

ano 17 - n. 69 | julho/setembro - 2017
Belo Horizonte | p. 1-270 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v17i69
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2017 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) - - Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de intersecção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

O uso do poder de polícia administrativa pelos consórcios públicos constituídos como pessoas jurídicas de direito privado e a implementação do princípio constitucional da sustentabilidade

The use of administrative police power by public consortia constituted as legal entities under private law and the implementation of the constitutional principle of sustainability

Luana Renostro Heinen*

Universidade do Vale do Itajaí (Brasil)
Universidade Regional de Blumenau (Brasil)
luanarheinen@gmail.com

Livia Solana Pfuetzenreiter de Lima Teixeira**

Universidade Regional de Blumenau (Brasil)
livasolana@gmail.com

Recebido/Received: 04.04.2017 / April 04th, 2017

Aprovado/Approved: 10.08.2017 / August 10th, 2017

Como citar este artigo/*How to cite this article*: HEINEN, Luana Renostro; TEIXEIRA, Livia Solana Pfuetzenreiter de Lima. O uso do poder de polícia administrativa pelos consórcios públicos constituídos como pessoas jurídicas de direito privado e a implementação do princípio constitucional da sustentabilidade. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 243-262, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.490.

* Professora de Direito Penal e Processo Penal da Universidade do Vale do Itajaí – Univali (Itajaí-SC, Brasil) e Direito Administrativo da Universidade Regional de Blumenau – Furb (Blumenau-SC, Brasil). Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). *E-mail*: <luanarheinen@gmail.com>.

** Professora de Direito Administrativo na Universidade Regional de Blumenau – Furb (Blumenau-SC, Brasil). Mestranda da linha de Teoria e História da Jurisdição no Centro Universitário Internacional – Uninter. *E-mail*: <livasolana@gmail.com>.

Resumo: Este artigo busca identificar os consórcios públicos como um mecanismo para a implementação da sustentabilidade, compreendida como princípio constitucional e direito fundamental. Não só quando constituídos sob a forma de associação pública, pessoa jurídica de direito público, como também na forma de pessoa jurídica de direito privado, defende-se a possibilidade de lhes conferir poder de polícia administrativa como ferramenta fundamental para a atividade fiscalizatória dos consórcios, e, conseqüentemente, imprescindível para constituí-los como meio de promoção da sustentabilidade.

Palavras-chave: Sustentabilidade. Consórcios públicos. Pessoa jurídica de direito privado. Poder de polícia. Direito administrativo.

Abstract: This article seeks to identify the public consortium as a mechanism for the implementation of sustainability. Sustainability is understood as a constitutional principle and a fundamental right. Not only when constituted in the form of a public association, a legal entity governed by public law, but also as a legal entity governed by private law, it is defended the possibility of conferring administrative policing power as a fundamental tool for the inspection activity of the consortium, and, consequently, essential to constitute it as a means of promoting sustainability.

Keywords: Sustainability. Public consortium. Company. Police power. Administrative law.

Sumário: **1** Introdução – **2** Sustentabilidade como princípio constitucional – **3** A constitucionalização do direito administrativo e a sustentabilidade – **4** Consórcios públicos e o papel atuante do Estado – **5** O uso do poder de polícia administrativa – **6** O uso do poder de polícia pelas pessoas jurídicas de direito privado – **7** O uso do poder de polícia pelos consórcios públicos e o princípio fundamental da sustentabilidade – **8** Considerações finais – Referências

1 Introdução

A ressignificação do direito administrativo se relaciona aos novos paradigmas de uma sociedade atenta aos direitos fundamentais de seus cidadãos, tanto para dar efetividade aos alicerces de um Estado Social e Democrático de Direito, como também para alinhá-los ao fim maior buscado pela Administração Pública: o interesse público.¹ A sustentabilidade, como direito fundamental, é um importante interesse público a ser buscado pela sociedade, especialmente quando se considera que a proteção ao meio ambiente tem papel relevante na Constituição Federal de 1988.

Nesta perspectiva, o papel do Estado é fundamental, tanto pela sua expressiva atuação nas relações sociais, quanto pelas prerrogativas que advêm do regime jurídico juspublicista. Assim, possui a sua disposição ferramentas que, se bem utilizadas, podem contribuir com a efetivação dos princípios constitucionais, como o da sustentabilidade. Uma destas ferramentas é a possibilidade de criação de consórcios públicos, que podem se tornar verdadeiras agências reguladoras interfederativas, que podem se valer do poder de polícia administrativa para a consecução de seus objetivos.

¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 26.

Neste caminhar, busca-se analisar neste artigo a formação dos consórcios públicos como ferramentas essenciais no gerenciamento de assuntos ambientais, a fim de dar efetividade ao princípio da sustentabilidade, observando-se, porém, a possibilidade de delegação do poder de polícia administrativa a tais consórcios, não só quando formados como associações públicas, mas também quando constituídos como pessoas jurídicas de direito privado.

2 Sustentabilidade como princípio constitucional

Não obstante a discussão conceitual acerca das palavras *sustentabilidade* e *desenvolvimento sustentável* – se podem ou não ser consideradas sinônimos –, foi com o relatório desenvolvido pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, liderada pela então primeira-ministra da Noruega, Dra. Gro Harlem Brundtland – “a global agenda for change” –, no ano de 1987, que se passou a usar a expressão *desenvolvimento sustentável*, até então desconhecida. Afirmando que “humanity has the ability to make development sustainable to ensure that it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs”,² o documento, formalmente chamado de *Our common future*, é considerado marco mundial de transformação na maneira de pensar o desenvolvimento das sociedades, a fim de que o crescimento econômico não comprometa o meio ambiente de modo a inviabilizar a presente e as futuras gerações, buscando, outrossim, o crescimento potencial pleno, para atender às necessidades básicas da população como um todo. É a partir deste momento que as palavras *desenvolvimento sustentável* e *sustentabilidade* passam a ser incorporadas na linguagem dos cidadãos do mundo.

Não obstante espriar-se pelos campos empresarias e também da ciência da administração, é a acepção jurídico-institucional do conceito de sustentabilidade, e, principalmente, sua força vinculante como princípio constitucional, que interessa ao universo jurídico. Traduzindo-a como princípio constitucional que determina, direta e imediatamente, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial,³ deve ser compreendida em suas dimensões social, ética, jurídico-política, econômica e ambiental.

A primeira dimensão, social, implica que o modelo de desenvolvimento da nação deve ser inclusivo. É princípio de inclusão, intra e intergeracional. Já sua dimensão ética, em complementação à primeira, traduz-se na vontade coerente e capaz de produzir bem-estar material e também imaterial ao maior número possível de pessoas,

² WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. *Report of the World Commission on Environment and Development: our common future*. [s.l.]: [s.n.], 1987. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>>. Acesso em: 3 abr. 2017.

³ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41.

com honestidade de propósitos evolutivos. A dimensão ambiental, mais restrita, é talvez a mais conhecida das pessoas que fazem uma ligação simples entre a palavra e meio ambiente. Com efeito, traduz-se no direito das gerações atuais e das futuras ao meio ambiente limpo e equilibrado, como preconizado no art. 225⁴ da Constituição Federal. Em sua faceta econômica, por sua vez, sustentabilidade se refere ao co-
tejamento que deve ser feito em todos os empreendimentos, tanto públicos como privados, dos benefícios que deles advirão, mas também dos seus custos, de suas externalidades, buscando equilibrar a balança, medindo consequências. Porém é a dimensão jurídico-política do termo que determina, com eficácia direta e imediata, o direito ao futuro, portanto um dever constitucional fundamental de viabilizar uma vida digna para as gerações presentes e futuras.⁵

Como princípio constitucional e direito fundamental, vincula toda a produção jurídica, tanto os legisladores quanto os juízes, assumindo grande relevância no ordenamento jurídico. Nesse sentido:

[...] é possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente integradas à Constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na Constituição formal. Tal conceito, inspirado na proposta formulada por Robert Alexy, embora submetido a algum ajuste, reflete, por um lado, a dupla fundamentalidade formal e material, por outro, contempla a noção de uma abertura material do catálogo de direitos fundamentais, no sentido de um elenco inclusivo [...].⁶

Há, ainda, uma ligação intrínseca entre direitos fundamentais e a ideia de dignidade da pessoa humana, que por sua importância axiológica fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico, em especial do Estado Democrático de Direito brasileiro.⁷ Nesse passo, por não ser o direito à sustentabilidade, vale dizer, a garantia do direito ao futuro, desprovido de carga valorativa, mas sim direito fundamental que se coaduna com a dignidade da pessoa humana, deve ser erigido ao patamar de

⁴ “Art. 225. 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” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017).

⁵ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 58-71.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 269.

⁷ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 17.

princípio estruturador básico do Estado e da sociedade, presente e futura, sendo certo que a eficácia jurídica das normas de direito fundamental vincula necessariamente todos os órgãos estatais, pois são obrigados a tudo fazer no sentido de realizá-los, vez que não se encontram na esfera de disponibilidade do poder público.⁸

Para Peter Haberle,⁹ “é tempo de considerar a sustentabilidade como *elemento estrutural típico* do Estado que hoje designamos Estado Constitucional”. Assim, a sustentabilidade deve ser vista como um valor de estatura constitucional, cuja densidade normativa irradia sobre todas as demais facetas e demais ramos do direito nacional, alterando a visão global do direito.¹⁰

Configurando-se a sustentabilidade como uma dimensão autocompreensiva de uma Constituição que leve a sério a salvaguarda da comunidade política em que se insere,¹¹ não pode ser considerada bandeira fugaz ou de aplicação momentânea. Precisa ser tida como um programa a longo prazo, que integre tanto o meio privado como também as ações do Estado. O Estado, por sua vez, mais do que ser responsabilizado por eventual dano, deve pautar seus serviços e obras públicas com características de prevenção, para evitar a ocorrência de eventual dano ambiental.¹² Noutras palavras, imprescindível que o direito fundamental ao futuro, dada sua posição constitucional, não seja apenas invocado como base jurídica para indenizações. Ao contrário, é dever do Estado conferir efetividade ao referido direito constitucional de forma prévia, vale dizer, de forma a prevenir desastres futuros.

3 A constitucionalização do direito administrativo e a sustentabilidade

A ideia mestra que orienta o direito administrativo é o interesse público.¹³ É o Estado quem juridicamente encarna os interesses públicos, sendo a função pública, num Estado Democrático de Direito, a atividade exercida no cumprimento do dever supremo de alcançar o interesse do povo.¹⁴ E o interesse do povo é, evidentemente,

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 319-320.

⁹ *Apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. *Tékhné*, Barcelos, n. 13, p. 7-18, jun. 2010. p. 8. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?pid=S1645-99112010000100002&script=sci_arttext&lng=en> Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁰ FREITAS, Juez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 71.

¹¹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. *Tékhné*, Barcelos, n. 13, p. 7-18, jun. 2010. p. 8. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?pid=S1645-99112010000100002&script=sci_arttext&lng=en> Acesso em: 20 mar. 2017.

¹² Cf. LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹³ Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 2; SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁴ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 26.

o interesse de viver numa sociedade em que o desenvolvimento econômico não seja autofágico, não implique a supressão de garantias constitucionais ou o desequilíbrio ambiental, enfim, não comprometa a sobrevivência da sociedade em si.

Assim, ao utilizar a figura do Estado como garantidor de políticas públicas voltadas a fazer cumprir, ao menos minimamente, aquilo preconizado pela Constituição Federal, tem-se a consagração do que se pode entender por um Estado que garante, de forma preventiva, os direitos fundamentais dos seus cidadãos.

É sabido que esse movimento de constitucionalização do direito administrativo não é novo. A fim de irradiar os efeitos das normas constitucionais por todo o sistema jurídico, deve ser entendido como forma de orientar a atuação dos três poderes de Estado.¹⁵ Fortalecendo-se após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que optou pelos princípios de um Estado Democrático de Direito, deve a Carta Magna ser considerada o centro absoluto do qual emanam todos os seus princípios e deveres legitimadores. Por outro lado, é “nas relações administrativas, [que] os direitos fundamentais ainda não se impõem com a mínima densidade eficaz”.¹⁶ A mudança de paradigma que se faz necessária é no sentido de garantir o direito ao futuro nas relações do Estado-Administração, na prestação do serviço público e na utilização de ferramentas da Administração Pública em prol do desenvolvimento sustentável. A ressignificação do direito administrativo implica a sua atualização e elevação ao nível das instituições constitucionais, impregnando a atividade administrativa com o espírito da Constituição, propiciando a realização efetiva dos direitos fundamentais e dos valores ali consagrados, sendo que, para tanto, é imprescindível o desenvolvimento de atividades administrativas efetivas.¹⁷

À revelia das divergências conceituais entre eficiência e efetividade, é certo que foi com a Emenda Constitucional nº 19/98 que se considerou o marco de passagem entre a Administração burocrática e a Administração gerencial, por ter incluído no *caput* do art. 37¹⁸ da Constituição Federal a eficiência como princípio expresso a ser perseguido pela Administração Pública. A Administração gerencial, desenvolvida no berço de um programa neoliberal que se desenvolveu no período compreendido entre os anos 1995 e 2003, encabeçado pelo economista Luiz Carlos Bresser-Pereira, visava adequar as organizações públicas aos seus objetivos prioritários, que seriam os resultados.¹⁹

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 35.

¹⁶ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 196.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 104.

¹⁸ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017).

¹⁹ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Os avanços da reforma na administração pública: 1995-1998*. Brasília: MARE, 1998.

Ocorre que a busca por resultados, quanto mais aquela desenfreada, que não faz a necessária ponderação entre os benefícios e os custos, especialmente os ambientais, deve ser repensada sob a perspectiva de uma sociedade cujo direito constitucional ao futuro e dignidade da pessoa humana sejam bases sólidas do ordenamento jurídico, centros pulsantes de toda a produção jurídica. É dar força àqueles que veem na máquina estatal mais do que um engenhoso emaranhado burocrático, mas sim um mecanismo para fazer cumprir comandos constitucionais, mormente aqueles destinados à inclusão social e à proteção desta e das futuras gerações. É preciso dar mais um passo adiante, rumo ao Estado sustentável:

Existe um Direito Administrativo, antes e depois da incidência cogente do princípio da sustentabilidade. Antes, as escolhas das propostas mais vantajosas nas licitações eram unidimensionais e simplistas. Após, os critérios sociais, ambientais e econômicos começam a ter presença obrigatória nos editais. Antes, acontecia o domínio da sindicabilidade legalista e vicejava uma discricionariedade desvinculada da eficácia dos princípios constitucionais. Após, surge a sindicabilidade (inclusive judicial) da qualidade das decisões tomadas. [...] Antes, os recursos hídricos eram tratados como bens privados. Após, as águas passam a ser entendidas, de modo emblemático, como bens públicos, por excelência. Antes, a saúde era tida como uma questão individual apenas. Após, a saúde pública desponta como dever fundamental do Estado. [...] Antes, a gestão desidiosa, pesada e lenta. Após, a gestão efetivamente interessada em resultados aferíveis por meio de indicadores qualitativos. Em suma, a sustentabilidade, no Direito Administrativo reconfigurado, passa a ser uma tarefa eminentemente de Estado (não mais contraposto à sociedade), no rumo de nova tradição que transcenda o estritamente governamental.²⁰

Um dos marcos mais conhecidos nessa trajetória de transformação do direito administrativo foi o nascimento do princípio da licitação sustentável.²¹ Em verdade, a Lei Geral de Licitação já previa, na sua redação original, que um dos requisitos a serem observados na elaboração dos projetos básicos e executivos das obras e serviços a serem licitados seria o impacto ambiental (art. 12, inc. VII, da Lei nº 8.666/93). Mas foi a alteração deste art. 3º, posteriormente regulamentado pelo Decreto nº 7.746/12, que elegeu a busca pelo desenvolvimento nacional sustentável como princípio constitucional a ser perseguido pelo administrador através da licitação. O que se

²⁰ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 258-260.

²¹ “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a *promoção do desenvolvimento nacional sustentável* e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos” (BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017. Grifos nossos).

quis dizer foi: o interesse público a ser buscado pelo Estado é o direito de uma nação desenvolvida de forma sustentável, buscando proteger as presentes e as futuras gerações. A consequência deste comando legal foi assim descrita por Juarez Freitas:²²

Pelo exposto, a resignificação das licitações e dos contratos administrativos, informados pelo direito fundamental à boa administração e pelo princípio em tela, conduz à adoção obrigatória dos critérios de sustentabilidade, em todos os Poderes e no Estado inteiro. Desse modo, erguer-se-á, gradualmente, um renovado padrão comportamental, nas relações da Administração lato sensu.

A compreensão de que as práticas estatais podem alterar – e muito – a realidade do desenvolvimento sustentável brasileiro ainda é processo lento, e a presença expressiva do Estado na sociedade brasileira não pode ser ignorada. Seja com suas empresas estatais ou através do processo de descentralização por colaboração (concessionárias e permissionárias de serviços públicos), certo é que o Estado representa parte integrante e ativa da sociedade, movimentando capital e mão de obra. Pode, portanto, tornar-se um dos atores principais destas mudanças, deixando, gradualmente, de buscar tão somente a suposta eficiência ou os interesses de alguns poucos particulares mascarados como interesses estatais, passando a ser protagonista de uma gestão participativa, transparente, eficaz e densificadora do princípio da sustentabilidade.²³

4 Consórcios públicos e o papel atuante do Estado

É seguindo essa linha de resignificação do direito administrativo que o instituto dos consórcios públicos pode ser compreendido como mecanismo de regulação sustentável. É que a licitação sustentável não pode ser o único meio de adaptação da Administração Pública ao direito à sustentabilidade. Não é o único mecanismo de garantia do direito fundamental ao futuro.

Foi a Lei nº 11.107/2005 que, aliada ao art. 241 da Constituição Federal, passou a dispor sobre as normas gerais de contratação de consórcios públicos entre os entes políticos – União, estados, Distrito Federal e municípios – visando à realização de objetivos de interesses comuns, promovendo a gestão associada de serviço público.²⁴ Em verdade, antes da existência da citada lei, consórcios e convênios eram vistos como instrumentos à disposição da Administração Pública para, muitas vezes junto com particulares, ajustar direitos e obrigações visando a um fim comum. Antes

²² FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 257.

²³ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 261.

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 231.

da promulgação da lei havia o que se entende por uma espécie de consenso de que o termo “consórcio” se utilizava entre entes do mesmo nível federativo – entre município ou entre estados –, e o convênio entre entes de níveis diferentes – entre estados e municípios, por exemplo.²⁵

A Lei dos Consórcios Públicos, entretanto, passou a prever, em seu art. 6º,²⁶ que o consórcio público adquirirá personalidade jurídica de direito público, no caso de constituir associação pública mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções; ou de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil. O artigo é bastante claro: o consórcio será uma nova pessoa jurídica, que integrará a Administração indireta dos entes políticos que se consorciaram, passando a constituir-se em nova espécie de entidade da Administração indireta de todos os entes federados que dele participarem.²⁷ Essa se tornou, portanto, a grande diferença entre consórcios e convênios, que continuam a ser instrumentos de cooperação, porém despersonalizados.

A personificação dos consórcios pode se dar de duas formas distintas: associação pública ou pessoa jurídica de direito privado. Quando constituído da primeira forma, associação pública, é considerado autarquia interfederativa, possuindo todas as características básicas dessa entidade da Administração indireta: regime jurídico de direito público, patrimônio e orçamento públicos, benefícios fiscais e processuais, seus atos e contratos pertencem à categoria de atos e contratos administrativos. E mesmo quando constituído nessa última forma – pessoa jurídica de direito privado – o consórcio deverá observar as normas de direito público no que tange à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.²⁸

O objetivo do instituto jurídico analisado se concentra na realização de atividades e metas de interesses comuns das pessoas federativas consorciadas, portanto instrumento do federalismo cooperativo através do qual os entes, sem que abram mão de suas autonomias, possam se associar a outras pessoas políticas para que, juntos, alcancem metas de comum interesse a todos. Assim, serviços públicos que, por sua natureza e extensão territorial, demandem a atenção de mais de um ente político podem ser implementados e executados à luz do efetivo interesse público.²⁹

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 583.

²⁶ “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” (BRASIL. *Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005*. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017).

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 584.

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 664.

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 232.

Para a instituição do consórcio público faz-se necessário o preenchimento de cinco fases distintas: a subscrição, pelos entes políticos que tenham interesse em se consorciarem, de um protocolo de intenções com cláusulas predefinidas (art. 4º da Lei nº 11.107/05), entendido como um pré-contrato em que os entes vão manifestar uma futura intenção de se consorciarem e, caso não cumpram, não há qualquer sanção. Após, a publicação deste protocolo na imprensa oficial de cada ente. Em seguida, é preciso que seja aprovada lei ratificadora do protocolo de intenções por cada ente consorciado, como forma de democratizar o instituto, pois se pressupõe que a Casa do Povo (seja o Congresso Nacional, a Assembleia Legislativa ou a Câmara de Vereadores) irá verificar as cláusulas do protocolo de intenções e as necessidades da população interessada. Assim, somente a lei pode autorizar a criação de um consórcio e a natureza associativa da figura impõe a existência de leis diversas, provenientes de cada um dos entes que conjugam esforços para sua realização.³⁰ Após a ratificação por lei, formaliza-se o contrato propriamente dito, observando-se que, caso o consórcio seja instituído na forma de associação pública, autarquia interfederativa, basta a ratificação legal, pois a criação dessa espécie autárquica se faz mediante lei. Já se a opção for pela pessoa jurídica de direito privado, uma última etapa: o atendimento das disposições da lei civil.

Neste passo, há um objetivo específico nesse instrumento legal: a gestão associada de serviços públicos, ou sua cooperação associativa, para a reunião de recursos financeiros, técnicos e administrativos para executar um empreendimento de utilidade geral para todos.³¹ Segundo o Decreto nº 6.017/2007, instrumento regulamentador do diploma legal em questão, a gestão associada de serviços públicos é o exercício das atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos por meio do consórcio público ou do convênio de cooperação entre entes federados, acompanhados ou não da prestação de serviços públicos ou da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Noutras palavras, os consórcios públicos foram criados justamente para exercer atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos que envolvam uma grande extensão territorial, demandando que sua gestão seja realizada de forma cooperativa entre vários entes políticos, numa espécie de agência reguladora interfederativa. É precisamente o caso das questões ambientais. As demandas ambientais não se limitam aos espaços territoriais de cada município. De nada adianta um município investir no tratamento de resíduos sólidos e líquidos se seus vizinhos assim não o fazem. O impacto ambiental continuará atingindo todos, em especial

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 287.

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 412.

quando se trata de regiões interligadas por rios ou municípios vizinhos em uma mesma bacia hidrográfica. O tratamento e a prestação desses serviços públicos devem ser feitos de forma cooperativa, regionalizada e, portanto, associada:

Os resíduos sólidos gerados pelas atividades humanas constituem um campo de ação muito amplo para gestores, técnicos e pesquisadores. A sua gestão exige a existência de arranjos institucionais envolvendo vários agentes o que torna a sua concepção e operacionalização bastante complexa, exigindo elevado nível de articulação e cooperação para que sejam eficazes.³²

Neste sentido, os consórcios públicos transformam-se em mais um instrumento à disposição da Administração Pública para dar efetividade ao direito constitucional à sustentabilidade, garantindo aos cidadãos seu legítimo direito ao futuro.

Uma observação se faz necessária: a noção do que é serviço público constitui significativa barreira com que lutam quase todos os especialistas da matéria ao tentar buscar uma forma clara de conceituá-lo.³³ Conceituado por Freitas³⁴ como todo aquele essencial para a realização dos objetivos fundamentais do Estado Democrático, é inegável que sofre constante influência política. A depender da ideologia partidária daqueles que conduzem o Poder Executivo, em quaisquer de suas esferas, o conceito do que é serviço público prestado pelo Estado pode ser ampliado ou diminuído. Vale dizer, é possível que o Estado concentre em suas mãos uma maior parte de serviços considerados públicos e essenciais, ou transfira sua execução a particulares, através de concessionárias ou permissionárias de serviço.

Assim sendo, nada impede a constituição de um consórcio público para a regulação e fiscalização da coleta de lixo, ou transporte urbano, ou resolução de demandas na área de saúde, quiçá da educação, pois o que é serviço público a ser prestado de forma associada vai depender da orientação política do momento. Inegável, contudo, que a sustentabilidade deveria ser considerada pauta permanente, independentemente da orientação política da nação, especialmente quando se percebe que o gerenciamento municipal de questões ambientais de forma isolada é, na maioria das vezes, problemático, uma vez que a maior parte das soluções tecnológicas que os municípios brasileiros empregam ainda têm por objetivo afastar os resíduos das áreas de concentração urbana, o que acaba por, muitas vezes, destiná-los a locais

³² CORDEIRO, Berenice de Souza (Coord.). *Conceitos, características e interfaces dos serviços públicos de saneamento básico*. Brasília: Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. Programa de Modernização do Setor Saneamento (PMSS), 2009. p. 297.

³³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 307

³⁴ FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

sem os requisitos ambientais ou sistemas de proteção pertinentes.³⁵ Sem mencionar os custos operacionais da implementação de tecnologias para o tratamento e destinação correta dos resíduos em questão, que poderiam ser mais econômicos e eficazes se implantados regionalmente do que em cada município isoladamente.

5 O uso do poder de polícia administrativa

Para que estes consórcios públicos possam, efetivamente, planejar, regular e fiscalizar a prestação de um serviço público de forma mais ampla, é preciso que façam pleno uso do poder de polícia administrativa.

Conquanto positivado no ordenamento jurídico, no art. 78 do Código Tributário Nacional,³⁶ a conceituação jurídica do que é poder de polícia é tarefa difícil, pois sua noção e vocábulo sofreram fértil evolução.³⁷ De forma bastante superficial e resumida, é pelo poder de polícia que o Estado condiciona ou limita, calcado em sua supremacia geral e na forma da lei, o exercício da liberdade e da propriedade dos cidadãos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, a fim de compatibilizá-las com o bem-estar social, evitando, portanto, eventual dano à coletividade.³⁸ É a faculdade da Administração de condicionar e restringir o uso ou gozo de bens, atividades ou direitos individuais, em benefício da coletividade ou até mesmo do próprio Estado.³⁹ Juntamente com as atividades de fomento e prestação de serviços públicos, o poder de polícia forma a tríade do que se chama de função administrativa.

A terminologia *poder* é amplamente criticada pelos administrativistas por fazer referência a uma época de Estado de Polícia, que precedeu ao Estado de Direito, fazendo lembrar diversas arbitrariedades, dando a entender que o Estado possui uma força indestrutível e ilimitada, e que com ela pode intervir em todas as esferas da vida particular dos cidadãos. Atualmente, na maioria dos países europeus, é tratado sob a titulação “limitações administrativas à liberdade e à propriedade”, de modo a afastar a pecha do rótulo da nomenclatura “poder”.⁴⁰

³⁵ CORDEIRO, Berenice de Souza (Coord.). *Conceitos, características e interfaces dos serviços públicos de saneamento básico*. Brasília: Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. Programa de Modernização do Setor Saneamento (PMSS), 2009. p. 297.

³⁶ “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” (BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017).

³⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 408.

³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 837.

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 135.

⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 821.

Este “poder-dever”, portanto, encontra respaldo no princípio da supremacia do interesse público, ou seja, na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades, revelando-se nas normas de ordem pública, opondo condicionamentos aos direitos individuais em favor da coletividade, sendo incumbido ao Poder Público o policiamento de tais restrições.⁴¹ E é esta supremacia que, juntamente com a indisponibilidade do interesse público, forma o que se chama de regime-jurídico bipolar do direito administrativo: a existência, de um lado, de prerrogativas especiais da Administração, inexistentes no direito privado, e, de outro, restrições ou limitações na atuação dessa mesma Administração Pública que também não se verificam no direito privado. Esses dois princípios caminham juntos e, em verdade, se complementam. É assim que no poder de polícia fica implícito que quem o exerce deve tanto decidir e impor a decisão ao administrado como também tem o dever de assim agir.⁴²

Necessário repisar que a supremacia do interesse público, que fundamenta e legitima a polícia administrativa, não significa arbitrariedade. A atuação da Administração Pública deve sempre se calcar na legalidade e, acima de tudo, na Constituição Federal. O primeiro princípio expresso no *caput* do art. 37 da Carta Magna é justamente este, de modo a deixar claro, reforçar, que no direito administrativo os poderes da Administração são aqueles que decorrem da lei. Mais ainda, aqueles que decorrem da Carta Magna, pois além de um respaldo legal é necessária a harmonia entre a atuação da Administração Pública e os direitos fundamentais delineados na Constituição Federal, a serem sempre respeitados. E a legalidade é ainda mais necessária quando se fala em poder de polícia na sua perspectiva negativa, vale dizer, através dele o Poder Público, regra geral, não pretende uma atuação do particular, mas sim uma abstenção. Tolher liberdades, em um Estado Democrático de Direito, só é possível quando minuciosamente detalhado em lei, material e formalmente constitucional. Assim, a atribuição de polícia fica demarcada por dois limites: o primeiro é o próprio desempenho pleno da atribuição, e o segundo é a observância dos direitos assegurados aos administrados pelo ordenamento positivo.⁴³

Neste sentido, Juarez Freitas:⁴⁴

A limitação dos direitos individuais, sob pena de se converter em condenável abuso de poder, precisa cingir-se à legalidade, jamais ultrapassando os limites razoáveis de uma intervenção que se quer proporcional. Esta é a razão para que se deva controlar (interna e externamente) tais restrições, que se impõem aos particulares, não apenas sob o ângulo da legalidade, senão que também sob o da moralidade, o da economicidade

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 147.

⁴² LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 187.

⁴³ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 128.

⁴⁴ FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 54-55.

e dos demais princípios que ocupam o ápice da hierarquia constitucional. Com efeito, o exercício do poder de polícia deve significar uma intervenção reguladora, nunca mutiladora dos direitos em sua essência.

De todo o modo, segundo o art. 2º da Lei nº 11.107/05, para o cumprimento do seu objetivo o consórcio público poderá firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções fiscais ou econômicas, promover desapropriações, instituir servidões e ser contratado pela Administração direta ou indireta dos entes consorciados, dispensada a licitação. O rol de “poderes” conferidos ao consórcio público, independentemente de sua natureza jurídica de direito público ou de direito privado, é bastante amplo. E a amplitude se justifica na medida em que o consórcio deverá se valer do número máximo de instrumentos legais para que possa cumprir com seu objetivo principal: a gestão associada de serviços públicos, seu planejamento, regulação ou fiscalização. Ainda que a lei em comento não faça menção expressa à possibilidade de utilização do poder de polícia administrativa no rol de instrumentos à disposição dos consórcios, autoriza o consórcio a promover desapropriações, forma de limitação da propriedade privada que, é sabido, materializa e caracteriza muito bem o poder de império da Administração Pública.

Sob a perspectiva, portanto, constitucionalizada do instituto, e registrando a essencialidade e característica eminentemente pública deste serviço interfederativo, a fim de viabilizá-lo como instrumento de aplicação prática do princípio da sustentabilidade, conquanto não se possa prever na literalidade do texto legal a possibilidade de utilização do poder de polícia administrativa, tal poder é de uso essencial pelos consórcios públicos, tanto na sua forma preventiva como também na sua modalidade repressiva.

6 O uso do poder de polícia pelas pessoas jurídicas de direito privado

Especialmente nos consórcios constituídos sob a forma de associação pública, não há entraves à possibilidade de fazerem uso do poder de polícia administrativa, justamente por serem pessoas jurídicas de direito público e o uso deste poder se relaciona intrinsecamente com o próprio Estado, dado seu regime juspublicista. Noutro norte, a delegação do poder de polícia a particulares ou a pessoas jurídicas de direito privado é questão que não encontra resposta tranquila na doutrina ou jurisprudência pátrias.

A polêmica se iniciou quando o município do Rio de Janeiro instituiu guarda municipal sob a forma de empresa pública, entidade da Administração indireta com personalidade jurídica de direito privado, e lhe conferiu os direitos de aplicar multa de trânsito, o que gerou celeuma doutrinária, pois, ao argumento do regime de direito

privado da pessoa jurídica e de que seus servidores eram celetistas, portanto sem estabilidade, não se lhes poderia conferir poder de polícia, situação que, aos olhos de José dos Santos de Carvalho Filho,⁴⁵ não encontra qualquer óbice constitucional, explicando que tal entidade não teria o poder de criar normas restritivas de polícia, mas poderia muito bem fiscalizar e aplicar as já criadas pelo próprio Código de Trânsito brasileiro. Noutro sentido entende Maria Sylvia Zanella Di Pietro,⁴⁶ em harmonia com a jurisprudência majoritária, inclusive o entendimento do Supremo Tribunal Federal,⁴⁷ calcada no argumento de que tal poder envolve o exercício de prerrogativas próprias do Poder Público, portanto, reflete atividade típica do Estado, especialmente na sua faceta repressiva, é indelegável a pessoas jurídicas de direito privado e só pode ser atribuído àquelas de direito público e a seus servidores legalmente investidos em cargos públicos. No mesmo sentido é o ensinamento de Lucas Rocha Furtado,⁴⁸ quando menciona que a vedação de delegação do poder de polícia a particulares não decorre de qualquer dispositivo legal expresso, mas sim da relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois o poder de polícia tem como um de seus atributos a imperatividade, que legitima o uso da violência por parte do Estado, e somente a ele é dado impor aos particulares o cumprimento de suas obrigações, e a outorga desta potestade poderia legitimar o uso da violência por parte de particular contra particular, ferindo a noção básica do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ressalta-se, entretanto, que a matéria se encontra novamente para manifestação do Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário nº 633.782, a ser julgado na sistemática da repercussão geral.

Enquanto a divergência não encontra resposta definitiva na Suprema Corte e a fim de organizar sequencialmente a atuação do poder de polícia, a doutrina convencionou dividir a atuação deste poder de polícia em fases denominadas “ciclos de polícia”, que se desenvolveria em quatro etapas: ordem de polícia, consentimento de polícia, fiscalização de polícia e sanção de polícia. A primeira, ordem de polícia, corresponde à própria legislação que estabelece restrições e condicionamentos ao exercício de direitos, liberdade e faculdades, devendo sempre estar presente em qualquer atividade de polícia administrativa, especialmente em razão do postulado da legalidade. A segunda fase, consentimento de polícia, consiste na anuência prévia da Administração para a prática de determinados atos ou o exercício de certos poderes concernentes à propriedade privada, não estando presente em todos os atos de polícia, mas só alguns específicos, como aqueles que demandam licenças ou

⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 80-81.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 160-161.

⁴⁷ ADI nº 1.717. Rel. Min. Sydney Sanches. *DJ*, 28 mar. 2003.

⁴⁸ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 649.

autorizações específicas prévias. Já o terceiro ciclo, a fiscalização de polícia, é a atividade mediante a qual a Administração pode verificar se as ordens de polícia estão sendo adequadamente cumpridas pelo particular ou se não estão ocorrendo abusos nesses usos. Por fim, o último ciclo, a sanção de polícia, consagra-se na atuação administrativa coercitiva em que se constata que está havendo alguma irregularidade ou descumprimento na ordem de polícia, demandando uma medida repressiva entre aquelas previstas na lei.⁴⁹

Sob a perspectiva dos ciclos de polícia, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁵⁰ ainda mencionam a existência de corrente doutrinária intermediária que, entre classificar como inconstitucional a delegação do poder de polícia administrativa às pessoas jurídicas de direito privado, ou ratificar totalmente a possibilidade de delegação deste poder independentemente da característica da potestade, propõe ser válida a delegação de apenas algumas das categorias de atos integrantes do ciclo de polícia, no caso, os atos fiscalizatórios, ficando assim em consonância com o já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do REsp nº 817.534/MG, decidiu que as fases de “consentimento de polícia” e “fiscalização de polícia” podem ser delegadas a pessoas jurídicas de direito privado.

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello:

A restrição à atribuição de atos de polícia a particulares funda-se no corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de misteres tipicamente públicos quando em causa liberdade e propriedade, porque ofenderiam o equilíbrio entre os particulares em geral, ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre outros. Daí não se segue, entretanto, que certos atos materiais que precedem atos jurídicos de polícia não possam ser praticados por particulares, mediante delegação, propriamente dita, ou em decorrência de um simples contrato de prestação. Em ambos os casos (isto é, com ou sem delegação), às vezes, tal figura aparecerá sob o rótulo de “credenciamento”. [...] É o que sucede, por exemplo, na fiscalização do cumprimento de normas de trânsito mediante equipamentos fotossensores, pertencentes e operados por empresas privadas contratadas pelo Poder Público, que acusam a velocidade do veículo ao ultrapassar determinado ponto e lhe captam eletronicamente a imagem, registrando dia e momento da ocorrência. Para execução desta atividade material, objetiva, precisa por excelência, e desde que retentora de dados para controle governamental e dos interessados, nada importa que os equipamentos pertençam ou sejam

⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 398-401.

⁵⁰ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito administrativo descomplicado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 274.

geridos pelo Poder Público ou que pertençam ou sejam geridos por particulares, aos quais tenha sido delegada ou com os quais tenha sido meramente contratada.⁵¹

7 O uso do poder de polícia pelos consórcios públicos e o princípio fundamental da sustentabilidade

No específico caso dos consórcios públicos, quando criados como associações públicas, vale dizer, pessoas jurídicas de direito público, não há óbice para o uso dos ciclos de polícia, exceto, por óbvio, a edição de lei contendo a ordem de polícia, uma vez que desenvolvidos com a noção de potestade estatal, coadunam-se com o regime jurídico de direito público de tais autarquias interfederativas. Neste caso, a própria lei ratificadora do consórcio público no âmbito de cada ente político consorciante poderá definir o rol de “ordens de polícia” de que a associação pública poderá fazer uso, a partir do qual se constituirão todos os demais ciclos.

Já quanto aos consórcios públicos constituídos como pessoas jurídicas de direito privado, especificamente no âmbito de proteção do meio ambiente e no intuito de dar efetividade ao direito constitucional da sustentabilidade, faz-se necessária a ponderação: por um lado, para que o consórcio possa se constituir numa efetiva ferramenta prática para a gestão associada dos serviços públicos relacionados ao meio ambiente, providencial que possam fazer uso do poder de polícia administrativa. Lado outro, a sua constituição como pessoa jurídica de direito privado cria um obstáculo para que lhe sejam conferidos tais poderes.

Resta, portanto, a resposta intermediária construída pela doutrina e jurisprudência pátrias até então: em eventual constituição como pessoas jurídicas de direito privado, e tendo em vista o princípio cogente da sustentabilidade como direito fundamental ao futuro, as leis ratificadoras e a constituição do instrumento do consórcio propriamente dito devem lhe garantir ao menos a possibilidade de execução dos atos materiais do poder de polícia, noutras palavras, os ciclos “consentimento” e “fiscalização”. Do contrário, correm o risco de se transformarem em ferramenta apenas burocrática e sem efeito prático, pouco acrescentando para a gestão associada dos serviços públicos na seara ambiental.

⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 839-840.

8 Considerações finais

O presente artigo pretendeu demonstrar, primeiramente, que a acepção jurídico-institucional do conceito de sustentabilidade, e, principalmente, sua força vinculante como princípio constitucional, interessa ao universo jurídico especialmente quando se trata de uma perspectiva constitucionalizada do direito administrativo. A efetividade dos princípios fundamentais é alicerce de um Estado Democrático de Direito como, pelo menos formalmente, pretende ser o Estado brasileiro.

Assim, num primeiro momento, buscou-se conceituar sustentabilidade como princípio dotado de força cogente. Depois, verificando a expressiva atuação do Estado no meio social, mormente pelas prerrogativas de que dispõe em razão do regime jurídico juspublicista, verificou-se o tratamento dado à figura dos consórcios públicos, especialmente quando pensados como ferramenta interfederativa bastante útil na proteção do meio ambiente, especialmente quando se trata da gestão associada de serviços públicos relacionados à proteção ambiental.

Neste caminhar, evidenciou-se a formação dos consórcios públicos, as etapas que devem ser percorridas para sua constituição, assumindo então tanto a forma de pessoa jurídica de direito público, as associações públicas, ou pessoa jurídica de direito privado. Indo além, passou-se ao estudo do poder de polícia administrativa, sua concepção como prerrogativa estatal, decorrente da ideia de potestade, chegando então à possibilidade de delegação deste poder. Quando delegado para pessoas jurídicas de direito público, dotadas, portanto, de um regime jurídico próprio do Estado, não há empecilho jurídico relevante. Todavia, quando a delegação se dá para pessoas jurídicas de direito privado, doutrina e jurisprudência divergem, sustentando, entre a total inconstitucionalidade desta delegação e a total possibilidade, o meio termo jurídico: dividindo-se o poder de polícia em quatro ciclos, é possível que apenas os atos materiais de execução do poder, ou apenas os ciclos do consentimento e fiscalização da ordem de polícia, sejam delegados a pessoas jurídicas de direito privado.

Por todo o exposto, é possível verificar que, para que os consórcios públicos possam ser considerados ferramentas passíveis de dar efetividade ao princípio constitucional da sustentabilidade, entendido nessa perspectiva constitucionalizada da matéria, é preciso que o consórcio faça uso, da forma mais ampla possível, do poder de polícia administrativa, a fim de ser, de fato, um mecanismo para a gestão associada do serviço público, mais especificamente nos serviços ligados ao meio ambiente, cuja gestão demanda uma maior dimensão territorial do que simplesmente as linhas divisórias dos entes políticos.

Quando constituídos como associações públicas, pessoas jurídicas de direito público, portanto, não há controvérsia quanto à possibilidade de uso do poder de polícia administrativa. Lado outro, quando os consórcios públicos se constituem como pessoas jurídicas de direito privado, a possibilidade de delegação do poder de polícia

administrativa torna-se tormentosa. Se por um lado tal prerrogativa não pode ser prescindida por parte do consórcio ao realizar a gestão associada do serviço público, por outro tal poder decorre diretamente de uma potestade do Estado, não se coadunando com a delegação a uma pessoa jurídica de direito privado, ferindo, ao fim e ao cabo, a dignidade da pessoa humana, pois acaba por conferir a pessoas jurídicas de direito privado prerrogativas estatais, de império, que desestabilizam a relação horizontal entre tais pessoas jurídicas.

A equalização da questão passa, portanto, em conferir aos consórcios públicos constituídos como pessoas jurídicas de direito privado, de forma expressa, tanto nas leis ratificadoras como no próprio instrumento de constituição do consórcio, que façam uso dos aspectos materiais deste poder, de ciclos de polícia determinados, seja consentimento e, principalmente, fiscalização da ordem de polícia, uma vez que também a sustentabilidade e o direito fundamental ao futuro têm relação com a dignidade da pessoa humana, tendo força cogente no ordenamento jurídico nacional.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017.

BRASIL. *Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005*. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11107.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017.

BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Os avanços da reforma na administração pública: 1995-1998*. Brasília: MARE, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. *Tékhne*, Barcelos, n. 13, p. 7-18, jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?pid=S1645-99112010000100002&script=sci_arttext&tling=en> Acesso em: 20 mar. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

CORDEIRO, Berenice de Souza (Coord.). *Conceitos, características e interfaces dos serviços públicos de saneamento básico*. Brasília: Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. Programa de Modernização do Setor Saneamento (PMSS), 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MARCELO, Caetano. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito administrativo descomplicado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. *Report of the World Commission on Environment and Development: our common future*. [s.l.]: [s.n.], 1987. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>>. Acesso em: 3 abr. 2017.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

HEINEN, Luana Renostro; TEIXEIRA, Livia Solana Pfuetzenreiter de Lima. O uso do poder de polícia administrativa pelos consórcios públicos constituídos como pessoas jurídicas de direito privado e a implementação do princípio constitucional da sustentabilidade. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 243-262, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.490.
