a partir de ampla consulta a diferentes especialistas das áreas jurídica, de políticas urbanas, de políticas sociais, de desenvolvimento local/regional, dentre outras, e interessados no tema. Foram considerados, ainda, o direito federativo comparado e a experiência internacional, assim como a jurisprudência em torno do assunto. A minuta de anteprojeto, fruto do trabalho do Grupo de Trabalho Interministerial constituído pela Portaria nº 1.391, de 28 de agosto de 2003, da Casa Civil da Presidência da República, e composto por representantes de diferentes Ministérios que têm interface com o tema, foi então encaminhada, para considerações e sugestões, aos governadores de Estado, aos prefeitos de capitais, aos gestores dos consórcios hoje em operação e às entidades nacionais de representação do conjunto de prefeitos.

Assim, é possível afirmar que o texto em anexo representa um grande consenso em torno dos diferentes aspectos que compõem a regulamentação dos consórcios públicos e da gestão associada de serviços. A principal inovação do projeto, saudada pelos governadores, prefeitos e demais interessados, é o entendimento dos consórcios públicos como instrumento para gestão cooperada entre entes federados, e não só entre Municípios, como é a visão tradicional.

Além disto, foram ainda incorporados elementos constantes de diversos projetos de lei em trâmite nas Casas Legislativas, o que evidencia a preocupação que o tema suscita entre

os representantes dos cidadãos e dos Estados. Pode-se citar, entre os dispositivos presentes em algumas das proposições e que foram utilizados como referência no anteprojeto de lei em anexo, os seguintes: a utilização e valorização da figura jurídica do consórcio público, nos termos do art. 241 da Constituição; o reforço da função de planejamento do setor público, principalmente nas atividades de desenvolvimento regional e de prestação de serviços públicos; a plena capacidade contratual e convenial dos consórcios públicos; o respeito às normas de direito público relacionadas às compras; a gestão do consórcio público por órgão colegiado; a exigência de lei específica para disciplinar os aspectos fundamentais do consórcio que se cria; as regras de retirada e de dissolução do consórcio; as regras de orçamento; as regras de responsabilidade solidária; as regras de prestação de contas aos Tribunais de Contas competentes; a previsão de gestão associada de serviços públicos; a competência de regulação de serviços públicos pelos consórcios públicos; a possibilidade de repasse de recursos pela União; a responsabilização dos agentes públicos que desrespeitarem determinação de planejamento dos serviços, dentre outros.

A proposta está dividida em quatro títulos: I- Das Disposições Preliminares, contendo objeto, âmbito de aplicação e definições; II - Dos Consórcios Públicos, regulando sua constituição e gestão administrativa e financeira; da retirada, suspensão e exclusão de ente consorciado e da alteração e extinção dos contratos de consórcio público; III - Do Contrato de Programa, contendo disposições preliminares e cláusulas necessárias; IV - Das Disposições Gerais, contendo alterações de outras normas e, finalmente, o Título V – Das Disposições Finais e Transitórias.

Considerando que a regulamentação dos consórcios públicos e da gestão associada de serviços pode ser um instrumento poderoso para o enfrentamento da nova agenda federativa, em especial a agenda das cidades e do desenvolvimento econômico e social e, ainda, considerando que uma nova geração de prefeitos assumirá o poder no início do ano de 2005, a tramitação do projeto em anexo em regime de urgência constitucional e o firme apoio do Congresso Nacional para sua aprovação, seguramente trarão ganhos para nosso País.

Respeitosamente,

JOSÉ DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA
Ministro de Estado Chefe da Casa Civil
Da Presidência da República

JOSÉ ALDO REBELO FIGUEIREDO
Ministro de Estado Chefe da
Secretaria de Coordenação Política e
Assuntos Institucionais

HUMBERTO SÉRGIO COSTA LIMA
Ministro de Estado da Saúde

CIRO FERREIRA GOMES
Ministro de Estado da Integração Nacional

OLÍVIO DUTRA
Ministro de Estado das Cidades

ANTÔNIO PALOCCI
Ministro de Estado da Fazenda