

03/04/2008

PLENÁRIO

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.077 BAHIA

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Cuida-se de medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pelo Partido dos Trabalhadores-PT, com fundamento no art. 102, I, "a" e "p", da Carta Magna, em face dos arts. 59, inciso V; 228, caput e parágrafo 1º; 230; e 238, VI da Constituição do Estado da Bahia, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 19 de janeiro de 1999 (EC nº 7/1999/BA).

Em virtude do transcurso de tempo decorrido desde o início do julgamento, transcrevo os dispositivos atacados:

"Art. 59. Cabe ao Município, além das competências previstas na Constituição Federal:

V - organizar e prestar os serviços públicos de interesse local, assim considerados aqueles cuja execução tenha início e conclusão no seu limite territorial, e que seja realizado, quando for o caso, exclusivamente com seus recursos naturais, incluindo o transporte coletivo, que tem caráter emergencial.

Art. 228. Compete ao Estado instituir diretrizes e

ADI 2.077 MC / BA

prestar diretamente ou mediante concessão, os serviços de saneamento básico, sempre que os recursos econômicos ou naturais necessários incluam-se entre seus bens, ou ainda, que necessitem integrar a organização, o planejamento e a execução de interesse comum a mais de um Município.

§ 1º. O Estado desenvolverá mecanismos institucionais e financeiros destinados a garantir os benefícios do saneamento básico à totalidade da população.

Art. 230. É facultada ao Estado ou a quem detiver a concessão, permissão ou outorga, a cobrança de taxas ou tarifas pela prestação de serviços de saneamento básico, na forma da lei,

Art. 238. Compete ao Sistema Único de Saúde, no Estado, além de outras atribuições:

VI – participar da formulação de política e da execução das ações de saneamento básico.”

Síntese da Controvérsia

Na espécie, o requerente sustenta a inconstitucionalidade dos citados dispositivos por supostamente definirem restritivamente o interesse local e outorgarem ao Estado da Bahia à titularidade dos serviços de saneamento básico.

O Relator, Min. Ilmar Galvão, apresentou ao Plenário voto

ADI 2.077 MC / BA

pela concessão parcial da medida cautelar, suspendendo a eficácia da expressão “assim considerados aqueles cuja execução tenha início e conclusão no seu limite territorial, e que seja realizado, quando for o caso, exclusivamente com seus recursos naturais” do inciso V do art. 59 e do caput do art. 228 da Constituição do Estado da Bahia, com redação da EC nº 7/1999/BA, sob o fundamento de que tais normas afastam a possibilidade de os Municípios organizarem e prestarem serviços públicos de saneamento básico, além de utilizarem de instrumentos como convênios para serviços públicos gerados ou concluídos fora de seu território.

Na ocasião, o Min. Nelson Jobim acompanhou o relator, reconhecendo “a competência executória do serviço de saneamento básico, não aos Estados ou aos Municípios, mas a um agrupamento de Municípios”.

No mesmo sentido, manifestou-se o Min. Eros Grau, defendendo que “a competência para a prestação dos chamados serviços comuns permanece sob a titularidade dos Municípios; a eles incumbe a delegação a entidade da Administração Indireta ou a outorga de concessão a empresa privada, quando a sua prestação for empreendida não diretamente por eles”.

ADI 1842/RJ

Apesar de as normas em apreço não versarem diretamente sobre regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, o tema controvertido na presente ADI é bastante similar ao tratado no

ADI 2.077 MC / BA

juízo da ADI 1842/RJ e demais ADIs que cuidam da titularidade do serviço de saneamento básico tendo em vista a instituição da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (art. 1º da LC 87/1997/RJ) e da Microrregião dos Lagos (art. 2º da LC 87/1997/RJ).

Com efeito, a definição das funções públicas de interesse local depende necessariamente da delimitação daquelas de interesse comum, para cuja integração os agrupamentos de Municípios são constituídos.

No caso da ADI 1842/RJ, as normas estaduais fluminenses definem o respectivo interesse metropolitano ou comum como “as funções públicas e os serviços que atendam a mais de um Município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como os serviços supramunicipais” (art. 3º da LC 87/1997/RJ). Ademais, atribuem ao Estado do Rio de Janeiro a qualidade de Poder Concedente para prestação de serviços públicos relativos ao estabelecido interesse metropolitano (arts. 5º, parágrafo único, e 7º da LC 87/1997/RJ; e 3º e 12 da Lei 2.869/1997/RJ).

Inicialmente, o Relator da ADI 1842/RJ, Min. Maurício Corrêa, julgou improcedentes a ação, aduzindo que a instituição de conglomerados urbanos por atuação legislativa do Estado não afronta à autonomia municipal, minimizada pelo art. 25, § 3º, da Constituição Federal.

ADI 2.077 MC / BA

Nessa linha, o Min. Maurício Corrêa afirmou que o agrupamento de Municípios ocorre “para cometer ao Estado a responsabilidade pela implantação de políticas unificadas de prestação de serviços públicos, objetivando ganhar em eficiência e economicidade, considerados os interesses coletivos e não individuais”. Ainda complementa:

“Sob outra perspectiva, a demanda por serviços públicos agiganta-se de tal modo que as autoridades executivas não conseguem, isoladamente, atender às necessidades da sociedade, impondo-se uma ação conjunta e unificada dos entes envolvidos, especialmente da unidade federada, a quem incumbe a coordenação, até porque o número de habitantes de cada Município desses conglomerados compõe a própria população do Estado-membro.

Indaga-se, no caso desses aglomerados, o que se pretende com a delimitação de uma área de serviços unificados. Busca-se a personificação de um ente para fins de administração centralizada, que planeje a atuação pública sobre território definido e que coordene e execute obras e serviços de interesse comum de toda a área, de sorte que a população seja atendida com eficiência. Por outro lado, a complexidade das obras e dos serviços metropolitanos, invariavelmente de altíssimo custo, não permite que os poderes executivos municipais, de forma isolada, os

ADI 2.077 MC / BA

satisfaçam. Como o interesse da sociedade, aliás direito público oponível contra o Estado, é de âmbito regional e não apenas local, a Constituição autorizou a instituição desses aglomerados, sempre por lei complementar pela relevância que se revestem.”

Especificamente quanto ao serviço de saneamento básico, o voto do Min. Maurício Corrêa assentou:

“Os incisos I a VII [do art. 3º da LC 87/1997/RJ] não fogem à finalidade e aos limites da permissão constitucional. Tratam do *planejamento integrado do desenvolvimento econômico e social* da região como um todo; da questão do saneamento básico, aí incluído o abastecimento de água, tema de manifesto interesse regional, dado que, em geral, os mananciais são comuns a diversos Municípios, afigurando-se conveniente que sua exploração ocorra de forma racional e compartilhada (...).

(...)

Por tudo o que foi dito anteriormente, parece-me claro que as questões de saneamento básico extrapolam os limites de interesse exclusivo dos Municípios, justificando-se a participação do estado-membro.

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

ADI 2.077 MC / BA

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 de seu uso de outorga do Poder Público federal ou estadual, conforme sejam águas federais ou estaduais.

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).

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.”

ADI 2.077 MC / BA

De outra sorte, os Ministros Joaquim Barbosa e Nelson Jobim abriram divergência naquele caso para julgar procedente a ação quanto (a) à expressão “a ser submetido à assembléia legislativa” do inciso I do art. 5º, (b) ao parágrafo único do art. 5º; (c) aos incisos I, II, IV e V do art. 6º; (d) ao art. 7º; (e) ao art. 10, todos da LC 87/1997/RJ; além dos (f) arts. 11 a 21 da Lei nº 2.869/1997/RJ.

Em resumo, a divergência argumenta que o estabelecimento de uma região metropolitana não significa simples transferência de competências para o Estado.

Nesse sentido, o voto do Min. Joaquim Barbosa assentou que a restrição à autonomia dos Municípios metropolitanos não decorre da criação individual de cada região metropolitana, mas da configuração normativa constitucional, devendo ser preservada sua capacidade de decidir efetivamente sobre os destinos da região. E o Min. Joaquim Barbosa concluiu:

“Assim, a criação de uma região metropolitana não pode, em hipótese alguma, significar o amesquinamento da autonomia política dos municípios dela integrantes, materializando no controle e na gestão solitária pelo estado das funções públicas de interesse comum. Vale dizer, a titularidade do exercício das funções públicas de interesse comum passa para a nova entidade público-territorial-

ADI 2.077 MC / BA

administrativa, de caráter intergovernamental, que nasce em consequência da criação da região metropolitana.”

Por sua vez, o voto do Min. Nelson Jobim aduziu:

“Considerando o contexto da prestação de serviço de saneamento básico no Brasil, as características de indivisibilidade do serviço, na maioria das situações concretas, as realidades práticas de municípios ditos ‘deficitários’ e outros considerados ‘superavitários’, e ainda os dispositivos da Constituição Federal que claramente prevêm uma competência compartilhada entre União, Estados e Municípios nessa temática, proferi voto no sentido de reconhecer a competência executória do serviço de saneamento básico, não aos Estados ou aos Municípios, mas a um agrupamento de municípios.”

Nessa linha, o Min. Nelson Jobim concluiu:

“(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;

ADI 2.077 MC / BA

(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;

(...)

(1.10) 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;

(...)

(1.13) 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.

(...)

(1.16) 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

ADI 2.077 MC / BA

autorização da Assembléia 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.”

Segundo os votos divergentes, o parâmetro para aferição da constitucionalidade das normas que estipulassem a região metropolitana residiria no “respeito à divisão de responsabilidade entre Municípios e Estado”.

Por esse motivo, a posição divergente entendeu como inconstitucional os dispositivos da LC 87/1997/RJ e da Lei nº 2.869/1997/RJ que regulam a tarifa, inclusive reajuste e revisão, e o serviço de saneamento básico.

Dessa forma, duas orientações despontam quanto à possibilidade de transferência aos estados dos serviços de saneamento básico: (i) a posição do Ministro Maurício Corrêa, que permite a alteração da titularidade para os Estados, inclusive atuando como poder concedente desses serviços; e (ii) o entendimento dos Ministros Ilmar Galvão, Nelson Jobim, Joaquim Barbosa e Eros Grau que não a admitem.

Destaque-se, no entanto, que os votos divergentes não

ADI 2.077 MC / BA

coincidem quanto à titularidade das funções públicas de interesse metropolitano.

Enquanto o r. voto do Min. Nelson Jobim ressalta que “as funções administrativas e executivas da REGIÃO METROPOLITANA somente podem ser exercidas por órgão próprio ou por órgão (público ou privado) a partir da autorização ou concessão dos Municípios formadores”, o entendimento do Min. Joaquim Barbosa assenta que “a titularidade do exercício das funções públicas de interesse comum passa para a nova entidade político-territorial-administrativa, de caráter intergovernamental, que nasce em consequência da criação da região metropolitana”.

Para melhor examinar a controvérsia, pedi vista de ambos os casos. Passo a examiná-los separadamente.

Autonomia Municipal e Integração Metropolitana

Na espécie, a questão centra-se na preservação de dois importantes valores constitucionais: a autonomia municipal e a integração dos serviços de saneamento básico.

Apesar de a Constituição do Estado da Bahia não instituir diretamente regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões, é evidente que a discussão sobre serviços comuns e de interesse local diz respeito aos agrupamentos de Municípios, especialmente quanto ao serviço de saneamento básico, como demonstra o caso fluminense, nos autos da ADI 1842/RJ.

ADI 2.077 MC / BA

Dessa forma, é relevante perquirir a dicotomia interesse comum e local, a partir da autonomia municipal e da integração metropolitana.

Relativamente à autonomia municipal, a Constituição Federal conferiu ênfase ao mencionar os Municípios como integrantes do sistema federativo (art. 1º da CF/1988) e ao fixar sua autonomia junto com os Estados e Distrito Federal (art. 18 da CF/1988).

Observe-se que o texto constitucional de 1988, na linha da tradição brasileira (CF de 1946, art. 7º, VII, “e”; CF de 1967/1969, art. 10, VII, “e”), manteve a autonomia municipal como princípio sensível (CF, art. 34, VII, “c”).

Alguns contornos institucionais permitem fornecer alguma densidade para o parâmetro de controle da *autonomia municipal*. Por exemplo, reconheceu-se ao Município competência para legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar a legislação federal e estadual no que couber, instituir e arrecadar os tributos de sua competência (taxas, imposto predial e territorial urbano, transmissão *inter vivos*, por ato oneroso, de bens imóveis, serviços de qualquer natureza – CF, arts. 30 e 156).

Previu-se, ainda, a aprovação de lei orgânica municipal, com a observância dos princípios estabelecidos na Constituição (eleição de prefeito, vice-prefeito e vereadores, número de vereadores, sistema

ADI 2.077 MC / BA

remuneratório dos agentes políticos, iniciativa popular, inviolabilidade dos vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município, limites de gastos do Poder Legislativo Municipal, sistema de prestação de contas e de controle externo), a teor dos arts. 28 e 29 da Carta Magna.

Em reforço à autonomia municipal, estabelece a Constituição sistema de transferência de recursos do Estado-membro e da União para os Municípios (CF, arts. 158, IV, e 159, I, “a”).

Tradicionalmente, a autonomia municipal tem importante relevo na história brasileira, sendo inclusive anterior à autonomia estadual e à própria instituição do Federalismo no País [cf. GARCIA, Maria. “O Modelo Político Brasileiro: Pacto Federativo ou Estado Unitário” in MARTINS, MENDES & TAVARES (coord.). *Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005. pp. 778 (791-792)].

Nada obstante a extensa discussão doutrinária acerca da natureza, ou não, dos Municípios como entes federados (a propósito, cf. MENDES, COELHO & BRANCO. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 769-770; CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. pp. 53 e ss.), é possível caracterizar o núcleo essencial da autonomia municipal consoante as diretrizes constitucionais supracitadas.

De forma geral, a autonomia demanda a pluralidade de

ADI 2.077 MC / BA

ordenamentos e a repartição de competências. Em seu clássico estudo, o Prof. Baracho bem assentou que a autonomia pressupõe “poder de direito público não soberano, que pode, em virtude de direito próprio e não em virtude de delegação, estabelecer regras de direito obrigatórias” (cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 85).

Especificamente quanto à autonomia dos Municípios, a doutrina destaca quatro atribuições ou capacidades essenciais:

“a) *poder de auto-organização* (elaboração de lei orgânica própria); b) *poder de autogoverno*, pela eletividade do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores; c) *poder normativo próprio*, ou de autolegislação, mediante a elaboração de leis municipais na área de sua competência exclusiva e suplementar; e d) *poder de auto-administração*: administração própria para criar, manter e prestar os serviços de interesse local, bem como legislar sobre seus tributos e aplicar suas rendas” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 93).

Dessas atribuições, caracterizam-se os elementos da autonomia municipal:

“*autonomia política* (capacidade de auto-organização e autogoverno), a *autonomia normativa* (capacidade de fazer leis próprias sobre matéria de sua competência), a *autonomia administrativa* (administração própria e organização de serviços locais) e a *autonomia financeira* (capacidade de decretação de seus tributos e aplicação de suas rendas, que é uma característica da auto-administração).” (SILVA, José Afonso da Silva. O

ADI 2.077 MC / BA

Município na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pp. 8-9).

Em sentido semelhante, o art. 28 (2) 1 da Constituição Alemã garante a autonomia municipal nos seguintes termos: “Aos Municípios deve ser garantido o direito de regular todos os interesses da comunidade local, nos moldes das leis, com responsabilidade própria.” (*Den Gemeinden muß das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln*).

A propósito dessa garantia, o Prof. Otto Gönnerwein ensina:

“El derecho a la autonomía administrativa no es ningún derecho fundamental em el sentido de um derecho público subjetivo de los Municipios, ninguna ‘libertad del Municipio’ fundamental como aquella de que hablaba la Constitución de 1848. A la autonomía administrativa se le concede más bien una *garantía institucional*. Está protegida contra cualquier posible supresión por parte del legislador. Pero el todavía discutido artículo 91 de la Ley del Tribunal de Constitucionalidade concede a los Municipios una protección jurídica inmediata em la figura de la queja constitucional por la cual, en caso necesario, puede declararse nula una norma legal que contravenga el artículo 28.

En la práctica, la garantía institucional se aproxima así, nuevamente, a una concesión de una esfera de libertad fundamental. De modo indirecto se reconoce también con ello el derecho del individuo a desarrollar em la comunidad local, juntamente con los demás ciudadanos, una administración independiente del Estado. Al Municipio se le conceden derechos de defensa contra el Estado, cuando el poder legislativo o

el ejecutivo violan el derecho a la autonomía administrativa, institucionalmente garantizado. De ello resulta un 'derecho reflejo' de los ciudadanos del Municipio a participar a la administración de los asuntos de su comunidad local. Por lo demás, el Estado Federal no impide a los legisladores de los Estados a configurar el derecho a la autonomía administrativa como un derecho público subjetivo de los Municipios.

En cuanto al alcance de la garantía institucional, la sentencia del 10-11 de diciembre de 1929 del Tribunal del Estado del Imperio Alemán ha perdurado como modelo. No sólo es inadmisibles la supresión total de la competencia del Municipio, sino que el legislador tampoco debe coartarla de tal forma que su autonomía administrativa quede interiormente vacía, pierda la posibilidad de actuar firmemente y sólo pueda llevar una existencia ficticia; es decir, que se realice lo que se ha llamado un 'bloqueo de esencia'. Las tareas del Municipio no deben contraerse a los 'retazos de asuntos públicos no reclamados por el Estado'. Al juzgar el problema de si existe una intromisión contra la esencia de la autonomía, hay que atender a lo que queda de esa autonomía después de esa intromisión. En la determinación del concepto de autonomía administrativa no es la historia lo menos importante.

Habría que considerar ficticia la existencia de los Municipios si el legislador del Estado separara la administración comunal partes de su núcleo y de su centro, por ejemplo, si al igual que los Estados principescos absolutos, quisiera arrebatar a los Municipios la administración de su patrimonio, e hiciera nombrar los órganos y los funcionarios de los Municipios por las autoridades del Estado, y también cuando quisiera configurar la inspección del Estado según las líneas históricas de la tutela y, por ejemplo, declarara ejecutables las decisiones de los Municipios únicamente cuando, después de ser sometidas a las

ADI 2.077 MC / BA

autoridades de inspección, no suscitaran objeciones. También existiría una falta de contenido em la autonomía administrativa cuando el Estado convirtiera gran parte de las tareas de la comunidad local em tareas del Estado, y confiara su desempeño a los Municipios sólo em carácter delegado. Las tareas importantes de la comunidad local no pueden sustraerse al desempeño por los Municipios, bajo su propia responsabilidad, cosa que ocurriría si existiera una administración delegada.”(GÖNNENWEIN, Otto. *Derecho Municipal Alemán*. Trad. Miguel Saenz-Sagasetta. Madrid: Instituto de Estudios de Administracion Local, 1967. pp. 46/50).

Dessas considerações, desprende-se que a essência da autonomia municipal contém primordialmente (i) *auto-administração*, que implica capacidade de decisória quanto aos interesses locais, sem delegação ou aprovação hierárquica; e (ii) *autogoverno*, que determina a eleição do chefe do Poder Executivo e dos representantes no Poder Legislativo (cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 93).

Com efeito, a característica do *autogoverno* traduz (a) independência da administração municipal em relação a outras estruturas organizacionais e (b) o direito reflexo dos administrados de participarem no processo decisório quanto aos interesses locais, como bem apontou o prof. Gönnerwein, elegendo o poder executivo (prefeito e vice-prefeito) e poder legislativo (vereadores) locais. Por sua natureza, o autogoverno compreende a autonomia política e normativa.

De outra sorte, a *auto-administração* demanda (a) mínimo de

ADI 2.077 MC / BA

competências materiais - incluindo a gestão de seus servidores, patrimônio e tributos – (b) executadas por autoridade, isto é sem delegação, e com responsabilidade próprias.

Evidentemente, o mínimo de competências materiais municipais depende do contexto histórico e circunscreve-se ao interesse predominantemente local, ou seja, aquele interesse que não afeta substancialmente as demais comunidades.

Como bem apontado pelo Prof. Alaôr Caffé Alves, razões de ordem técnica, econômica, ambiental, social, geográfica etc. podem transpor certas atividades e serviços do interesse eminentemente local para o regional e vice-versa, sem constituir qualquer violação à autonomia municipal [ALVES, Alaôr Caffé. “Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado brasileiro” in Revista de Direito Ambiental Vol. 21. Ano 6. jan-mar 2001. p. 57 (77)]

Ademais, o controle da estrutura e do financiamento na gerência de interesses locais é indispensável para que o Município possa implementar suas decisões sem necessidade de autorização ou referendo dos estados e da União.

Logo, a auto-administração engloba a autonomia administrativa e financeira.

A propósito da indeterminação do mínimo de competências materiais e do núcleo essencial da auto-administração (*Selbstverwaltung*),

ADI 2.077 MC / BA

Ramon Martin Mateo assevera:

“Aun reconociendo la exigencia de un núcleo de la Selbstverwaltung especialmente sustraído de las posibilidades dispositivas de las normas infraconstitucionales, tampoco se ha logrado despejar la incógnita con que enfrentamos. Únicamente se le ha permutado porque debe a su vez precisarse cuál sea el contenido esencial de este núcleo de la institución superiormente protegido. Pero ello habrá de volverse a la naturaleza de la Selbstverwaltung municipal como especial forma de gestión de intereses colectivos, especialidad consistente en la propia responsabilidad de los administradores frente al Estado y en la participación en la formación de voluntad de los administrados. Exige, pues, un mínimo de competencias, sin las cuales tales condiciones no se producirían. En supuestos límites cabe detectar qué circunstancias producirían su inexistencia, así el nombramiento de todos los funcionarios por el Estado: su subordinación jerárquica a éste, la eliminación de la representación popular, el despojo absoluto de las posibilidades financieras, etc.

Pero, además, es necesario que esta facultad de autodeterminación se dirija a determinadas finalidades básicas de la comunidad así organizada. Para ello debe dotarse a las corporaciones públicas territoriales de un conjunto de competencias materiales sobre los intereses de la colectividad que representan. Todos los que tengan este carácter, es decir, que su transcendencia no rebase los límites de este reducido grupo social, son encomendados con carácter exclusivo a la gestión municipal. La Constitución se compromete a mantenerlos en sus manos.” (MARTIN MATEO, Ramon. *El Municipio y el Estado en el Derecho Alemán*. Madrid: Imprensa Nacional del Boletín Oficial del

ADI 2.077 MC / BA

Estado, 1965. pp. 152-153).

Em resumo, assegura-se a autonomia municipal desde que preservados o autogoverno e a auto-administração dos Municípios.

No que se refere à integração de Municípios, por sua vez, a Constituição Federal acolheu expressamente a possibilidade de criação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, §3º, *verbis*:

“§ 3º 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”.

Assim, a Carta Magna não ignorou os fenômenos da concentração urbana e da conurbação, ou seus desafios, que extravasam interesses locais de modo a atingir diversas comunidades e a situar-se sob diferentes autoridades municipais. O próprio crescimento das estruturas urbanas conecta Municípios limítrofes de forma tão acentuada que, por vezes, não é possível discernir e precisar responsabilidades e interesses locais.

Em especial, duas dificuldades agravam-se nessa nova estrutura urbana: (i) a inviabilidade econômica e técnica de os Municípios implementarem isoladamente determinadas funções públicas e (ii) a possibilidade de um único Município obstar o adequado atendimento dos

ADI 2.077 MC / BA

interesses de várias comunidades.

Desde a Constituição de 1937, dispõe-se sobre o agrupamento de Municípios “para instalação, exploração e administração dos serviços públicos comuns”, inclusive atribuindo-o “personalidade jurídica limitada a seus fins”. (art. 29, CF/1937). A constituição e administração de tais agrupamentos deveriam ser reguladas por cada Estado, nos termos do parágrafo único do art. 29, CF/1937.

Relativamente à Constituição de 1946, permitiu-se ao Estado tão-somente a criação de “órgão de assistência técnica aos Municípios” (art. 24, CF/1946) para auxiliar no fenômeno metropolitano.

No tocante à Constituição de 1967 (art. 157, § 10º), inclusive com a Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 164), o tema foi tratado no âmbito da Ordem Econômica, dispondo que “a União, mediante lei complementar, poderá para a realização de serviços comuns, estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, façam parte da mesma comunidade sócio-econômica”.

Com amparo nessa disposição, a Lei Complementar federal nº 14/1973 criou as regiões metropolitanas de São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza.

De outra sorte, a atual Carta Magna não só devolve a competência da instituição das regiões metropolitanas aos estados federados, como inaugura outros institutos similares, quais sejam:

ADI 2.077 MC / BA

aglomerações urbanas e microrregiões. O Prof. José Afonso da Silva diferencia os referidos agrupamentos municipais:

*“Região Metropolitana constitui-se de um conjunto de Municípios cujas sedes se unem com certa continuidade urbana em torno de um Município pólo. Microrregiões formam-se de grupos de Municípios limítrofes com certa homogeneidade e problemas administrativos comuns, cujas sedes não sejam unidas por continuidade. Aglomerados urbanos carecem de conceituação, mas, de logo, se percebe que se trata de áreas urbanas, sem um pólo de atração urbana, quer tais áreas sejam cidades sedes dos Municípios, como na baixada santista (em São Paulo), ou não.” (SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 649).*

Para estas formas de integração, a Constituição Federal de 1998 estabelece como requisitos: (i) lei complementar estadual; (ii) agrupamento de municípios limítrofes; (iii) o objetivo de integrar a organização, o planejamento e a execução; (iv) no âmbito de funções públicas; e (v) de interesse comum.

Evidentemente, a integração metropolitana passa necessariamente pela autonomia municipal para dar soluções que vão além do que cada Município pode realizar (cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p.

141).

De forma geral, Hely Lopes Meirelles assim equaciona o equilíbrio entre autonomia municipal e integração metropolitana:

“O essencial é que a lei complementar estadual contenha normas flexíveis para a implantação da Região Metropolitana, sem obstaculizar a atuação estadual e municipal; ofereça a possibilidade de escolha, pelo Estado, do tipo de Região Metropolitana a ser instituída; torne obrigatória a participação do Estado e dos Municípios interessados na direção e nos recursos financeiros da Região Metropolitana; conceitue corretamente as obras e serviços de caráter metropolitano, para que não se aniquile a autonomia dos Municípios pela absorção das atividades de seu interesse local; e, finalmente, se atribuam à Região Metropolitana poderes administrativos e recursos financeiros aptos a permitir o planejamento e a execução das obras e serviços de sua competência sem os entraves da burocracia estatal. Sem estas características a Região metropolitana não atingirá plenamente suas finalidades” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 83).

Em sentido semelhante, o Prof. Alaôr Caffé Alves ensina:

“Pela função da referida lei complementar [que institui agrupamento de Municípios], deduz-se que tais

ADI 2.077 MC / BA

regiões deverão ter tratamento constitucional a nível do Estado, perfazendo as bases institucionais de sua criação e funcionamento em face da existência de municípios delas integrantes. Quer dizer também que, uma vez constituídas por lei complementar, a integração dos municípios será compulsória para o efeito de realização das funções públicas de interesse comum, não podendo o ente local subtrair-se à figura regional, ficando sujeito às condições estabelecidas a nível regional para realizar aquelas funções públicas de interesse comum. Esta peculiaridade, singular em nosso direito, define os limites da autonomia municipal no âmbito urbano-regional metropolitano.” [ALVES, Allaôr Caffé. “Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado brasileiro”. in Revista de Direito Ambiental. Ano 6. Jan-Mar 2001. p. 57 (61-62)].

Destaque-se que ponto fundamental na constituição da integração metropolitana é o *interesse comum*, que não se confunde com o simples somatório de interesses locais.

Com efeito, a partir de fenômenos como a conurbação, o desatendimento de determinadas funções públicas pode afetar não só aquela comunidade, mas pode atingir situações além de suas fronteiras, principalmente considerando os Municípios limítrofes. Ou seja, a falta de determinado serviço ou atividade que normalmente só diz respeito a uma

ADI 2.077 MC / BA

única comunidade, pode eventualmente neutralizar o esforço de vários Municípios ao redor.

Daí que a integração metropolitana surja não só como condição de viabilidade para determinadas políticas públicas, mas como forma de exigir a execução das decisões tomadas coletivamente.

Nesse ponto, destaque-se que o mencionado *interesse comum* não é comum apenas aos Municípios envolvidos, mas ao Estado e aos Municípios do agrupamento urbano (cf. SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 164).

Ressalte-se que o caráter compulsório da participação dos Municípios em regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas já foi acolhido pelo Pleno deste STF, ao julgar inconstitucional tanto a necessidade de aprovação prévia pelas Câmaras Municipais (ADI 1841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20.9.2002) quanto a exigência de plebiscito nas comunidades interessadas (ADI 796/ES, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17.12.1999).

Na verdade, tais aspectos da integração metropolitana (interesse comum e compulsoriedade) não são incompatíveis, em tese, com o núcleo essencial da autonomia dos Municípios participantes.

Com efeito, a decisão e a execução colegiadas são aptas a, por um lado, garantir o adequado atendimento do interesse comum e vincular cada comunidade e, por outro lado, preservar o autogoverno e a auto-administração dos Municípios.

Assim, determinados os elementos essenciais da autonomia municipal e da integração metropolitana, passo a analisar sua relação com a função pública em discussão, qual seja, o saneamento básico.

Interesse comum e Saneamento Básico

Como bem apontado pelo Min. Maurício Corrêa, a competência para promover a melhoria das condições de saneamento básico é comum da União, dos Estados e Municípios (art. 23, IX, CF/1988).

Recentemente, a Lei Federal nº 11.445/2007 - em atendimento ao comando do art. 21, XX, da Carta Magna – fixou diretrizes sobre o saneamento básico, definindo-o nos seguintes termos:

“Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:

a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;

b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;

ADI 2.077 MC / BA

c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;

d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas;”

Não há dúvida quanto à complexidade e à importância da prestação de serviços de saneamento básico.

Por um lado, as próprias circunstâncias naturais e o elevado custo para a adequada prestação do serviço público e, principalmente, para instalação e manutenção da infra-estrutura necessária - como canais e tubos em paralelo para amplo abastecimento de água e recolhimento de esgoto, estruturas de drenagem de águas pluviais, estações de tratamento etc. - demandam expressivos aportes financeiros, além de condições técnicas, que nem sempre estão ao alcance da grande maioria dos Municípios brasileiros.

Ademais, o serviço de saneamento básico constitui monopólio natural, isto é, os custos fixos de implantação e manutenção

ADI 2.077 MC / BA

do sistema são tão elevados que uma única fornecedora pode atender a toda demanda com custo menor que múltiplas fornecedoras (cf. COOTER & ULEN. *Law and Economics*. 5ª ed. Boston: Pearson, 2007. p. 35 e ss. POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7ª ed. New York: Aspen, 2007. p. 367 e ss.).

Assim, a configuração de monopólio natural revela não só ser inexequível o estabelecimento de concorrência na prestação de serviço de saneamento básico, como também indica que a reunião da demanda de Municípios limítrofes pode reduzir custos e tornar o serviço mais atrativo para concessionários privados.

Notoriamente, poucos são os Municípios que por si sós têm condições de atender adequadamente à função pública de saneamento básico. Normalmente, o próprio acesso aos recursos hídricos depende da integração das redes de abastecimento entre diversos Municípios.

Captação, tratamento, adução, reserva, distribuição e, posteriormente, recolhimento e condução do esgoto, bem como sua disposição final indicam várias etapas que usualmente ultrapassam os limites territoriais de um dado Município.

Ademais, raras comunidades compreenderiam isoladamente poder aquisitivo suficiente para atrair o interesse de concessionários privados ou para custear diretamente a prestação dos serviços inerentes ao saneamento básico.

Por outro lado, a inadequação na prestação da função pública

ADI 2.077 MC / BA

de saneamento básico enseja problemas ambientais e de saúde pública que afetam comunidades próximas, principalmente nos casos em que se verifica o fenômeno da conurbação.

O vínculo entre saneamento básico e saúde pública é tão estreito que a própria Constituição Federal atribuiu competência ao SUS para participar na formulação da política e da execução das ações de saneamento básico (art. 200, IV, CF/1988).

Dessa forma, a função pública do saneamento básico freqüentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum, apta a ensejar a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição Federal.

Com efeito, a integração do planejamento e execução do saneamento básico de agrupamento de Municípios não só privilegia a economicidade e eficiência de recursos naturais e financeiros - por exemplo, aproveitando estação de tratamento e redes de distribuição e coleta para diversas comunidades - como permite subsídios cruzados, isto é, a compensação de *deficit* na prestação de serviço em determinadas áreas com o *superavit* verificado nas áreas de maior poder aquisitivo.

Registre-se que esta integração pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante os arts. 3º, II, e 24 da Lei federal nº 11.445/2007 e 241 da Constituição Federal, como compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei complementar

ADI 2.077 MC / BA

estadual que institui as aglomerações urbanas.

No direito comparado, discutem-se vários modelos que permitam a integração de comunidades locais para a prestação da função de saneamento básico.

Por exemplo, na área metropolitana de Nova Iorque (NYC) ocorreu verdadeira incorporação de diferentes Municípios (Bronx, Brooklin, Manhattan, Queens e Staten Island) para concentrar a execução dos serviços de saneamento básico sob a autoridade do prefeito do Município pólo. Assim, o *New York City Department of Environmental Protection* controla todo o serviço de abastecimento de água e recolhimento de esgoto.

A anexação de Municípios menores pelos Municípios pólos foi a primeira solução promovida para atender interesses comuns (MARTIN MATEO, Ramon. *Problematica Metropolitana*. Madrid: Montecorvo, 1974. p. 233).

Tal modelo ainda é empregado atualmente, como demonstra o caso da Cidade de Toronto, em que foram incorporados 6 Municípios de seu entorno (cf. BURNS, Daniel. "A recente reforma municipal do Canadá com atenção particular ao caso de Toronto" in *O Desafio da Gestão das Regiões Metropolitanas em Países Federativos*. Brasília, Câmara dos Deputados, 2004. p. 27-29).

Na Alemanha, destaca-se o modelo dos *Kreise*, que institui associação distrital, com regime de competências de interesse comum. A

ADI 2.077 MC / BA

propósito, Andreas J. Krell explicita a natureza e características das circunscrições municipais:

“Nesse ponto, cabe fazer um excursus 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 supra-municipais 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).

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.

ADI 2.077 MC / BA

“Perspectivas dos Municípios”, in *Livro de Teses da XVI Conferência Nacional de Advogados*, Brasília: OAB, s.d., p.44).

Ainda a respeito dos *Kreise*, Aspásia Camargo asseverou em estudo comparativo entre os federalismos alemão e brasileiro:

“Os mecanismos de cooperação horizontal entre municípios [alemães] são muito mais eficazes, em torno do Kreis, e correspondem a unidades microrregionais de planejamento, e as ações estratégicas de conjunto, a mecanismos de controle e execução nas quais se aplica o princípio da subsidiariedade em favor dos mais fracos, sempre de maneira complementar e respeitando o espaço de autonomia das comunas”. (CAMARGO, Aspásia “Federalismo Cooperativo e o Princípio da Subsidiariedade: Notas sobre a Experiência Recente do Brasil e da Alemanha”, in HOFMEISTER & CARNEIRO, *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 82).

Na Espanha, aplicou-se modelo na região metropolitana de Bilbao em que havia um conselho geral, com representantes dos Municípios periféricos, e uma comissão executiva, presidida pelo prefeito do Município pólo. Todavia, não se estabeleceu competências claras que diferenciasssem o papel da organização metropolitana e dos Municípios que a compunham (cf. MARTIN MATEO, Ramon. *Problemática Metropolitana*. Madrid: Montecorvo, 1974. p. 234/235).

Ressalte-se que após a nova constituição espanhola de 1978, os modelos regionais foram reformulados de acordo com cada *Comunidad*

ADI 2.077 MC / BA

Autonoma. Assim, enquanto na região metropolitana de Madri os serviços de saneamento básico são executados exclusivamente por meio da empresa pública *Canal de Isabel II*, na região de Barcelona a adesão à Entidade de Meio Ambiente da Área Metropolitana não é compulsória.

Na Índia, a responsabilidade pelas áreas metropolitanas não é dos governos locais ou da União, mas dos governos estaduais, que em geral criam instituições especializadas.

A exceção é a região metropolitana de Nova Delhi, pois na qualidade de capital da Índia, constitui território da União, com Poder Legislativo próprio. Formada em 1957, a Grande Delhi amalgamou 11 Municípios ao Município de Delhi, que só abrange 10% da área metropolitana.

A partir de então, a responsabilidade pelos serviços básicos de “construção, manutenção e limpeza de drenos e trabalhos de drenagem; limpeza, remoção e disposição do lixo e outros materiais poluidores; (...) melhorias de bueiros (...); serviço de água; limpeza de vias públicas”; entre outros restou transferida dos Municípios anexados para a *Municipal Corporation of Delhi* (cf. MARTHUR, Om Prakash. “Índia: arranjos financeiros e estruturas de gestão da região metropolitana de Nova Delhi”. in *O Desafio da Gestão das Regiões Metropolitanas em Países Federativos*. Brasília, Câmara dos Deputados, 2004. p. 29-31).

Na França, criaram-se comunidades urbanas, atribuindo ao âmbito metropolitano os serviços sanitários e de saneamento. Também na Inglaterra, definiram-se competências semelhantes entre a Autoridade

ADI 2.077 MC / BA

Metropolitana e os Conselhos de Distrito metropolitano (cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 133).

Por óbvio, modelo funcional de saneamento básico não deve ignorar as indispensáveis fontes de recursos hídricos [cf. BARROSO, Luis Roberto. “Saneamento Básico: Competências Constitucionais da União, Estados e Municípios” in Revista Diálogo Jurídico n° 13 – abr/mai 2002, Salvador, disponível em www.direitopublico.com.br. Acesso em 5.12.2007, p. 5].

No Brasil, a Lei federal n° 9.433/1997 estipulou como fundamento da Política Nacional a administração dos recursos hídricos em função das bacias hidrográficas (art. 1º, V, da Lei n° 9.433/1997).

Com efeito, a bacia hidrográfica deve ser o núcleo da unidade de planejamento e o referencial para toda ação de aproveitamento de recursos hídricos, inclusive de saneamento básico, uma vez que consiste no elemento determinante para viabilidade e racionalidade do sistema.

Ressalte-se que o art. 1º, VI, da Lei n° 9.433/1997 também prevê como fundamento a gestão descentralizada dos recursos hídricos “com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades”.

Dessa forma, a integração metropolitana em função de

ADI 2.077 MC / BA

saneamento básico surge como imperativo da própria Política Nacional dos Recursos Hídricos e deve pautar-se no uso racional dos recursos hídricos, além de promover o adequado atendimento do interesse comum e resguardar a autonomia dos Municípios.

De acordo com o relatório do Seminário “Desafio da Gestão das Regiões Metropolitanas nos Países Federativos” promovido pela Câmara dos Deputados, ao menos 26 áreas metropolitanas, que agregam cerca de 439 Municípios, já foram instituídas no País (cf. MOURA, Rosa. “A situação socioeconômica das Regiões Metropolitanas: desigualdades e diversidade regional” in *O Desafio da Gestão das Regiões Metropolitanas em Países Federativos*. Brasília, Câmara dos Deputados, 2004. p. 34).

Nesse contexto, é preciso garantir, por um lado, que um Município isoladamente não obstrua todo o esforço comum para viabilidade e adequação da função de saneamento básico em toda região metropolitana, microrregião e aglomerado urbano.

Por outro lado, também deve se evitar que o poder decisório e o poder concedente concentrem-se nas mãos de um único ente, quer o Estado federado, quer o Município pólo.

Nesse sentido, a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de Municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos. Repita-se que

ADI 2.077 MC / BA

este caráter compulsório da integração metropolitana não esvazia a autonomia municipal [cf. ALVES, Alaôr Caffé. “Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado brasileiro” in Revista de Direito Ambiental Vol. 21. Ano 6. jan-mar 2001. p. 57 (77); e VASQUES, Denise. “Instituição de Regiões Metropolitanas e Competências Constitucionais à Luz do Supremo” Boletim de Direito Municipal nº 05, Ano XXI, maio 2005, p. 368 (373)].

Além disso, a integração da função pública de saneamento básico implica necessariamente a concentração da regulação, do controle, do planejamento e da supervisão do serviço do saneamento básico, de forma a uniformizar sua execução. No entanto, tal concentração não viola a autonomia municipal nos casos em que a titularidade do interesse comum seja de órgão em que os representantes eleitos das comunidades locais (autogoverno) participem de decisão colegiada (auto-administração).

Na verdade, o problema surge no momento em que deve se arbitrar, de acordo com os atuais padrões constitucionais, que ente tem a responsabilidade de atender ao saneamento básico nos casos de aglutinações urbanas. Em outras palavras, quem detém o poder concedente quanto ao serviço de saneamento básico: os Municípios, o Estado, o Município pólo?

Conforme exposto, o voto do Min. Maurício Corrêa, enquanto relator da ADI 1842/RJ, admitiu a possibilidade de o Estado-membro “regular e executar funções e serviços públicos de interesse

ADI 2.077 MC / BA

comum”, cometendo-lhe a “responsabilidade pela implantação de políticas unificadas de prestação de serviços públicos”.

Esse entendimento tem amplo suporte doutrinário [cf. BARROSO, Luis Roberto. “Saneamento Básico: Competências Constitucionais da União, Estados e Municípios” in Revista Diálogo Jurídico n° 13 – abr/mai 2002, Salvador, disponível em www.direitopublico.com.br. Acesso em 5.12.2007, p. 21; TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. “O Poder Concedente dos Serviços Públicos de Saneamento Básico, sobretudo na Região Metropolitana de São Paulo: Estado ou Município?” in Boletim de Direito Municipal n° 6, Ano XXI, jun 2005. p. 466 (474); FIGUEIREDO, Marcelo. “O Saneamento Básico e o Direito – uma visão dos principais problemas jurídicos” in WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). *Direito Público: Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 511 (520)].

No entanto, *data venia*, entendo que tal conclusão não merece prosperar, pois não é compatível com a Constituição Federal a transferência *integral* do poder concedente seja ao Estado federado, seja ao Município pólo, uma vez que eliminaria, neste aspecto, a capacidade auto-administração dos Municípios envolvidos e, conseqüentemente, núcleo essencial da autonomia municipal.

De outra sorte, os votos dos Ministros Ilmar Galvão, Eros Grau, Nelson Jobim e Joaquim Barbosa compreendem que deve ser respeitada “a divisão de responsabilidades entre Município e Estados”, porém não coincidem quanto à titularidade das funções públicas de

ADI 2.077 MC / BA

interesse comum.

Por um lado, o entendimento do Min. Nelson Jobim, amparado pelos votos dos Ministros Ilmar Galvão e Eros Grau, ressalta que “as funções administrativas e executivas da REGIÃO METROPOLITANA somente podem ser exercidas por órgão próprio ou por órgão (público ou privado) a partir da autorização ou concessão dos Municípios formadores”.

Por outro lado, o entendimento do Min. Joaquim Barbosa assenta que “a titularidade do exercício das funções públicas de interesse comum passa para a nova entidade político-territorial-administrativa, de caráter intergovernamental, que nasce em consequência da criação da região metropolitana”.

De acordo com o ordenamento constitucional, não é razoável a manutenção do poder concedente em cada Município participante, sob pena de esvaziar o conteúdo do art. 25, § 3º, da Constituição Federal e a própria instituição de região metropolitana, microrregião ou aglomeração urbana, além de inviabilizar a prestação integrada e o adequado atendimento do interesse comum.

Na realidade, ao contrário do entendido pelo Min. Nelson Jobim, o interesse comum tutelado pelas aglomerações municipais não constitui apenas “o somatório integrado das competências e atribuições dos Municípios formadores”.

A inadequação da prestação da função de saneamento básico

ADI 2.077 MC / BA

em um único Município pode inviabilizar todo o esforço coletivo e afetar vários Municípios próximos. Assim, o interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois o desatendimento de apenas um desses interesses locais pode colocar em risco todo o esforço do conjunto.

A solução parece residir em 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.

Nesse sentido, o magistério de Alaôr Caffé é pertinente:

“A criação por lei complementar da Constituição do estado, conforme o dispositivo da Carta Federal, das referidas figuras regionais, induz ao entendimento de que aquelas funções públicas de interesse comum não são de exclusiva competência local. E mais, não são também de competência exclusiva do Estado. (...) Se o entendimento fosse de ordem tradicional, unilinear e sem interpretação sistemática, ao Estado simplesmente seria adjudicada a titularidade daqueles serviços cujo controle e execução demandassem ação administrativa supralocal. Neste caso, não haveria necessidade de participação dos municípios na gestão e controle de tais funções públicas, uma vez que, sendo de caráter regional, não seria, na forma da perspectiva tradicional, de sua pertinência normativa e executiva. Seria inteira e privativamente de competência do Estado, com exclusão dos municípios.

Porém, por já não estarmos sob a égide do federalismo dual, estanque e centralizador, a

interpretação não pode ser essa, sob pena de admitir a inutilidade jurídica das referidas figuras regionais, no plano da Constituição. Como essa linha seria um despautério hermenêutico, não há como deixar de interpretar que aquelas funções públicas de interesse comum são de competência conjunta (comum) dos municípios metropolitanos e do Estado que os integra. Por isso é que são chamadas 'funções públicas de interesse comum'. Seu exercício, entretanto é peculiar, visto que **os municípios não poderão exercê-las de modo isolado, senão conjuntamente, numa espécie de co-gestão entre eles e o Estado que tem a responsabilidade de organizá-las originariamente, mediante lei complementar.**

(...)

Aqui, o poder originário concedente de serviços ou funções comuns são 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 compatências 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 titular (derivado) do exercício de competências relativas às funções públicas de interesse comum. Vale dizer que o Estado cria e organiza tal entidade administrativa, 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 assuntos regionais que, em última instância, são também de seu interesse (local).

Neste sentido, não poderá o Estado, ao criar a figura

ADI 2.077 MC / BA

regional em apreço, gerenciar solitária e exclusivamente as funções públicas de interesse comum (incluindo serviços correspondentes) é, pois, da entidade pública administrativa (autarquia) organizada a nível regional, de carácter intergovernamental, onde representantes do Estado e dos municípios envolvidos deverão, de forma paritária, participar das funções normativas, diretivas e administrativas correspondentes.” [ALVES, Alaôr Caffé. “Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado brasileiro” in Revista de Direito Ambiental Vol. 21. Ano 6. jan-mar 2001. p. 57 (77)]

Tendo em vista os termos da Constituição de 1988, José Afonso da Silva concorda que “a titularidade [dos serviços comuns] não pode ser imputada a qualquer das entidades em si, mas ao Estado e aos Municípios envolvidos”. E o autor ressalta:

“Não nos parece, em princípio, que [a participação dos municípios em agrupamentos urbanos] se trate de cooperação, porque a lei complementar estadual, ao instituir a região metropolitana, implica a definição das funções públicas de interesse comum. Comum a quem? *Funções públicas de interesse comum a Estado e a Município na região metropolitana* – e essa parece-nos a fundamental alteração que a atual formulação constitucional implica. E cabe à lei complementar estadual definir estas funções públicas de interesse comum. Mas essa definição tem limites, pois entre elas, evidentemente, não podem estar as de estrito interesse local, as que não têm dimensão metropolitana, que continuam integradas á autonomia dos municípios integrantes; nem as do Estado que não sejam também

ADI 2.077 MC / BA

de estrito interesse metropolitano.” (SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 164)

Não obstante a discussão doutrinária quanto à possibilidade de a região metropolitana, a microrregião e o aglomerado urbano deterem personalidade jurídica própria [a propósito cf. ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. “O Problema da Concessão de Serviços Públicos em Regiões Metropolitanas: (Re)Pensando um tema relevante”. Interesse Público n° 24, Ano 5, mar/abr 2004, Porto Alegre: Notadez p. 187 (191 e ss.)], o importante é a existência de estrutura (convênio, agência reguladora, conselho deliberativo etc.) com alguma forma de participação de todos os entes envolvidos, capaz de concentrar em um órgão uniformizador e técnico, responsável pela regulação e controle do serviço de saneamento básico.

Assim, cabe a este órgão colegiado regular e fiscalizar a execução de suas decisões, definindo inclusive as formas de concessão do serviço de saneamento básico, política tarifária, instalação de subsídios cruzados etc.

Ressalte-se, porém, que a participação dos entes nessa decisão colegiada não necessita ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto.

Isto é, ainda que a participação do Estado federado nessa

ADI 2.077 MC / BA

organização seja imprescindível [BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 133; ALVES, Alaôr Caffé. “Regime Jurídico do Planejamento Metropolitano e Autonomia Municipal” in *Vox Legis* Vol. 137. Ano XII. mai 1980. p. 1 (6); SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 4^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 164; e ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. “O Problema da Concessão de Serviços Públicos em Regiões Metropolitanas: (Re)Pensando um tema relevante”. *Interesse Público* n° 24, Ano 5, mar/abr 2004, Porto Alegre: Notadez p. 187 (191 e ss.)], inclusive para assegurar os interesses de outras comunidades não abrangidas pela aglomeração de Municípios, seu voto isolado não pode ser suficiente para fixar todo planejamento e a execução da função pública de saneamento básico.

Obviamente, não se exige que o Estado ou o Município-pólo tenham peso idêntico a comunidades menos expressivas, seja em termos populacionais, seja em termos financeiros. A preservação da autonomia municipal impede apenas a concentração do poder decisório e regulatório nesses entes.

Em conclusão, na hipótese de integração metropolitana, o poder decisório e o eventual poder concedente não devem ser transferidos integralmente para o Estado federado, como entendia o Min. Maurício Corrêa; nem permanecer em cada Município individualmente considerado, como sustentava mais enfaticamente o Min. Nelson Jobim.

Antes, cabem à região metropolitana, como ente colegiado,

ADI 2.077 MC / BA

planejar, executar e funcionar como poder concedente dos serviços de saneamento básico, inclusive por meio de agência reguladora, de sorte a atender o interesse comum e à autonomia municipal.

Exame das normas questionadas

À luz das considerações acima expostas, todos os dispositivos que condicionam a execução da integração de funções públicas de interesse comum ao exclusivo crivo de autoridade estadual são inconstitucionais.

Assim, a expressão “assim considerados aqueles cuja execução tenha início e conclusão no seu limite territorial, e que seja realizado, quando for o caso, exclusivamente com seus recursos naturais” do inciso V do art. 59 da Constituição do Estado da Bahia, limita excessivamente o interesse local, a ponto de retirar qualquer poder decisivo do Município sobre o saneamento básico.

Por outro lado, o *caput* do art. 228 da Constituição do Estado da Bahia transfere completamente ao Estado a competência quanto ao serviço de saneamento básico, sem qualquer reserva de conteúdo decisório aos Municípios, em evidente afronta à sua autonomia.

Tais dispositivos delegam diretamente ao Estado da Bahia, a palavra final a respeito da execução e funcionamento do saneamento básico, retirando-o da competência municipal, constitucionalmente prevista.

ADI 2.077 MC / BA

Quanto aos demais dispositivos, ao menos neste juízo preliminar, sua redação não implica transferência de competências, mas mera participação do Estado federado na prestação de serviço de saneamento básico, o que não importa em afronta à Carta Magna.

A titularidade do serviço de saneamento básico, relativamente à distribuição de água e coleta de esgoto, é geralmente qualificada por interesse comum e deve respeitar a condução de seu planejamento e execução por decisões colegiadas dos Municípios envolvidos e do Estado da Bahia.

Frise-se que não se veda a concessão do serviço por meio de lei estadual ou o controle de sua execução por meio de agência reguladora no âmbito estadual, mas estas providências devem ser dirigidas a partir de decisão em que os Municípios e o Estado federado tenham participado conjuntamente.

Nesses termos, entendo que o serviço de saneamento básico, em muitos casos, constitui interesse coletivo que não pode estar subordinado à direção de único Município ou do Estado, mas deve ser planejado e executado de acordo com decisões colegiadas em que participem tanto os Municípios afetados como o Estado federado.

Portanto, nesses casos, 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 - instituída por meio da lei complementar estadual que cria o agrupamento de comunidades locais - em que a vontade de um único

ADI 2.077 MC / BA

ente não seja imposta a todos os demais entes políticos participantes.

Esta estrutura colegiada deve regular o serviço de saneamento básico de forma a dar viabilidade técnica e econômica ao adequado atendimento do interesse coletivo.

Ressalte-se que a mencionada estrutura colegiada pode ser implementada tanto por acordo, mediante convênios, quanto de forma vinculada, na instituição dos agrupamentos de Municípios, isto é regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerados urbanos.

Ademais, a instituição de agências reguladoras pode se provar como forma bastante eficiente de estabelecer padrão técnico na prestação e concessão coletivas do serviço de saneamento básico

Dessa forma, acompanho o voto do Min. Ilmar Galvão para suspender os dispositivos que transferem dos Municípios ao Estado da Bahia a competência exclusiva para regular o saneamento básico.

No entanto, é pertinente ponderar que as alterações promovidas pela EC nº 7/1999/BA sustentam atos legislativos e administrativos que são indispensáveis para a continuidade da prestação do importante serviço de saneamento básico.

Com efeito, a suspensão dos mencionados dispositivos constitucionais sem ressaltar a legislação ordinária editada e eventuais contratos de concessão poderá implicar a imediata interrupção do serviço público de saneamento básico, com graves conseqüências para a

ADI 2.077 MC / BA

população e para a saúde pública.

Em situação que aproveita a espécie, esta Corte concedeu o pedido de medida liminar nos autos da ADI 2135, red. p/ o acórdão Min. Ellen Gracie, na sessão de 2.8.2007, ressaltando a subsistência da legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa

Naquela ocasião, este Tribunal suspendeu as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 19/1998 à Carta Magna, mas destacou a eficácia *ex nunc* do provimento cautelar, declarando expressamente a subsistência das normas ordinárias editadas anteriormente (Informativo 474/STF).

In casu, semelhante declaração parece apropriada, de forma a evitar a descontinuidade da prestação do serviço público de saneamento básico.

Assim, enquanto a suspensão dos dispositivos da Constituição estadual impediria a edição de novas normas ordinárias com base na EC nº 07/1999/BA, além de supervenientes atos administrativos, restaria garantida a manutenção do serviço de saneamento básico, nos moldes em que atualmente prestado, até o julgamento definitivo da presente ADI.

Ante o exposto, acompanho o voto do Min. Ilmar Galvão para suspender a eficácia da expressão “assim considerados aqueles cuja execução tenha início e conclusão no seu limite territorial, e que seja realizado, quando for o caso, exclusivamente com seus recursos naturais”

ADI 2.077 MC / BA

do inciso V do art. 59, além do caput do art. 228 da Constituição do Estado da Bahia, declarando a subsistência das normas ordinárias editadas e atos administrativos implementados na forma dos dispositivos suspensos, até o julgamento definitivo da presente ação de inconstitucionalidade.

É como voto.