

RESÍDUOS SÓLIDOS E ATERROS SANITÁRIOS NO STF: O CASO DA ADC 42

SOLID WASTE AND LANDFILLS IN THE STF: THE CASE OF ADC 42

Ingo Wolfgang Sarlet¹

Professor Titular da Faculdade de Direito (PUC, Porto Alegre/RS, Brasil)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da consulta; 2 Panorama geral e estado da arte do caso (ADC 42/DF) no Supremo Tribunal Federal (STF); 3 Considerações gerais sobre o regime jurídico aplicável ao caso em análise; 4 Respostas aos quesitos formulados; Considerações finais.

SUMMARY: *Introduction; 1 The consultation; 2 General overview and state of the art of the case (ADC 42/DF) at the Federal Supreme Court (STF); 3 General considerations on the legal regime applicable*

to the case under analysis; 4 Answers to the questions asked; Final considerations.

INTRODUÇÃO

A polêmica em torno do regime jurídico aplicável ao tratamento de resíduos sólidos e efluentes, com destaque aqui para a diferença entre os assim chamados aterros sanitários, de há muito ocupa a agenda regulatória, a atenção da academia, ademais de se tratar de

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Munique (LMU). Advogado, Parecerista e Consultor Jurídico. Autor, entre várias outras, das seguintes obras jurídicas: *Curso de Direito Ambiental* (4. ed. Rio de Janeiro, 2023, em coautoria com Tiago Fensterseifer), *Curso de Direito Climático* (1. ed. São Paulo, 2023, em coautoria com Gabriel Wedy e Tiago Fensterseifer), *Curso de Direito Constitucional* (12. ed. São Paulo, 2023, em coautoria com Luiz G. Marinoni e Daniel Mitidiero), *Direito Constitucional Ecológico* (7. ed. São Paulo, 2021, em coautoria com Tiago Fensterseifer), *Constituição e Legislação Ambiental Comentadas* (São Paulo, 2015, em coautoria com Paulo Affonso Leme Machado e Tiago Fensterseifer), *Princípios do Direito Ambiental* (3. ed. São Paulo, 2024, no prelo, em coautoria com Tiago Fensterseifer), *A Eficácia dos Direitos Fundamentais* (13. ed. Porto Alegre, 2018), *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988* (10. ed. Porto Alegre, 2015). E-mail: iwsarlet@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7185324846597616>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2494-5805>.

pauta sempre presente nos Tribunais. Neste contexto, o presente texto busca analisar, à luz do caso mais relevante que tramitou no STF sobre a matéria, designadamente, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 42/DF, relatoria do Ministro Luiz Fux, julgada em 14.02.2024. Para tanto, se reproduz integralmente o texto de parecer jurídico por nós elaborado e acostado aos autos do processo quando da discussão, em sede de embargos declaratórios (julgados em 24.10.2024), a respeito da modulação dos efeitos da decisão de mérito e a sua respectiva extensão.

1 DA CONSULTA

O presente parecer jurídico foi elaborado a pedido dos advogados que representam a Associação Brasileira de Empresas de Tratamento de Resíduos e Efluentes (Abetre), em vista da atuação da entidade como *amicus curiae* no âmbito do processo e julgamento a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) dos embargos declaratórios opostos pela Advocacia-Geral da União (AGU) e pelo Partido Progressista (PP) ao acórdão derivado da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 42/DF, que examinou a constitucionalidade de dispositivos do Código Florestal de 2012 (Lei nº 12.651/2012). O objetivo deste parecer é, a partir da oferta de uma visão geral sobre o regime jurídico aplicável à matéria, examinar e avaliar os argumentos jurídicos manejados ao longo do processo e pelos julgadores, para, na sequência, responder aos questionamentos formulados pelos advogados da Consulente.

2 PANORAMA GERAL E ESTADO DA ARTE DO CASO (ADC 42/DF) NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

O Plenário do STF, no bojo de ações declaratórias de constitucionalidade (nºs 42 e 43) e ações diretas de inconstitucionalidade (nºs 4901, 4902, 4903 e 4937), todas ajuizadas com o escopo de questionar a legitimidade constitucional de dispositivos da Lei nº 12.651/2012 – Novo Código Florestal –, julgou, em 28.02.2018, parcialmente procedentes os pedidos formulados nas ações referidas. Especificamente no ponto que interessa ao presente parecer, o julgamento teve o seguinte desenlace:

- i) por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, declarar a inconstitucionalidade das

expressões “gestão de resíduos” [...], contidas no art. 3º, VIII, *b*, da Lei nº 12.651/2012 (Código Florestal);
ii) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, VIII e IX, do Código Florestal, de modo a se condicionar a intervenção excepcional em APP, por interesse social ou utilidade pública, à inexistência de alternativa técnica e/ou locacional à atividade proposta, vencidos, em parte, os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello;
[...].

Conforme referido anteriormente, houve a oposição de embargos declaratórios ao acórdão relativo ao julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 42/DF (ADC 42) pela Advocacia-Geral da União (AGU) e pelo Partido Progressista (PP).

No caso dos embargos opostos pela entidade partidária, apontou-se contradição na declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, inciso VIII, alínea *b*, do Código Florestal, especificamente no ponto em que reputa de utilidade pública atividades de gestão de resíduos, inclusive para fins de intervenção em área de preservação permanente, defendendo que a expressão “gestão de resíduos” não deve abranger os aterros sanitários. Nesse sentido, argumentou o partido político que

é evidente a contradição expressa na própria ementa quando se verifica que a “intervenção em área de preservação permanente por utilidade pública [...] devem ser legítimas e razoáveis para compatibilizar a proteção ambiental com o atendimento a outros valores constitucionais, a saber: prestação de serviços públicos (art. 6º e 175 da CRFB) [...] desenvolvimento urbano (art. 182 da CRFB); saneamento básico (art. 21, XX, e 23, IX, da CRFB)”, porém, se assenta, logo em seguida, que “não há justificativa razoável para se permitir intervenção em APPs para fins de gestão de resíduos [...] sob pena de subversão da prioridade constitucional concedida ao meio ambiente em relação

aos demais bens jurídicos envolvidos nos dispositivos respectivos”.

De modo complementar, o partido político sustentou que

a segurança jurídica impõe a modulação dos efeitos da decisão, tudo a evitar que a sanatória de uma alegada inconstitucionalidade (alínea *b* inciso VIII do art. 3º do Novo Código Florestal ao dispor ser de utilidade pública as obras de infraestrutura para a gestão de resíduos) não importe no surgimento de situação igualmente inconstitucional – o desatendimento da proteção ao meio ambiente como direito fundamental previsto no art. 225 da Constituição Federal pela restrição à utilização de aterros sanitários como disposição final adequada a distribuição ordenada de rejeitos objetivando a eliminação de lixões.

No tocante aos pedidos formulados nos embargos de declaração pelo Partido Progressista, destacam-se:

I – Sejam os presentes embargos de declaração conhecidos e providos, para sanar as omissões e contradições apontadas, especialmente quanto ao equívoco conceitual e técnico de aterro sanitário em contraste com “lixão” (e que acabou por não permitir a distinção dos conceitos técnicos e de engenharia para se definir o regime jurídico aplicável a cada situação) e que acabou por desorientar a análise e julgamento da questão atinente à gestão de resíduos sólidos;

II – Seja conferido efeito infringente ao presente recurso, para que seja reconhecida e declarada a constitucionalidade da expressão “gestão de resíduos”, contida no art. 3º, VIII, *b*, da Lei nº 12.651/2012 (Código Florestal), ou, caso assim não entenda essa colenda Corte, seja dada interpretação conforme à Constituição da República para determinar que a inconstitucionalidade da expressão

de “gestão de resíduos” somente se aplica a lixões e estruturas similares, ficando excluídas do alcance da inconstitucionalidade aquelas atividades de gestão de resíduos que sejam realizadas em conformidade com as leis vigentes, incluindo a Política Nacional de Resíduos Sólidos, e deem destinação final ambientalmente adequada ao resíduo;

III – Seja dada interpretação conforme à Constituição da República e efeito infringente aos embargos para determinar que os aterros sanitários não se inserem nas inconstitucionalidades declaradas no art. 3º, VIII, *b*, ou, alternativamente, para que seja declarado que os aterros se caracterizam também como atividade de saneamento, e por isso são atividades abarcadas pelo rol previsto no art. 3º, VIII, *b*;

IV – Subsidiariamente, ainda, vencidos os argumentos apresentados, seja realizada a modulação dos efeitos da decisão embargada para que a mesma tenha efeitos prospectivos às futuras obras de saneamento básico referentes a aterros sanitários, dada a necessidade de respeito à segurança jurídica e à consolidação da situação fática dos aterros que estão em funcionamento na data de publicação do acórdão, tratando os resíduos sólidos de maneira adequada e ambientalmente correta, ou, subsidiariamente, tenha efeitos somente após decorridos 36 (trinta e seis meses) após o julgamento dos presentes embargos dada a clara necessidade de adequação de quase todos os aterros já existentes bem como do manejo de alternativas tecnicamente viáveis a encargo de centenas de municípios na Federação, o que demanda muito tempo de planejamento e execução e não poderá ocorrer tão logo o acórdão seja publicado ou em curto espaço de tempo;

V – Seja sanada a contradição apontada no que diz respeito à interpretação conforme à Constituição que se deu ao art. 48, § 2º, para se declarar que, em

congruência com a constitucionalidade do art. 66, somente seja exigida equiparação de biomas para que seja feita a compensação de Reserva Legal via CRA.

A AGU, em apertada síntese, formulou pedido nos embargos declaratórios para que o STF

confira interpretação conforme a Constituição à expressão “gestão de resíduos”, constante do art. 3º, inciso VIII, alínea *b*, do Código Florestal, de modo a excluir de seu alcance o significado nocivo ao meio ambiente (lixões), mantendo válida a aceção que engloba os instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Subsidiariamente, igualmente pleiteou a modulação dos efeitos, requerendo que

que sejam consideradas válidas as autorizações de supressão de vegetação em áreas de preservação permanente, assim como licenças ambientais combinadas, em seu texto, com essas autorizações, que tenham sido concedidas por órgãos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente com base no art. 3º, inciso VIII, alínea *b*, da Lei nº 12.651/2012 até o trânsito em julgado da presente decisão.

Em sentido contrário aos embargantes, a Procuradoria-Geral da República (PGR) manifestou-se no sentido da

inconstitucionalidade da intervenção ou supressão em áreas de proteção permanente (APPs) para a instalação de empreendimentos de gestão de resíduos, não se verificando erro sobre premissas fáticas, contradição ou obscuridade quanto ao alcance do item “i” do acórdão, que declarou a inconstitucionalidade das expressões “gestão de resíduos” e “instalações necessárias à realização de competições esportivas

estaduais, nacionais ou internacionais”, contidas no art. 3º, VIII, *b*, do Código Florestal.

De modo complementar, no tocante à modulação prospectiva de efeitos decisórios, exarou entendimento de que

a fim de evitar impactos financeiros e ambientais decorrentes da declaração de nulidade das disposições do art. 3º, VIII, *b*, do Código Florestal, há de se modular os efeitos da decisão, fixando-se o prazo razoável de 10 anos para que o Poder Público providencie a progressiva desativação dos aterros sanitários localizados em APPs.

O Plenário Virtual do STF iniciou, em 25.08.2023, o julgamento dos embargos declaratórios opostos ao acórdão da ADC 42/DF, com o voto-relator proferido pelo Ministro Luiz Fux. No seu voto, acompanhado pelas Ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber, e pelo Ministro Luiz Edson Fachin², o Relator deu parcial provimento aos embargos, nos seguintes termos:

[...] (ii) atribuir eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade da expressão gestão de resíduos constante do art. 3º, VIII, *b*, da Lei federal nº 12.651/2012 (Código Florestal), de forma a preservar os aterros sanitários em funcionamento regular em áreas de preservação permanente APPs, de acordo com a autoridade técnico-ambiental competente, na data do julgamento da presente ação, os quais poderão permanecer em funcionamento por 36 (trinta e seis) meses a contar do julgamento dos presentes embargos, vedadas novas ampliações.

² O Ministro Fachin acompanhou o voto-relator do Ministro Luiz Fux, mas ressaltou o seu entendimento sobre a data inicial a ser considerada para se atribuir efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade da expressão “gestão de resíduos”, constante do art. 3º, VII, *b*, do Código Florestal, a fim de preservar os aterros sanitários em funcionamento regular em APPs.

Ao abrir divergência em relação ao voto-relator, o Ministro Gilmar Mendes deu parcial provimento aos embargos declaratórios, conferindo-lhes efeitos infringentes, para:

[...] (ii) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, inciso VIII, alínea *b*, da Lei nº 12.651/2012, e assentar que a gestão de resíduos qualificada como utilidade pública abrange apenas as modalidades previstas na Lei nº 12.305/2010, excluída a possibilidade, em qualquer hipótese, de instalação de lixões em áreas de preservação permanente; e

(iii) caso vencido no item (ii), modular os efeitos da decisão embargada para conferir efeitos prospectivos à decisão declaratória de inconstitucionalidade da expressão “gestão de resíduos” do art. 3º, inciso VIII, alínea *b*, da Lei nº 12.651/2012, a contar da publicação da ata de julgamento destes aclaratórios, mantidas as atuais licenças e futuras prorrogações concedidas nos termos da legislação anterior, ressalvada a possibilidade de revogação da licença (prévia, de instalação ou de operação), a qualquer momento pelo órgão ambiental competente, em caso de descumprimento da respectiva legislação, em especial da Lei nº 12.305/2010.

Conforme articulado no voto-divergente do Ministro Gilmar Mendes,

é inequívoco que a corrente formada pela maioria dos Ministros considerou a expressão “gestão de resíduos” sinônimo de lixão, a significar o descarte incorreto de resíduos sólidos. Mas, ao reputá-la inconstitucional, bloqueou iniciativas ambientalmente corretas, como a dos aterros sanitários, essenciais para a erradicação dos lixões e para o integral implemento do saneamento básico.

Nessa linha, o acórdão embargado acabou por traçar caminho dissonante da própria Política Nacional

de Resíduos Sólidos, que não considera a gestão de resíduos mecanismo nocivo ao meio ambiente. Pelo contrário, o art. 3º, inciso X, da Lei nº 12.305/2010 estabelece que o gerenciamento de resíduos sólidos é o “conjunto de ações exercidas, direta ou indiretamente, nas etapas de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, de acordo com plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos ou com plano de gerenciamento de resíduos sólidos, exigidos na forma desta Lei”.

E os próprios objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos são, entre outros, a “proteção da saúde pública e da qualidade ambiental” (art. 7º, inciso I) e a “não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, bem como disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos” (art. 7º, inciso II).

É dizer, não há antinomia, ao menos em abstrato, entre a gestão de resíduos e a proteção ambiental. Haverá situações em que a execução de obra de gestão de resíduos sólidos será melhor alocada em área de proteção ambiental, sem que com isso haja decréscimo da proteção ambiental.

Para controlar essas situações em concreto, há a exigência do licenciamento ambiental, no bojo do qual serão examinadas e ponderadas as circunstâncias de instalação da infraestrutura em determinado local.

Foi justamente essa a posição defendida pelo Ministro Alexandre de Moraes no julgamento do mérito das ações em tela:

“[...] A gestão de resíduos tem a mais alta relevância socioambiental, com interface direta sobre os domínios da saúde pública, do desenvolvimento

urbano e da economia popular. Daí porque não me parece possível descartar, *a priori*, a relevância social dessa atividade a ponto de qualificar como irrazoável e desproporcional a mera admissão da hipótese de desenvolvimento dessas atividades (de relevância ambiental) em espaços ambientalmente protegidos. Frise-se que, tratando-se de atividade potencialmente poluidora, aplica-se a legislação própria do licenciamento ambiental, que confere ao órgão administrativo competente a possibilidade de decidir sobre a localização de aterros ou, na dicção da Lei nº 12.305/2010, da ‘disposição final ambientalmente adequada’ de resíduos sólidos, podendo aferir, inclusive, a ‘inexistência de alternativa técnica ou locacional’.”

Dessa forma, reservadas as devidas vênias, é imperioso o provimento dos embargos de declaração, com efeitos infringentes, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, inciso VIII, alínea *b*, da Lei nº 12.651/2012, e assentar que a gestão de resíduos qualificada como utilidade pública abrange apenas as modalidades previstas na Lei nº 12.305/2010.

O Ministro Alexandre de Moraes, na sequência, igualmente divergiu do Relator, posicionando-se no sentido de conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade da expressão “gestão de resíduos”, contida no art. 3º, VIII, *b*, do Código Florestal, concedendo o prazo de dez anos, contados da publicação da ata do julgamento dos embargos, para a progressiva desativação dos aterros sanitários atualmente instalados e em funcionamento nas áreas de preservação permanente.

Posteriormente, houve pedido de vista formulado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, faltando ainda os votos dos Ministros Dias Toffoli, Nunes Marques, André Mendonça e Cristiano Zanin.

Assim, uma vez assegurado um panorama geral do feito no STF, serão, como anunciado, tecidas algumas considerações gerais sobre o regime jurídico

aplicável ao caso em análise para, ao final, responder os quesitos formulados pela Consulente e articular conclusões finais.

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AO CASO EM ANÁLISE

3.1 NOTAS ACERCA DO REGIME JURÍDICO DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APPS) NO CÓDIGO FLORESTAL DE 2012 (LEI N° 12.651/2012)

A análise objeto deste parecer está circunscrita à (in)constitucionalidade da expressão “gestão de resíduos” contida no art. 3º, VIII, *b*, da Lei nº 12.651/2012 (Código Florestal), tomando por premissa a decisão do STF que declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do dispositivo em questão no julgamento da ADC 42/DF, ocorrido em 28.02.2018. Em razão dos embargos declaratórios opostos contra o referido acórdão pela Advocacia-Geral da União (AGU) e pelo Partido Progressista (PP), o STF retomou a análise da questão, já contando com votos proferidos pelos Ministros Luiz Fux (Ministro Relator, acompanhado no seu voto pelas Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia), Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes e Luis Edson Fachin.

O Código Florestal de 2012 (Lei nº 12.651/2012), referido por alguns como novo Código Florestal, por haver substituído e revogado o Código Florestal de 1965 (Lei nº 4.771/65), é a legislação regente e central acerca da proteção da vegetação nativa brasileira nos diferentes biomas continentais³, não obstante a exigência de uma interpretação sistemática dos seus dispositivos em face dos diferentes diplomas que integram o microsistema legislativo do direito ambiental brasileiro (entre os quais se incluem, por exemplo, a Lei nº 12.305/2010 e a Lei nº 11.445/2007). Em sintonia com o regime constitucional de proteção ecológica estabelecido pela Constituição Federal de 1988 (CF/1988), notadamente pelo emblemático art. 225⁴, o diploma florestal guarda como

³ Apenas o bioma da Mata Atlântica possui diploma legislativo especial (Lei da Mata Atlântica - Lei nº 11.428/2006), aplicando-se o Código Florestal como norma geral a todos os demais (p. ex., Amazônia, Cerrado, Pantanal, etc.).

⁴ A Lei nº 12.651/2012 regulamenta, além de outros dispositivos constitucionais, a norma constitucional inscrita no inciso III do § 1º do art. 225 da CF/1988, o qual estabelece como dever do Estado “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção”.

objetivo central a promoção do desenvolvimento sustentável (art. 1º, parágrafo único), buscando equilibrar os seus três pilares estruturantes: ecológico, social e econômico.

O novo diploma florestal, por sua vez, consagrou, com alguns ajustes pontuais em relação à regulamentação prévia existente no Código Florestal de 1965, a categoria jurídica das áreas de preservação permanente (APPs). De acordo com o art. 3º, II, da Lei nº 12.651/2012, tem como conceito de APP o que segue:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

[...]

II – Área de Preservação Permanente – APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

De modo complementar, o art. 4º do diploma florestal estabelece onze categorias diferentes de APPs, conforme se verifica na transcrição do dispositivo:

Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

I – as faixas marginais de qualquer curso d’água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de: (Redação dada pela Lei nº 12.727, de 2012) (Vide ADIN 4.903)

a) 30 (trinta) metros, para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura;

b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

c) 100 (cem) metros, para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

d) 200 (duzentos) metros, para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

II - as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais, em faixa com largura mínima de:

a) 100 (cem) metros, em zonas rurais, exceto para o corpo d'água com até 20 (vinte) hectares de superfície, cuja faixa marginal será de 50 (cinquenta) metros;

b) 30 (trinta) metros, em zonas urbanas;

III - as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento; (Redação dada pela Lei nº 12.727, de 2012) (*Vide* ADC 42) (*Vide* ADIN 4.903)

IV - as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes, qualquer que seja sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros; (Redação dada pela Lei nº 12.727, de 2012) (*Vide* ADIN 4.903)

V - as encostas ou partes destas com declividade superior a 45°, equivalente a 100% (cem por cento) na linha de maior declive;

VI - as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

VII - os manguezais, em toda a sua extensão;

VIII - as bordas dos tabuleiros ou chapadas, até a linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;

IX - no topo de morros, montes, montanhas e serras, com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação média maior que 25°, as áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a 2/3 (dois terços) da altura mínima da elevação sempre em relação à base, sendo esta definida pelo plano horizontal determinado por planície ou espelho d'água adjacente ou, nos relevos ondulados, pela cota do ponto de sela mais próximo da elevação;

X - as áreas em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação;

XI - em veredas, a faixa marginal, em projeção horizontal, com largura mínima de 50 (cinquenta) metros, a partir do espaço permanentemente brejoso e encharcado. (Redação dada pela Lei nº 12.727, de 2012)

Ainda, destaca-se a previsão do art. 8º da Lei nº 12.651/2012, que estabelece as hipóteses legais de intervenção ou a supressão de vegetação nativa em APP, conforme segue:

Art. 8º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei.

Entre as hipóteses de “utilidade pública” previstas no art. 3º, VII, encontra-se justamente a previsão da expressão “gestão de resíduos”, declarada inconstitucional pelo STF no julgamento da ADC 42/DF, conforme referido anteriormente:

VIII - utilidade pública:

- a) as atividades de segurança nacional e proteção sanitária;
 - b) as obras de infraestrutura destinadas às concessões e aos serviços públicos de transporte, sistema viário, inclusive aquele necessário aos parcelamentos de solo urbano aprovados pelos Municípios, saneamento, gestão de resíduos, energia, telecomunicações, radiodifusão, instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais, bem como mineração, exceto, neste último caso, a extração de areia, argila, saibro e cascalho; (*Vide* ADC 42) (*Vide* ADIN 4.903)
 - c) atividades e obras de defesa civil;
 - d) atividades que comprovadamente proporcionem melhorias na proteção das funções ambientais referidas no inciso II deste artigo;
 - e) outras atividades similares devidamente caracterizadas e motivadas em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto, definidas em ato do Chefe do Poder Executivo federal;
- [...].

Por fim, elaborado esse breve introito e demarcado o enquadramento do regime jurídico das APPs, limitado aos pontos que interessam ao caso em tela, avançaremos, a partir do próximo tópico, na análise jurídica propriamente dita do caso.

3.2 A LEI DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS (LEI Nº 12.305/2010) COMO DIPLOMA LEGISLATIVO DE NATUREZA AMBIENTAL E INTEGRANTE DO MICROSSISTEMA LEGISLATIVO DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

A Lei nº 12.305/2010, que estabelece a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), é um dos diplomas mais avançados do direito ambiental

brasileiro, servindo de base legislativa para a (sub)disciplina denominada de *direito dos resíduos*⁵. O diploma em questão, por essa ótica, tem por objetivo central a “proteção da saúde pública e da qualidade ambiental” (art. 7º, I).

Ao reconhecer expressamente a vinculação entre as matérias, notadamente o tratamento do direito dos resíduos como subdisciplina do direito ambiental, a Lei nº 12.305/2010 estabelece, no seu art. 5º, que a

Política Nacional de Resíduos Sólidos integra a Política Nacional do Meio Ambiente e articula-se com a Política Nacional de Educação Ambiental, regulada pela Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999, com a Política Federal de Saneamento Básico, regulada pela Lei nº 11.445, de 2007, e com a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

Como consagrado expressamente no dispositivo citado, é possível reconhecer a conformação de um microssistema legislativo integrado e coordenado para a regulação jurídica dos resíduos sólidos, estabelecido entre a legislação ambiental em geral (constitucional e infraconstitucional), a legislação dos resíduos sólidos (Lei nº 12.305/2010) e a legislação de saneamento básico (Lei nº 11.445/2007). As três matérias estão intrinsecamente relacionadas do ponto de vista normativo, inclusive como condição *sine qua non* à “sadia qualidade de vida” consagrada no *caput* do art. 225 da CF/1988, o que, como será desenvolvido à frente, reforça a caracterização da gestão de resíduos sólidos como serviço essencial de utilidade pública, tal como ocorre em relação ao saneamento (neste último caso, reconhecido pelo STF no julgamento da ADC 42/DF).

Igual compreensão pode ser extraída da Lei do Sistema Único de Saúde - SUS (Lei nº 8.080/1990), ao consagrar, no seu art. 3º, como fatores determinantes à saúde, entre outros, o meio ambiente o saneamento e o acesso à serviços essenciais conforme segue:

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como

⁵ Na doutrina, v. ARAGÃO, M. A. de S. *O direito dos resíduos*. Coimbra: Almedina, 2003.

determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o *saneamento básico*, o *meio ambiente*, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o *acesso aos bens e serviços essenciais*. (Redação dada pela Lei nº 12.864/2013)⁶

O rol de princípios jurídicos estabelecido pela Lei nº 12.305/2010 – o mais completo e moderno entre os diplomas legislativos ambientais brasileiros⁷ – ilustra bem esse cenário, inclusive de modo a reforçar a centralidade da proteção ecológica na gestão dos resíduos sólidos, não por outra razão consagrando, entre outros princípios estruturantes do direito ambiental, os princípios da prevenção e da precaução (logo no seu primeiro inciso), conforme segue:

Art. 6º São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

I – a prevenção e a precaução;

II – o poluidor-pagador e o protetor-recebedor;

III – a visão sistêmica, na gestão dos resíduos sólidos, que considere as variáveis ambiental, social, cultural, econômica, tecnológica e de saúde pública;

IV – o desenvolvimento sustentável;

V – a ecoeficiência, mediante a compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados que satisfaçam as necessidades humanas e tragam qualidade de vida e a redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta;

⁶ De modo complementar, dispõe o art. 7º da Lei do SUS: “Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: [...] X – integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico”.

⁷ Na doutrina, v. SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. *Curso de direito ambiental*. 4. ed. Rio de Janeiro: GEN/Jurídico, 2023. p. 245-254.

VI – a cooperação entre as diferentes esferas do poder público, o setor empresarial e demais segmentos da sociedade;

VII – a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos;

VIII – o reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania;

IX – o respeito às diversidades locais e regionais;

X – o direito da sociedade à informação e ao controle social;

XI – a razoabilidade e a proporcionalidade.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), como consagrado no art. 4º da Lei nº 12.305/2010,

reúne o conjunto de princípios, objetivos, instrumentos, diretrizes, metas e ações adotados pelo Governo Federal, isoladamente ou em regime de cooperação com Estados, Distrito Federal, Municípios ou particulares, com vistas à gestão integrada e ao gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos.

O objetivo central da PNRS, como assinalado na parte final do dispositivo, é uma gestão de resíduos sólidos ambientalmente adequada. Em outras palavras, somente uma gestão de resíduos em estrito respeito e compatível com a legislação ambiental, ou seja, apta a salvaguardar a integridade, qualidade e segurança ecológica, encontrará guarida no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante de tais considerações, é importante destacar que a gestão de resíduos, mediante o tratamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos, representa a prestação de um serviço essencial de alto interesse social e utilidade pública, notadamente por estar diretamente relacionado e se consubstanciar como premissa à proteção ecológica e ao desfrute do

direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tal como consagrado no art. 225 da CF/1988, ademais de assegurar igualmente a saúde pública e o direito fundamental à saúde de todos (arts. 6º, *caput*, e 196 da CF/1988), e o direito fundamental ao saneamento básico, conforme será aprofundado no tópico subsequente.

3.3 A DIMENSÃO ECOLÓGICA DA LEI DA POLÍTICA NACIONAL DE SANEAMENTO BÁSICO (LEI Nº 11.445/2007) NA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DA GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS ESTABELECIDADA PELA LEI Nº 12.305/2010 E A CARACTERIZAÇÃO DA GESTÃO DE RESÍDUOS COMO CONTEÚDO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL AO SANEAMENTO BÁSICO

Inicialmente, é importante destacar o *status* de direito humano e fundamental social inerente ao saneamento básico, inclusive a ponto de integrar o conteúdo do direito-garantia ao mínimo existencial, conforme sustentado por abalizada doutrina⁸ e jurisprudência⁹ no Brasil. A corroborar esse entendimento, a Assembleia-Geral da ONU, em 2010, por meio da Resolução nº 64/292, declarou o reconhecimento do “direito à água potável e ao saneamento como um direito humano essencial para o pleno desfrute da vida e de todos os direitos humanos”. Esse entendimento também está presente no pensamento de Amartya Sen, que identifica o desenvolvimento como expressão da própria liberdade do indivíduo, de tal sorte que ele deve necessariamente resultar na eliminação da privação de liberdades substantivas (leia-se: bens sociais básicos, por exemplo, alimentação, tratamento médico,

⁸ Na doutrina, entre outros, v. BARCELLOS, A. P. de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008. p. 317320; DEMOLINER, K. S. *Água e saneamento básico: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; e PINTO, B. G. C. *Saneamento básico e direitos fundamentais: questões referentes aos serviços públicos de água e esgotamento sanitário no Direito brasileiro e no Direito francês. Anais do 10º Congresso In-ternacional de Direito Ambiental (Direitos humanos e meio ambiente)*. Organização: Antonio Herman Benjamin, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006. p. 408.

⁹ A título de exemplo, v.: STJ, REsp 1.366.331/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, J. 16.12.2014.

educação, água tratada ou saneamento básico)¹⁰, rol que deve ser acrescido da qualidade do meio ambiente, conforme reconhecido pelo próprio Sen¹¹.

A interface entre saneamento básico e proteção ecológica, conforme já abordando anteriormente, é indiscutível, uma vez que a ausência, por exemplo, de rede de tratamento de esgoto e gestão ambientalmente adequada de resíduos em determinada localidade implica não apenas violação ao direito à água potável e ao saneamento básico do indivíduo e da comunidade como um todo, mas igualmente impacta negativamente e de forma direta no direito a viver em um ambiente sadio, equilibrado e seguro, o que é especialmente perceptível no cenário urbano. Sensível a tal contexto e influenciado pela abordagem socioambiental da crise ecológica, o legislador nacional editou a Lei da Política Nacional de Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007, com nova redação dada pela Lei nº 14.026/2020).

A Lei nº 11.445/2007 estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, enunciando, entre os princípios fundamentais dos serviços públicos de saneamento básico, a “articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde, de recursos hídricos e outras de interesse social relevante, destinadas à melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante” (art. 2º, VI), o que acaba por revelar justamente uma visão integrada da tutela e promoção dos direitos socioambientais. De modo a reforçar a importância de uma articulação entre saneamento básico, gestão de resíduos e proteção ambiental, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) veicula o direito ao *saneamento ambiental*, quando estabelece o conteúdo do direito à cidade sustentável, que também inclui os direitos à moradia, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho, ao lazer, para as presentes e futuras gerações (art. 2º, I).

Neste contexto, a Lei nº 11.445/2007 pode ser considerada diploma legislativo tão relevante para a salvaguarda da saúde pública e dos direitos sociais básicos, quanto para a proteção ecológica. A Lei nº 12.305/2010, por essa ótica e conforme referido anteriormente, reconhece expressamente, no seu art. 5º, a vinculação indissociável entre saneamento básico, gestão de resíduos

¹⁰ SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 18.

¹¹ SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade...*, p. 9.

e proteção ecológica. A gestão de resíduos, por essa ótica, configura-se como espécie do gênero saneamento básico, ou seja, integrando o seu regime jurídico básico. A Lei nº 11.445/2007 é elucidativa a esse respeito, ao conceituar saneamento básico no seu art. 3º, I, c, ao incluir expressamente a destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos urbanos:

Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:
(Redação pela Lei nº 14.026/2020)

I - saneamento básico: conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de:

a) abastecimento de água potável:

[...]

b) esgotamento sanitário:

[...]

c) *limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos*: constituídos pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais de coleta, varrição manual e mecanizada, asseio e conservação urbana, transporte, transbordo, tratamento e *destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbana* [...].

Como se pode observar, a previsão do art. 3º, I, c, inclui expressamente a destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos urbanos. No mesmo sentido, ao estabelecer os princípios fundamentais dos serviços públicos de saneamento básico, o art. 2º da Lei nº 11.445/2007 assinala expressamente que:

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

[...]

III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos

realizados de forma adequada à saúde pública, à conservação dos recursos naturais e à proteção do meio ambiente; (Redação pela Lei nº 14.026/2020)

[...]

V - adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais;

VI - articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde, de recursos hídricos e outras de interesse social relevante, destinadas à melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante; (Redação pela Lei nº 14.026/2020)

O panorama legislativo em questão revela que a “gestão de resíduos” consiste em atividade inserida nos programas e no regime jurídico do saneamento básico, cujas diretrizes nacionais estão estabelecidas na Lei nº 11.445/2007, caracterizando-se como serviço essencial qualificado como de utilidade pública pelo art. 3º, VIII, da Lei nº 12.651/2012, de modo a legitimar a implementação de aterro sanitário em APPs, desde que, é claro, atendidas todas as exigências impostas pela legislação ambiental, conforme desenvolvido de forma detalhada à frente.

No mesmo sentido, destaca-se a previsão do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), notadamente ao consagrar um “direito a cidades sustentáveis” (art. 1º, parágrafo único, e art. 2º, I)¹², para o que se apresenta como condição elementar à efetivação do denominado “direito ao saneamento ambiental”

¹² “Art. 1º [...] Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I - garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; [...] XVIII - tratamento prioritário às obras e edificações de infraestrutura de energia, telecomunicações, abastecimento de água e saneamento. (Incluído pela Lei nº 13.116/2015)”

(art. 2º, I), para o que é fundamental o tratamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos gerados no meio ambiente urbano. A opção do diploma pela expressão “saneamento ambiental” revela, por si só, a abordagem integrada dos temas, de modo a assegurar a sadia qualidade de vida no contexto do meio ambiente urbano.

Assim, na medida em que o próprio STF reconhece como legítima a aplicação do regime jurídico de utilidade pública para obras de infraestrutura em APPs destinadas aos serviços públicos de saneamento, que incluem, nos termos da Lei nº 11.445/2007, as instalações de tratamento e destino final dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbana, a declaração de inconstitucionalidade da expressão gestão de resíduos contida no art. 3º, VIII, da Lei nº 12.651/2012 não se mostra razoável e justificável, na medida em que, como referido anteriormente, a gestão de resíduos por meio de aterros sanitários é instrumento fundamental tanto da Política Nacional do Meio Ambiente quanto da Política Nacional de Resíduos Sólidos e da Política Nacional de Saneamento Básico para a erradicação dos lixões no Brasil.

3.4 A CONSTITUCIONALIDADE DA GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS (INCLUSIVE DE ATERRO SANITÁRIO) EM APP PARA FINS DE “SANEAMENTO” NOS TERMOS DOS ARTIGOS 3º, I, C, E 3º-C DA LEI Nº 14.445/2007 (COM AS ALTERAÇÕES DA LEI Nº 14.026/2020) COMO DECORRÊNCIA DO RECONHECIMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE PELO STF NA ADC 42/DF DA EXPRESSÃO “SANEAMENTO” PREVISTA NA ALÍNEA B DO INCISO VIII DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 12.651/2012

Como pontuado anteriormente, a decisão do STF na ADC 42/DF (posteriormente embargada e ora em disputa) declarou a inconstitucionalidade da expressão “gestão de resíduos”, e, por outro lado, reconheceu a constitucionalidade da expressão “saneamento”, ambas contidas na alínea *b* do inciso VIII do art. 3º da Lei nº 12.651/2012. Como corolário lógico de tal entendimento, verifica-se que a referida inconstitucionalidade não alcança as hipóteses de gestão de resíduos abrangidas pelo conceito de “saneamento” previstas na Lei nº 14.445/2007, com as alterações da Lei nº 14.026/2020, conforme estabelecido expressamente nos seus arts. 3º, I, c, e 3º-C, o que inclui

o manejo de resíduos sólidos urbanos constituídos pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais de tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbana, como é o caso do aterro sanitário. De acordo com os dispositivos citados:

Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:
(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

I – saneamento básico: conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de: (Redação pela Lei nº 14.026/2020)

[...]

c) *limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos*: constituídos pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais de coleta, varrição manual e mecanizada, asseio e conservação urbana, transporte, transbordo, tratamento e *destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbana*; e (Redação pela Lei nº 14.026/2020)

[...]

Art. 3º-C. Consideram-se serviços públicos especializados de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos as atividades operacionais de coleta, transbordo, transporte, triagem para fins de reutilização ou reciclagem, tratamento, inclusive por compostagem, e destinação final dos: (Incluído pela Lei nº 14.026/2020)

I – resíduos domésticos;

II – resíduos originários de atividades comerciais, industriais e de serviços, em quantidade e qualidade similares às dos resíduos domésticos, que, por

decisão do titular, sejam considerados resíduos sólidos urbanos, desde que tais resíduos não sejam de responsabilidade de seu gerador nos termos da norma legal ou administrativa, de decisão judicial ou de termo de ajustamento de conduta; e

III - resíduos originários dos serviços públicos de limpeza urbana, tais como:

- a) serviços de varrição, capina, roçada, poda e atividades correlatas em vias e logradouros públicos;
- b) asseio de túneis, escadarias, monumentos, abrigos e sanitários públicos;
- c) raspagem e remoção de terra, areia e quaisquer materiais depositados pelas águas pluviais em logradouros públicos;
- d) desobstrução e limpeza de bueiros, bocas de lobo e correlatos;
- e) limpeza de logradouros públicos onde se realizem feiras públicas e outros eventos de acesso aberto ao público; e
- f) outros eventuais serviços de limpeza urbana.

Por essa ótica, na medida em que o STF entendeu constitucional a intervenção em APP para a hipótese de “saneamento”, a inconstitucionalidade da expressão “gestão de resíduos” abarcaria tão somente as hipóteses de gestão de resíduos não previstas no conceito de “saneamento”, tal como definido nos dispositivos citados da Lei nº 14.445/2007, como, por exemplo, os resíduos perigosos. No entanto, todas as categorias de resíduos sólidos urbanos descritos nos dispositivos citados da Lei nº 14.445/2007, com as alterações da Lei nº 14.026/2020, estariam cobertos pela expressão “saneamento”, sendo, portanto, constitucional a implementação de aterro sanitário para o seu tratamento e a destinação final ambientalmente adequada.

3.5 A QUALIFICAÇÃO DA GESTÃO DE RESÍDUOS COMO SERVIÇO PÚBLICO DE “UTILIDADE PÚBLICA” PARA UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE CORRETA DO ARTIGO 3º, INCISO VIII, ALÍNEA B, DA LEI Nº 12.651/2012

O reconhecimento da gestão de resíduos sólidos como categoria integrante do conceito genérico de saneamento básico e conteúdo do respectivo direito é outro argumento importante para reforçar a qualificação da gestão de resíduos como serviço essencial de “utilidade pública” para fins da interpretação do art. 3º, inciso VIII, alínea *b*, da Lei nº 12.651/2012. Aliás, foi justamente esse o entendimento consagrado pelo legislador do Código Florestal de 2012, posteriormente declarado inconstitucional pelo STF, relativamente à expressão “gestão de resíduos” contida no art. 3º, VIII, *b*, da Lei nº 12.651/2012.

Tal como o saneamento básico, a gestão de resíduos sólidos representa um dos serviços públicos mais essenciais e indispensáveis para assegurar as necessidades básicas da sociedade e o bem-estar coletivo, sobretudo no contexto urbano. Para ilustrar esse cenário, a Lei nº 7.783/1989, ao dispor sobre o exercício do direito de greve, definir as atividades essenciais e regular o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, consagrou expressamente ambos os serviços no rol estabelecido no seu art. 10.

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

[...]

VI - captação e *tratamento de esgoto e lixo*;

[...]

Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos *serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade*.

A respeito do tema, inclusive amparado na legislação em comento, *destaca-se passagem de decisão do Ministro Luiz Fux (à época no STJ) no sentido de*

reforçar a essencialidade da gestão de resíduos e a sua correção com a proteção da saúde pública, da do meio ambiente e da própria vida e dignidade humana:

A questão do lixo é prioritária, porque estão em jogo “a saúde pública e o meio ambiente”. Ademais, “a coleta do lixo e a limpeza dos logradouros públicos são classificados como serviços públicos essenciais e necessários à sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, porque visam a atender as necessidades inadiáveis da comunidade, conforme estabelecem os arts. 10 e 11 da Lei nº 7.783/1989. Por tais razões, os serviços públicos desta natureza são regidos pelo princípio da continuidade [...]”.¹³

O STF, em sintonia com esse cenário legislativo, reconheceu a constitucionalidade da expressão “saneamento básico” contida no mesmo dispositivo (art. 3º, VIII, *b*, da Lei nº 12.651/2012), admitindo tratar-se, portanto, de serviço essencial de utilidade pública, de modo a autorizar a sua implementação em APP, conforme preconiza o art. 8º da Lei nº 12.651/2012. A nosso ver, no entanto, negar a mesma natureza de serviço essencial de utilidade pública à gestão de resíduos sólidos não nos parece coerente com o regime jurídico infraconstitucional e constitucional estabelecido para as matérias, conforme desenvolvido anteriormente. *Poucos serviços públicos essenciais carregam o status jurídico de “utilidade pública” de forma tão contundente quanto a gestão de resíduos sólidos, desde a sua coleta até a sua destinação final, como, aliás, foi possível testemunhar recentemente e de forma trágica durante a pandemia do Covid-19 nos locais em que tal serviço foi interrompido.*

O entendimento em questão foi, inclusive, encampado pelo Ministro Alexandre de Moraes no seu voto-divergente no julgamento dos Embargos de Declaração na ADC 42/DF, ao assinalar que

a gestão de resíduos tem a mais alta relevância socioambiental, com interface direta sobre os domínios da saúde pública, do desenvolvimento urbano e da economia popular. Daí porque não me parece possível descartar, a priori, a relevância social dessa atividade a

¹³ STJ, REsp 575.998/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, J. 07.10.2004.

ponto de qualificar como irrazoável e desproporcional a mera admissão da hipótese de desenvolvimento dessas atividades (de relevância ambiental) em espaços ambientalmente protegidos.

À luz dos argumentos articulados, *revela-se absolutamente legítima a aplicação do regime jurídico de utilidade pública para obras de infraestrutura em APPs destinadas aos serviços públicos de saneamento, que incluem, nos termos da Lei nº 11.445/2007, as instalações de aterro sanitário para o tratamento e destino final dos resíduos sólidos urbanos.*

3.6 DA NECESSÁRIA DISTINÇÃO CONCEITUAL E JURÍDICA ENTRE “LIXÕES” E “ATERROS SANITÁRIOS” E O RECONHECIMENTO APENAS DOS ÚLTIMOS COMO FORMA DE “DISPOSIÇÃO FINAL AMBIENTALMENTE ADEQUADA” DE RESÍDUOS SÓLIDOS NOS MOLDES DA LEI Nº 12.305/2010

No Brasil, a realidade da gestão de resíduos sólidos, não obstante os notórios avanços verificados desde a edição da Lei nº 12.305/2010, ainda apresenta situações problemáticas e em flagrante descumprimento da lei. É o caso dos conhecidos “lixões”, como exemplo de descarte incorreto de resíduos sólidos, gerando graves problemas à saúde pública, ao saneamento básico e à proteção ecológica. Para ilustrar esse cenário, destaca-se o premiado documentário *Ilha das flores* (1989), do cineasta gaúcho Jorge Furtado, o qual registrou de forma contundente a realidade degradante (em termos sociais e ecológicos) das comunidades humanas que se alimentavam dos lixões nas cercanias da capital gaúcha. Ocorre que tais situações estão em total desacordo com a legislação ambiental, não se encontrando, em hipótese alguma, acobertadas pela expressão “gestão de resíduos”, tal como balizada normativamente pela Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010).

É ilustrativa a esse respeito decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), estabelecendo *importante e clara distinção conceitual entre “aterro sanitário” e “lixão”*:

ADMINISTRATIVO – AMBIENTAL – INSTALAÇÃO
DE LIXÃO – RISCO AMBIENTAL – AUTUAÇÃO E
MULTA – MANUTENÇÃO

1. O *aterro sanitário* é uma obra de engenharia projetada sob critérios técnicos, cuja finalidade é garantir a disposição dos resíduos sólidos urbanos sem causar danos à saúde pública e ao meio ambiente, configurando local objeto de licenciamento, dentre outros órgãos, perante a autoridade ambiental.

2. Já o chamado “*lixão*” é uma forma inadequada de disposição final de resíduos sólidos, que se caracteriza pela simples descarga do lixo sobre o solo, sem medidas de proteção ao meio ambiente ou à saúde pública. [...]. (TRF4, Apelação Cível nº 5009888-02.2014.4.04.7102/RS, 3ª Turma, Relª Desª Vânia Hack de Almeida, J. 21.03.2019)

A Lei nº 12.305/2010 é taxativa ao qualificar como “ambientalmente adequada” a forma de disposição final de resíduos sólidos. *É explícita, nesse sentido, a exigência legal de uma gestão de resíduos compatível com a legislação ambiental. Ou seja, qualquer forma de disposição final que não seja ambientalmente adequada é vedada pela Lei nº 12.305/2010 e, paralelamente, pela legislação ambiental em geral.*

O aterro sanitário, por outro lado, consiste em obra de engenharia projetada à luz de critérios técnicos, cuja finalidade é garantir a disposição dos resíduos sólidos sem causar danos à saúde pública e ao meio ambiente. A Lei nº 12.305/2010 conceitua “disposição final ambientalmente adequada” de resíduos sólidos no art. 3º, VIII, conforme segue:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

[...]

VIII – *disposição final ambientalmente adequada*: distribuição ordenada de rejeitos em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar

danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos.

Como se pode observar do conceito, a proteção ecológica coloca-se com pedra angular da gestão de resíduos levada a efeito pelos aterros sanitários, os quais, como referido anteriormente, são essenciais para a erradicação dos lixões e para o integral implemento do saneamento básico no contexto de um desenvolvimento urbano sustentável. *A gestão de resíduos por meio de aterros sanitários revela-se, nesse sentido, como importante instrumento da política ambiental e imprescindível para a eliminação progressiva dos lixões no Brasil*¹⁴.

3.7 DA EXCLUSÃO DE QUALQUER HIPÓTESE DE “GESTÃO DE RESÍDUOS” (EX. LIXÕES) PARA ALÉM DAQUELAS EXPRESSA E ESTRITAMENTE ESTABELECIDAS NA LEI Nº 12.305/2010 E NA LEI Nº 11.445/2007 PARA FINS DA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 3º, INCISO VIII, ALÍNEA B, DA LEI Nº 12.651/2012

De acordo com a argumentação articulada, deve ser excluída da interpretação do art. 3º, inciso VIII, alínea *b*, da Lei nº 12.651/2012 qualquer hipótese de “gestão de resíduos” em desacordo com a Lei nº 12.305/2010 e a Lei nº 11.445/2007, como é o caso, por exemplo, dos malfadados lixões e outras formas de tratamento ambientalmente inadequado de resíduos sólidos. *De tal sorte, a expressão “gestão de resíduos” declarada inconstitucional pelo STF deveria limitar-se apenas aos lixões, não englobando aterros sanitários e as demais atividades de gestão de resíduos que compõem o saneamento básico, nos termos tanto da Lei nº 11.445/2007 quanto da Lei nº 12.305/2010.*

¹⁴ Segundo informações prestadas pela AGU na ADC 42/DF, com base em dados fornecidos pelo Ministério do Meio Ambiente e pelo Ibama, revelou-se a existência de, pelo menos, 18 unidades de aterros sanitários em APPs, inclusive em 11 capitais: São Paulo, Rio de Janeiro, Salvador, Belo Horizonte, Curitiba, Recife, Porto Alegre, Teresina, Aracaju, Florianópolis e Vitória. No entanto, de acordo com o Despacho nº 37.151/2019-MMA, da Secretaria de Qualidade Ambiental do Ministério do Meio Ambiente, esse número deve ser bastante superior, pois (i) o Estado do Rio Grande do Sul, a região amazônica e a área do bioma caatinga não estão abrangidos na base consultada; e (ii) restam as áreas de preservação permanente associadas ao relevo (altitude e morfologia), que podem elevar o número de aterros sanitários em APPs.

A Lei nº 12.305/2010 é taxativa ao excluir da gestão de resíduos os “lixões”, como se pode verificar nas proibições elencadas nos arts. 47 e 48 do diploma:

“Art. 47. São proibidas as seguintes formas de destinação ou disposição final de resíduos sólidos ou rejeitos:

I - lançamento em praias, no mar ou em quaisquer corpos hídricos;

II - lançamento *in natura* a céu aberto, excetuados os resíduos de mineração;

III - queima a céu aberto ou em recipientes, instalações e equipamentos não licenciados para essa finalidade;

IV - outras formas vedadas pelo poder público.”

“Art. 48. São proibidas, nas áreas de disposição final de resíduos ou rejeitos, as seguintes atividades:

I - utilização dos rejeitos dispostos como alimentação;

II - catação, observado o disposto no inciso V do art. 17;

III - criação de animais domésticos;

IV - fixação de habitações temporárias ou permanentes;

V - outras atividades vedadas pelo poder público.”

Estabelecida a distinção entre a gestão de resíduos e os “lixões”, bem como a não recepção destes pela Lei nº 12.305/2010, iremos abordar no tópico subsequente a exigência de licenciamento e estudo e relatório de impacto ambiental (EIA-RIMA) e da demonstração de ausência de alternativa locacional para a instalação de aterros sanitários em área de preservação

permanente (APP) como imposição legal e premissas básicas para assegurar disposição final ambientalmente adequada de resíduos sólidos, nos termos da Lei nº 12.305/2010, do art. 3º, inciso VIII, alínea *b*, da Lei nº 12.651/2012 e da legislação ambiental em geral, inclusive como estratégia legal para equalizar uma suposta colisão entre a gestão de resíduos e a proteção ecológica.

3.8 A EXIGÊNCIA DE LICENCIAMENTO E ESTUDO E RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL (EIA-RIMA) E DA DEMONSTRAÇÃO DE AUSÊNCIA DE ALTERNATIVA LOCACIONAL PARA A INSTALAÇÃO DE ATERROS SANITÁRIOS EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APP) COMO PREMISSA PARA ASSEGURAR DISPOSIÇÃO FINAL AMBIENTALMENTE ADEQUADA DE RESÍDUOS SÓLIDOS, NOS TERMOS DA LEI Nº 12.305/2010, DO ARTIGO 3º, INCISO VIII, ALÍNEA B, DA LEI Nº 12.651/2012 E DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL EM GERAL

*Inicialmente, é importante reiterar que eventual implementação de aterro sanitário em APP terá por exigência o estrito cumprimento da legislação ambiental em vigor, com todas as suas salvaguardas protetivas. Como bem apontado Ministro Gilmar Mendes no seu voto-divergente, ao acolher os embargos declaratórios (inclusive no seu efeito infringente), há a exigência de licenciamento e estudo prévio e relatório de impacto ambiental (EIA-RIMA) para a instalação de aterros sanitários em área de preservação permanente (APP), como premissa para assegurar disposição final ambientalmente adequada de resíduos sólidos, nos termos da Lei nº 12.305/2010 e do art. 3º, inciso VIII, alínea *b*, da Lei nº 12.651/2012. Ou seja, a legislação ambiental possui plena incidência na gestão de resíduos sólidos, de modo a assegurar que a instalação de aterros sanitários (inclusive em APP) ocorra em absoluto respeito a *standards* e padrões de proteção ecológica. Aliás, a gestão de resíduos sólidos, como instrumento da PNM, tem justamente por escopo a proteção do meio ambiente.*

Sem o atendimento de tais requisitos legais e standards normativos do direito ambiental brasileiro, afasta-se por completo a possibilidade de implementação de aterro em APP, dada a sua natureza vinculante para o administrador público em todas as esferas federativas. Como assinala Paulo Affonso Machado, ao abordar o tema do licenciamento ambiental aplicado à gestão de resíduos, “o controle prévio e concomitante dos órgãos ambientais não só é mantido, como é encorajado pela Lei nº 12.305/2010”. Ainda segundo o autor, o plano de gerenciamento de

resíduos sólidos é “parte integrante do processo de licenciamento ambiental do empreendimento ou atividade pelo órgão competente do Sisnama”¹⁵, conforme prevê expressamente o *caput* do art. 24 do diploma¹⁶.

A Lei nº 12.305/2010 é taxativa nesse sentido, ao prever o licenciamento e estudo de impacto ambiental como instrumentos da PNRS, em alinhamento com o regime jurídico estabelecido pela PNMA, conforme segue:

Art. 8º São instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, entre outros:

[...]

XVII – no que couber, os *instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente*, entre eles:

- a) os padrões de qualidade ambiental;
- b) o Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais;
- c) o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental;
- d) a *avaliação de impactos ambientais*;
- e) o Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente (Sinima);
- f) o *licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras*. (grifos nossos)

A legislação ambiental estabelece a obrigatoriedade de licenciamento e estudo prévio de impacto ambiental para as hipóteses de atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente,

¹⁵ MACHADO, P. A. L. *Direito ambiental brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 718.

¹⁶ “Art. 24. O plano de gerenciamento de resíduos sólidos é parte integrante do processo de licenciamento ambiental do empreendimento ou atividade pelo órgão competente do Sisnama”. No mesmo sentido, dispõe o art. 19: “§ 4º A existência de plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos não exime o Município ou o Distrito Federal do licenciamento ambiental de aterros sanitários e de outras infraestruturas e instalações operacionais integrantes do serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos pelo órgão competente do Sisnama”.

conforme consagrado pela norma constitucional inscrita no art. 225, § 1º, IV¹⁷, o que se aplica à gestão de resíduos e, em particular, a instalação de aterros sanitários (em APP ou não), a fim de assegurar no estrito cumprimento da legislação ambiental. Os aterros sanitários, por se caracterizarem como atividade potencialmente causadora de significativa degradação, atraem para tais empreendimentos a normativa própria do licenciamento ambiental (p. ex., Resolução Conama nº 1/1986), que confere ao órgão administrativo competente a possibilidade de decidir sobre a localização de aterros ou, na dicção da Lei nº 12.305/2010, da “disposição final ambientalmente adequada” de resíduos sólidos, devendo aferir, inclusive, a inexistência de alternativa técnica ou locacional (p. ex., fora de APPs).

A Resolução Conama nº 1, de 23 de janeiro de 1986, é taxativa ao exigir licenciamento e estudo prévio de impacto ambiental e relatório de impacto ambiental (EIA-RIMA) para a implementação de aterros sanitários, conforme segue:

Art. 2º Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental – RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do Ibama e em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como:

[...]

X – Aterros sanitários, processamento e destino final de resíduos tóxicos ou perigosos.

A implementação de aterro sanitário, dada a sua natureza, por si só, já caracteriza hipótese de atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, o que é reforçado sobremaneira na hipótese de sua localização ocorrer em APP, de modo a demandar a exigência de licenciamento e estudo prévio de impacto ambiental e relatório de impacto ambiental (EIA-RIMA). A Resolução Conama nº 404/2008 é enfática ao assinalar nos seus “Considerandos” que “a implantação de aterro sanitário de

¹⁷ “Art. 225. [...] § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.”

resíduos sólidos urbanos deve ser precedida de licenciamento ambiental por órgão ambiental competente, nos termos da legislação vigente”.

Por essa razão, a previsão da Resolução Conama nº 404/2008 no sentido da dispensa à elaboração de EIA/RIMA para o licenciamento ambiental de aterros sanitários de pequeno porte, assim compreendidos aqueles com disposição diária de até vinte toneladas de resíduos sólidos, não se aplica aos aterros sanitários implementados em APP. A própria Resolução estabelece a seguinte previsão: “Salvo se o órgão ambiental verificar que o aterro é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, em função da sua localização” (art. 2º, parágrafo único). A localização de aterro sanitário (ainda que de pequeno porte) em APP é, por si só, dado o seu regime jurídico especial de proteção delineado pela Lei nº 12.651/2012, fundamento suficiente para determinar que o aterro é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, demandando licenciamento e estudo prévio e relatório de impacto ambiental (EIA-RIMA).

Ademais, como referido anteriormente, *a implantação de aterro sanitário em APP, por se tratar de medida excepcional, somente será viável e legítima juridicamente se tal medida for ambientalmente adequada e não houver uma alternativa viável na região onde há a demanda por esse serviço público essencial (e de utilidade pública)*. A demonstração da inexistência de alternativa técnica ou locacional no território do município interessado impõe-se como requisito obrigatório para a implementação de aterro sanitário em APP, a fim de atender à legislação ambiental. Nesse sentido, aliás, o entendimento formulado pelo Ministro Alexandre de Moraes no seu voto-divergente, ao assinalar que,

tratando-se de atividade potencialmente poluidora, aplica-se a legislação própria do licenciamento ambiental, que confere ao órgão administrativo competente a possibilidade de decidir sobre a localização de aterros ou, na dicção da Lei nº 12.305/2010, da “disposição final ambientalmente adequada” de resíduos sólidos, podendo aferir, inclusive, a ‘inexistência de alternativa técnica ou locacional.

A Resolução Conama nº 1/1986 consagra expressamente o requisito da demonstração da inexistência de alternativa técnica ou locacional, o que, na

hipótese de implementação de aterro sanitário em APP, exige a demonstração bem fundamentada e criteriosa da inexistência de localidade fora de APP para a referida instalação. Vejamos:

Art. 5º O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais:

I - *Contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto;*

[...]

Art. 6º O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

[...]

II - *Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais.*

[...]

Art. 9º O relatório de impacto ambiental - RIMA refletirá as conclusões do estudo de impacto ambiental e conterá, no mínimo:

[...]

II - *A descrição do projeto e suas alternativas tecnológicas e locais, especificando para cada um deles, nas fases de construção e operação a área de influência, as matérias primas, e mão-de-obra, as fontes de energia, os processos e técnica operacionais, os prováveis*

efluentes, emissões, resíduos de energia, os empregos diretos e indiretos a serem gerados;

[...]

VIII – Recomendação quanto à *alternativa mais favorável* (conclusões e comentários de ordem geral). (grifos nossos)

No mesmo sentido, destaca-se previsão da Lei da Mata Atlântica (Lei nº 11.428/2006), que, no seu art. 14, prevê a exigência da demonstração da inexistência de “alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto” para justificar a “supressão de vegetação primária e secundária no estágio avançado de regeneração somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública”, como seria o caso de tal se realizar em APP:

Art. 14. A supressão de vegetação primária e secundária no estágio avançado de regeneração *somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública*, sendo que a vegetação secundária em estágio médio de regeneração poderá ser suprimida nos casos de utilidade pública e interesse social, em todos os casos devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, *quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto*, ressalvado o disposto no inciso I do art. 30 e nos §§ 1º e 2º do art. 31 desta Lei.

[...]

§ 3º Na proposta de *declaração de utilidade pública* disposta na alínea b do inciso VII do art. 3º desta Lei, *cabará ao proponente indicar de forma detalhada a alta relevância e o interesse nacional*.

Art. 15. Na hipótese de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, o órgão competente *exigirá a elaboração de Estudo Prévio de Impacto Ambiental*, ao qual se dará publicidade, assegurada a participação pública. (grifos nossos)

A implementação de aterro sanitário em APP, dadas todas as exigências impostas pela legislação ambiental, como a própria demonstração da inexistência de alternativa técnica e locacional, revela o *caráter excepcional de tal medida* e que deve ser acompanhada da decisão de utilidade pública da medida, a ser devidamente justificada. A título de exemplo, a Lei nº 11.428/2006 é elucidativa a esse respeito, ao destacar que a supressão de vegetação primária e secundária no estágio avançado de regeneração somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública (art. 14), somente sendo autorizados “em caráter excepcional, quando necessários à execução de obras, atividades ou projetos de utilidade pública” (arts. 21, I, e 23, I), exigindo-se, ademais, a realização de estudo prévio de impacto ambiental (art. 22).

3.9 DA INGERÊNCIA JUDICIAL INDEVIDA NA DISCRICIONARIDADE ADMINISTRATIVA E Esvaziamento DA ANÁLISE TÉCNICA DO GESTOR PÚBLICO E DOS ÓRGÃOS AMBIENTAIS COMPETENTES DECORRENTE DA EXCLUSÃO GENÉRICA E EM ABSTRATO DE QUALQUER HIPÓTESE DE GESTÃO DE RESÍDUOS EM APP

O STF, ao decidir *in abstracto* e *a priori* pela inconstitucionalidade da gestão de resíduos (ambientalmente adequada) em APP, estabelece entendimento genérico para todas as situações possíveis, incidindo em ingerência indevida na esfera da discricionariedade administrativa, ademais de perturbar a possibilidade de avaliação técnica pelo gestor público acerca das diferentes situações concretas envolvendo a implementação de aterros sanitários. A depender da configuração de cada caso concreto (p. ex., características geográficas do local, etc.) e com base no licenciamento ambiental e estudo e relatório de impacto ambiental (EIA-RIMA), a instalação de aterro sanitário pode ser ambientalmente adequada ou não. Mas essa análise não cabe ao Poder Judiciário, já que apenas o gestor público, amparado no licenciamento ambiental e estudo prévios realizados pelos órgãos ambientais competentes no caso concreto, em estrito cumprimento da legislação ambiental, é que possui aptidão técnica para fazê-la, sempre à luz das particularidades de cada caso concreto, e não abstratamente.

Para ilustrar a inequação de uma abordagem generalizante para a matéria, são inúmeras as categorias de áreas de preservação permanente estabelecidas nos 11 incisos do art. 4º da Lei nº 12.651/2012, conforme já destacadas previamente, cada uma com as suas particularidades e características, mais

ou menos suscetíveis aos impactos decorrentes da implementação de aterros sanitários. *A análise acerca da possibilidade de implementação de aterro sanitário para disposição final ambientalmente adequada de resíduos sólidos, nos estritos termos da Lei nº 12.305/2010, irá depender sempre da verificação de cada realidade e cenário concreto.* Além do caráter excepcional da medida e da obrigatoriedade do licenciamento e estudo e relatório de impacto ambiental (EIA-RIMA), a implementação da gestão de resíduos em APP somente se mostra juridicamente legítima na ausência de alternativas locais (fora de APPs).

Foi justamente esse o entendimento lançado pelo Ministro Gilmar Mendes no seu voto-divergente, ao afirmar que “haverá situações em que a execução de obra de gestão de resíduos sólidos será melhor alocada em área de proteção ambiental, sem que com isso haja decréscimo da proteção ambiental. Para controlar essas situações em concreto, há a exigência do licenciamento ambiental, no bojo do qual serão examinadas e ponderadas as circunstâncias de instalação da infraestrutura em determinado local”. Por essa razão, entende-se como equivocada a retirada, por força de decisão judicial, do gestor público e dos órgãos ambientais competentes, a possibilidade da análise técnica e decisão no caso concreto, considerando as configurações e características que se apresentam em determinada localidade para a implementação de aterros sanitários em APP.

Diante de tais considerações, *cabe ao Poder Executivo a análise acerca da implementação de aterro sanitário (em APP ou não) diante das circunstâncias de cada caso concreto, e não a exclusão a priori pelo Poder Judiciário de todas as hipóteses.* Caso contrário, o que se verifica, na prática, é a invasão indevida da esfera de discricionariedade administrativa do Poder Executivo, em desacordo com o princípio da separação dos poderes, tal como consagrado na CF/1988 (art. 2º).

3.10 A CONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO “GESTÃO DE RESÍDUOS” NO ARTIGO 3º, INCISO VIII, ALÍNEA B, DA LEI Nº 12.651/2012 À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A partir de agora, faremos uma análise da constitucionalidade da expressão “gestão de resíduos” no art. 3º, inciso VIII, alínea b, da Lei nº 12.651/2012 à luz do princípio da proporcionalidade, notadamente no sentido de identificar o *impacto desproporcional da decisão proferida pelo STF na ADC 42/DF.* Tal entendimento, aliás, está previsto no voto do *Ministro Gilmar Mendes, ao conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, inciso VIII, alínea b, da Lei nº 12.651/2012, e assentar que a gestão de resíduos qualificada como*

utilidade pública abrange apenas as modalidades previstas na Lei nº 12.305/2010. A inconstitucionalidade da expressão “gestão de resíduos” recairia, assim, apenas às hipóteses não reconhecidas pela Lei nº 12.305/2010 (p. ex., lixões).

Sobre a proporcionalidade, já tivemos a oportunidade de versar que se trata de um dos pilares do Estado Democrático de Direito brasileiro, que desponta como instrumento (técnica) de controle dos atos – tanto comissivos quanto omissivos – dos Poderes Públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados. Nesse sentido, transcrevemos passagem de obra de nossa autoria¹⁸:

De acordo com a posição corrente e amplamente recepcionada pela doutrina e também acolhida em sede jurisprudencial (embora nem sempre corretamente aplicada!), na sua função como critério de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade costuma ser desdobrado em três elementos (subcritérios ou subprincípios constitutivos, como prefere Gomes Canotilho):

a) *a adequação ou conformidade*, no sentido de um controle da viabilidade (isto é, da idoneidade técnica) de que seja em princípio possível alcançar o fim almejado por aquele(s) determinado(s) meio(s), muito embora, para alguns, para que seja atendido o critério, bastaria que o Poder Público (mediante a ação restritiva) cumpra com o dever de fomentar o fim almejado¹⁹;

b) *da necessidade*, em outras palavras, a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto

¹⁸ SARLET, I. W. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 416-17. Foram mantidas as referências citadas nos trechos e indicadas nas notas de rodapé seguintes, tal como se encontram no livro de, não obstante existam edições mais recentes de algumas das obras, as quais atualizamos, dentro do possível, inserindo as devidas correspondências entre parênteses.

¹⁹ Nesse sentido, entre muitos, ÁVILA, H. B. *Teoria dos princípios: a definição à aplicação de princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116 e ss. (21. ed., 2022, p. 163 e ss.).

da restrição, exame que envolve duas etapas de investigação: o exame da igualdade de adequação dos meios (a fim de verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim) e, em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo (com vista a verificar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados)²⁰;

c) *da proporcionalidade em sentido estrito*, que exige a manutenção de um equilíbrio (proporção e, portanto, de uma análise comparativa) entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que para muitos tem sido também chamado de razoabilidade ou justa medida, já que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional...²¹.

[...]

Cumprido anotar, neste contexto, que embora não se trate propriamente de um critério interno (no sentido de um quarto elemento da proporcionalidade), a aferição

²⁰ Cf., novamente, ÁVILA, H. B. *Teoria dos princípios - Da definição à aplicação de princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 122 e ss. (21. ed., 2022, p. 169 e ss.).

²¹ A respeito destes três critérios e sua aplicação, v., entre tantos, SCHOLLER, H. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. *Revista Interesse Público*, n. 2, p. 97 e ss., 1999. Entre nós, ver, entre outros, também nesse sentido (pelo menos em linhas gerais e no que diz à adoção deste exame da proporcionalidade em três níveis, consoante o paradigma germânico), as já clássicas contribuições de BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 360 e ss.; BARROS, S. de T. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 57; GUERRA FILHO, W. S. (org.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 25 e ss. (o autor possui outros estudos importantes sobre o tema); SCHÄFER, J. *Direitos fundamentais. Proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; STEINMETZ, W. A. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 137 e ss.; ÁVILA, H. B. *Teoria dos princípios - Da definição à aplicação de princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 112 e ss.; SILVA, V. A. da S. *Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para o provimento do cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado - Área de Direito Constitucional - na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005. p. 222 e ss.; PEREIRA, J. R. G. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 324 e ss.; FREITAS, L. F. C. de. *Direitos fundamentais - Limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 205 e ss.; MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 217 e ss. (17. ed., 2022, posição 426 - E-book).

da proporcionalidade de uma medida restritiva há de partir do pressuposto de que a compressão de um direito encontra sua razão de ser na tutela de outro bem jurídico constitucionalmente relevante (não necessariamente outro direito fundamental), ou seja, a restrição deve ter uma finalidade constitucionalmente legítima²², em outras palavras e como já referido, uma justificação constitucional.

À vista do exposto, conclui-se que uma restrição – sendo ela uma intervenção no âmbito de proteção de um princípio ou direito fundamental – carece invariavelmente de uma justificação válida e compatível com a Constituição, de tal sorte que, em especial quando em causa a solução de um conflito entre princípios e/ou direitos fundamentais, indispensável a estrita observância das exigências do teste de proporcionalidade descritas *supra*. *A restrição verificada no caso em análise é decorrente da proibição de novas instalações de aterros sanitários e da desativação daqueles em vias de instalação ou já instalados (grande parte há longo e mesmo muito longo tempo), decorrente da declaração de inconstitucionalidade da expressão “gestão de resíduos” no art. 3º, inciso VIII, alínea b, da Lei nº 12.651/2012 proferida pelo STF na ADC 42/DF.*

A declaração de inconstitucionalidade da expressão “gestão de resíduos” no art. 3º, inciso VIII, alínea b, da Lei nº 12.651/2012, proferida pelo STF na ADC 42/DF, como já referido anteriormente, impõe restrições extremamente significativas a tais interesses, princípios e direitos fundamentais representados pela Consulente, como é o caso de direitos fundamentais sociais básicos, em especial (mas não só) do direito ao saneamento básico, do direito à proteção da saúde (na dimensão coletiva e individual), do desenvolvimento urbano e das cidades sustentáveis (para o que o saneamento ambiental é uma pré-condição), da separação dos poderes (destaque para a discricionariedade administrativa e técnica do gestor público), da salvaguarda do interesse e do Erário público (como expressão dos interesses públicos tanto primário quanto secundário), inclusive impactando o princípio e direito fundamental à segurança jurídica (em sua dimensão de proteção da confiança legítima), haja vista a produção de efeitos concretos ao longo de mais de uma década do dispositivo legal declarado inconstitucional e os impactos econômicos de extraordinária escala

²² Por todos e entre nós, v. DIMOULIS, D.; MARTINS, L. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 198 e ss.

que dela advirão caso não seja reformada a decisão. Assim, *muito embora a existência de um – como já demonstrado – apenas aparente conflito entre a proteção do ambiente, dada as restrições impostas aos interesses, princípios e direitos referidos, inescapável, portanto, uma análise da legitimidade constitucional de tais restrições pelo prisma do princípio da proporcionalidade e dos seus subprincípios ou critérios, como desenvolvidos anteriormente. Ademais, é importante enfatizar que, de acordo com a doutrina e a jurisprudência consolidadas sobre a matéria, basta o não atendimento de um dos critérios do teste de proporcionalidade para que uma medida restritiva seja inconstitucional. No presente caso, o que se verifica, conforme demonstrará a análise que segue, a decisão de inconstitucionalidade ora em causa, ainda mais se desacompanhada da necessária modulação dos seus efeitos, afronta todos os três níveis do princípio, dever e teste de sua proporcionalidade.*

A) ADEQUAÇÃO

Quanto à primeira etapa do princípio da proporcionalidade, *devemos averiguar se o meio, qual seja, a declaração de inconstitucionalidade da expressão “gestão de resíduos” prevista no art. 3º, inciso VIII, alínea b, da Lei nº 12.651/2012, é adequado para atingir o fim visado, consistente na proteção ambiental. Em uma versão “fraca” do teste de adequação, seria, em tese, possível afirmar que o meio é adequado quando, senão garante, ao menos fomenta o fim visado. Todavia, uma análise mais detida da questão revela que a própria adequação da medida restritiva não é de fato adequada, configurando-se, portanto, uma violação já do primeiro critério (exigência) do teste de proporcionalidade.*

De início, é possível afirmar que a vedação da implementação de aterro sanitário em APP é, ainda que em uma medida mínima, adequada à (ou, pelo menos, fomenta a) proteção ambiental, não obstante, como já abordado, tratar-se de uma visão deveras limitada e abstrata da problemática altamente complexa (e técnica!) da gestão de resíduos sólidos no Brasil. Ademais, há sérios riscos de que tal entendimento possa estimular o retrocesso e congelamento na Política Nacional de Resíduos Sólidos, notadamente em relação à substituição progressiva dos aterros sanitários pelos lixões (muito mais prejudiciais ao meio ambiente) verificada na última década.

Igualmente, *há um enorme risco social e ambiental – bem como custos elevadíssimos – decorrentes da desativação e retirada de aterros sanitários que foram implementados ao longo de décadas, em áreas de preservação permanente, como apontado no estudo técnico elaborado pelo Engenheiro Luis Sergio Akira*

Kaimoto a pedido da Consulente²³. *Haveria, nesse sentido, a necessidade de interromper processos de licenciamento de aterros sanitários em andamento e a relocação de um número altamente expressivo de aterros sanitários que foram implementados em diversas regiões do Brasil, a demandar um custo bilionário, com a estimativa inicial do impacto econômico-financeiro da desativação dos referidos aterros sanitários que seria da ordem de R\$ 49 bilhões* (p. 11), incluindo gastos com escavação, carga e transporte de resíduos depositados durante décadas e remanescentes de serviços de limpeza e conservação; disposição final em aterros sanitários existentes fora de áreas de preservação permanente; e construção de novos aterros.

De acordo com o documento técnico em questão, ao analisar os custos e impactos da desativação e retirada de todos os aterros sanitários alocados em APPS no Brasil, chegou-se à seguinte conclusão:

Esse cenário de desativação de todos os aterros sanitários do País com interface com áreas de preservação permanente (APPs), além dos custos apresentados, do prazo efetivamente necessário, além da condição de dos enormes impactos urbanos e ambientais em termos de emissões gasosas e geração de odores pela exumação dos resíduos, acabará por ir na contramão de todas as ações em curso (visando a erradicação de lixões), devendo implicar na reabertura e na criação de novos lixões clandestinos. (p. 12)

O cenário identificado supra, a nosso ver, coloca em xeque a adequação da medida ora em análise, uma vez que, com base apenas nos indicadores referidos antes (isso sem contar com o impacto sobre todos os interesses, princípios e direitos fundamentais afetados), a medida resultante da decisão do STF na ADC 42 - no caso, a proibição de novas instalações de aterro sanitários em APP (inclusive

²³ “Da análise desse quadro, conclui-se que 11 capitais (São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Salvador, Curitiba, Recife, Vitória, Teresina, Porto Alegre, Florianópolis e Aracajú), estão vinculadas à disposição dos resíduos gerados por seus territórios em locais com presença de Áreas de Preservação Permanente. O montante de resíduos coletados e encaminhados para esses aterros sanitários com interface, mesmo que parcial com áreas de APPs, desses municípios, resulta da ordem de 37.000 toneladas/dia, representando cerca de 66% do total gerado em todas as capitais do País, conforme sintetizado no gráfico a seguir.” (p. 4-5)

daqueles já em processo de licenciamento e instalação) e a da desativação e relocação daqueles em operação – *acabará por ter efeitos contrários ao seu propósito inicial, de tal sorte que, ao fim e ao cabo, não cumprirá com o fim almejado, ou seja, o da proteção do meio ambiente.*

É igualmente temerária a abordagem abstrata da gestão de resíduos, de modo a desconsiderar a realidade de cada município e a localidade em que se busca implementar um aterro sanitário e as razões de ordem técnica que legitimam tal medida. Tal como apontado pelo Ministro Gilmar Mendes no seu voto-divergente,

haverá situações em que a execução de obra de gestão de resíduos sólidos será melhor alocada em área de proteção ambiental, sem que com isso haja decréscimo da proteção ambiental. Para controlar essas situações em concreto, há a exigência do licenciamento ambiental, no bojo do qual serão examinadas e ponderadas as circunstâncias de instalação da infraestrutura em determinado local.

Muito embora as considerações suscitadas, que apontam para a ausência de adequação do meio eleito (inconstitucionalidade “gestão de resíduos” em APP) para a promoção da proteção do meio ambiente, passaremos à análise do segundo elemento do princípio da proporcionalidade, visto que, como já anunciado, as restrições impostas não cumprem nenhuma das três exigências do mencionado princípio.

B) NECESSIDADE

Ao confrontarmos o meio eleito para assegurar o fim almejado com meios alternativos igualmente aptos a promover o propósito (proteção do meio ambiente) subjacente à declaração de inconstitucionalidade da expressão “gestão de resíduos” prevista no art. 3º, inciso VIII, alínea b, da Lei nº 12.651/2012, resulta evidente a ausência do elemento da necessidade, qual seja, o da imperativa opção pelo meio menos restritivo dos interesses, princípios e direitos fundamentais representados pela Consulente.

Assim, com vistas a demonstrarmos que o meio eleito não é necessário, devemos compará-lo com meios alternativos. No tocante aos meios alternativos existentes para a promoção da proteção ecológica, destacam-se todos os instrumentos já existentes na legislação ambiental brasileira para assegurar que a implementação de aterro sanitário de modo ambientalmente adequado em APP, entre os quais: a) medida

adotada de modo excepcional e com a exigência de declaração de utilidade pública e ser fundamentada por interesse altamente relevante do ponto de vista social; b) obrigatoriedade do licenciamento e estudo prévio e relatório e relatório de impacto ambiental (EIA-RIMA); e c) demonstração da inexistência de “alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto”.

Ademais, como referido anteriormente, os aterros sanitários representam instrumento apto à salvaguarda do meio ambiente. Conforme apontado no documento técnico juntado pela Consulente aos autos,

os aterros sanitários foram concebidos, compartimento a compartimento, justamente visando instituir instrumentos de garantia de proteção de todos os meios ambientais envolvidos nesses locais (recursos hídricos, solos, ar, todas as biotas e demais aspectos relevantes), com diferentes e potentes recursos técnicos, resultando, reconhecidamente, em uma das melhores soluções tecnológicas disponíveis no mundo. [...]

Os aterros sanitários são reconhecidamente os instrumentos necessários para que os trabalhos de erradicação de disposições inadequadas (lixões e aterros “controlados”), esses sim, se encerrem e possam ser objeto de projetos e ações de remediação e recuperação ambiental de seus sites dado que, vinculados à impactos diretos sobre as águas, o solo e demais meios ambientais. A desativação dos aterros sanitários implicaria no inevitável regresso de lixões e todos os danos ambientais vinculados. (p. 1-2)

Os aterros sanitários, dado o seu escopo ecológico e por operarem estritamente de acordo com os elevados standards de proteção do meio ambiente impostos pela legislação ambiental brasileira, são meio absolutamente legítimo e adequado do ponto de vista constitucional para o atingimento do fim almejado.

Não restam dúvidas, pelas razões articuladas até aqui, que a opção adotada pelo STF no julgamento da ADC 42/DF no sentido da declaração de inconstitucionalidade da expressão “gestão de resíduos” no art. 3º, inciso VIII, alínea b, da Lei

nº 12.651/2012, representa o meio mais gravoso e restritivo em relação aos princípios e direitos fundamentais colidentes e restringidos. Por outro lado, tal como colocado no voto-divergente do Ministro Gilmar Mendes, a proteção do meio ambiente pode ser igualmente assegurada no patamar almejado constitucionalmente, com a adoção de meio restritivo menos gravoso para os princípios e direitos fundamentais objeto da restrição. Ademais, por meio do exame da substancial igualdade dos meios no respeitante à sua adequação, é possível sustentar que os meios alternativos, ou seja, a implementação de aterro sanitário em APP com a imposição de todas as condicionantes e estrito cumprimento da legislação ambiental, promovem igualmente o fim de proteger o meio ambiente, sendo, igualmente, entre os meios alternativos, aquele que restringe em menor medida os princípios e direitos fundamentais afetados.

Por essa ótica, o reconhecimento da constitucionalidade da expressão “gestão de resíduos” no art. 3º, inciso VIII, alínea b, da Lei nº 12.651/2012, de modo a autorizar a implementação de aterros sanitários em APP mediante o cumprimento estrito da legislação ambiental, é o meio menos grave e apto a preservar o núcleo essencial dos princípios e direitos fundamentais em disputa no presente caso. Subsidiariamente, caso assim não entenda o STF, igualmente vislumbra-se como meio menos gravoso a adoção de interpretação conforme à Constituição para determinar que a inconstitucionalidade da expressão de “gestão de resíduos” somente se aplica a lixões e estruturas similares, ficando excluídas do alcance da inconstitucionalidade aquelas atividades de gestão de resíduos que sejam realizadas em conformidade com as leis vigentes, incluindo a Política Nacional de Resíduos Sólidos, e que deem destinação final ambientalmente adequada aos resíduos.

C) PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Embora já bastasse a demonstração da inobservância dos critérios (exigências) da adequação e da necessidade das restrições, a medida que as impõe também não supera a barreira imposta pela etapa da proporcionalidade em sentido estrito, que, como referido por J. J. Gomes Canotilho, impõe que meios e fins sejam

colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de “medida” ou “desmedida” para se alcançar um fim: pesar as

desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.²⁴

Ao promover a análise da proporcionalidade em sentido estrito, notamos a prevalência dos interesses, princípios e direitos representados pela Consulente, como a prestação de serviços públicos (arts. 6º e 175 da CF/1988), o desenvolvimento urbano (art. 182 da CF/1988), o direito fundamental social e as políticas públicas de saneamento básico (arts. 6º, 21, XX, e 23, IX, da CF/1988), as políticas públicas de gestão de resíduos, a segurança jurídica (proteção à confiança legítima), a separação dos poderes e a correlata preservação da discricionariedade administrativa e técnica do gestor público, a proteção do interesse e do Erário público e a economia popular, entre outros. *Os pesos dos referidos interesses, princípios e direitos fundamentais com assento na CF/1988 se sobressaem em comparação à proteção do meio ambiente no caso em análise, recordando-se que, como igualmente já demonstrado, o referido conflito entre a proteção do ambiente e os aterros sanitários é aparente.*

A título de exemplo, como apontado anteriormente e com base no relatório técnico apresentado pela Consulente, o risco (social, econômico e ambiental) de a desativação dos aterros sanitários ensejar o regresso de lixões e todos os danos ambientais derivados, como corolário da disposição inadequada de resíduos sólidos, representa a *violação do núcleo essencial, entre outros, do direito fundamental social ao saneamento básico (conteúdo integrante do direito-garantia ao mínimo existencial conformador dos patamares mínimos indispensáveis a uma vida digna)*. Além disso, é importante enfatizar que *são justamente os indivíduos e grupos sociais mais vulneráveis e que vivem nos bolsões de pobreza das cidades brasileiras aqueles mais impactados e que, por falta de alternativas e acesso a direitos básicos, sediam suas vidas na proximidade de lixões e demais áreas de disposição inadequada de resíduos sólidos. O risco de retrocesso e congelamento no que diz respeito às políticas públicas de eliminação de lixões e a sua substituição por aterros sanitários afetará, portanto, o núcleo essencial do direito fundamental ao saneamento básico e de outros direitos fundamentais sociais básicos indispensáveis a uma existência com um mínimo de dignidade, como é o caso dos direitos à saúde, acesso à água, alimentação adequada, moradia adequada,*

²⁴ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 270.

etc.), com impacto desproporcional e inconstitucional em face de indivíduos e grupos sociais vulneráveis.

Outro exemplo a demonstrar o impacto manifestamente desproporcional no âmbito de proteção de princípios e direitos fundamentais verifica-se no caso da afetação desarrazoada do Erário público e da economia popular (como, inclusive, apontado pelo Ministro Alexandre de Moraes no seu voto), em especial devido aos os custos bilionários gerados caso prevaleça a decisão de inconstitucionalidade ora questionada ou mesmo não venha a ocorrer uma adequada modulação dos seus efeitos. Conforme o documento técnico já referido, a estimativa inicial do impacto econômico-financeiro para a desativação dos referidos aterros sanitários hoje situados em APPs é da ordem de R\$ 49 bilhões. Tais recursos, calha sublinhar, teriam que ser retirados de outras áreas (p. ex., políticas sociais), onerando a sociedade no seu conjunto e restringindo direitos fundamentais em massa, com maior impacto sobre indivíduos e grupos sociais necessitados. É importante, por essa ótica, não perder de vista a correlação direta entre os recursos públicos e a concretização de direitos fundamentais, sobretudo pelo prisma daqueles que dependem de políticas públicas para acessar direitos básicos.

Assim, tudo somado, mediante um juízo de ponderação, com base no caso concreto e de suas circunstâncias, o meio utilizado (proibição futura de instalação e realocação de aterros já existentes em APP) revela-se desproporcional para o atingimento do fim almejado, ou seja, a proteção do meio ambiente, o que se deve ao não atendimento de nenhum dos três critérios do teste de proporcionalidade, de tal sorte que flagrantemente demonstrada a inconstitucionalidade da medida restritiva.

3.11 DA NECESSÁRIA MODULAÇÃO DOS EFEITOS EM TERMOS PROSPECTIVOS DA DECISÃO PROFERIDA PELO STF NA ADC 42/DF NA HIPÓTESE DE REFUTAÇÃO DAS TESES DE CONSTITUCIONALIDADE E INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO DO ARTIGO 3º, INCISO VIII, ALÍNEA B, DA LEI Nº 12.651/2012

Inicialmente, é importante enfatizar a existência de situação fática consolidada há décadas, com a implementação da gestão de resíduos em APPs, em relação a qual o STF não pode fechar os olhos. Apenas em relação aos aterros sanitários implementados à luz do Lei da Política Nacional de Resíduos (2010) e do Novo Código Florestal (2012), já se tem uma situação de fato consolidada há mais de uma década, impondo-se a necessidade da preservação de situações jurídicas sedimentadas

no passado. De tal sorte, *na hipótese de não ser acolhida nenhuma das alternativas referidas supra, mediante a refutação das teses de constitucionalidade e interpretação conforme à Constituição do art. 3º, inciso VIII, alínea b, da Lei nº 12.651/2012, entende-se que, subsidiariamente, é imperativa, igualmente com o propósito de atender ao princípio da proporcionalidade, a modulação dos efeitos da decisão, inclusive a fim de preservar os efeitos concretos produzidos na vigência do dispositivo da lei declarado inconstitucional, sob pena de violar os princípios da (e direitos fundamentais à) segurança jurídica e proteção da confiança.* De tal sorte, prosseguiremos com algumas notas acerca da eficácia da decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, com ênfase em suas dimensões subjetiva e temporal, o que servirá para, à frente, evidenciarmos a necessidade de modulação dos efeitos da decisão proferida pelo STF na ADC 42/DF.

Em primeiro lugar, destacamos que, em seu art. 102, § 2º, a CF/1988 define a eficácia das decisões proferidas em controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, determinando que elas “[...] *produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*” [grifamos]. Na legislação infraconstitucional, o art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999 igualmente dispõe que a declaração de inconstitucionalidade “[...] [item] *eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal*” [grifamos], o mesmo se verificando com o art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/1999, que determina que “a decisão terá *eficácia contra todos e efeito vinculante* relativamente aos demais órgãos do Poder Público” [grifamos].

À sua vez, o texto constitucional não disciplina, com precisão, a eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade. No plano infraconstitucional, as Leis nºs 9.868/1999 e 9.882/1999, em que pese não fixem expressamente uma regra geral sobre a matéria, preveem a técnica da modulação dos efeitos decisórios como estratégia para projetar os impactos da declaração de inconstitucionalidade a partir do trânsito em julgado da decisão ou de momento futuro, preservando-se as situações sedimentadas no passado. A respeito da *modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, os arts. 27 e 11 das referidas leis dispõe, respectivamente:

Art. 27. 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*.

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, 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.

O art. 27 da Lei nº 9.869/1999 prevê, em sede legislativa, a técnica da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para observarmos que o dispositivo abriga um comando implícito de aplicação do *princípio da proporcionalidade*, ao permitir o uso da modulação quando a *segurança jurídica* e/ou o *excepcional interesse social* exigirem a contenção da eficácia retroativa da decisão em controle de constitucionalidade.

A discussão em tela alinha-se também com o reconhecimento de um direito a um *“regime de transição razoável”*, amparado em *expectativa legítima de direito*, conforme tem sido desenvolvido pela doutrina. Como bem pontua o Ministro Roberto Barroso em sede doutrinária,

a expectativa de direito identifica a situação em que o fato aquisitivo do direito ainda não se completou quando sobrevém uma nova norma alterando o tratamento jurídico da matéria. Nesse caso, não se produz o efeito previsto na norma, pois seu fato gerador não se aperfeiçoou. Entende-se, sem maior discrepância, que a proteção constitucional não alcança esta hipótese, *embora outros princípios, no desenvolvimento doutrinário mais recente (como o da boa-fé e o da confiança) venham oferecendo algum tipo de proteção também ao titular da expectativa de direito*. É possível cogitar, nessa ordem

de ideias, de direito a uma transição razoável.²⁵ (grifos nossos)

A proteção da confiança, juntamente com a segurança jurídica e o interesse social, conforme já pontuado, atua como importante elemento para a aferição da legitimidade constitucional de leis, atos administrativos e decisões judiciais de cunho retroativo, até mesmo pelo fato de que a irretroatividade de determinados atos do Poder Público encontra o seu fundamento justamente na necessidade de proteger a confiança do cidadão na estabilidade de suas posições jurídicas e do próprio ordenamento, o que tem levado ao reconhecimento, para além da salvaguarda dos direitos adquiridos, até mesmo de um certo grau de proteção das assim denominadas expectativas de direitos, assim como da necessidade de estabelecer regras de transição razoáveis, nos casos de uma alteração de determinados regimes jurídicos²⁶.

Nesse sentido, a adequação de efeitos de decisão judicial de Tribunais Superiores operacionaliza princípio da proteção da confiança, na medida em que, conforme pontuam, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery,

se deve proteger a confiança que os atos ou condutas da Administração/Judiciário provocaram no espírito ou na esfera jurídica do administrado/jurisdicionado, fazendo-o acreditar que deveria agir de determinada maneira e que a Administração/Judiciário agiria conforme seus atos e condutas anteriores.²⁷

²⁵ BARROSO, L. R. Constitucionalidade e legitimidade da reforma da Previdência: ascensão e queda de um regime de erros e privilégios. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 58, p. 145, 2004.

²⁶ Nesse sentido, também tem apontado a jurisprudência da Corte Constitucional alemã e de outros Tribunais Constitucionais, destacando-se, todavia, que a doutrina e jurisprudência germânicas não costumam reconhecer uma proteção da confiança nos casos em que o legislador apenas regula suportes fáticos *pro futuro*, o que, contudo, não afasta a existência de hipóteses excepcionais onde se verifica uma configuração fática especialmente merecedora da proteção da confiança (Cf., por todos, SACHS, M. *Das Rechtsstaatsprinzip*. In: *Grundgesetz-Kommentar*. München: C.H. Beck, 1996. p. 644, colacionando acórdãos do Tribunal Constitucional Federal).

²⁷ NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 1845.

Segundo Teresa Arruda Alvim, *o princípio da proteção da confiança, como dimensão subjetiva da segurança jurídica, é “o fundamento central da possibilidade de se limitar, no tempo, a eficácia da carga normativa das decisões judiciais”*²⁸.

Na doutrina constitucional, a *relação entre proporcionalidade e modulação dos efeitos das decisões em sede de controle de constitucionalidade* é notada por Daniel Sarmiento, que, quanto ao ponto, explica:

Sem embargo, nós entendemos que *o princípio da proporcionalidade pode também ser utilizado para uma outra finalidade, da qual não tem cogitado a doutrina pátria: ele se presta também, segundo a nossa concepção, para modular os efeitos das decisões proferidas no controle de constitucionalidade, sempre que gravitarem em torno da decisão diversos interesses constitucionais em conflito*. Trata-se de endereçar o princípio não apenas ao Legislativo e Executivo, responsáveis pela edição de normas jurídicas e atos administrativos, mas também aos atos do Poder Judiciário, tais como aqueles praticados no exercício do controle de constitucionalidade, por via abstrata ou concreta.²⁹ [grifamos]

Também na jurisprudência do STF, como é notório, é prevista e reiteradamente assegurada a possibilidade de a decisão tomada em controle de constitucionalidade ser modulada, a fim de solucionar conflitos entre princípios e direitos fundamentais, decorrentes da aplicação irrestrita da eficácia ex tunc da decisão. Em caráter exemplificativo, colhemos os seguintes trechos ilustrativos do entendimento firmado, do mais recente ao mais remoto:

Há, portanto, um juízo de proporcionalidade em sentido estrito envolvido nessa excepcional técnica de julgamento. A preservação de efeitos inconstitucionais ocorre quando o seu desfazimento implica prejuízo ao interesse protegido pela Constituição em grau superior ao provocado pela

²⁸ ALVIM, T. A. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: RT, 2019. p 61.

²⁹ SARMENTO, D. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 38, 1998.

própria norma questionada. Em regra, não se admite o prolongamento da vigência da norma sobre novos fatos ou relações jurídicas, já posteriores à pronúncia da inconstitucionalidade, embora as razões de segurança jurídica possam recomendar a modulação com esse alcance, como registra a jurisprudência da Corte. *Em que pese o seu caráter excepcional, a experiência demonstra que é próprio do exercício da jurisdição constitucional promover o ajustamento de relações jurídicas constituídas sob a vigência da legislação invalidada, e essa Corte tem se mostrado sensível ao impacto de suas decisões na realidade social subjacente ao objeto de seus julgados.*³⁰ [grifamos]

[...] fica evidente que a norma contida no art. 27 da Lei nº 9.868/1999 tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – revestem-se de base constitucional. [...] 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 ideia 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 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. *Terá significado especial o princípio da proporcionalidade,*

³⁰ BRASIL. STF, RE 870947-ED, Tribunal Pleno, Rel. p/o Ac. Min. Alexandre de Moraes, Julgamento em: 03.10.2019, Publicado em: 03.02.2020.

especialmente em sentido estrito, como instrumento de aferição da justeza da declaração de inconstitucionalidade (com efeito da nulidade), em virtude do confronto entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seriam eventualmente sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade. No presente caso, o Tribunal tem a oportunidade de aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/1999 em sua versão mais ampla.³¹ [grifamos]

Como se pode perceber, no entendimento da nossa Suprema Corte, a modulação dos efeitos da decisão em sede de controle de constitucionalidade requer uma ponderação – o que equivale, precisamente, à designada proporcionalidade em sentido estrito, terceira etapa da proporcionalidade – entre o princípio da nulidade da norma inconstitucional e a segurança jurídica e/ou o interesse social, além de outros princípios e direitos fundamentais relacionados substancialmente ao caso em análise.

Acerca do direito à segurança jurídica, tomamos a liberdade de colacionar trecho de parecer de nossa autoria, acostado a processo que tramita nesta Corte, no qual o tema já foi explorado, inclusive para enfatizar a relação entre o direito fundamental à segurança jurídica e a chamada proteção da confiança, enquanto uma de suas dimensões³²:

Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano³³, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa

³¹ BRASIL. STF, ADI 875, ADI 1.987, ADI 2.727 e ADI 3.243/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, Julgamento em: 24.02.2010, DJe 30.04.2010.

³² Trata-se de Parecer elaborado por este signatário e acostado à ADI 6.367/DF, que tramita no STF, no qual se discute a legitimidade jurídico-constitucional da Emenda Constitucional nº 103/2019, que alterou o sistema da Previdência Social na CF.

³³ Cf. bem lembra MELLO, C. A. B. de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 113.

humana, aspecto que, contudo, já foi versado em item próprio.

Mas aquilo que se pode designar de um direito fundamental à segurança jurídica, na condição de direito fundamental em sentido amplo, somente pode ser compreendido e concretizado mediante o reconhecimento de sua multidimensionalidade e das posições jurídicas nas quais se decodifica, incluindo direitos fundamentais especiais de segurança jurídica, mas também a sua articulação com outros princípios e direitos fundamentais.

No caso da ordem jurídica brasileira, a CF, após mencionar a segurança como valor fundamental no seu Preâmbulo, a incluiu no seletivo elenco dos direitos “invioláveis” arrolados no *caput* do art. 5º, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. *Muito embora em nenhum momento tenha o nosso Constituinte referido expressamente um direito à segurança jurídica, este (em algumas de suas manifestações mais relevantes) acabou sendo contemplado em diversos dispositivos da Constituição, a começar pelo princípio da legalidade e do correspondente direito de a não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, inciso II), passando pela expressa proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (art. 5º, inciso XXXVI), bem como pelo princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal (de acordo com o art. 5º, inciso XXXIX, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) e da irretroatividade da lei penal desfavorável (art. 5º, inciso XL), até chegar às demais garantias processuais (penais e civis), como é o caso da individualização e limitação das penas (art. 5º, incisos XLV a XLVIII), das restrições à extradição (art. 5º, incisos LI e LII) e das garantias do devido processo legal, do contraditório*

e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV), apenas para referir algumas das mais relevantes, limitando-nos aqui aos exemplos extraídos do art. 5º, que, num sentido amplo, também guardam conexão com a noção de segurança jurídica...

[...]

Quanto ao conteúdo do princípio da segurança jurídica e como bem destaca Gomes Canotilho, em lição que aqui recolhemos como pressuposto da nossa análise, *o princípio da segurança jurídica (aqui também tomado em sentido amplo como abrangendo a proteção da confiança) exige tanto a confiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder público, quanto a segurança do cidadão no que diz com as suas disposições pessoais e efeitos jurídicos de seus próprios atos, de tal sorte que tanto a segurança jurídica quanto a proteção da confiança incidem em face de qualquer ato de qualquer órgão estatal.*³⁴

Outrossim, retomando transcrição de excertos do texto de nossa autoria sobre o tema³⁵:

“[...] A segurança jurídica, na sua dimensão objetiva, exige um patamar mínimo de continuidade do (e, no nosso sentir, também no) Direito, ao passo que, na perspectiva subjetiva, significa a proteção da confiança do cidadão nesta continuidade da ordem jurídica no sentido de

³⁴ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 252. Registre-se que não são poucos os que tratam a segurança jurídica e a proteção de confiança como princípios independentes e elementares e constitutivos (embora ambos intimamente vinculados) do Estado de Direito, assim como outros preferem compreender a proteção de confiança como subprincípio (e, portanto, elemento) da segurança jurídica. Tal discussão, para efeito deste ensaio, não se reveste de maior importância (com o que não estamos, por óbvio, refutando a relevância em si da temática) já que para o nosso propósito basta a certeza – e nesse ponto, reitera-se, inexistente maior controvérsia de que ambas as categorias (proteção da confiança e segurança jurídica) andam abraçadas e não podem ser compreendidas isoladamente.

³⁵ SARLET, I. W. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, v. 39, p. 53-86, 2002.

*uma segurança individual das suas próprias posições jurídicas*³⁶. Que ambos os princípios implicam a proteção dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, constitui aspecto que, além de encontrar sustentação na doutrina, na jurisprudência e no direito constitucional positivo contemporâneo (ainda que em muitos casos de modo implícito³⁷) assume ares de obviedade e não tem merecido maior controvérsia, pelo menos em se tratando de Constituições de um Estado de Direito...”.

No mesmo sentido, como constou dos aclaratórios opostos pelo Partido Progressista (PP), *a não modulação dos efeitos implicaria (dadas as restrições e o seu impacto desproporcional sobre um conjunto de outros princípios e direitos fundamentais) um resultado igualmente inconstitucional e, podemos agregar, inclusive mais gravoso.*

Ademais, para além da segurança jurídica e a proteção da confiança, a justificar a modulação de efeitos no caso concreto e um regime proporcional de transição, é igualmente indiscutível a caracterização de *excepcional interesse social*, de modo a preencher os dois requisitos das Leis n.ºs 9.868/1999 e 9.882/1999, respectivamente, nos seus arts. 27 e 11. A alta relevância social da gestão de resíduos, inclusive caracterizado como serviço público essencial, tal como desenvolvido anteriormente, revela se tratar o caso em análise de hipótese de excepcional interesse social, a exigir a modulação de efeitos, sobretudo diante dos custos bilionários envolvidos na inativação e relocação de aterros sanitários localizados hoje em APPs, bem como diante dos riscos (sociais, econômicos e ambientais) de retrocesso nas políticas públicas de resíduos sólidos e saneamento, notadamente em relação aos lixões.

³⁶ Este o ensinamento de CHULZE-FIELITZ, H. Kernelemente des Rechtsstaatsprinzips. In: DREIER, H. (org.). *Grundgesetz Kommentar*. Tübingen: Mohr Siebeck, v. II, 1998. p. 184.

³⁷ Não são poucas as Constituições que deixaram de assegurar expressamente os direitos adquiridos, sem que disso resulte uma desconsideração das situações jurídicas consolidadas por força dos princípios da segurança jurídica e da proteção de confiança, diretamente deduzidos do princípio do Estado de Direito, tal como ocorre na Alemanha, de acordo com a praticamente unanimidade da doutrina e do entendimento de há muito consagrado no Tribunal Constitucional Federal.

É nesse sentido, aliás, a manifestação da Advocacia-Geral da União nos embargos declaratórios, ao assinalar que, dado ser a utilidade pública das obras de saneamento – que, como visto, englobaria a gestão de resíduos – já reconhecida no Código Florestal anterior (art. 1º, § 2º, inciso IV, alínea b),

a nulificação *ex tunc* da expressão “gestão de resíduos”, será posta em questão a validade de uma gama de empreendimentos legitimamente abarcados na Política Nacional de Resíduos Sólidos. Assim, a preservação dos aterros sanitários já implantados ou em vias de implantação (por exemplo, com estudos concluídos, consórcio firmado ou licença ambiental deferida), nos termos do Código Florestal, é medida de segurança jurídica que prestigia a estabilidade das políticas de saneamento para as quais já houve dispêndio.

Igual entendimento pode ser extraído do voto-relator do Ministro Fux, ao afirmar, com assento no princípio da segurança jurídica, ao propor a modulação de efeitos da decisão do STF no caso ora em análise:

A aplicação fria da regra da nulidade retroativa tem potencial de causar descontinuidade na prestação do serviço público essencial de disposição final de resíduos sólidos, em prejuízo da coletividade e do próprio meio ambiente, uma vez que a desativação imediata dos aterros sanitários situados em áreas de preservação permanente – APPs acarretará problemas logísticos para a destinação do lixo de grandes centros urbanos.

Ao postergar a eficácia da decisão pelo tempo necessário para a realização da desativação da gestão de resíduos situada em áreas de preservação permanente de modo financeiramente responsável, em nome da continuidade dos serviços públicos essenciais prestados à população, promove-se a segurança jurídica das instituições e a credibilidade institucional do Direito.

No seu voto, o Ministro Lux, ao reconhecer que o processo de desativação/regularização de um aterro demanda tempo e custos (bilionários, vale repisar!), acolheu o pedido de modulação dos efeitos da decisão, para que

a declaração de inconstitucionalidade da expressão gestão de resíduos constante do art. 3º, VIII, b, da Lei federal nº 12.651/2012 (Código Florestal) tenha eficácia ex nunc, de forma a preservar os aterros sanitários em funcionamento regular em áreas de preservação permanente (APPs), de acordo com a autoridade técnico-ambiental competente, na data do julgamento da presente ação, os quais poderão permanecer em funcionamento por 36 (trinta e seis) meses a contar do julgamento dos presentes embargos, vedadas novas ampliações.

Ocorre, contudo, que o período de apenas 36 meses, dada a grandeza dos custos e complexidade monumental das obras necessárias para o cumprimento da decisão em questão, não assegura um regime de transição razoável, apto a salvaguardar os princípios e direitos em jogo e que serão impactados de modo evidentemente desproporcional, como já amplamente demonstrado.

Com fundamento no direito a um regime de transição proporcional e equânime, fundado, entre outros, nos princípios da proporcionalidade, da segurança jurídica e da proteção da confiança, entende-se como medida imperativa e razoável, caso mantida a declaração de inconstitucionalidade da expressão “gestão de resíduos” no art. 3º, VIII, b, da Lei nº 12.651/2012, a modulação dos efeitos da decisão embargada para que a mesma tenha efeitos prospectivos relativos às futuras obras de saneamento básico referentes a aterros sanitários, dada a necessidade de consolidação da situação fática dos aterros que estão em funcionamento na data de publicação do acórdão, tratando os resíduos sólidos de maneira adequada e ambientalmente correta. Subsidiariamente, o que se sustenta é que a decisão venha a surtir efeitos somente após decorridos 10 anos, tal como estabelecido no voto-divergente do Ministro Alexandre de Moraes, após o julgamento dos presentes embargos. dada a clara necessidade de adequação de quase todos os aterros já existentes, bem como do manejo de alternativas tecnicamente viáveis a encargo de centenas de municípios na Federação, o que demanda muito tempo de planejamento e execução, e não poderá ocorrer tão logo o acórdão seja publicado ou em curto espaço de tempo.

4 RESPOSTAS AOS QUESITOS FORMULADOS

A partir de agora, com base nos fundamentos fáticos e jurídicos articulados previamente, serão formuladas respostas objetivas aos quesitos formulados.

(i) A declaração de inconstitucionalidade da expressão “resíduos sólidos” e a determinação do encerramento de aterros sanitários em APPs, em um marco temporal de 36 meses (Ministro Luiz Fux) ou de 10 anos (Ministro Alexandre de Moraes), implicam violação do princípio da proporcionalidade e podem comprometer o núcleo essencial de outros princípios e direitos fundamentais, tais como o direito à saúde, o desenvolvimento urbano, o direito ao saneamento ou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado?

Sim, a resposta é afirmativa. A declaração de inconstitucionalidade da expressão “gestão de resíduos” no art. 3º, VIII, b, da Lei nº 12.651/2012 e, conseqüentemente, a determinação do encerramento de aterros sanitários em APPs opõem-se a uma interpretação sistemática do marco jurídico-constitucional-ambiental, uma vez que, conforme desenvolvido anteriormente, a gestão de resíduos, tal como ancorada na Lei nº 12.305/2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos) e na Lei nº 11.445/2007 (Política Nacional de Saneamento Básico), é um instrumento básico da Política Nacional do Meio Ambiente. A Lei nº 12.305/2010 é um diploma integrante do microsistema da legislação ambiental, assim como o direito dos resíduos é uma subdisciplina do direito ambiental. É incorreta, portanto, a interpretação constitucional que coloque a gestão de resíduos (e o saneamento básico) e a proteção ecológica como interesses antagônicos e colidentes. A implementação de aterros sanitários é a solução técnica adotada pela Política Nacional do Meio Ambiente, com o objetivo de eliminar progressivamente os “lixões”, que tanto comprometem a qualidade ambiental, a saúde pública e o saneamento básico no Brasil.

Além de ser, no nosso sentir, equivocada (jurídica e tecnicamente) a visão “antiecologica” do tratamento dos resíduos sólidos e da legislação correlata, a declaração de inconstitucionalidade da expressão “gestão de resíduos” no art. 3º, VIII, b, da Lei nº 12.651/2012 e, conseqüentemente, a determinação do fechamento de aterros sanitários em APPs, independentemente da adoção de um marco temporal menor (36 meses, como adotado pelo Ministro Luiz Fux) ou maior (10 anos, como defendido pelo Ministro Alexandre de Moraes), tal como amplamente demonstrado,

afrenta as exigências (critérios) do princípio da proporcionalidade no que diz respeito aos seus três critérios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Além disso, a declaração de inconstitucionalidade da expressão “gestão de resíduos” provocará a automática interrupção das políticas públicas em andamento para a transição de lixões para aterros sanitários localizados em áreas de APPs, servindo de estímulo para a perpetuação daqueles situados em APPs ou o seu abandono, ambas situações absolutamente nefastas para o meio ambiente, a saúde pública e o saneamento básico no País. O cenário em questão, como desenvolvido anteriormente, implica *flagrante violação do núcleo essencial do direito fundamental social ao saneamento básico (conteúdo integrante do direito-garantia ao mínimo existencial conformador dos patamares mínimos indispensáveis a uma vida digna), assim como de outros direitos fundamentais afetados (saúde, desenvolvimento urbano, água potável, moradia) com o gravame de que são justamente os indivíduos e grupos sociais mais vulneráveis e que vivem nos bolsões de pobreza das cidades brasileiras aqueles mais impactados*, porquanto, por falta de alternativas de acesso a direitos básicos, sediam as suas vidas na proximidade de lixões e demais áreas de disposição inadequada de resíduos sólidos.

(ii) São os aterros sanitários iniciativas ambientalmente corretas e essenciais para a erradicação dos lixões e para o integral implemento do saneamento básico?

Sim, os aterros sanitários são instrumentos ambientalmente corretos para a disposição final de resíduos sólidos e essenciais para a erradicação progressiva dos lixões, bem como para o integral implemento do saneamento básico no contexto urbano brasileiro. Diferentemente dos lixões, os aterros sanitários, como enuncia o art. 3º, VIII, da Lei nº 12.305/2010, tem por objetivo a “distribuição ordenada de rejeitos em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos”. *É evidente, portanto, a função ecológica dos aterros sanitários, ao adotar medidas de engenharia e técnicas aptas a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos decorrentes da geração de resíduos.*

(iii) Estariam as posições dos Ministros Luiz Fux e Alexandre de Moraes colidindo com a Política Nacional de Resíduos Sólidos, que não considera a gestão de resíduos mecanismo nocivo ao meio ambiente?

Sim. Em certa medida, as posições dos Ministros Luiz Fux e Alexandre de Moraes consideram a gestão de resíduos algo intrinsecamente nocivo ao meio ambiente, quando,

na linha do que foi sustentado neste Parecer, é justamente o contrário. O entendimento em questão colide inclusive com a Política Nacional do Meio Ambiental, na medida em que a PNRS faz parte dela, na medida em que, como referido anteriormente, a gestão de resíduos é instrumento na PNMA.

É por demais louvável a postura dos Ministros na defesa do meio ambiente, o que, aliás, tem tornado o STF referência no mundo por sua jurisprudência paradigmática na seara constitucional-ambiental, inclusive na esfera climática. Todavia, no caso ora em análise, *o que se almeja não é de modo algum uma solução antiecológica, mas sim uma proposta apta a adequar a gestão de resíduos sólidos aos padrões constitucionais de proteção ambiental, tal como estabelecidos de modo emblemático no art. 225 da CF/1988, mas sem olvidar a realidade verifica hoje no Brasil na questão e, acima de tudo, a preservação da discricionariedade administrativa e da análise técnica pelos órgãos ambientais competentes em cada caso concreto, com o estrito cumprimento de todas as exigências e condicionantes impostas pela legislação ambiental* (p. ex., licenciamento e estudo e relatório de impacto ambiental, demonstração fática de ausência de alternativa locacional, etc.). Além disso, há a necessidade, tal como já referido, de se chegar a uma solução constitucional adequada à equalização de direitos e interesses em colisão.

A implementação de aterros sanitários em APPs deve ser tomada como medida excepcional, exigindo-se o estrito cumprimento da normativa ambiental para tanto. O *status* jurídico de “utilidade pública” exige, nesse sentido, o reconhecimento formal de uma situação extraordinária, com o propósito de assegurar serviços públicos indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Ademais, entre outras exigências e condicionantes impostas pela legislação ambiental, deve ser obrigatório o licenciamento e estudo e relatório de impacto ambiental (RIMA) e a demonstração fática de ausência de alternativa locacional, etc. Não se está, portanto, de modo algum a pleitear uma espécie de *laissez faire* ambiental ou cheque em branco para o gestor público implementar a gestão de resíduos, como bem entender em qualquer localidade, inclusive naquelas de notória fragilidade e importância ecológica singular, como é o caso das APPs.

(iv) Há colisão irreconciliável entre a gestão de resíduos e a proteção ambiental, especialmente se se considerar que, para controlar essas situações em concreto, há a exigência do licenciamento ambiental, no bojo do qual serão examinadas e ponderadas as circunstâncias de instalação da infraestrutura em dado local?

Não há, de forma alguma, uma colisão irreconciliável entre a gestão de resíduos (e o saneamento básico) e a proteção ambiental, como reportado anteriormente. Pelo contrário, a gestão de resíduos é instrumento estruturante da PNMA. Em outras palavras, a gestão de resíduos é benéfica à proteção ambiental, notadamente quando operado o tratamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos, tal como estabelecido pela Lei nº 12.305/2010 e sustentado ao longo deste Parecer. Não obstante a tomada de medidas para a sua redução (p. ex., reutilização, reciclagem, etc.), a geração de resíduos sólidos é uma realidade imposta pelo modelo de sociedade de consumo em que todos vivemos e um desafio para a sociedade e o gestor público no campo da proteção ecológica. No entanto, a gestão de resíduos atua justamente para remediar os malefícios ambientais da geração de resíduos, buscando alternativas para o seu tratamento e disposição final ecologicamente adequada. A demonização ecológica dos aterros sanitários é absolutamente incoerente, na medida em que se trata de instrumento primordial para remediar os problemas para o meio ambiente, o saneamento básico e a saúde pública decorrentes da geração de resíduos.

Esse, aliás, foi o entendimento articulado pelo Ministro Gilmar Mendes no seu voto-divergente, ao assinalar, como já reportado anteriormente, que

não há antinomia, ao menos em abstrato, entre a gestão de resíduos e a proteção ambiental. Haverá situações em que a execução de obra de gestão de resíduos sólidos será melhor alocada em área de proteção ambiental, sem que com isso haja decréscimo da proteção ambiental. Para controlar essas situações em concreto, há a exigência do licenciamento ambiental, no bojo do qual serão examinadas e ponderadas as circunstâncias de instalação da infraestrutura em determinado local.

Outrossim, como referido no quesito ora em análise, para a instalação de aterro sanitários e demais formas de gestão de resíduos, devem ser previamente examinadas e ponderadas as circunstâncias de instalação da infraestrutura em dado local, sempre à luz de uma situação concreta. A decisão acerca da instalação de aterro sanitário em determinada localidade (p. ex., no Município X), em respeito aos estritos termos da Lei nº 12.305/2010 e do seu decreto regulamentador (Decreto federal nº 10.936/2022) e da legislação ambiental em geral, é, acima

de tudo, uma decisão técnica a ser tomada pelo administrador público amparado em critérios técnicos fornecidos pelos órgãos ambientais competentes. Ocorre que, ao declarar a inconstitucionalidade da expressão “gestão de resíduos” no art. 3º, VIII, b, da Lei nº 12.651/2012 e, conseqüentemente, a possibilidade de implementação de aterro sanitário em APP, o STF está analisando a matéria de modo abstrato e, ao mesmo tempo, suplantando toda e qualquer possibilidade de análise técnica do caso concreto.

A instalação de aterro sanitário em APP, ainda que tomada necessariamente como medida excepcional, pode ser justificada por critérios técnicos em determinada localidade, diante da ausência de alternativas viáveis e da gravidade da ausência de tratamento ambientalmente adequado dos resíduos gerados para a saúde pública, o saneamento básico e o próprio meio ambiente.

(v) Seria constitucionalmente adequado conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, VIII, b, da Lei nº 12.651/2012, de modo a se assentar que a gestão de resíduos qualificada como utilidade pública abrange apenas as modalidades previstas na Lei nº 12.305/2010, excluída a possibilidade, em qualquer hipótese, de instalação de lixões em áreas de preservação permanente?

Sim, pelas razões articuladas previamente, seria constitucionalmente adequado conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, VIII, b, da Lei nº 12.651/2012 no sentido de se assentar que a “gestão de resíduos” qualificada como utilidade pública para fins de implementação em APPs se trata de medida excepcional e abrange apenas as modalidades previstas na Lei nº 12.305/2010, excluída a possibilidade, em qualquer hipótese, de instalação de lixões em APPs, bem como mediante a exigência obrigatória de licenciamento e estudo de impacto e relatório ambiental (EIA-RIMA) e demonstração fática da ausência de alternativa locacional fora de APPs.

(vi) Para que se jape preservada a segurança jurídica, seria possível, subsidiariamente, se cogitar processualmente de uma modulação capaz de conferir efeitos prospectivos à decisão declaratória de inconstitucionalidade da expressão “gestão de resíduos” do art. 3º, VIII, b, da Lei nº 12.651/2012, mantidas as atuais licenças e futuras prorrogações concedidas nos termos da legislação anterior?

Sim, como desenvolvido acima e verificado em reiteradas decisões do STF, é plenamente possível, subsidiariamente, se cogitar processualmente de uma modulação capaz de conferir efeitos prospectivos à decisão declaratória de inconstitucionalidade da expressão “gestão de resíduos” do art. 3º, VIII, b, da Lei nº 12.651/2012, no sentido de manter a validade e vigência às atuais licenças e futuras prorrogações

concedidas nos termos da legislação anterior, de modo a salvaguardar os princípios da proporcionalidade, da segurança jurídica, em especial na sua dimensão da proteção da confiança legítima. Além disso, como igualmente já demonstrado, a modulação ora advogada constitui exigência de um direito a um regime de transição proporcional e equânime.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista dos fundamentos jurídicos articulados ao longo deste Parecer e das respostas aos quesitos formulados, cumpre formular, em breve síntese, as seguintes conclusões:

- i. A declaração de inconstitucionalidade da expressão “gestão de resíduos” no art. 3º, VIII, *b*, da Lei nº 12.651/2012 e, conseqüentemente, a determinação do encerramento de aterros sanitários em APPs opõem-se a uma interpretação sistemática da norma constitucional-ambiental, uma vez que, conforme desenvolvido anteriormente, a gestão de resíduos, tal como ancorado normativamente na Lei nº 12.305/2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos) e na Lei nº 11.445/2007 (Política Nacional de Saneamento Básico), é um instrumento básico da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.939/1981). A Lei nº 12.305/2010 é um diploma integrante do microsistema da legislação ambiental, assim como o direito dos resíduos é uma subdisciplina do direito ambiental. É incorreta, portanto, a interpretação constitucional que coloque a gestão de resíduos (e o saneamento básico) e a proteção ecológica como interesses antagônicos e colidentes. A implementação de aterros sanitários é a solução técnica adotada pela PNMA, com o objetivo de eliminar progressivamente os malfadados “lixões”, que tanto comprometem a qualidade ambiental, a saúde pública e o saneamento básico no Brasil.
- ii. Não restam dúvidas, *pelas razões articuladas previamente, que a opção adotada pelo STF no julgamento da ADC 42/DF no sentido da declaração de inconstitucionalidade da expressão “gestão de resíduos” no art. 3º, inciso VIII, alínea b, da Lei nº 12.651/2012 representa o meio mais gravoso e restritivo em relação aos princípios e direitos fundamentais ora em colisão. Por outro lado, tal como colocado no voto-divergente do Ministro Gilmar Mendes, a proteção do meio ambiente pode ser igualmente assegurada no patamar almejado constitucionalmente, com a adoção de meio restritivo menos gravoso para os princípios e direitos fundamentais objeto da restrição. Com*

efeito, analisando-se os meios alternativos disponíveis, em particular a implementação de aterro sanitário em APP com a imposição de todas as condicionantes e o estrito cumprimento da legislação ambiental, verifica-se que essa medida promove igualmente o fim de proteger o meio ambiente, sendo, entre os meios alternativos, aquele que restringe em menor medida os princípios e direitos fundamentais afetados.

- iii. O reconhecimento, com a atribuição de efeito infringente aos embargos declaratórios, da constitucionalidade da expressão “gestão de resíduos” no art. 3º, inciso VIII, alínea b, da Lei nº 12.651/2012, de modo a autorizar a implementação de aterros sanitários em APP mediante o cumprimento estrito da legislação ambiental, é o meio menos gravoso e mais apto a preservar o núcleo essencial dos princípios e direitos fundamentais em disputa no presente caso. Subsidiariamente, caso assim não entenda o STF, a alternativa disponível e igualmente menos gravosa que a declaração de inconstitucionalidade é a adoção de interpretação conforme à Constituição para determinar que a inconstitucionalidade da expressão de “gestão de resíduos” somente se aplique a lixões e estruturas similares, ficando excluídas do alcance da inconstitucionalidade aquelas atividades de gestão de resíduos que sejam realizadas em conformidade com as leis vigentes, incluindo a Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010) e a Lei Política Nacional de Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007), ao assegurarem destinação final ambientalmente adequada aos resíduos. Como outra alternativa, propõe-se seja dada interpretação conforme à Constituição para determinar que os aterros sanitários não se inserem nas inconstitucionalidades declaradas no art. 3º, VIII, b, ou, como opção, que seja declarado que os aterros se caracterizam também como atividade de saneamento, razão pela qual se trata de atividades abrangidas pelo rol previsto no dispositivo referido.
- iv. Mediante uma análise da proporcionalidade em sentido estrito, evidencia-se a prevalência dos interesses, princípios e direitos representados pela Consulente, como a prestação de serviços públicos (arts. 6º e 175 da CF/1988), desenvolvimento urbano (art. 182 da CF/1988), direito fundamental e políticas públicas de saneamento básico (arts. 6º, 21, XX, e 23, IX, da CF/1988), políticas públicas de gestão de resíduos, a segurança jurídica (e proteção à confiança legítima), a separação dos poderes (e preservação da discricionariedade administrativa e técnica do gestor público), o Erário público e a economia popular, entre outros. Os pesos dos referidos interesses, princípios e direitos fundamentais com assento na CF/1988 se sobressaem

em comparação à proteção do meio ambiente no caso em análise, notadamente por haver meios alternativos menos gravosos e restritivos para a sua devida salvaguarda, conforme demonstrado neste Parecer.

- v. Por fimes subsidiariamente, com fundamento, entre outros, nos princípios da proporcionalidade, da segurança jurídica e da proteção da confiança, entende-se como medida imperativa, uma vez mantida pelo STF a declaração de inconstitucionalidade da expressão “gestão de resíduos” no art. 3º, VIII, *b*, da Lei nº 12.651/2012, o estabelecimento pela Corte de regime de transição proporcional e equânime, mediante a modulação dos efeitos da decisão embargada para que a mesma tenha efeitos prospectivos (*ex nunc*), alcançando, portanto, as futuras obras de saneamento básico referentes a aterros sanitários, considerando a consolidação da situação fática dos aterros que estão em funcionamento na data de publicação do acórdão, tratando os resíduos sólidos de maneira adequada e ambientalmente correta. *Em caráter alternativo, é de se esperar que a decisão venha a ter efeitos somente após decorridos 10 anos do julgamento dos presentes embargos, tal como estabelecido no voto divergente do Ministro Alexandre de Moraes, dada a necessidade de adequação de quase todos os aterros já existentes, bem como do manejo de alternativas tecnicamente viáveis ao encargo de uma quantidade imensa de municípios na Federação, o que demanda muito tempo de planejamento e execução, além de envolver montante bilionário de recursos financeiros, ademais de outros recursos materiais e humanos em expressiva quantidade.*

É, s.m.j., nosso parecer!

Submissão em: 13.11.2024

Aceito em: 13.11.2024