

03/04/2008

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.842 RIO DE JANEIRO**

**VOTO-VISTA**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:** Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista-PDT, com fundamento no art. 102, I, "a" e "p", da Carta Magna, em face da Lei Complementar nº 87, de 16 de dezembro de 1997, (LC 87/1997/RJ) e da Lei nº 2.869, de 18 de dezembro de 1997, (Lei 2.869/1997/RJ), ambas editadas no Estado do Rio de Janeiro.

Em virtude de conexão, continência e identidade de objeto, apreciam-se conjuntamente as ADI 1826, 1843 e 1906, que impugnam as mesmas normas da presente ação, porém de forma menos ampla (fl. 1.146). Ressalve-se que a ADI 1906 infirma, ainda, o Decreto nº 24.631, de 3 de setembro de 1998, do Estado do Rio de Janeiro (Dec. 24.631/1998/RJ).

Desde logo, o Relator, Min. Maurício Corrêa, remeteu o mérito das presentes ADI ao Plenário, dada a relevância do tema para os estados e municípios da Federação (fl. 1.148).

## **ADI 1842 / RJ**

Em razão de sua complexidade, pedi vista para melhor exame da matéria. Passo a analisar a questão em tópicos.

### **1) Síntese da Controvérsia:**

No caso, as normas estaduais impugnadas referem-se à 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).

Nesse contexto, as citadas normas estaduais 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).

Os requerentes sustentam que os arts. 1º a 11 da LC 87/1997/RJ e 8º a 21 da Lei 2.869/1997/RJ violam a Constituição Federal ao transferir ao Estado do Rio de Janeiro funções e serviços de competência municipal, especialmente quanto ao serviço público de saneamento básico.

Argüiu-se afronta ao princípio democrático e ao equilíbrio federativo (art. 1º; 23, I; e 60, § 4º, I, da Constituição Federal); à autonomia

## **ADI 1842 / RJ**

municipal (art. 18 e 29 da Constituição Federal); ao princípio da não-intervenção dos estados nos municípios (art. 35 da Constituição Federal), bem como o rol de competências municipais, discriminadas no texto constitucional vigente (arts. 30, I, V e VIII, e 182, § 1º, da Constituição Federal).

Sustenta-se, ainda, a inaplicabilidade do art. 25, § 3º, da Carta Magna à espécie, uma vez que as leis estaduais não integraram a organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum, mas usurparam a execução de políticas públicas exclusivas dos municípios que integram Região Metropolitana e Microrregião.

A Assembléia Legislativa e o Governador do Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, aduzem que o fenômeno da conurbação deve ser considerado na solução de problemas de organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum, defendendo que “a declaração da existência de interesse comum ficou reservada constitucionalmente ao Estado que congregue os Municípios que foram politicamente considerados como submetidos a tratamento unificado de certas funções (art. 25, § 3º, CF/88)” (fl. 352).

A Advocacia-Geral da União suscitou preliminares de inépcia da inicial e de perda de objeto, além de ressaltar que a legislação impugnada considera “um uso eficiente dos recursos públicos e a limitação da capacidade financeira municipal”, assegurando representação política local no Conselho Deliberativo da Região Metropolitana (fl. 1.165).

## **ADI 1842 / RJ**

Por fim, a Procuradoria-Geral da República opinou pela improcedência da presente ação, “vez que 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).

O Relator, Min. Maurício Corrêa, rejeitou inicialmente a preliminar de inépcia da inicial e entendeu que as ADI estariam prejudicadas quanto ao Dec. nº 24.631/1998/RJ, porquanto revogado pelo Dec. nº 24.804/1998/RJ, bem como quanto aos arts. 1º, 2º, 4º e 11 da LC 87/1997/RJ, em virtude de alterações legislativas supervenientes que modificaram sua redação.

Quanto aos demais dispositivos impugnados, o Relator julgou improcedentes as ações, 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.

Nessa linha, o Relator afirma 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 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.”

## ADI 1842 / RJ

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

“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 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,

## ADI 1842 / RJ

dependendo 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.”

De outra sorte, os Ministros Joaquim Barbosa e Nelson Jobim abriram divergência para (i) declarar como não prejudicado o exame da constitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 4º e 1º e 2º do art. 11 da LC 87/1997/RJ; e (ii) 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

## **ADI 1842 / RJ**

art. 10, todos da LC 87/1997/RJ; além dos (f) arts. 11 a 21 da Lei nº 2.869/1997/RJ.

A divergência, em resumo, sustenta que o estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competências para o Estado.

Nesse sentido, o voto do Min. Joaquim Barbosa assenta 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 conclui o Min. Joaquim Barbosa:

“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-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, concluiu o Min. Nelson Jobim:

“(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;

(...)

(1.10) Caberá aos MUNICÍPIOS integrantes da região decidir, no âmbito do CONSELHO DELIBERATIVO, a forma como prestarão os serviços de natureza metropolitana, especialmente aqueles referentes 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 autorização da Assembléia Legislativa Estadual é inconstitucional.

(1.17) Na mesma linha, é inconstitucional a legislação complementar estadual que, ao criar a

## ADI 1842 / RJ

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 interesse metropolitano, em especial 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 Joaquim Barbosa e Nelson Jobim, que não a admitem.

Destaque-se, no entanto, que os votos divergentes dos Ministros Joaquim Barbosa e Nelson Jobim não coincidem quanto à titularidade das funções públicas de interesse metropolitano.

## ADI 1842 / RJ

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”.

Ademais, ressalte-se que, concomitantemente ao presente julgamento, o Plenário aprecia a ADI-MC 2077/BA, Rel. Min. Ilmar Galvão, a qual cuida de questão semelhante.

Na ADI-MC 2077/BA, discute-se a constitucionalidade dos arts. 59, V; 228; 230, § 1º; e 238 da Constituição do Estado da Bahia, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 7/1999, que, em termos gerais, definiam restritivamente o interesse local e outorgavam ao Estado da Bahia a titularidade dos serviços de saneamento básico.

Nesse caso, o Relator, Min. Ilmar Galvão, votou pela concessão da medida cautelar, entendendo pela inconstitucionalidade das disposições da Constituição do Estado da Bahia que afastam a possibilidade de os municípios organizarem e prestarem serviços públicos de interesse local, além de utilizarem de instrumentos como convênios para serviços públicos gerados ou concluídos fora de seu território.

## **ADI 1842 / RJ**

Na ocasião, o Min. Nelson Jobim reiterou seu entendimento, 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 à entidade da Administração Indireta ou a outorga de concessão a empresa privada, quando a sua prestação for empreendida não diretamente por eles”.

Frise-se que no âmbito da ADI-MC 2077/BA, não se cuidava de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. No entanto, também nesse caso, o entendimento de que a titularidade do serviço de saneamento básico permaneceria com os municípios despontou nos três primeiros votos colhidos, restringindo os Estados ao papel de instituir os agrupamentos de municípios, sem participar efetivamente na execução ou prestação dos serviços comuns.

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

### **2) Análise das Preliminares**

No que tange às preliminares argüidas na ADI 1842/RJ, acompanho os votos que me precederam para afastar a alegação de inépcia da inicial, uma vez que os requisitos pertinentes foram

## **ADI 1842 / RJ**

plenamente atendidos na espécie. Com efeito, verifica-se que os autores das ADI cumpriram o dever básico de oferecer razões para as impugnações.

No que tange à perda de objeto, verifico que o Dec. 24.631/1998/RJ foi revogado pelo Dec. 24.804/1998/RJ (fl. 1.188) e que a LC 87/1997/RJ teve sua redação alterada pelas Leis Complementares 89/1998; 97/2001; e 105/2002, todas do Estado do Rio de Janeiro.

Destaco que restaram alterados de forma superveniente os arts. 1º, *caput* e § 1º; 2º, *caput*; 4º, *caput* e incisos I a VII; 11, *caput* e incisos I a VI; e 12 da LC 87/1997/RJ. Conseqüentemente, as presentes ADI somente mantêm seu objeto quanto ao art. 3º; §§ 1º e 2º do art. 4º; arts. 5º a 10; e §§ 1º e 2º do art. 11 da LC 87/1997/RJ, além dos arts. 8º a 21 Lei 2.869/1997/RJ.

Nesse particular, acompanho a divergência para julgar prejudicada a ação quanto aos arts. 1º, *caput* e § 1º; 2º, *caput*; 4º, *caput* e incisos I a VII; 11, *caput* e incisos I a VI; e 12 da LC 87/1997/RJ.

### **3) Autonomia Municipal e Integração Metropolitana**

Na espécie, a questão centra-se na preservação de dois importantes valores constitucionais: a autonomia municipal e a integração por meio das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.

Relativamente à autonomia municipal, a Constituição

## ADI 1842 / RJ

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) (art. 30 e 156).

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

## ADI 1842 / RJ

Em reforço à autonomia municipal, estabelece a Constituição sistema de transferência de recursos do Estado-membro e da União para os Municípios (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 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).



## ADI 1842 / RJ

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<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 93).

Dessas atribuições, caracterizam-se os elementos da autonomia municipal, quais sejam, “*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 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 garantía, o Prof. Otto Gönnerwein ensina:

“El derecho a la autonomía administrativa no es ningún derecho fundamental em el sentido de un 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 en 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. (...).

En cuanto al alcance de la garantía institucional, la sentencia del 10-11 de diciembre de 1929 del Tribunal del Estado del Imperio Aleman ha perdurado como modelo. No sólo es inadmisibile la supresión total de la competencia del Municipio, sino que el legislador tampoco debe coartala 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 um ‘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 autoridades de inspección, no suscitaran objeciones. También existiría una falta de contenido en la autonomía administrativa cuando el Estado convirtiera gran parte de las tareas de la comunidad local en tareas del Estado, y confiara su desempeño a los Municipios sólo en 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 Administración Local, 1967. pp. 46/50).

Dessas considerações, depreende-se que a essência da autonomia municipal contém primordialmente (i) *auto-administração*, que implica capacidade de decisória quanto aos interesses locais, sem

## ADI 1842 / RJ

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 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,

## ADI 1842 / RJ

Aglomerções 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.

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

No que se refere à integração metropolitana, 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

## ADI 1842 / RJ

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 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 pelo 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

## ADI 1842 / RJ

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 as 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. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 649).*

## ADI 1842 / RJ

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, o saudoso 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 atribuem 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 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 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

## **ADI 1842 / RJ**

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 de interesse comum em discussão, qual seja, o saneamento básico.

### **4) Agrupamentos Municipais 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;

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;”

## ADI 1842 / RJ

Por outro lado, o art. 3º, II, da LC 87/1997/RJ, inclui no conceito de saneamento básico “o abastecimento e produção de água desde sua captação bruta dos mananciais existentes no Estado, inclusive subsolo, sua adução, tratamento e reservação, a distribuição de água de forma adequada ao consumidor final, o esgotamento sanitário e a coleta de resíduos sólidos e líquidos por meio de canais, tubos ou outros tipos de condutos e o transporte das águas servidas e denominadas esgotamento, envolvendo seu tratamento, decantação em lagoas para posterior devolução ao meio ambiente em cursos d’água, lagos, baías e mar, bem como as soluções alternativas para os sistemas de esgotamento sanitário”.

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.

Além disso, o serviço de saneamento básico constitui monopólio natural, pois os custos fixos de implantação e manutenção do sistema são tão elevados que uma única fornecedora pode atender a toda demanda com custo menor que múltiplas fornecedoras (cf. COOTER &

## ADI 1842 / RJ

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 de saneamento básico enseja problemas ambientais e de saúde pública que afetam comunidades próximas, principalmente nos casos em que se

## ADI 1842 / RJ

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 estadual que institui as aglomerações urbanas.

## ADI 1842 / RJ

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



“Nesse ponto, cabe fazer um excuro 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. “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 estabeleceram 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 Autonoma*. Assim, enquanto na região metropolitana de Madri os serviços de saneamento básico são executados exclusivamente por meio da

## ADI 1842 / RJ

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

## **ADI 1842 / RJ**

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](http://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 saneamento básico surge como imperativo da própria Política Nacional dos Recursos Hídricos e deve pautar-se no uso racional dos recursos

## ADI 1842 / RJ

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 este caráter compulsório da integração metropolitana não esvazia a autonomia municipal [cf. ALVES, Alaôr Caffé. “Regiões Metropolitanas,

## ADI 1842 / RJ

Aglomerções 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 n° 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 aglomerações urbanas. Em outras palavras, quem detém o poder concedente quanto ao serviço de saneamento básico: os municípios, o estado, o município pólo? a própria entidade metropolitana?

Conforme exposto, o voto do Relator, Min. Maurício Corrêa, admite a possibilidade de o Estado-membro “regular e executar funções e serviços públicos de interesse comum”, cometendo-lhe a “responsabilidade pela implantação de políticas unificadas de prestação de serviços públicos”.

## ADI 1842 / RJ

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](http://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 de auto-administração dos municípios envolvidos e, conseqüentemente, núcleo essencial da autonomia municipal.

De outra sorte, os votos divergentes dos Ministros Joaquim Barbosa e Nelson Jobim compreendem que deve ser respeitada “a divisão de responsabilidades entre município e estados”, porém não coincidem quanto à titularidade das funções públicas de interesse comum.

Por um lado, o r. voto do Min. Nelson Jobim, amparado pelos

## ADI 1842 / RJ

votos dos Ministros Ilmar Galvão e Eros Grau na ADI-MC 2077/BA, 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 da posição sustentada pelo Min. 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 em um único município pode inviabilizar todo o esforço coletivo e afetar vários municípios próximos.



## ADI 1842 / RJ

Assim, o interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um Município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das conseqüências para a saúde pública de toda a região.

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.

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 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 à autonomia dos municípios integrantes; nem as do Estado que não sejam também de estrito interesse metropolitano.” (SILVA, José

Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 164)

Nada 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 organização seja imprescindível [BARACHO, José Alfredo de Oliveira.

## ADI 1842 / RJ

*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*. 4ª 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 nº 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, a região metropolitana deve, como ente colegiado, planejar, executar e funcionar como poder concedente dos serviços de

## **ADI 1842 / RJ**

saneamento básico, inclusive por meio de agência reguladora, de sorte a atender o interesse comum e à autonomia municipal.

### **5) Exame das normas questionadas**

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

Assim, a expressão “a ser submetido à Assembléia Legislativa” do inciso I do art. 5º, além do parágrafo único do art. 5º; dos incisos I, II, IV e V do art. 6º; do art. 7º; do art. 10, todos da LC 87/1997/RJ são efetivamente inconstitucionais por não pressuporem o poder decisório da integração metropolitana no âmbito do colegiado de municípios integrantes e do estado federado, como os Conselhos Deliberativos criados nos arts. 4º e 11 da LC 87/1997/RJ.

Ao contrário, tais dispositivos delegam diretamente ao Estado do Rio de Janeiro, ou alguma de suas autoridades, a palavra final a respeito da execução e funcionamento da organização metropolitana e das funções de interesse comum.

Quanto aos arts. 11 a 21 da Lei nº 2.869/1997/RJ, a estrutura de saneamento básico para o atendimento de região metropolitana retira dos municípios qualquer poder de decidir, concentrando no Estado do Rio de Janeiro todos os elementos executivos, inclusive a condução da específica Agência Reguladora e a fixação das tarifas dos serviços das concessionárias.

## ADI 1842 / RJ

A titularidade do serviço de saneamento básico, relativamente à distribuição de água e coleta de esgoto, é qualificada por interesse comum e deve ser concentrada na Região Metropolitana e na Microrregião, nos moldes do art. 25, § 3º, da Carta Magna, respeitando a condução de seu planejamento e execução por decisões colegiadas dos municípios envolvidos e do Estado do Rio de Janeiro.

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.

Dessa forma, os arts. 11 a 21 da Lei nº 2.869/1997/RJ, porquanto decorrentes da decisão singular do Estado do Rio de Janeiro, são inconstitucionais.

Acrescento, ainda, a manifesta inconstitucionalidade dos parágrafos 2º tanto do art. 4º, quanto do art. 11 da LC 87/1997/RJ, que condiciona a execução dos respectivos Conselhos Deliberativos “à ratificação pelo Governador do Estado”, que não restou apontada pelos votos divergentes.

Em suma, declaro a inconstitucionalidade da expressão “a ser submetido à Assembléia 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 todos da LC

## **ADI 1842 / RJ**

87/1997/RJ, bem como dos 11 a 21 da Lei nº 2.869/1997/RJ.

### **6) Modulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**

A aprovação da Lei n. 9.868/1999 introduziu significativa alteração na técnica de decisão de controle de constitucionalidade brasileiro. Em seu art. 27, a lei consagra a fórmula segundo a qual, "ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e 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".

Resta notório que o legislador optou conscientemente pela adoção de uma fórmula alternativa à pura e simples declaração de nulidade, que corresponde à tradição brasileira.

O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do Direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas (BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In: *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 70-1; e *O direito do Amazonas ao Acre Septentrional*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1910, v. 1, p. 103; CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. *Direito*



## **ADI 1842 / RJ**

*constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. 1, p. 430-1; BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 130-2; NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Revista forense, 1943, p. 589).

Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual "the unconstitutional statute is not law at all" (Cf. WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The Constitutional law of the United States*. New York, 1910, v. 1, p. 9-10. Cf. também COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations*. 4. ed. Boston, 1878, p. 227), significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se em favor da equiparação entre *inconstitucionalidade* e *nulidade*. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição (Cf. BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, cit. p. 128-32).

No entanto, não se deve perder de vista que, em determinados casos, a aplicação excepcional da lei inconstitucional traduz exigência do próprio ordenamento constitucional. De fato, há situações em que a aplicação da lei mostra-se, do prisma constitucional, indispensável no período de transição, até a promulgação da nova lei.

Em razão destes casos, a disposição contida no art. 27 da Lei n. 9.868/1999 prevê modalidade de decisão no direito brasileiro semelhante ao modelo consagrado no

## ADI 1842 / RJ

direito português, que, no art. 282 (4), da Constituição, estabelece fórmula que autoriza o Tribunal Constitucional a limitar os efeitos das decisões de inconstitucionalidade com fundamento no princípio da segurança jurídica e no interesse público de excepcional relevo.

A propósito do modelo português, registre-se a opinião abalizada de Jorge Miranda:

"A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a consequências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização.

Uma norma como a do art. 282, n.º 4, aparece, portanto, em diversos países, senão nos textos, pelo menos na jurisprudência.

Como escreve Bachof, os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis consequências destas. É assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de proteção de cidadãos singulares. Não pode entender-se isto, naturalmente, como se os tribunais tomassem como ponto de partida o presumível resultado da sua decisão e passassem por cima da Constituição e da lei em atenção a um resultado desejado. Mas a verdade é que um resultado injusto, ou por qualquer outra razão duvidoso, é também em regra – embora não sempre – um resultado juridicamente errado." (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, 3ª ed. Coimbra: 1991, t. 2, p. 500-502).

Ressalte-se, ademais, que o instituto vem tendo

## ADI 1842 / RJ

ampla utilização desde a sua adoção. Segundo Rui Medeiros, entre 1983 e 1986, quase um terço das declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral tiveram efeitos restritos. Essa tendência manteve-se também entre 1989 e 1997: das 50 declarações de inconstitucionalidade proferidas em processos de controle abstrato de normas pelo menos 18 teriam sido com limitação de efeitos (MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 689).

Acentue-se que, ao contrário do imaginado por alguns autores, também o conceito indeterminado relativo ao interesse público de excepcional relevo não é mero conceito de índole política. Em verdade, tal como anota Rui Medeiros, a referência ao interesse público de excepcional relevo não contrariou qualquer intenção restritiva, nem teve o propósito de substituir a *constitucionalidade estrita* por uma *constitucionalidade política* ou de colocar a *razão de Estado* em lugar da *razão da lei*. Essa opção nasceu da constatação de que "a segurança jurídica e a equidade não esgotavam o universo dos valores últimos do direito que, em situações manifestamente excepcionais, podiam justificar uma limitação de efeitos".

Resta, assim, evidente que o art. 282 (4) da Constituição portuguesa adota, também em relação ao interesse público de excepcional relevo, um conceito jurídico indeterminado para abarcar os interesses constitucionalmente protegidos não subsumíveis nas noções de segurança jurídica e de equidade.

Essa orientação enfatiza que os conceitos de

## ADI 1842 / RJ

segurança jurídica, eqüidade e interesse público de excepcional relevo expressam valores constitucionais e não simples fórmulas de política judiciária (MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 705-715).

A fórmula consagrada na Constituição portuguesa e agora reproduzida parcialmente no art. 27 da Lei n. 9.868/1999 não constitui modelo isolado. Ao revés, trata-se de sistema que, positiva ou jurisprudencialmente, vem sendo adotado pelos vários sistemas de controle de constitucionalidade.

Provavelmente, antes do advento da Lei nº 9.868/1999, talvez o STF fosse o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer uso, de modo expresse, da limitação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade.

De fato, série expressiva de Cortes Constitucionais e Cortes Supremas adota a técnica da limitação de efeitos, *v.g.* a Corte Constitucional austríaca (Constituição, art. 140), a Corte Constitucional alemã (Lei Orgânica, § 31, 2 e 79, 1), a Corte Constitucional espanhola (embora não expressa na Constituição, adotou, desde 1989, a técnica da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*), a Corte Constitucional portuguesa (Constituição, art. 282, n. 4), o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia (art.174, 2 do Tratado de Roma), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso *Markx*, de 13 de junho de 1979), entre outras [Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. “Da

## ADI 1842 / RJ

Declaração de Inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis n. 9.868 e 9.882/99". In: SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001].

É interessante notar que mesmo nos Estados Unidos da América passou-se a admitir, após a Grande Depressão, o estabelecimento de limites à declaração de inconstitucionalidade (TRIBE, Laurence. *The American Constitutional Law*. New York: The Foundation Press, 1988).

A Suprema Corte americana considerou o problema proposto pela eficácia retroativa de juízos de inconstitucionalidade a propósito de decisões em processos criminais. Se as leis ou atos inconstitucionais nunca existiram enquanto tais, eventuais condenações nelas baseadas quedam ilegítimas, e, portanto, o juízo de inconstitucionalidade implicaria a possibilidade de impugnação imediata de todas as condenações efetuadas sob a vigência da norma inconstitucional. Sobre o tema, afirma Tribe:

"No caso *Linkletter v. Walker*, a Corte rejeitou ambos os extremos: 'a Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo.' Parafraseando o Justice Cardozo pela assertiva de que 'a constituição federal nada diz sobre o assunto', a Corte de *Linkletter* tratou da questão da retroatividade como um assunto puramente de política (política judiciária), a ser decidido novamente em cada caso. A Suprema Corte codificou a abordagem de *Linkletter* no caso *Stovall v. Denno*: 'Os critérios condutores

## ADI 1842 / RJ

da solução da questão implicam (a) o uso a ser servido pelos novos padrões, (b) a extensão da dependência das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei com relação aos antigos padrões, e (c) o efeito sobre a administração da justiça de uma aplicação retroativa dos novos padrões". (TRIBE, Laurence. *The American Constitutional Law*. New York: The Foundation Press, 1988).

Segundo a doutrina, a jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a *superção prospectiva* (*prospective overruling*), que tanto pode ser *limitada* (*limited prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como *ilimitada* (*pure prospectivity*), que sequer se aplica ao processo que lhe deu origem (cf. PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 173; e MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 743).

Destarte, o sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo admitiu a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente *pro futuro* (Cf. SESMA, Victoria Iturralde. *El Precedente en el Common Law*, Madrid: 1995, p. 174 e ss.).

Em diversos casos, a adoção de declaração de inconstitucionalidade mitigada decorreu de construção pretoriana.

## ADI 1842 / RJ

São os exemplos da Alemanha, na fase inicial, e da Espanha. Nesses dois sistemas, dominava a idéia do princípio da nulidade como princípio constitucional não-escrito (§ 78 da Lei da Corte Constitucional alemã; art. 39 da Lei Orgânica da Corte Constitucional espanhola). Essa orientação, todavia, não impediu que, em casos determinados, ambas as Cortes constitucionais se afastassem da técnica da nulidade e passassem a desenvolver fórmulas alternativas de decisão.

Em outras palavras, a admissão formal do princípio da nulidade não impediu a adoção de técnica alternativa de decisão naqueles casos em que a nulidade poderia revelar-se inadequada (*v.g.* casos de omissão parcial) ou trazer conseqüências intoleráveis para o sistema jurídico (ameaça de caos jurídico ou situação de insegurança jurídica).

Na Espanha, embora nem a Constituição nem a lei orgânica do Tribunal Constitucional tenham adotado expressamente uma declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos, a Corte Constitucional, marcadamente influenciada pela experiência constitucional alemã, passou a adotar, desde 1989, a técnica da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*, como reportado por Garcia de Enterría:

"A recente publicação no Boletim Oficial do Estado de 2 de março último da já famosa Sentença 45/1989, de 20 de fevereiro, sobre inconstitucionalidade do sistema de liquidação conjunta do imposto sobre a renda da unidade

## ADI 1842 / RJ

familiar matrimonial, permite aos juristas uma reflexão pausada sobre esta importante decisão do Tribunal Constitucional, objeto já de múltiplos comentários periodísticos.

A decisão é importante, com efeito, por seu fundamento, a inconstitucionalidade que declara, tema no qual não haver sido produzido até agora, discrepância alguma. Mas parece-me bastante mais importante ainda pela inovação que se supõe na determinação dos efeitos dessa inconstitucionalidade, que a sentença remete ao que se indica no décimo-primeiro fundamento e este explica como uma eficácia para o futuro, que não permite reabrir as liquidações administrativas ou dos próprios contribuintes (auto-liquidações) anteriores" (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales". In: Revista de Direito Público nº 92; out./dez. de 1989, p. 5).

Na mesma linha, a Corte Constitucional espanhola tem declarado a inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade de dispositivos constantes de leis orçamentárias. Assim, na STC 13/92/17 assentou-se que "a anulação dessas dotações orçamentárias poderia acarretar graves prejuízos e perturbações aos interesses gerais, também na Catalunha, afetando situações jurídicas consolidadas e particularmente a política econômica e financeira do Estado" [JIMÉNEZ CAMPO, Javier. "Qué hacer con la ley inconstitucional", in: *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*. Madrid: 1997, p. 15 (64)].

Essa sucinta análise do direito comparado demonstra forte tendência no sentido da universalização de alternativas normativas ou jurisprudenciais em relação à técnica de nulidade. Pode-se dizer que, independentemente do modelo de controle adotado, de perfil difuso ou



## ADI 1842 / RJ

concentrado, a criação de técnicas alternativas é comum aos mais diversos sistemas constitucionais. Também o Tribunal da Comunidade Européia e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos curvaram-se à necessidade de adoção de uma técnica alternativa de decisão.

Assim, as técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral têm sido cada vez mais comuns na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a conseqüente declaração de constitucionalidade.

Em estudo sobre a doutrina da declaração prospectiva da ineficácia das leis inconstitucionais, García de Enterría bem demonstra que essa modalidade de decisão no controle de constitucionalidade decorre de uma necessidade prática comum a qualquer jurisdição de perfil constitucional:

“La técnica de la anulación prospectiva se ha desarrollado en las jurisprudencias constitucionales de otros países y en la de los Tribunales supranacionales europeos en función de un problema específico del control judicial de las leyes. En palabras ya clásicas de Otto Bachof en su trabajo ‘El juez constitucional entre el Derecho y la Política’ (al que yo mismo me he referido detenidamente en el libro citado, *La Constitución como Norma*, pp. 179, y sigs.), porque las

Sentencias anulatorias de una Ley 'pueden ocasionar catástrofes, no solo para el caso concreto, sino para un invisible número de casos; cuando esas Sentencias son 'políticamente equivocadas' (en el sentido de que desbaratan las tareas políticas legítimas de la dirección del Estado), la decisión puede alcanzar a la comunidad política entera'. Así, pues, 'más que el juez de otros ámbitos de la justicia, puede y debe el juez constitucional no perder de vista las consecuencias – y tan frecuentemente consecuencias políticas – de sus sentencias. Pero – y ésta es la cuestión a plantearse - ¿ Qué influencia le es permitido conceder a esas eventuales consecuencias sobre su sentencia? ¿ Puede, le es permitido o debe declarar ineficaz la ejecución de una Ley aplicada incólumemente durante largos años declarando una nulidad que privara de soporte a innumerables actos jurídicos, o quizá derribar a sectores enteros administrativos o económicos a causa de una infracción constitucional tardíamente descubierta? ¿ No se convertiría aquí de hecho el summum ius en summa iniuria, sin utilidad para nadie y daño para muchos o para la entera comunidad? ... Así, pues, ¿ fiat justitiae pereat mundos?'" (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales". In: Revista de Direito Público n° 92; out./dez. de 1989, p. 12-13).

Ressalte-se, ainda, que a evolução das técnicas de decisão em sede de controle judicial de constitucionalidade deu-se no sentido da

## ADI 1842 / RJ

quase integral superação do sistema que Canotilho denominou de ‘*silogismo tautológico*’: (1) uma lei inconstitucional é nula; (2) uma lei é nula porque inconstitucional; (3) a inconstitucionalidade reconduz-se à nulidade e a nulidade à inconstitucionalidade (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 7<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 948).

Na realidade, a técnica da nulidade revela-se adequada para solver as violações das normas constitucionais de conteúdo negativo ou proibitivo (*v.g.*, direitos fundamentais enquanto direitos negativos), mas mostra-se inepta para arrostar o quadro de imperfeição normativa, decorrente de omissão legislativa parcial ou da lesão ao princípio da isonomia. Igualmente, o princípio da segurança jurídica é um valor constitucional relevante tanto quanto a própria idéia de legitimidade. Resta evidente que a teoria da nulidade não poderia ser aplicada na linha do velho adágio *fiat justitia, pereat mundus*.

A toda evidência, deve se evitar a declaração de nulidade de lei que pudesse importar caos jurídico ou, em casos extremos, verdadeiro “suicídio democrático”, cujo melhor exemplo seria a declaração de nulidade de lei eleitoral de aplicação nacional a regular a posse dos novos eleitos.

Restou, assim, superada, por fundamentos diversos, a fórmula apodítica “*constitucionalidade/nulidade*” anteriormente dominante. Não se pode negar que muitas situações imperfeitas, sob a perspectiva

## ADI 1842 / RJ

constitucional, dificilmente seriam superadas com a simples utilização da declaração de nulidade.

Essa tendência de adoção de técnicas diferenciadas de decisão no controle de constitucionalidade é também resultado da conhecida relativização do vetusto dogma kelseniano do “legislador negativo”. Sobre o tema, é digno de nota o estudo de Joaquín Brage Camazano, do qual cito a seguir alguns trechos:

“La raíz esencialmente pragmática de estas modalidades atípicas de sentencias de la constitucionalidad hace suponer que su uso es prácticamente inevitable, con una u otra denominación y con unas u otras particularidades, por cualquier órgano de la constitucionalidad consolidado que goce de una amplia jurisdicción, en especial si no seguimos condicionados inercialmente por la majestuosa, pero hoy ampliamente superada, concepción de Kelsen del TC como una suerte de ‘legislador negativo’. Si alguna vez los tribunales constitucionales fueron legisladores negativos, sea como sea, hoy es obvio que ya no lo son; y justamente el rico ‘arsenal’ sentenciador de que disponen para fiscalizar la constitucionalidad de la Ley, más allá del planteamiento demasiado simple ‘constitucionalidad/inconstitucionalidad’, es un elemento más, y de importancia, que viene a poner de relieve hasta qué punto es así. Y es que, como Fernández Segado destaca, ‘la praxis de los tribunales constitucionales no ha hecho sino avanzar

## ADI 1842 / RJ

en esta dirección' de la superación de la idea de los mismos como legisladores negativos, 'certificando [así] la quiebra del modelo kelseniano del legislador negativo." [CAMAZANO, Joaquín Brage. "Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias 'atípicas'") in MACGREGOR, Eduardo Ferrer (ed.), *La interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, en prensa]

Assim, além das muito conhecidas técnicas de interpretação conforme a Constituição, declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, aferição da "lei ainda constitucional" e do apelo ao legislador, são também muito utilizadas as técnicas de limitação ou restrição de efeitos da decisão, o que possibilita a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro* a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo tribunal.

No Brasil, há muito a doutrina ressalta as limitações da simples pronúncia da nulidade ou da mera cassação da lei para resolver todos os problemas relacionados à inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

Não são poucos os que apontam a insuficiência ou a inadequação da declaração de nulidade da lei para superar algumas

## ADI 1842 / RJ

situações de inconstitucionalidade, sobretudo no âmbito do princípio da isonomia e da chamada inconstitucionalidade por omissão [cf. MAURER, Hartmut. Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. In: *Festschrift für Werner Weber*. Berlim, 1974, p. 345 (368)].

Muitas vezes, a aplicação continuada de uma lei por diversos anos torna quase impossível a declaração de sua nulidade, recomendando a adoção de alguma técnica alternativa, com base no próprio princípio constitucional da segurança jurídica.

Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significativamente nos últimos anos, sobretudo a partir do advento da Lei n° 9.868/99, cujo art. 27 abre ao Tribunal uma nova via para a mitigação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

O texto inscrito na Lei n. 9.868/99 é resultado da proposta constante do Projeto de Lei n. 2.960/97. Na Exposição de Motivos do aludido projeto, afirmava-se, a propósito:

“[...] Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança

## ADI 1842 / RJ

jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado “in concreto” se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.

Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia ex nunc ou pro futuro, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.[...]” (Exposição de Motivos nº 189, de 07.04.1997, ao Projeto de Lei nº 2960, de 1997).

O art. 27 da Lei nº 9.868/99 veio preencher a lacuna – já detectada pelo Tribunal – existente no âmbito das técnicas de decisão no processo de controle de constitucionalidade.

Com efeito, em decisão de 23 de março de 1994, teve o STF oportunidade de ampliar a já complexa tessitura das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, admitindo que lei que concedia prazo em dobro para a

## **ADI 1842 / RJ**

Defensoria Pública era de ser considerada constitucional enquanto esses órgãos não estivessem devidamente habilitados ou estruturados (HC 70.514/RS, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, maioria, DJ 27.6.1997).

Na oportunidade, o Relator, Min. Sydney Sanches, ressaltou que a inconstitucionalidade do § 5º do art. 5º da Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, acrescentado pela Lei n. 7.871, de 8 de novembro de 1989, não haveria de ser reconhecida, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, "ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível da organização do respectivo Ministério Público".

Ressalvou-se, portanto, de forma expressa, a possibilidade de o Tribunal declarar a inconstitucionalidade da disposição em apreço, uma vez que a afirmação sobre a legitimidade da norma assentava-se em circunstância de fato que se modifica no tempo.

Posteriormente, no Recurso Extraordinário Criminal n. 147.776, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o tema voltou a ser agitado. A ementa do acórdão revela, por si só, o significado da decisão para a evolução das técnicas de controle de constitucionalidade:

"2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68, C. Pr. Penal – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria



## ADI 1842 / RJ

Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado –, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68, C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135.328.” (RE 147.776/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., DJ 19.6.1998).

Fica evidente, pois, que o Supremo Tribunal deu um passo significativo rumo à flexibilização das técnicas de decisão no juízo de controle de constitucionalidade, introduzindo, ao lado da declaração de inconstitucionalidade, o reconhecimento de um estado imperfeito, insuficiente para justificar a declaração de ilegitimidade da lei.

É que, como anotado com precisão pelo Sepúlveda Pertence, “a alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia extunc faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo (...)” (RE 147.776/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., DJ 19.6.1998).

Promulgada a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL e a Ordem dos Advogados do Brasil propuseram ações diretas de inconstitucionalidade contra alguns dispositivos da referida lei, dentre eles o próprio artigo 27 (ADI nº 2.154 e 2.258, Rel Min. Sepúlveda Pertence). O julgamento de ambas as ações foi

## ADI 1842 / RJ

iniciado, com voto do Relator pela inconstitucionalidade do art. 27, porém foi suspenso, ante o pedido de vista da Min. Carmen Lúcia (Vide Informativo STF nº 476/2007). De qualquer forma, o Tribunal já vem sinalizando seu entendimento a respeito da plena constitucionalidade desse dispositivo.

Com efeito, a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se abster de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais. Como ressalta García de Enterría, *“la jurisprudencia norteamericana y sus comentaristas han invocado derechamente un argumento evidente: si no se admitiese el pronunciamiento prospectivo no se declararía la inconstitucionalidad de un gran número de normas. La doctrina de la absoluta y retroactiva nulidad de las Leyes inconstitucionales conduce ‘en la dirección de la greater restraint’, del más fuerte freno a los pronunciamientos de inconstitucionalidad”* (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales” In: Revista de Direito Público nº 92; out./dez. de 1989, p. 13).

O perigo de tal atitude desmesurada de *self restraint* (ou *greater restraint*) pelas Cortes Constitucionais ocorre justamente nos casos em que, como o presente, a nulidade da lei inconstitucional pode causar uma verdadeira catástrofe – para utilizar a expressão de Otto

## ADI 1842 / RJ

Bachof – do ponto de vista político, econômico e social. Como assevera García de Enterría, “*es, justamente, la relación estrecha entre ambos conceptos (nulidad = catástrofe) la que le ha llevado a buscar en el ordenamiento constitucional otra solución y ha creído haberla encontrado en la adopción del criterio de la inconstitucionalidad prospectiva, hoy establecido y admitido por los más importantes sistemas de justicia constitucional e internacional del mundo entero*” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales” In: Revista de Direito Público n° 92; out./dez. de 1989, p. 14).

Como admitir, para ficarmos no exemplo de Walter Jellinek, a declaração de inconstitucionalidade total, com efeitos retroativos, de lei eleitoral tempos depois da posse dos novos eleitos em dado Estado? Nesse caso, adota-se a teoria da nulidade e declara-se inconstitucional e *ipso jure* a lei, com todas as conseqüências, ainda que dentre elas esteja a eventual acefalia do Estado?

Questões semelhantes podem ser suscitadas em torno da inconstitucionalidade de normas orçamentárias. Há de se admitir, também aqui, a aplicação da teoria da nulidade *tout court*? Dúvida semelhante poderia suscitar o pedido de inconstitucionalidade, formulado anos após a promulgação da lei de organização judiciária que instituiu número elevado de comarcas, como já se verificou entre nós (RE 104.393/GO, Rel. Min. Moreira Alves, 2ª. Turma, DJ de 24.5.1985). Ou,

## ADI 1842 / RJ

ainda, o caso de declaração de inconstitucionalidade de regime de servidores aplicado por anos sem contestação.

Essas questões parecem suficientes para demonstrar que, sem abandonar a doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, é possível e, muitas vezes, inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações.

Nesse passo, o art. 27 da Lei 9.868/99 limita-se a explicitar orientação que decorre do próprio sistema de controle de constitucionalidade.

Não se nega, pois, o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional.

Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação.

Em muitos casos, então, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica decorrente da

## **ADI 1842 / RJ**

declaração de nulidade, como demonstram os múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito.

Nesses termos, fica evidente que a norma contida no art. 27 da Lei n° 9.868/99 tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados - segurança jurídica e excepcional interesse social - se revestem de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e estrangeira. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais.

Importante assinalar é que, segundo a interpretação ora preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se demonstrado, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.

Portanto, o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucional manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não-aplicação do princípio da nulidade

## **ADI 1842 / RJ**

não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.

Entre nós, cuidou o legislador de conceber um modelo restritivo também no aspecto procedimental, consagrando a necessidade de um *quorum* especial (dois terços dos votos) para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados.

Não parecem procedentes, pois, as impugnações à constitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99.

É certo que Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou, definitivamente, sobre a constitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99. É notório, porém, que o Tribunal aplica o art. 27 tanto no controle incidental (RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 07.05.2004) como no controle abstrato (ADI 3.022/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 18.08.2004; ADI 2.240/BA, Rel. Min. Eros Grau, DJ 9.8.2007).

No presente caso, o Tribunal tem a oportunidade de aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/99 em sua versão mais ampla. A declaração de inconstitucionalidade e, portanto, da nulidade das leis que regulam atualmente a prestação do serviço de saneamento básico constitui mais um dentre os casos em que as conseqüências da decisão tomada pela Corte podem gerar um verdadeiro caos jurídico.

## ADI 1842 / RJ

Não há dúvida, portanto, – e todos os Ministros que aqui se encontram parecem ter plena consciência disso – de que o Tribunal deve adotar uma fórmula que, reconhecendo a inconstitucionalidade das normas impugnadas, resguarde na maior medida possível os efeitos negativos à população por ela produzidos.

Com efeito, é necessário ponderar que os serviços de saneamento básicos estão sendo atualmente prestados tanto na Região Metropolitana do Rio de Janeiro como na Microrregião dos Lagos com fundamento nos dispositivos questionados.

Logo, a declaração de inconstitucionalidade sem efeitos modulados acarretaria a imediata interrupção da prestação dessa função pública, por absoluto vício nos instrumentos de concessão e na regulação que dispõe sobre as formas e tarifas da prestação da mencionada função pública.

A toda evidência, a continuidade da prestação da função de saneamento básico consiste em excepcional interesse social que não pode ser prejudicado, sob pena de ensejar grandes danos à população.

Diante do excepcional interesse social na continuidade da prestação do serviço de saneamento básico, suscito a aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/1998, de modo que o Estado do Rio de Janeiro tenha 24 meses, a contar da data de conclusão deste julgamento, para implementar novo modelo de planejamento e execução da função de interesse comum no âmbito das regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerados urbanos que (i) acolha a participação dos municípios integrantes; e (ii)

## ADI 1842 / RJ

sem que haja concentração de poder decisório nas mãos de qualquer ente.

### (7) Conclusão

Nesses termos, entendo que o serviço de saneamento básico -no âmbito de regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerados urbanos - constitui interesse coletivo que não pode estar subordinado à direção de único ente, mas deve ser planejado e executado de acordo com decisões colegiadas em que participem tanto os municípios compreendidos 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 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. 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



## ADI 1842 / RJ

Ante o exposto, julgo prejudicada a ação quanto ao Dec. nº 24.631/1998/RJ e aos arts. 1º, *caput* e § 1º; 2º, *caput*; 4º, *caput* e incisos I a VII; 11, *caput* e incisos I a VI; e 12 da LC 87/1997/RJ, isto é, em menor extensão que o voto do Relator, Min. Maurício Corrêa, que entendeu prejudicados adicionalmente os parágrafos 1º e 2º do art. 4º; e 1º e 2º do art. 11 da LC 87/1997/RJ.

Ademais, julgo procedente a ação direta, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “a ser submetido à Assembléia 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 todos da LC 87/1997/RJ, bem como dos 11 a 21 da Lei nº 2.869/1997/RJ, modulando os efeitos da declaração para que só tenha eficácia a partir de 24 meses após a conclusão do presente julgamento.

**Assim sendo, voto no sentido de, aplicando o art. 27 da Lei nº 9.868/99, declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade das leis impugnadas, mantendo sua vigência excepcional pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, lapso temporal razoável dentro do qual poderá o legislador estadual reapreciar o tema, constituindo modelo de prestação de saneamento básico, nas áreas de integração metropolitana, dirigido por órgão colegiado, com participação dos municípios pertinentes e do próprio Estado do Rio de Janeiro.**

É como voto.

**ADI 1842 / RJ**