

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.842 RIO DE JANEIRO

V O T O
(VISTA)

O SENHOR MINISTRO **RICARDO LEWANDOWSKI**: Busca-se nesta ação direta, ajuizada pelo Partido Democrata Trabalhista - PDT, com fundamento no art. 102, I, **a e p**, da Constituição Federal, a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 1º a 11 da Lei Complementar 87/1997 e dos arts. 8º a 21 da Lei 2.869/1997, ambas editadas pelo Estado do Rio de Janeiro.

A LC 87/1997 trata da instituição, composição, organização e gestão da Região Metropolitana do Rio de Janeiro e da Microrregião dos Lagos, bem como define as funções públicas e serviços de interesse comum.

A Lei 2.869/1997, por sua vez, dispõe sobre o regime de prestação do serviço público de transporte ferroviário e metroviário de passageiros no Estado do Rio de Janeiro, e sobre o serviço público de saneamento básico daquele Estado.

As ADIs 1.826/RJ, 1.843/RJ e 1.906/RJ estão sendo julgadas em conjunto, em razão da existência de conexão e continência entre elas.

Nessa última, questiona-se, ainda, a constitucionalidade do Decreto 24.631/1998, do Governador do Estado, o qual versa sobre a alienação das ações representativas de capital da Companhia Estadual de Águas e Esgotos - CEDAE e sobre a outorga da concessão dos serviços públicos de saneamento básico na Região Metropolitana do Rio de Janeiro.

Os requerentes sustentam, em suma, que as normas impugnadas afrontam: (i) o princípio federativo (arts. 1º; 23, I, e 60, § 4º, I, da CF); (ii) a autonomia municipal (arts. 18 e 29 da CF); (iii) o exercício das competências municipais privativas (arts. 30, I, V e VIII, e 182, § 1º, da CF)

ADI 1842 / RJ

e comuns dos entes federados (arts. 23, VI, e 225, da CF); e (iv) o princípio da não-intervenção dos Estados nos Municípios (art. 35 da CF).

Alegam, mais, que as normas contestadas desbordam o disposto no art. 25, § 3º, da Constituição Federal, uma vez que não tratam apenas da organização, do planejamento e da execução de funções públicas de interesse comum, mas ingressam na seara da execução de políticas públicas, transferindo-as ao Estado do Rio de Janeiro, cuja competência exclusiva pertence aos Municípios que integram a Região Metropolitana e a Microrregião em tela.

1. MANIFESTAÇÕES DA AGU E PGR

A Advocacia-Geral da União suscitou preliminares de inépcia da inicial e perda de objeto da ação. No mérito, sustentou que as normas impugnadas não conflitam com a Constituição Federal, porquanto a representação dos Municípios estaria assegurada no Conselho Deliberativo da Região Metropolitana.

A Procuradoria-Geral da República, por sua vez, manifestou-se, preliminarmente, pela prejudicialidade da ação quanto ao Decreto 24.631/1998 (ADI 1.906/RJ) e aos arts. 1º, 2º, 4º e 11, da LC 87/1997, em virtude da revogação do mencionado Decreto e da alteração dos demais dispositivos por legislação superveniente. No mérito, opinou pela improcedência da ação em parecer do qual destaco o trecho abaixo:

“(...) a transposição total ou parcial de certas atividades ou serviços, antes considerados de exclusivo interesse do município, para além de sua própria órbita, tendo em vista seu tratamento em nível regional, por razões de ordem dimensional, social, institucional, geográfico, natural, econômico ou técnica, não pode ser considerada inconstitucional, visto não haver ofensa à autonomia municipal, restrita, tão somente, ao interesse local” (fl. 1.186).

2. VOTO DO RELATOR

O Relator do feito, Ministro Maurício Corrêa, rejeitou a preliminar de inépcia da inicial e entendeu que as ADIs estariam prejudicadas quanto ao Decreto 24.631/1998 e aos arts. 1º, 2º, 4º e 11 da LC 87/1997, em face das alterações legislativas supervenientes que mudaram suas redações.

No que tange aos demais dispositivos impugnados, o Relator julgou improcedente a ação, sob os seguintes argumentos:

“(…)

17. Não é razoável pretender-se que, instituídos esses organismos, os Municípios que os compõem continuem a exercer isoladamente as competências que lhes foram cometidas em princípio, uma vez que nessas circunstâncias estabelece-se uma comunhão superior de interesses, daí porque a autonomia a eles reservada sofre naturais limitações oriundas do próprio destino dos conglomerados de que façam parte.

18. Seria o mesmo que relegar à total inocuidade a legislação complementar e, por via reflexa, a permissão constitucional, sujeitando toda a população regional a ações ilegítimas de uma ou outra autoridade local. Nesse caso, o Estado assume a responsabilidade pela adequada prestação dos serviços metropolitanos, com a participação ativa dos Municípios enquanto membros dos Conselhos Deliberativos e coautores do Plano Diretor. A competência municipal acaba, pois, mitigada, na hipótese, pela permissão contida no § 3º do artigo 25 da Carta Federal.

(…)

20. A previsão constitucional permite, na realidade, a configuração de uma espécie de instância híbrida na organização estatal brasileira, situada na convergência entre as atribuições do Estado e as de seus respectivos Municípios. Autoriza, desse modo,

forma de administração pública flexível e moderna, que garante eficiência e eficácia no gerenciamento das funções e dos serviços públicos, tanto urbanos quanto regionais, por meio das entidades federadas integradas, sob a coordenação do Estado-membro, em face dos interesses comuns envolvidos.

(...)

(...) as questões de saneamento básico extrapolam os limites de interesse exclusivo dos Municípios, justificando-se a participação do Estado-membro.

34. Com efeito, as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, nos limites do território do Estado-membro, são bens deste (CF, artigo 26, I), sendo evidente sua competência supletiva para legislar sobre o tema, observadas as normas gerais fixadas pela União (CF, artigo 22, IV c/c artigo 25, § 1º). A Lei federal 9433/97, que regulamentou o inciso XIX do artigo 21 da Carta da República e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, definiu a água como bem de domínio público, dependendo seu uso de outorga do Poder Público federal ou estadual, conforme sejam águas federais ou estaduais.

35. Por outro lado, é da competência comum a responsabilidade com saúde pública, proteção ao meio ambiente, promoção de programas de saneamento básico e fiscalização da exploração dos recursos hídricos (CF, artigo 23, II, VI, IX e XI). É ainda de competência concorrente a faculdade de legislar sobre conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (CF, artigo 24, VI).

36. Verificado o interesse regional predominante na utilização racional das águas, pertencentes formalmente ao Estado, o que o torna gestor natural de seu uso coletivo, assim como da política de saneamento básico cujo elemento primário é também a água, resta claro competir ao Estado-membro, com prioridade sobre o Município, legislar acerca da política tarifária aplicável ao serviço público de interesse comum. Não vislumbro, dessa forma, qualquer vício de inconstitucionalidade na lei ordinária impugnada.

(...)”.

3. VOTOS DIVERGENTES

Os Ministros Joaquim Barbosa e Nelson Jobim, de sua parte, iniciaram a divergência do voto proferido pelo Relator, Ministro Maurício Corrêa.

Contrariamente ao que entendeu o Relator, ambos, em suma, manifestaram-se no sentido de que a criação de um ente regional não significa a transferência de competências municipais, constitucionalmente estabelecidas, para o Estado.

No entanto, os Ministros divergiram no que concerne à distribuição dessas competências: o primeiro entendeu que elas deveriam ser exercidas por órgão próprio ou por ente - público ou privado - formado a partir da autorização ou concessão dos Municípios integrantes do agrupamento, ao passo que o segundo defendeu que a titularidade do exercício das funções públicas de interesse comum passa para a nova entidade político-territorial-administrativa, que nasce em consequência da criação da região metropolitana.

Examinando as preliminares suscitadas no voto do Ministro Maurício Corrêa, o Ministro Joaquim Barbosa também assentou a prejudicialidade da ação quanto ao Decreto 24.631/1998, porém, entendeu que:

“(...) diferentemente do que concluiu o ministro Maurício Corrêa, o § 2º do art. 1º, o parágrafo único do art. 2º, o § 1º e o § 2º do art. 4º e o § 1º e o § 2º do art. 11 não foram alterados por legislação superveniente. Contudo, percebo que tanto o § 2º do art. 1º como o parágrafo único do art. 2º terminam por fazer remissão a dispositivos alterados pela legislação subsequente. Não foram alterados, mas remetem a dispositivos alterados. Por essa razão, também precisam ser considerados prejudicados.

Portanto, no que tange à LC 87/1997, acompanho, em parte, o relator, para considerar prejudicada a presente ação, por alteração normativa superveniente somente do art. 1º, caput e parágrafos; do art. 2º, caput e parágrafo único; do art. 4º, caput e incisos I a VII, e do art. 11, caput e incisos I a VI”.

No que se refere ao mérito, afirmou o Ministro Joaquim Barbosa que

“(...) a criação de uma região metropolitana não pode, em hipótese alguma, significar o amesquinamento da autonomia política dos municípios dela integrantes, materializado no controle e na gestão solitária pelo estado das funções públicas de interesse comum”.

Nesse sentido, conclui o referido Ministro o quanto segue:

“As considerações relativas à impossibilidade de o estado, sem interferência do Conselho Deliberativo da região metropolitana, prestar serviços públicos de interesses comuns servem para invalidar, por vício de inconstitucionalidade, os arts. 11 a 21 da Lei 2.869/1997, que dispõem sobre tipo específico de concessão: a do serviço de saneamento básico.

(...)

Enquanto, em vários dispositivos da LC 87/1997, são transferidas competências pertencentes, em princípio, aos municípios – sendo mínima a presença do Conselho Deliberativo –, a Lei 2.869/1997 parte da premissa de que tais atribuições são do estado e edita normas relativas, por exemplo, ao serviço de saneamento básico, à tarifa, ao seu reajuste e revisão. Ora, isso somente poderia ter sido legitimamente feito se não houvesse quebra no sistema de competências preconizado pela Constituição – segundo o qual, o estabelecimento de uma região metropolitana não significa pura e simples transferência de competências para o estado”.

Assim, julgou parcialmente procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º, parágrafo único; do art. 6º, I, II, IV e V, e do art. 7º da LC 87/1997, além dos arts. 11 a 21 da Lei 2.869/1997.

Já o Ministro Nelson Jobim baseou o seu voto nas seguintes premissas:

“(1.1) As REGIÕES METROPOLITANAS, AGLOMERADOS URBANOS e MICRORREGIÕES não são entidades políticas autônomas de nosso sistema federativo, mas, sim, entes com função administrativa e executória;

(1.2) Tais entes não detêm competência político-legislativa própria;

(1.3) Sua competência, bem como suas atribuições, são, na verdade, o somatório integrado das competências e atribuições dos MUNICÍPIOS formadores;

(1.4) O INTERESSE METROPOLITANO é o conjunto dos interesses dos MUNICÍPIOS sob uma perspectiva intermunicipal;

(1.5) As funções administrativas e executivas da REGIÃO METROPOLITANA somente podem ser exercidas por órgão próprio ou por outro órgão (público ou privado) a partir da autorização ou concessão dos MUNICÍPIOS formadores;

(1.6) O art. 25, § 3º, da CF somente pode ser entendido a partir do princípio federativo e conservando-se a autonomia municipal.

(1.7) Em matéria de REGIÃO METROPOLITANA, os ESTADOS detêm uma competência dita ‘procedimental’, ou seja, cabe a eles, por meio de lei complementar, instituir esse ente e prever sua organização e funcionamento interno;

(1.8) A instituição da REGIÃO METROPOLITANA deverá observar, para fins do saneamento básico, certa identidade socioeconômica da comunidade da região e, necessariamente, dois juízos:

(a) de viabilidade técnica - guardar lógica com as bacias hidrográficas ou com a possibilidade de sua transposição ou integração com outras; e

(b) de viabilidade econômica - subsídios cruzados e tarifas sociais;

(1.9) A previsão da organização interna da REGIÃO METROPOLITANA deverá observar o princípio da igualdade

municipal ou o princípio da representação proporcional entre os MUNICÍPIOS a depender das circunstâncias socioeconômicas da região, bem como de proporção de suas respectivas populações;

(1.10) Caberá aos MUNICÍPIOS integrantes da região decidir, no âmbito do CONSELHO DELIBERATIVO, a forma como prestarão os serviços de natureza metropolitana, especialmente aqueles referente ao SANEAMENTO BÁSICO;

(1.11) Sendo de competência e titularidade intermunicipal, no âmbito AGLUTINAÇÃO DE MUNICÍPIOS (REGIÕES METROPOLITANAS, AGLOMERADOS URBANOS e MICRORREGIÕES), a prestação do serviço de SANEAMENTO BÁSICO, tais MUNICÍPIOS, em acordo ou consenso, poderão decidir se prestam o serviço por meio:

(a) de administração própria e direta de um, alguns ou todos os MUNICÍPIOS;

(b) de administração do ESTADO;

(c) de empresa intermunicipal;

(d) da COMPANHIA ESTADUAL;

(e) de concessão para entidade particular;

(Reitero que o SANEAMENTO BÁSICO é um dos temas mais complexos do direito administrativo, especialmente pela diversidade de formas com que ESTADOS e MUNICÍPIOS, formal ou informalmente, dividiram competências.)

(1.12) A decisão do SUPREMO, nessa matéria, deve viabilizar fórmulas flexíveis de forma que a população, por meio de unificação da interpretação do tema, não seja prejudicada com suspensões dos serviços de ABASTECIMENTO DE ÁGUA e TRATAMENTO DE ESGOTO, ora existentes;

(1.13) O SANEAMENTO BÁSICO, por se constituir em típico interesse intermunicipal, não pode ser atribuído ao âmbito estadual, sob pena de violação grave à federação e à autonomia dos MUNICÍPIOS.

(1.14) No âmbito das AGLUTINAÇÕES MUNICIPAIS, será proibida, como regra geral, a exploração individual do serviço pelos MUNICÍPIOS isoladamente.

Tal proibição tem por objetivo viabilizar a prestação para os

municípios mais carentes por meio de aproximações municipais que possibilitem que a demanda por água seja interligada à oferta de água, permitindo-se, inclusive, a transposição de bacias, a instituição de sistemas integrados com múltiplas fontes hídricas, a divisão de uma mesma bacia entre duas regiões ou municípios, etc.

(1.15) A competência de instituição das regiões e viabilização da prestação de serviços de interesse metropolitano não se confunde com a competência administrativa ou executória, essa sim vinculada institucionalmente à participação dos MUNICÍPIOS envolvidos.

(1.16) Qualquer legislação que atribua a competência executória de REGIÕES METROPOLITANAS ao ESTADO ou, de alguma forma, subordine as deliberações da AGLUTINAÇÃO a um aceite ou autorização da Assembleia Legislativa Estadual é inconstitucional.

(1.17) Na mesma linha, é inconstitucional a legislação complementar estadual que, ao criar a estrutura de funcionamento da REGIÃO METROPOLITANA, vincule a indicação dos representantes municipais à autorização do GOVERNADOR DO ESTADO ou de qualquer autoridade estadual”.

Nessa linha, encaminhou sua conclusão no sentido de julgar procedente a ação quanto: (i) à expressão “a ser submetido à Assembleia Legislativa”, constante do inciso I do art. 5º; (ii) aos arts. 6º e 7º da LC 87/1997; e (iii) aos arts. 8º a 21, da Lei 2.869/1997.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, acompanhou a divergência inaugurada pelos Ministros que o antecederam quanto às questões preliminares. No mérito, porém, à semelhança do Ministro Joaquim Barbosa, assentou que nem o Estado, nem os Municípios ostentam a condição de únicos titulares das funções públicas de interesse comum, **devendo ser tal competência compartilhada** entre os membros dos dois níveis federativos, os quais, juntos, formam o ente regional. Em outras palavras, a titularidade haveria de pertencer ao “agrupamento de municípios junto com o estado federado”, de modo a decidir como integrar e atender adequadamente à função de saneamento básico.

ADI 1842 / RJ

Ademais, segundo o mencionado Ministro, a gestão compartilhada dessa entidade territorial no tocante ao planejamento, à organização e à execução das funções públicas de interesse comum, não exige que a representação dos distintos entes nos órgãos colegiados seja necessariamente paritária. Para que a gestão se mostre constitucional,

“o poder concedente do serviço de saneamento básico nem permanece fracionado entre os municípios, nem é transferido para o estado federado, mas deve ser dirigido por estrutura colegiada (...) em que a vontade de um único ente não seja imposta a todos os demais entes políticos participantes”.

O Ministro Gilmar Mendes propôs, ainda, uma modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para que a legislação impugnada continue vigorando por mais 24 (vinte e quatro) meses.

Após tal pronunciamento, pedi vista dos autos para melhor exame da questão.

Passo a votar.

4. DAS PRELIMINARES

De início, acompanho os votos que me precederam para afastar a inépcia da inicial, pois, a meu ver, ela preenche os requisitos necessários à propositura desta ação direta de inconstitucionalidade.

Outrossim, acompanho a divergência para julgar prejudicada a ação quanto aos arts. 1º, *caput* e § 1º, 2º, *caput*, 4º, *caput* e incs. I a VII, 11, *caput* e incs. I a VI, da LC 87/1997, porquanto esses dispositivos foram alterados de forma superveniente pelas Leis Complementares 89/1998, 97/2001 e 105/2002, todas do Estado do Rio de Janeiro.

5. DA QUESTÃO NUCLEAR EM DEBATE

A questão básica que se discute neste julgamento é saber a qual dos entes federados deve ser atribuída a titularidade das funções públicas de interesse comum nas regiões metropolitanas e em outras entidades territoriais de natureza assemelhada, com todas as consequências que a solução a essa indagação acarreta.

Há três possíveis soluções para tal questão: (i) conferi-la integralmente ao Estado instituidor; (ii) deferi-la, de modo exclusivo, aos Municípios que as integram; ou (iii) permitir o seu compartilhamento entre o Estado e os Municípios.

Recordo, inicialmente, que a Constituição Federal dispôs sobre o tema, em seu art. 25, § 3º, nos termos abaixo:

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

Diante desse dispositivo, indaga-se: teria o constituinte criado um quarto nível político administrativo para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum? Se a resposta for negativa, como parece ser a opinião unânime dos especialistas, a qual dos entes federados caberia tal tarefa?

6. CONCEITO DE FUNÇÕES PÚBLICAS DE INTERESSE COMUM

Antes de aprofundar o exame da questão *sub judice*, convém

ADI 1842 / RJ

estabelecer o conceito de função pública de interesse comum. Alaor Caffé Alves, um dos maiores estudiosos do tema, no ponto, tece as seguintes considerações:

“1) a ‘função pública’ (...) não implica apenas a execução de serviços públicos e de utilidade pública e respectivas concessões, mas também a normatização (como a disciplina regulamentar e administrativa do uso e ocupação do solo, a fixação de parâmetros, padrões etc.), o estabelecimento de políticas públicas (diretrizes, planejamento, planos, programas e projetos, bem como políticas de financiamento, operação de fundos etc.) e os controles (medidas operacionais, licenças, autorizações, fiscalização, polícia administrativa etc.). (...)

2) o ‘interesse comum’ (...) implica o vínculo simultâneo ou sucessivo, efetivo e material de ações ou atividades estáveis de uma multiplicidade determinada de pessoas político-administrativas, agrupadas mediante lei complementar, dentro de certo espaço territorial definido, para o exercício de funções públicas integradas de interesse de todos os envolvidos. Esse vínculo gera a exigência de uma interdependência operacional, conforme certos objetivos comuns, cujos critérios poderão variar em termos de disposições geográficas dos fatores naturais; de bacias hidrográficas; de peculiaridades do sítio urbano; de controle ambiental; de fontes de recursos naturais; de dimensões das infra-estruturas urbanas; de disponibilidade ou capacidade de mobilizar grandes aportes financeiros ou potenciais técnicos; de racionalização administrativa; de operação de sistemas de efeitos ou impactos difusos; de economias de escala; de deseconomias de aglomerações etc.

Vê-se, pois, que tal conceito (função pública de interesse comum) distingue-se de modo singular do conceito de interesse local, o que demanda uma compreensão bem diversa entre a autonomia dos Municípios tradicionais, envolvendo apenas uma cidade, e a autonomia dos Municípios metropolitanos (ou de aglomerações urbanas ou de microrregiões) que estão inseridos em determinados complexos urbano-regionais, em comunhão recíproca, exigindo medidas interdependentes para dar conta de situações para as quais

não pode haver resposta de cada Município isoladamente considerado”¹

As funções públicas de interesse comum, inconfundíveis com aquelas de interesse exclusivamente local, correspondem, pois, a um conjunto de atividades estatais, de caráter interdependente, levadas a efeito no espaço físico de um ente territorial, criado por lei complementar estadual, que une Municípios limítrofes relacionados por vínculos de comunhão recíproca.

7. DO NOVO STATUS DAS COMUNAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

As competências que o legislador constituinte outorgou aos Municípios nos arts. 29, 30 e 31 da Lei Maior não encontram paralelo na história político-institucional do País, a começar pelo disposto no *caput* do primeiro dos dispositivos mencionados, que autoriza as comunas a elaborarem as próprias leis orgânicas, as quais, a rigor, configuram verdadeiras constituições locais.

Tal prerrogativa, aliás, encontra fundamento no art. 1º da Carta Magna, segundo o qual os Municípios integram, de pleno direito, o concerto federativo.

Nesse sentido, em sede acadêmica, tive oportunidade de assentar o seguinte:

“(...) o Município, antes do advento da Constituição de 1988, apesar da grande autonomia de que desfrutava, jamais integrou o pacto federativo de jure, em flagrante contraste com as importantes

1 ALVES, Alaôr Caffé. Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões: Novas Dimensões Constitucionais da Organização do Estado Brasileiro. *Temas de Direito Ambiental e Público*, São Paulo, Ano II, nº 3, pp. 13-44.

funções político-administrativas que desempenhou ao longo de sua história. Mas, como notam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, a partir do 'momento em que a Constituição brasileira alçou o Município a entidade condômina do exercício das atribuições que, tomadas em sua unidade, constituem a soberania, não poderia, a ser coerente consigo mesma, deixar de reconhecer que a própria Federação estava a sofrer um processo de diferenciação acentuada, relativamente ao modelo federal dominante no mundo que congrega apenas a ordem jurídica central e as ordens jurídicas regionais: a União e os Estados-membros'.

Assim é que, com a Carta Magna de 1988, os Municípios passaram a integrar a estrutura federativa brasileira, que continuou a contemplar também um ente intermediário entre estes e os Estados, qual seja, o Distrito Federal, com exclusão dos Territórios, considerados agora meras autarquias federais integrantes da administração descentralizada da União.

Nesse sentido, a Constituição vigente, no art. 1.º, estabelece que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal".²

Com efeito, os Municípios, desde os tempos coloniais, especialmente em razão das enormes distâncias que os separavam, bem como em virtude da crônica precariedade das vias de comunicação - a qual acentuava o seu isolamento em um país de dimensões continentais -, embora gozassem de grande autonomia no plano fático, jamais a desfrutaram plenamente, no âmbito jurídico, o que só veio a ocorrer com a promulgação da nova Carta Política.

8. DA TRANSFERÊNCIA DA TITULARIDADE DAS FUNÇÕES PÚBLICAS DE INTERESSE COMUM AO ESTADO

Para solucionar a controvérsia retratada nos autos, um dos primeiros

2 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, pp. 24-25.

ADI 1842 / RJ

aspectos a ser discutido diz respeito à constitucionalidade da eventual transferência da titularidade das funções públicas de interesse comum para o Estado instituidor das regiões.

Até o presente momento, somente o Relator desta ADI, o Ministro Maurício Corrêa, entendeu que a sua transferência integral para tal ente federado estaria em consonância com o Texto Magno.

Como visto, os Ministros Nelson Jobim, Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes votaram no sentido da inconstitucionalidade da entrega total da titularidade daquelas funções ao Estado.

Peço vênica para, nesse ponto, acompanhar a maioria até aqui formada, diante do novo *status* institucional desfrutado pelos Municípios sob a Constituição de 1988.

Como fundamento de minha opção, invoco as palavras do já mencionado Alaôr Caffé Alves, para quem

“(...) o Estado cria e organiza tal entidade administrativa pública, mediante lei complementar, mas não pode deixar, sob pena de inconstitucionalidade da medida, de admitir a participação dos Municípios metropolitanos (...) para decidirem sobre os assuntos regionais que, em última instância, são também de seu interesse (...).

Nesse sentido, não poderá o Estado, ao criar a figura regional em apreço, gerenciar solitária e exclusivamente as funções públicas de interesse comum, posto que ofenderia expressamente o texto constitucional”.³

Com efeito, a transferência integral, ao Estado, da titularidade das funções públicas de interesse comum, continentes das funções de competência local, significaria, a meu ver, neutralizar um dos aspectos mais peculiares do modelo federal adotado pela Constituição vigente,

3 ALVES, Alaor Caffé. *Op. cit.*

qual seja, a consagração das comunas como um terceiro nível político-administrativo de nosso aparato estatal.

9. DO COMPARTILHAMENTO DA TITULARIDADE DAS FUNÇÕES PÚBLICAS DE INTERESSE COMUM

Como se viu, a titularidade das funções públicas de interesse comum não pode ser integralmente atribuída ao Estado que institui a entidade regional, sob pena de afrontar-se a autonomia municipal garantida pela atual Constituição.

Isso porque, conforme assenta Alaor Caffé Alves,

“Tal questão vincula-se ao que se consagrou chamar ‘interesse metropolitano’ (que é uma espécie de interesse regional). Esse interesse merece uma consideração especial, uma vez que, como já vimos, não pode ser imputado exclusivamente a um único ente político-administrativo. Esta posição é atualmente adotada por José Afonso da Silva, acompanhando nosso pensamento já referido em nossa obra a respeito. ‘Agora, a Constituição fala em organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum. E como tudo isso é instituído por lei complementar estadual, não tendo a União nada mais a ver com o problema, bem se pode aceitar o entendimento que Alaôr Caffé Alves dava para a titularidade dos serviços comuns. Ou seja, a titularidade não pode ser imputada a nenhuma das entidades em si, mas ao Estado e aos Municípios envolvidos...’ (Direito Urbanístico Brasileiro, J. Afonso de Silva, 2ª ed., Malheiros, São Paulo, 1995, p.145).

Como o artigo 25, § 3º, da Constituição não deu ensejo à criação de um quarto nível de poder político, o interesse metropolitano não se autonomizou em relação às unidades governamentais implicadas na solução dos problemas a ele atinentes. Juridicamente, portanto, não se reconhece o interesse metropolitano senão como parcela dos respectivos interesses das unidades político-administrativas envolvidas na

*promoção e execução dos serviços comuns. Daí a conotação específica incluída na ideia de ‘função pública de interesse comum’, em termos da cooperação mútua entre os níveis de governo, considerados horizontal (entre Municípios da mesma região) e verticalmente (entre Estado e Municípios)”.*⁴

Superada tal questão, resta saber, então, se essa titularidade pode ser integralmente transferida para os Municípios que compõem a região ou se deve ser exercida de forma compartilhada entre estes e o Estado.

10. DA NATUREZA JURÍDICA DOS NOVOS ENTES REGIONAIS

Para solucionar tal problema é preciso, primeiro, entender qual a natureza das regiões metropolitanas e dos demais entes assemelhados. Na lição de José Afonso da Silva,

“A região metropolitana no Brasil é (...) um conceito jurídico, já que assim se reputará a conurbação instituída nos termos do art. 25, § 3º, da CF. Isso não exclui (...) a existência do fenômeno como fato econômico, social, urbanístico. Mas sob esses aspectos, o fenômeno é inorgânico, empírico, problemático, ao passo que, definido juridicamente, toma forma, persegue organização, institucionaliza-se (...).

*O que dá essência ao conceito de ‘região metropolitana’, o que justifica, o que legitima sua definição por lei complementar estadual, é precisamente o fenômeno da conurbação, ou seja: a existência de núcleos urbanos contíguos, contínuos ou não, subordinados a mais de um Município, sob a influência de um Município-polo”.*⁵

Mas qual é, afinal, a natureza jurídica dessas novas entidades

⁴ *Idem, ibidem.*

⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, pp. 158-159.

regionais? Segundo Alaor Caffé Alves,

*“(...) a Constituição Federal preconiza a possibilidade de se instituir uma nova forma de administração regional, no âmbito dos Estados, como um corpo jurídico-administrativo territorial (autarquia territorial, intergovernamental e plurifuncional), sem personalidade política - visto que não poderia ter um corpo legislativo próprio - para o qual se conferem competências administrativas intergovernamentais, destinadas a integrarem a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (artigo 25, § 3º, da C.F.). Aqui, o poder originário concedente de serviços ou funções comuns são os Municípios e o Estado, vez que somente estes entes possuem corpos legislativos para reger sobre os serviços públicos de interesse regional. Entretanto, mediante um condomínio legislativo (obtido mediante o exercício de competências comuns e concorrentes complementares e supletivas), aqueles entes políticos poderão e deverão, por exigência constitucional, criar as condições para a organização intergovernamental administrativa pública (uma espécie de autarquia territorial plurifuncional) para ser o titular (derivado) do exercício de competências relativas às funções públicas de interesse comum. Vale dizer que o Estado cria e organiza tal entidade administrativa pública, mediante lei complementar, mas não pode deixar, sob pena de inconstitucionalidade da medida, de admitir a participação dos Municípios metropolitanos (ou integrantes das aglomerações urbanas ou microrregiões) para decidirem sobre os assuntos regionais que, em última instância, são também de seu interesse (local)”.*⁶

Ora, se a região metropolitana é um conceito jurídico que institucionaliza um fenômeno empírico, a saber, a existência de núcleos urbanos contíguos, com interesses públicos comuns, correspondendo, na abalizada lição de Alaor Caffé, a uma **autarquia territorial, intergovernamental e plurifuncional, sem personalidade política**, torna-se, então, necessário compreendê-la a partir de noções que superem a

6 ALVES, Alaôr Caffé. *Op. cit.*

visão tradicional que se têm da própria federação.

11. DO NOVO FEDERALISMO COOPERATIVO OU DE INTEGRAÇÃO

Desde a sua concepção inicial, na Constituição dos Estados Unidos de 1787, até os dias atuais, a federação, forma *sui generis* de estruturação estatal, sofreu significativas transformações. Nessa linha, tive oportunidade de observar, em texto acadêmico, o seguinte:

“Especialmente a partir do New Deal de Roosevelt, na década de 30, o Estado cresceu, hipertrofiou-se. De um Estado Gendarme, voltado preponderantemente para a manutenção da ordem interna e a defesa contra agressões externas, o Estado transformou-se em um ativo prestador de serviços, passando a desempenhar um papel cada vez mais positivo. Observa-se que a intervenção estatal nos planos econômico e social deu-se obviamente em escala nacional, posto que dificilmente ela seria eficaz caso se restringisse apenas ao nível local, porquanto tratava-se, como se sabe, de superar a crise econômica em que se debatia a sociedade norte-americana, duramente atingida pela Grande Depressão, desencadeada a partir da débâcle de 29.

(...)

A partir dessa evolução desapareceu o federalismo dual, baseado na igualdade entre a União e os Estados-membros. Passou-se, então, ao chamado federalismo cooperativo, no qual se registra um entrelaçamento de competências e atribuições dos diferentes níveis governamentais, com franco predomínio da União. (...)

Com efeito, voltar ao federalismo clássico dos fins do século XVIII é entregar-se à busca de uma quimera, conforme nota Bernard Schwartz, ponderando que o Governo Federal, que superou uma violenta depressão econômica e capitaneou o país em duas grandes guerras globais, elevando-o à liderança mundial, dificilmente retornará aos limites assinalados pelos constituintes de 1787. A sua previsão, contudo, é no sentido de que, inobstante a tendência de

crescimento da esfera de competências da União, essa hipertrofia não acarretará o desaparecimento dos Estados, porque, dentre outros motivos, a prestação dos serviços básicos à coletividade deverá continuar sob a responsabilidade dos governos locais.

Essa evolução, que alguns denominam de 'centralização' do federalismo, não se limitou apenas aos Estados Unidos, visto que as condições sociais, políticas e econômicas por ela responsáveis também se reproduziram, mutatis mutandis, em outras partes do mundo onde foi adotado. O próprio avanço tecnológico, que dia a dia rompe a barreira da distância – um dos principais fatores responsáveis pela descentralização federal – facilita a ação do poder central sobre as comunidades localizadas nos pontos mais distantes do território do Estado.

Vislumbrando já a superação do federalismo cooperativo, caracterizado por uma repartição vertical e horizontal de competências aliada à partilha dos recursos financeiros, sob a hegemonia da União, Manuel Gonçalves Ferreira Filho anuncia o advento do federalismo de integração, o qual 'acentuaria os traços do cooperativo, mas que o resultaria, antes, num Estado unitário constitucionalmente descentralizado do que num verdadeiro Estado Federal'.⁷

Em síntese, o federalismo brasileiro, de há muito, deixou de ser dual para caracterizar-se como sendo de cooperação ou de integração.

12. DA COMPULSORIEDADE DA INTEGRAÇÃO DOS MUNICÍPIOS AOS NOVOS ENTES REGIONAIS

Outro aspecto que precisa ser considerado nesta discussão é o fato de que, após a promulgação da nova Constituição, a integração dos Municípios às entidades regionais passou a ser compulsória. Quer dizer, as comunas ficam, de imediato, a elas vinculadas, sem qualquer possibilidade abandoná-las por iniciativa própria, editada a lei complementar estadual que as institui.

⁷ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Op. cit.*, pp. 19-21.

Tal questão foi, inclusive, examinada pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs 796/ES, Rel. Min. Néri da Silveira, e 1.841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, nas quais se confirmou a natureza compulsória da associação dos Municípios às entidades regionais, desde que regularmente constituídas.

O acórdão proferido nessa última ação ostenta a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL. REGIÕES METROPOLITANAS, AGLOMERAÇÕES URBANAS, MICRORREGIÃO. C.F., art. 25, § 3º. Constituição do Estado do Rio de Janeiro, art. 357, parágrafo único. I. - A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, depende, apenas, de lei complementar estadual. II. - Inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 357 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. III. - ADIn julgada procedente” (grifos meus).

13. DA PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS NA GESTÃO DAS ENTIDADES REGIONAIS

A integração compulsória dos Municípios às entidades regionais, regularmente criadas, não significa, contudo, que eles renunciem à participação em sua gestão, notadamente no que respeita ao exercício das funções públicas de interesse comum.

Diferentemente, porém, do modelo que vigorava antes do advento da atual Constituição, ou seja, aquele estabelecido nas Cartas de 1967 e 1969, no qual os Municípios eram apenas consultados – e de forma não vinculante – sobre a prestação de serviços metropolitanos, no novo desenho institucional, eles têm, na qualidade de titulares originários de parcela das funções públicas de interesse comum, o inafastável **direito de participar do processo decisório no plano intergovernamental.**

Mais uma vez, menciono a lição de Alaôr Caffé Alves sobre esse assunto:

“(...) se os municípios não podem sair, também não podem renunciar à governabilidade metropolitana, donde a necessidade de uma garantia básica: a de que eles devem e podem participar das decisões regionais. Vale dizer, eles participarão do processo decisório, não mais como consultores, mas contribuindo para a tomada de decisões, em conjunto, em um conselho intergovernamental, a fim de decidirem a respeito das chamadas funções públicas de interesse comum.

(...)

Se ele [o município] não pode se excluir da região metropolitana, em contrapartida tem o direito de exigir sua participação decisória no plano intergovernamental, em conjunto com o próprio Estado (...). No entanto, estão obrigados a aceitar as decisões implementadas pelo conselho metropolitano, mesmo que haja inflexões e atuações em seu próprio território”.⁸

Tendo em conta tais reflexões, em especial o advento do federalismo de cooperação ou, segundo alguns, um mais avançado ainda, qual seja, de integração, não vejo como afastar a conclusão segundo a qual a prestação - direta ou delegada -, a regulação e a fiscalização das funções de interesse comum hão de ser levados a efeito de forma conjunta pelo Estado e os Municípios que integram determinado ente regional.

Para esmiuçar esse tópico, recorro ainda mais uma vez aos ensinamentos de Alaôr Caffé, segundo o qual:

“(...) a titularidade desses serviços comuns é compartilhada entre municípios e Estado. (...) os municípios metropolitanos, isoladamente considerados, não são titulares desses serviços comuns.

8 ALVES, Alaôr Caffé. Formulação e implementação de políticas públicas intergovernamentais. *Cadernos FUNDAP*, nº 22, 2001, pp. 117-131.

O Estado não é, igualmente, titular isolado dos mesmos. As decisões sobre sua organização, planejamento, prestação, concessão e controle devem ser conjuntas, nos termos de um controle deliberativo metropolitano, de caráter público e autárquico, intergovernamental, no qual tenham assento representações dos municípios metropolitanos e do Estado”.⁹

Assim, embora se reconheça que a autonomia municipal assegurada pela Lei Maior não pode ser esvaziada mediante a transferência integral da titularidade das funções públicas de interesse comum ao Estado instituidor da entidade territorial, tal garantia que o texto magno assegura às comunas também não deve, de outra parte, atuar como um bloqueio à efetiva concretização de outros valores constitucionais, em especial os atinentes ao federalismo cooperativo.

Parece-me, portanto, que a **gestão compartilhada** das novas regiões, previstas no art. 25, § 3º, da CF, entre os Municípios e o Estado, é a solução que melhor se harmoniza com a preservação da autonomia local e a imprescindível atuação do ente instituidor como coordenador das ações que envolvam o interesse comum de todos os integrantes do ente regional.

Com efeito, uma visão mais ortodoxa ou formalista da autonomia municipal inviabilizaria a administração desses entes regionais, resultando em uma indesejável fragmentação do processo de tomada de decisões, inevitavelmente tísido por uma ótica local, em detrimento dos interesses comuns.

Fernando Abrúcio, analisando criticamente esse fenômeno, assim se pronuncia:

“A redemocratização do país marcou um novo momento no

9 ALVES, Alaôr Caffé. Saneamento básico: A obscuridade jurídica e suas razões. *Revista Sanear*, Brasília, 2008, n° 3, Ago. 2008, pp. 12-20.

federalismo (...).

(...)

Pela primeira vez na história, os municípios transformaram-se em entes federativos, constitucionalmente com o mesmo status jurídico que os Estados e a União.

(...)

O principal problema da descentralização ao longo da redemocratização foi a conformação de um federalismo compartimentalizado, em que cada nível de governo procura encontrar o seu papel específico e não havia incentivos para o compartilhamento de tarefas e a atuação consorciada. Disso decorre também um jogo de empurra entre as esferas de governo. O federalismo compartimentalizado é mais perverso no terreno das políticas públicas, já que em uma federação (...) o entrelaçamento dos níveis de governo é a regra básica na produção e gerenciamento de programas públicos, especialmente na área social. A experiência internacional caminha nesse sentido".¹⁰

A forma como se organiza a União Europeia corresponde a um interessante exemplo de como a gestão compartilhada tem sido adotada pelos modelos político-institucionais mais modernos.

Ensina Jean-Victor Louis, com relação à UE, que o exercício compartilhado de competências não gera qualquer prejuízo para a soberania de seus integrantes, conferindo-lhes, ao contrário, “a possibilidade de exercer responsabilidades que, no plano nacional, se haviam tornado puramente formais para Estados independentes”.¹¹

Conforme assentei em obra sobre o tema, os Estados independentes que ingressaram na União Europeia não renunciaram à sua soberania

10 ABRUCIO, Fernando Luiz. A Coordenação Federativa no Brasil. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, nº 24, jun. 2005, pp. 41-67.

11 LOUIS, Jean-Victor. *El ordenamento jurídico comunitário*. 5ª. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales da las Comunidades Europeas, 1995, p 292.

nem mesmo a parcelas dela em favor do todo, simplesmente passaram a atuar de modo conjunto em determinadas áreas de interesse comum.¹² Entendo que a mesma lógica deve valer para as novas entidades regionais, quanto à autonomia local.

O próprio Ministro Gilmar Mendes trouxe à baila em seu voto a experiência dos *Kreise* alemães, do qual destaco, por oportuno:

“Na Alemanha, destaca-se o modelo dos Kreise, que institui associação distrital, com regime de competências de interesse comum. A propósito, Andreas J. Krell explicita a natureza e características das circunscrições municipais:

‘Nesse ponto, cabe fazer um excursão para uma instituição famosa da administração pública na Alemanha, o ‘Kreis’, cuja tradução adequada é ‘círculo’ ou ‘circunscrição’ municipal. A competência dos Kreise é baseada no princípio da subsidiariedade, quer dizer: somente aquelas funções que os próprios municípios não conseguem exercer sozinhos de maneira satisfatória, devem ser cumpridos pelo respectivo Kreis, que, na média, integra de 20 a 30 municípios menores e rurais.

O Kreis exerce funções genuinamente supramunicipais como a construção e a manutenção de estradas regionais, a gestão de parques naturais, o controle de qualidade do ar ou o transporte coletivo regional. Ao lado dessas, ele desenvolve também medidas de compensação para reduzir as diferenças de capacidade administrativa dos seus membros e cumpre a função de complementação, oferecendo serviços que os municípios não seriam capazes de resolver sozinhos, como por exemplo, o abastecimento de água, o tratamento de esgotos ou a manutenção de escolas secundárias. A execução da maioria das tarefas obrigatórias dos municípios são de responsabilidade dos Kreise (autorização de construções, porte de armas, licenciamento de automóveis, serviços de estrangeiros, defesa civil).

12 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, Regionalização e Soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, pp. 287-291.

Ao lado dessas atividades, o Kreis exerce também funções da esfera governamental superior, isto é, dos governos dos estados federados. Verificamos, portanto, uma 'função dupla' do Kreis, como comunidade territorial supralocal e grêmio ou microrregião municipal e, por outro lado, como direito administrativo estadual'. (KRELL, Andreas Joachim. 'Perspectivas dos Municípios', in Livro de Teses da XVI Conferência Nacional de Advogados, Brasília: OAB, s.d., p.44).

(...)'

A solução parece residir no reconhecimento de sistema semelhante aos Kreise alemães, em que o Agrupamento de municípios junto com o estado federado detenha a titularidade e o poder concedente, ou seja, o colegiado formado pelos municípios mais o estado federado decida como integrar e atender adequadamente à função de saneamento básico".

Dito isso, é preciso fazer uma distinção clara, porém nem sempre adequadamente evidenciada, entre as expressões "partilhar" e "compartilhar". Do ponto de vista semântico, "partilhar" encerra a ideia de uma divisão de poderes ou de competências, tal como ocorre nas federações, ao passo que "compartilhar" significa exercê-los conjuntamente, conforme ocorre nas confederações, ou no moderno federalismo cooperativo, que alguns preferem chamar, como observado, de federalismo de integração.

Enfatizando a necessidade de adoção de uma coordenação de políticas públicas por parte de entes federados distintos em uma estrutura federativa contemporânea, Paul Pierson assinala o seguinte:

"No federalismo, devido à divisão de poderes entre os entes, as iniciativas políticas são altamente interdependentes, mas são, frequentemente, pouco coordenadas (...). Mais do que um mero jogo de disputas, as relações intergovernamentais requerem uma complexa conjugação entre competição, cooperação e acomodação".¹³

Trazendo a questão para a nossa realidade regional, Antônio Marcos Capobianco afirma que a prestação eficiente dos serviços públicos exige

“(...) a criação do novo arranjo institucional metropolitano, que não seja necessariamente um quarto nível de poder, mas que arrefeça as autonomias e integre de fato os atuais entes horizontal e verticalmente; e que, finalmente, seja representativo dos governos locais da região”.¹⁴

Disso se conclui que o legislador constituinte, ao prever essas novas entidades regionais no art. 25, § 3º, da Lei Maior, ou seja, no título que trata da própria organização do Estado brasileiro, alvitrou que o poder decisório relativamente às funções públicas de interesse comum fosse compartilhado entre os diversos entes federativos que as compõem, notadamente quanto ao poder concedente, ao planejamento, à regulação, à fiscalização, à organização e à execução destas.

14. PARTICIPAÇÃO DIFERENCIADA DOS MUNICÍPIOS NA GESTÃO DOS ENTES REGIONAIS

A gestão regional compartilhada não significa, como observou o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, que o poder decisório tenha que ser, necessariamente, partilhado de forma igualitária entre os Municípios, o Município-pólo e o Estado instituidor, *verbis*:

“(...) a participação dos entes nessa decisão colegiada não necessita ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do

Development of Social Politics. *Governance*, Cambridge, Mass., v. 8, nº 4, pp. 448-478, Oct. 1995.

14 CAPOBIANCO, Antônio Marcos. *Relações Intergovernamentais na Metrópole: Adequação Institucional para a Ação*. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, São Paulo, <http://iea.usp.br/iea/textos/capobiancometropole.pdf>, 2004, p. 8.

ADI 1842 / RJ

poder decisório no âmbito de um ente único. A participação de cada município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que um ente tenha o predomínio absoluto”.

Isso ocorre, *verbi gratia*, no Conselho da União Europeia, que constitui a principal instância decisória dessa associação de Estados soberanos, cujos representantes se reúnem regularmente para decidir sobre assuntos de interesse comum.

Os diferentes governos são representados no Conselho pelos ministros nacionais relevantes para o assunto em discussão. Na votação, por maioria qualificada, os distintos Estados têm pesos diferentes, calculados com base em sua importância política e expressão demográfica.¹⁵ Um voto da Alemanha ou da França, por exemplo, hoje, tem um peso de 29 num total de 345, ao passo que um voto do Chipre ou da Letónia expressam, cada qual, quatro votos.

Voltando ao tema sob exame, **para a efetivação dos valores constitucionais em jogo, segundo entendo, basta que nenhum dos integrantes do ente regional seja excluído dos processos decisórios que nele ocorrem, ou possa, sozinho, definir os rumos de gestão deste.** Também não me parece aceitável, do ponto de vista constitucional, que a vontade do conjunto dos Municípios prevaleça sobre a do Estado instituidor do ente regional ou vice-versa.

Em resumo, entendo, na mesma linha dos votos proferidos pelos Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, que a constitucionalidade dos modelos de gestão das entidades regionais, previstas no art. 25, § 3º, da CF, está condicionada ao compartilhamento do poder decisório entre o Estado instituidor e os Municípios que as integram, sem que se exija uma participação paritária relativamente a qualquer um deles.

15 Sobre a questão: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, *Globalização, Regionalização e Soberania. Op. cit.*, p. 177.

15. ARRANJOS INSTITUCIONAIS PARADIGMÁTICOS NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

O arranjo institucional acima descrito já encontra expressão no plano normativo, ao menos na Constituição Estado de São Paulo.

Com efeito, um dos modelos de gestão regional que se mostra mais compatível com os ditames constitucionais, no tocante ao assunto em foco, é a Carta Política bandeirante, promulgada em 1989.

A Constituição paulista estabeleceu uma gestão compartilhada entre o Estado e os Municípios, em conselhos dotados de caráter deliberativo, prevendo neles, ainda, a participação popular, em respeito à nova democracia participativa inaugurada pela Constituição Federal de 1988, a saber:

“Das Entidades Regionais

Artigo 153 - O território estadual poderá ser dividido, total ou parcialmente, em unidades regionais constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, mediante lei complementar, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum, atendidas as respectivas peculiaridades.

§ 1º - Considera-se região metropolitana o agrupamento de Municípios limítrofes que assuma destacada expressão nacional, em razão de elevada densidade demográfica, significativa conurbação e de funções urbanas e regionais com alto grau de diversidade, especialização e integração sócio-econômica, exigindo planejamento integrado e ação conjunta permanente dos entes públicos nela atuantes.

§ 2º - Considera-se aglomeração urbana o agrupamento de Municípios limítrofes que apresente relação de integração funcional de natureza econômico-social e urbanização contínua entre dois ou mais Municípios ou manifesta tendência nesse sentido, que exija

planejamento integrado e recomende ação coordenada dos entes públicos nela atuantes.

§ 3º - *Considera-se microrregião o agrupamento de Municípios limítrofes que apresente, entre si, relações de interação funcional de natureza físico-territorial, econômico-social e administrativa, exigindo planejamento integrado com vistas a criar condições adequadas para o desenvolvimento e integração regional.*

Artigo 154 - *Visando a promover o planejamento regional, a organização e execução das funções públicas de interesse comum, o Estado criará, mediante lei complementar, para cada unidade regional, **um conselho de caráter normativo e deliberativo**, bem como disporá sobre a organização, a articulação, a coordenação e, conforme o caso, a fusão de entidades ou órgãos públicos atuantes na região, assegurada, nestes e naquele, **a participação paritária do conjunto dos Municípios, com relação ao Estado.***

§ 1º - *Em regiões metropolitanas, o conselho a que alude o caput deste artigo integrará entidade pública de caráter territorial, vinculando-se a ele os respectivos órgãos de direção e execução, bem como as entidades regionais e setoriais executoras das funções públicas de interesse comum, no que respeita ao planejamento e às medidas para sua implementação.*

§ 2º - *É assegurada, nos termos da lei complementar, **a participação da população no processo de planejamento e tomada de decisões, bem como na fiscalização da realização de serviços ou funções públicas em nível regional.***

§ 3º - *A participação dos municípios nos conselhos deliberativos e normativos regionais, previstos no caput deste artigo, será disciplinada em lei complementar.*

Artigo 155 - *Os Municípios deverão compatibilizar, no que couber, seus planos, programas, orçamentos, investimentos e ações às metas, diretrizes e objetivos estabelecidos nos planos e programas estaduais, regionais e setoriais de desenvolvimento econômico-social e de ordenação territorial, quando expressamente estabelecidos pelo conselho a que se refere o art. 154.*

Parágrafo único - *O Estado, no que couber, compatibilizará os planos e programas estaduais, regionais e setoriais de*

desenvolvimento, com o plano diretor dos Municípios e as prioridades da população local.

Artigo 156 - Os planos plurianuais do Estado estabelecerão, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da Administração Estadual.

Artigo 157 - O Estado e os Municípios destinarão recursos financeiros específicos, nos respectivos planos plurianuais e orçamentos, para o desenvolvimento de funções públicas de interesse comum, observado o disposto no art. 174 desta Constituição.

Artigo 158 - Em região metropolitana ou aglomeração urbana, o planejamento do transporte coletivo de caráter regional será efetuado pelo Estado, em conjunto com os municípios integrantes das respectivas entidades regionais.

Parágrafo único - Caberá ao Estado a operação do transporte coletivo de caráter regional, diretamente ou mediante concessão ou permissão" (grifos meus).

O centro nevrálgico do modelo paulista de gestão regional é o caráter normativo e deliberativo da atuação do Conselho, relativamente ao qual se previu não apenas a gestão conjunta dos diferentes entes federativos que compõem a entidade territorial, como também se garantiu a participação da sociedade civil no processo de tomada de decisões.

16. DA NECESSIDADE DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PLANEJAMENTO REGIONAL

Quanto à participação popular na gestão desses novos entes constitucionais, Luís José Pedretti, outro conhecido estudioso do fenômeno regional, tratando do modelo paulista de gestão regional, afirma que

"(...) temos que dar muita importância à figura do Conselho de Desenvolvimento, que, na verdade, se transforma num fórum de

*debates, onde representantes do Estado, dos Municípios da Região Metropolitana e da sociedade civil debatem os assuntos de interesse da região. Este Conselho teria funções normativas e deliberativas e seria composto (paritária) pelo conjunto dos municípios que integram a Região Metropolitana e por representantes do Estado que estejam vinculados às funções públicas de interesse comum”.*¹⁶

Essa participação da sociedade civil no planejamento, regulação e execução de funções públicas de interesse comum, dentre as quais está o saneamento básico configura, como já assinalado, a concretização de alguns dos valores mais caros ao ordenamento constitucional vigente.

De fato, a participação popular atualmente não ocorre mais apenas a partir do indivíduo, do cidadão isolado, ente privilegiado e até endeusado pelas instituições político-jurídicas do liberalismo. O final do século XX e o século XXI certamente entrarão para a História como épocas em que o indivíduo se eclipsa, surgindo em seu lugar as associações, protegidas constitucionalmente, que se multiplicam nas chamadas “organizações não governamentais”.

Esse fenômeno, aliado às deficiências da representação política tradicional, deu origem a alguns institutos, que diminuem a distância entre os cidadãos e o poder, com destaque para o plebiscito, o referendo, a iniciativa legislativa, o veto popular e o *recall*, dos quais os três primeiros foram incorporados à nossa Constituição (art. 14, I, II e III).

Aliás, soaria estranho que a Constituição houvesse garantido, às associações representativas de municípios, a faculdade de intervir no planejamento local, no art. 29, XII, para retirar-lhes tal direito, caso as comunas venham a integrar um ente regional, nos termos do art. 25, § 3º, do mesmo Texto Magno.

16 PEDRETTI, Luíz José: Proposta de Reorganização da Região Metropolitana. *Dinâmicas Metropolitanas*, São Paulo, Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo/CEPAM, 2002, pp. 48-50.

17. DA COMPATIBILIZAÇÃO DA GESTÃO REGIONAL COM AS NORMAS CONSTITUCIONAIS

É importante ressaltar que não se pretende aqui estabelecer um padrão único e homogêneo gestão dos novos entes territoriais, porquanto há especificidades regionais que devem ser respeitadas na organização, planejamento, regulação, execução e fiscalização das funções públicas de interesse comum que neles se desenvolvem.

Existe, contudo, não se pode olvidar, um mínimo denominador comum, derivado dos princípios e regras constitucionais que regem a matéria, o qual condiciona e legitima o relacionamento dos diferentes entes da Federação entre si.

No caso das entidades regionais, o mínimo denominador comum para o seu adequado funcionamento consiste no compartilhamento das decisões relativas às funções públicas de interesse comum, inclusive quanto ao poder de concessão dos respectivos serviços, de tal modo que não haja concentração dessa competência na esfera de um único ente, seja ele o Estado instituidor, o Município-pólo ou qualquer dos demais Municípios, e desde que não se dê a preponderância da vontade de determinado ente federado sobre os outros no processo de tomada de decisão.

Nessa linha, parece razoável, além de revestir-se do necessário pragmatismo, a solução alvitada pelo Ministro Joaquim Barbosa, acima lembrada, segundo a qual *“a titularidade do exercício das funções públicas de interesse comum passa para a nova entidade político-territorial-administrativa, de caráter intergovernamental”*.

E, de fato, não me parece haver nenhum problema em delegar a

ADI 1842 / RJ

execução das funções públicas de interesse comum a essa autarquia territorial, intergovernamental e plurifuncional, na concepção da Alaor Caffé Alves, desde que a lei complementar instituidora da entidade regional lhe confira personalidade jurídica própria, bem como o poder concedente quanto aos serviços de interesse comum, nos termos do art. 25, § 3º, combinado com os arts. 37, XIX, e 175 da Carta Magna.

Em abono dessa perspectiva, trago à colação o ensinamento de Edmir Netto de Araújo, abaixo transcrito:

*“As pessoas políticas (que atuam através da administração centralizada) possuem, em suas circunscrições, **competências genéricas** nas matérias que a Constituição lhes atribui, dentre estas a de organizar e estruturar seus próprios serviços.*

*Partes **específicas** dessas competências podem ser **transferidas** para entidades que elas tenham criado por lei, ou mesmo adquirido na forma civil. Assim sendo, a transferência de titularidade de certo serviço público para entidade estatal deve ocorrer por lei, geralmente a própria lei que cria a entidade, o que não impede que tal aconteça por lei específica para entidade já existente. É assim que são atribuídos, **sem necessidade de contrato de concessão ou permissão**, serviços públicos a entidades estatais descentralizadas como autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, empresas sob o controle acionário do Estado e fundações privadas instituídas pelo Poder Público, que terão, então, **competências específicas** que a lei lhes confere” (grifos no original).¹⁷*

Em suma, a própria lei complementar que institui a entidade regional poderá lhe conferir personalidade jurídica - que terá natureza territorial-autárquica -, transferindo àquela a titularidade dos serviços públicos reputados de interesse comum, exercendo-a por delegação dos entes federados que detém a titularidade originária.

17 ARAÚJO. Edmir Netto. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 118.

18. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

De acordo com o art. 27 da Lei 9.868/1999, o Supremo Tribunal Federal pode modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com o objetivo de preservar a segurança jurídica e o excepcional interesse social envolvidos no julgamento de determinado caso, conforme segue:

“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

O STF usou por diversas vezes dessa faculdade, como, por exemplo, na ADI 3.819/MG, Rel. Min. Eros Grau.

Neste caso, está evidenciada a necessidade da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, uma vez que se cuida de decisão que envolve a prestação de serviços públicos relevantes na Região Metropolitana do Rio de Janeiro e da Microrregião dos Lagos, os quais não podem sofrer solução de continuidade.

A declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados sem a modulação dos efeitos teria como consequência a imediata interrupção da prestação destes, em razão das máculas constitucionais que ostentam.

Tendo em conta, destarte, a segurança jurídica e o excepcional interesse social envolvidos na questão, entendo ser cabível a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade a ser eventualmente declarada por esta Corte, para que o Estado do Rio de Janeiro tenha, tal como sugerido pelo

ADI 1842 / RJ

Ministro Gilmar Mendes, 24 (vinte e quatro) meses, a contar da data de conclusão deste julgamento, para elaborar um novo modelo de planejamento e execução das funções públicas de interesse comum nas regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões em seu território, estabelecendo uma gestão compartilhada entre os Municípios e o Estado, sem que se tenha a concentração do poder decisório em qualquer um dos entes federados, garantida, ainda, a participação popular no processo decisório.

19. DA PARTE DISPOSITIVA

Isso posto, pelo meu voto, julgo prejudicada a Ação Direta de Inconstitucionalidade quanto ao Decreto 24.631/1998 do Estado do Rio de Janeiro e aos artigos 1º, *caput* e § 1º, 2º, *caput*, 4º, *caput* e incisos I a VII, 11, *caput*, e incisos I a VI, da Lei Complementar fluminense 87/1997.

Ademais, no mérito, julgo procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “*a ser submetido à Assembleia Legislativa*” do inciso I do art. 5º, além do parágrafo 2º do art. 4º, do parágrafo único do art. 5º, dos incisos I, II, IV e V do art. 6º, do art. 7º, do art. 10, e do parágrafo 2º do art. 11, da Lei Complementar 87/1997 do Estado do Rio de Janeiro, bem como dos arts. 11 a 21 da Lei fluminense 2.869/1997, modulando os efeitos da declaração para que só tenha eficácia a partir de 24 (vinte e quatro) meses após a conclusão deste julgamento.