

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.842 RIO DE JANEIRO

### VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Faz-se em jogo a constitucionalidade dos artigos 1º, 2º, parte final, 3º, e incisos, e 4º a 11 da Lei Complementar nº 87, de 17 de dezembro de 1997, e 8º a 21 da Lei nº 2.869, de 19 de dezembro de 1997, ambas do Estado do Rio de Janeiro. Segundo sustenta o requerente, ao criar a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos, as referidas normas implicaram a usurpação de serviços públicos de competência municipal. Argui a contrariedade aos princípios democrático, federativo, da autonomia municipal bem como às regras constitucionais alusivas às competências materiais dos municípios e à proibição de intervenção dos estados nesses entes federativos.

Quanto às preliminares, tenho que foi adequadamente articulada a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, razão pela qual afasto a alegação de inépcia da inicial. No mais, acompanho o relator no tocante ao reconhecimento do prejuízo concernente aos artigos 1º, 2º, 4º e 11 da mencionada lei complementar, ante as alterações imprimidas aos preceitos mediante as Leis Complementares estaduais nº 97/2001 e 105/2002.

Percebe-se que os incisos do artigo 3º da lei complementar estadual atacada versam sobre funções e serviços públicos de interesse comum que serão aglutinados na Região Metropolitana. Alguns deles são tipicamente estaduais, como a distribuição de gás canalizado (inciso IV), outros municipais, a exemplo da disciplina do uso do solo (inciso VII). Todavia, o debate tem sido excessivamente centrado na questão do saneamento básico. Há razões práticas e teóricas para isso.

Primeira: o saneamento básico é o único serviço público econômico arrolado nas competências materiais compartilhadas entre todos os entes federativos, estampadas nos incisos do artigo 23 da Carta de 1988. Os demais possuem natureza social. A possibilidade de exploração econômica dos serviços de saneamento, diretamente ou por delegação,

## ADI 1842 / RJ

por meio da cobrança de tarifas e taxas, representa elemento, de natureza política, que explica a contenda entre os entes federativos. Tanto assim que uma das impugnações dirige-se precisamente ao artigo 7º da citada lei complementar estadual, o qual atribui ao Estado a condição de poder concedente desse serviço público. Curiosamente, quando se trata de saúde, educação e habitação – artigo 23, incisos II, V e IX, da Carta da República –, a tendência verificada é oposta: busca-se ver assentada a incompetência relativamente à prestação dos serviços. O argumento mostra-se comum principalmente no campo da saúde pública e já foi rechaçado pelo Supremo em múltiplos precedentes.

Segunda: a inexistência de um marco regulatório com repartição clara de atribuições nos três níveis federativos dificulta a solução do caso. Nem o texto constitucional nem a Lei nº 11.445/2007 revelaram claramente o grau de responsabilidade da União, estados, Distrito Federal e municípios. Daí as controvérsias quanto ao que cabe a cada qual, havendo teses respeitáveis em todos os sentidos, o que se reflete no dissenso entre os votos prolatados. Nesse ponto, nota-se a ausência da lei complementar federal reclamada pelo parágrafo único do artigo 23 da Constituição, que poderia pacificar a discussão em termos mais amplos e estáveis. Desnecessário dizer o quão vantajoso seria obter uma solução política para a questão, de relevância maior.

Terceira: a causa ganha complexidade porquanto o saneamento básico é tradicionalmente decomposto em quatro espécies, tão importantes quanto diferentes entre si, a saber: a) abastecimento de água potável, b) esgoto sanitário, c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e d) drenagem e manejo de águas pluviais urbanas. É o que explicita o artigo 3º, inciso I, da Lei nº 11.445/2007. São serviços públicos que estão interligados, porque essenciais à preservação do meio ambiente, à gestão racional dos recursos hídricos e ao desenvolvimento urbano e rural, mas que expressam atividades distintas, com diversos graus de dificuldade técnica e custo econômico. Se é certo que a maioria dos municípios brasileiros tem aptidão para executar o serviço de varrição de espaços públicos, o mesmo não pode ser dito quanto ao

## ADI 1842 / RJ

esgotamento sanitário. Sobressai, então, a dificuldade em agrupá-los em um único feixe de funções administrativas. Mais do que isso, em razão da realidade brasileira multifária, não é singela a tarefa de discernir um critério abstrato para fixar as competências materiais e legislativas, exatamente o que se reclama do Supremo na espécie.

Quarta: no tocante às estruturas voltadas à distribuição de água potável e coleta de esgoto, prevalece a óptica de que se cuida de monopólio natural. A respeito do conceito, esclarece a doutrina especializada:

Uma indústria é um monopólio natural quando uma só empresa consegue ofertar um bem ou serviço a um mercado inteiro a um custo menor do que duas ou mais empresas. (...) Um exemplo de monopólio natural está na distribuição de água. Para levar água aos moradores de uma cidade, uma empresa precisa construir uma rede de tubulações. Se duas ou mais empresas competissem na prestação desse serviço, cada empresa teria que pagar o custo fixo da construção da rede. Assim, o custo total médio da água é menor se uma só empresa supre o mercado. (N. Gregory Mankiw, *Introdução à economia*, 3<sup>a</sup>. Ed., 2005, p. 316).

No exercício da competência comum em termos de saúde, pode-se vislumbrar a existência de hospitais públicos federais, municipais e estaduais trabalhando lado a lado, mas isso não ocorre com as estruturas de saneamento básico. Os custos de implantação e manutenção deste último serviço mostram-se tão elevados, que maior eficiência econômica será obtida com a designação de um único prestador. Nesse aspecto, é preciso levar em conta os objetivos principais do serviço público em debate: universalização da cobertura e modicidade tarifária – esta última pressuposto essencial para que os indivíduos economicamente desfavorecidos a ele tenham acesso.

Em síntese, há o envolvimento de aspectos políticos, jurídicos e técnicos, o que torna o papel do Supremo especialmente sensível e

## ADI 1842 / RJ

complexo. Por isso, começo examinando a questão do saneamento básico. Posteriormente, analisarei o alcance do artigo 25, § 3º, da Carta de 1988.

Se interpretada de modo literal, a Constituição indica que os três entes federativos estão igualmente habilitados à prestação do serviço público de saneamento básico. Essa conclusão não se adéqua à realidade, pois, como visto, certas espécies do serviço de saneamento consubstanciam monopólio natural, daí a inviabilidade de conceber a prestação ou delegação simultânea por mais de um ente. A solução não atende à racionalidade do sistema jurídico. A interpretação do texto constitucional não pode descurar das consequências práticas dela resultantes. Incumbe ao Supremo evitar nova guerra federativa, que claramente prejudicaria os objetivos da Carta Federal concernentes ao serviço de saneamento básico.

Na ausência de definição constitucional apta a delimitar o alcance de atuação de cada ente, o que seria desejável, bem como de lei complementar federal com o mesmo propósito, cumpre recorrer aos parâmetros tradicionalmente empregados pelo Tribunal para resolver tais conflitos federativos. Deve-se observar o denominado critério da preponderância do interesse, que se traduz na ideia de se reconhecer a competência municipal quando está em jogo o interesse local, a estadual nas matérias de interesse regional e federal nas atividades de interesse geral ou nacional. No julgamento da Ação Cautelar nº 1.255, o ministro Celso de Mello consignou:

Vê-se, portanto, considerada a repartição constitucional de competências em matéria ambiental, que, na eventualidade de surgir conflito entre as pessoas políticas no desempenho de atribuições que lhes sejam comuns - como sucederia, p. ex., no exercício da competência material a que aludem os incisos VI e VII do art. 23 da Constituição -, tal situação de antagonismo resolver-se-á mediante aplicação do critério da preponderância do interesse e, quando tal for possível, pela utilização do critério da cooperação entre as entidades integrantes da Federação (...)

Definir o que fica no interesse local, regional ou geral é tarefa complexa, que não encontra resposta imediata no ordenamento jurídico. São conceitos indeterminados, cujo preenchimento depende da análise das circunstâncias concretas subjacentes ao caso e à realidade do país. Não seria estranho que serviços hoje considerados de interesse local sejam, amanhã, tidos como de interesse geral, e vice-versa.

Surge evidente que os serviços de distribuição de água potável pela via canalizada e a coleta de esgoto possuem feição regional, talvez até mesmo geral. Não é demais salientar a importância do saneamento básico para a proteção do meio ambiente e da saúde humana. Conforme estimado, cada real investido em saneamento resulta em vinte e dois reais em economia de gastos com saúde, significando passo essencial à erradicação daquilo que vem sendo pejorativamente denominado de “doenças de pobre”. Além disso, o despejo de esgoto sem tratamento – normalmente em cursos de água de titularidade estadual ou federal – acaba por se tornar vetor de doenças que causam endemias em diversos municípios e estados.

Ante essas razões, o exame das atividades estampadas no artigo 3º, inciso I, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 11.445/2007 revela que transcendem o mero interesse da população local, convolvendo-se em imperativo regional e, quiçá, nacional.

A conclusão deriva também de fatores históricos e da análise econômica. Sob o primeiro ângulo, sabe-se que, a partir da década de 70, optou-se pela criação do Plano Nacional de Saneamento Básico – Planasa, mediante o qual veio a ser incentivada a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista estaduais para o desenvolvimento dos citados serviços de saneamento básico. A instalação das redes foi efetuada com financiamento do Banco Nacional de Habitação, entidade pública federal, por intermédio do Fundo de Investimento em Saneamento – FISAME. Nesse período, ocorreu a maior expansão das redes brasileiras. A experiência municipalista, segundo Vinícius Marques de Carvalho, acabou marcada pelas seguintes características:

A predominância de soluções domiciliares, as poucas captações, a deficiência operacional, a defasagem tecnológica, o não atendimento de parcelas significativas da população e, principalmente, o processo de urbanização desenfreado incentivaram a busca de soluções que extravasassem o âmbito municipal. (*O direito do saneamento básico*, 2010, p. 110)

Assentar a atribuição originária dos municípios resultaria no risco de retrocesso, sob diversos enfoques. Antes de tudo, porque o modelo de gestão estadual é o mais bem-sucedido no setor ao longo da história do Brasil. Depois, porquanto a óptica traria riscos jurídicos a um modelo já consolidado. Dizer do interesse local para a prestação dos serviços de coleta de esgoto e distribuição de água encanada seria presumir que os municípios poderiam optar por novas delegações ou execução direta do serviço e, dessa forma, fracionar a infraestrutura já existente, gerando ineficiência e custos adicionais, como aconteceu com o Município de Niterói no caso em análise.

Além disso, argumentos de análise econômica do Direito, colhidos do trabalho de Carlos Emmanuel Joppert Raggazo (*Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*, 2011, pp. 357-8), apontam ser a solução regional a mais adequada. Segundo o autor, a regionalização do saneamento básico permite a obtenção de ganhos decorrentes da economia de escala, redução dos custos atrelados à internalização dos prejuízos causados ao meio ambiente e demais externalidades resultantes da atividade, melhoria na coordenação com os órgãos regulatórios e, ainda, a possibilidade de realização de subsídio cruzado intrarregional, de modo que municípios superavitários possam contribuir para o equilíbrio de tarifa ou taxa nos deficitários.

Ainda segundo Carlos Emmanuel, o sistema começa a ficar economicamente viável quando alcança base de consumidores superior a 150 mil habitantes, ocorrendo ganhos de escala até a marca dos 500 mil habitantes. Esse problema é especialmente grave no Brasil, onde se verificou uma explosão no número de municípios nos últimos vinte anos.

## ADI 1842 / RJ

Conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, somente 225 municípios brasileiros possuem população superior a cem mil habitantes, em um universo que compreende 5.561 entes. É dizer: na quadra atual, pouco mais de 4% dos municípios brasileiros possui condições de prestar o serviço de saneamento básico de modo sustentável.

Não subsiste a afirmação de que o serviço de saneamento se assemelha ao de distribuição de gás canalizado e de que, para esse último, o constituinte originário teria feito a ressalva do artigo 25, § 2º, da Carta Federal. Os serviços são muito diferentes. O primeiro volta-se ao suprimento de demandas energéticas, as quais, inclusive, podem ser substituídas por outras fontes. O segundo é um monopólio natural, que demanda altíssimo investimento para implantação, com grande importância para a concretização de vários direitos fundamentais, destacando-se a saúde e o desenvolvimento sustentável. A par desse aspecto, a alegação faz tábula rasa do § 1º do artigo 25, no que reserva aos estados as competências remanescentes. Se todas essas competências se limitassem ao dispositivo do § 2º, a norma seria despida de qualquer serventia prática.

Em síntese, entendo que os serviços listados no artigo 3º, inciso II, da lei impugnada são de atribuição estadual, e não municipal, por ostentarem nítido interesse regional. Os versados no artigo 3º, inciso I, alíneas “c” e “d”, da Lei nº 11.445/2007 revelam atividades de interesse local e, por isso, devem ser executados pelos municípios. Penso que, dessa forma, ficam adequadamente contemplados os papéis desses dois entes federativos no modelo cooperativo do artigo 23 da Lei Maior. Cabe à União fomentar e articular diretrizes para o desenvolvimento do setor, a teor do artigo 21, inciso XX, da Carta Federal.

Com a explicitação, retorno à questão central veiculada nesta ação direta. Consiste em saber se o Estado pode assumir o controle de serviços públicos de atribuição municipal por intermédio da criação das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, valendo-se da prerrogativa prevista no artigo 25, § 3º, da Lei Maior. A resposta é

## ADI 1842 / RJ

desenganadamente negativa. Contudo, conforme assentei, os serviços de distribuição de água canalizada e esgotamento sanitário possuem natureza regional e, como tais, devem ser geridos e implementados pelos estados. Então, ao criar a Região Metropolitana, com base na citada disposição constitucional, o Estado do Rio de Janeiro meramente integrou os municípios à esfera de planejamento e execução de um serviço público do qual já era titular, com vistas à prestação integrada, o que é desejável e salutar.

Seguindo essa linha de raciocínio, verifica-se não estar em jogo a autonomia federativa dos municípios, no que não foi alcançada pelo diploma atacado. O conceito de autonomia federativa não pode ser interpretado de modo estanque, dissociado das demais regras e princípios constitucionais. O texto da Carta, a um só tempo, fundamenta-o e limita-o.

As constituições consagram valores antagônicos e são redigidas mediante o emprego de dispositivos com baixa densidade normativa, o que decorre da necessidade de viabilizar o acordo político abrangente que lhes dá substrato. Logo, é natural que incumba à Corte constitucional aparar as arestas e buscar, à luz da quadra vivida, emprestar-lhes concretude. Nessa tarefa, nenhum princípio pode ser interpretado de modo absoluto, como bem indica a jurisprudência do Supremo. Essa lógica abrange também o princípio federativo e a autonomia municipal.

Apenas para deixar claro o entendimento que adoto, consigno que o voto do ministro Gilmar Mendes é adequado para a generalidade das situações. Se for necessário integrar o transporte público na região metropolitana, por exemplo, os municípios devem ter voz no processo decisório. No caso da coleta de resíduos sólidos, cabe igual solução. Com isso, digo que o artigo 25, § 3º, da Carta de 1988 não representa autorização para que o Estado “avoque” competências locais segundo livre escolha. O constituinte originário foi explícito ao admitir que o estado passe a *integrar* a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum. O texto permite a integração, e não avocação ou encampação. Também não viabiliza que a titularidade de

## ADI 1842 / RJ

serviços públicos considerados municipais seja transferida aos estados, para que estes os explorem diretamente ou por meio de delegação à iniciativa privada. Tampouco consente que a eficácia das decisões colegiadas relativas a esses serviços fiquem submetidas a referendo final dos órgãos políticos estaduais, como o Governador ou a Assembleia Legislativa. Essa é a interpretação que se depreende da própria literalidade do texto constitucional.

Por outro lado, se atendidos os pressupostos fáticos e jurídicos do artigo 25, § 3º, da Carta da República, e o estado se propõe a adotar o modelo regional para a realização de funções públicas, é natural que a estrutura de gestão deva ser coletiva. O poder de veto atribuído ao Governador e à Assembleia Legislativa pela Lei Complementar estadual nº 87/97 cria inequívoco desequilíbrio federativo. O que há, com as regiões metropolitanas, é uma relativização das autonomias dos entes federativos, em favor da cooperação e do alcance de finalidades mais importantes, como o atendimento aos princípios de eficiência, modicidade tarifária e universalização dos serviços públicos.

Concluo que a lei complementar contestada não implicou subtrair dos municípios que compõem a Região Metropolitana e a Microrregião dos Lagos a gestão plena sobre os serviços atrelados ao saneamento localmente prestados. Ao contrário, reconheceu-os como detentores de legítimos interesses no modo como serão executados pelo Estado ou por delegação deste. Ao fazê-lo, todavia, o Estado do Rio de Janeiro não estava autorizado a criar modelo que lhe possibilite assumir o controle dos serviços comuns de modo unilateral. Tanto a literalidade quanto a teleologia do artigo 25, § 3º, da Carta Federal indicam que a região metropolitana, as microrregiões e as aglomerações urbanas são um esforço cooperativo.

Ante o quadro, conheço parcialmente do pedido e, nesse ponto, julgo-o em parte procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 4º, § 2º, no tocante à expressão “condicionada a sua ratificação pelo Governador do Estado”, e 5º, inciso I, relativamente à cláusula “a ser submetido à Assembléia Legislativa”, da Lei Complementar nº 87/1997,

**ADI 1842 / RJ**

do Estado do Rio de Janeiro.

Cópia