

A LEI DE RESÍDUOS E OS CONTRATOS VIGENTES

OSWALDO LELIS TURSI

Advogado militante na área de Direito Administrativo. Foi Procurador, Auditor Geral e Secretário de Assuntos Jurídicos do Município de Jacareí, Estado de São Paulo, e Professor Especialista de Direito Processual Civil na Universidade do Vale do Paraíba, na cidade de São José dos Campos, Estado de São Paulo.

Sumário: 1. Introdução, 2. Mudança de modelo tecnológico, 3. Aparente conflito de normas, 3.1. Ramo das normas, 3.2. Competência legislativa, 3.2. Solução do aparente conflito, 4. Aplicação imediata da norma nova, 5. Impacto nos contratos vigentes, 6. Forma de adaptação, 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Diversos Municípios delegaram a prestação dos serviços de destinação final dos resíduos sólidos urbanos gerados em seus territórios, alguns através de concessão simples, outros mediante parceria público-privada.

Na ausência até então de Lei Federal específica sobre a matéria, os ajustes foram celebrados com base em diversas espécies de diplomas legais e até mesmo em normas técnicas. No caso do Estado de São Paulo, com base na Lei Estadual nº 12.300, de 16 de março de 2006.

Sobreveio, em 2 de agosto de 2010, a Lei Federal nº 12.305, pela qual foi instituída a Política Nacional de Resíduos Sólidos, *dispondo sobre seus princípios, objetivos e instrumentos, bem como sobre as diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos, incluídos os perigosos, às responsabilidades dos geradores e do poder público e aos instrumentos econômicos aplicáveis.*

Diante desse novo cenário, cumpre examinar os impactos decorrentes da Lei Federal nos contratos de concessão simples e de parceria público-privada firmados anteriormente, em especial quanto sua aplicabilidade imediata e a continuidade do ajuste.

2. MUDANÇA DE MODELO TECNOLÓGICO

Na época da celebração dos contratos referidos havia o consenso de que deveriam ser encaminhados para **aterro sanitário**, de sorte a minimizar os impactos sobre o meio ambiente, os **resíduos sólidos urbanos**, conforme disciplinado em regulamentos específicos, citando-se *exempli gratia* o Estado de São Paulo, através da Lei Estadual nº 12.300/2006, nesta parte assim redigida:

Artigo 5º - Para os efeitos desta lei, consideram-se:

.....

VII- Aterro sanitário: local utilizado para disposição final de resíduos urbanos, onde são aplicados critérios de engenharia e normas operacionais especiais para confinar esses resíduos com segurança, do ponto de vista de controle da poluição ambiental e proteção à saúde pública;

Para exata compreensão do dispositivo, necessário verificar-se o conceito de **resíduos sólidos**, o qual se encontra expressado no inciso I do mesmo artigo 5º como os materiais decorrentes de atividades humanas em sociedade, e que se apresentam nos estados sólido ou semi-sólido, como líquidos não passíveis de tratamento como efluentes, ou ainda os gases contidos.

De igual modo, necessário seja ressaltado o conceito de resíduos urbanos: os provenientes de residências, estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços, da varrição, de podas e da limpeza de vias, logradouros públicos e sistemas de drenagem urbana passíveis de contratação ou delegação a particular, nos termos de lei municipal (Lei Paulista nº 12.300/2006, artigo 6º, inciso I).

Por seu turno, alguns Municípios disciplinaram a disposição dos resíduos, tal como no caso do

Município de Osasco, Estado de São Paulo, que editou o Decreto nº 9.662/2006, definindo:

Art. 18 Os resíduos sólidos domiciliares gerados no município serão dispostos no Aterro Sanitário atualmente em operação, que deverá ser operado de acordo com as referências estabelecidas nas normas técnicas específicas.

Desta forma, até então, o modelo tecnológico adotado, inclusive nos processos de concorrência de concessão simples e de parceria público-privada, era o de aterramento sanitário dos resíduos, sem qualquer espécie de tratamento, exceto quanto aos decorrentes dos serviços de saúde.

Com a edição da Lei Federal nº 12.305/2010, houve grande mudança de modelo tecnológico, inclusive com a adoção de outros conceitos, passando agora ser possível somente o aterramento de **rejeitos**. Confirma-se a propósito:

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 e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos;*

Como se observa, o novel texto federal traz em seu bojo outro conceito, o de **rejeito**, por ele definido como *resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada*(inciso XV do mesmo artigo 3º).

Vale dizer, pelo modelo atualmente imposto pela Lei Federal nº 12.305/2010, **antes do aterramento (disposição final ambientalmente adequada)**, os resíduos devem ser objeto de tratamento para que lhes seja dada uma **destinação final ambientalmente adequada**, que pode ser reutilização, reciclagem, compostagem, recuperação e aproveitamento energético (inciso VII do citado artigo 3º).

Criou, assim, a citada Lei Federal nº 12.305/2006 uma **nova** obrigação, ou seja, a execução do tratamento dos **resíduos**, para, aos depois, admitir a destinação final em aterro sanitário somente dos **rejeitos**.

3. APARENTE CONFLITO DE NORMAS

À primeira vista existe um conflito de normas, pois, como nos casos citados, a Lei Estadual e o Regulamento Municipal admitem que os resíduos sólidos urbanos possam ser dispostos em aterro sanitário sem qualquer espécie de tratamento, enquanto que a Lei Federal permite somente a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos decorrentes de tratamento anterior.

Para dirimir esse aparente conflito, imprescindível: aquilatar-se a qual ramo pertence a norma objeto de investigação; como consequência, determinar-se a competência legislativa para, ao final, verificar-se qual norma deve prevalecer.

3.1. Ramo das normas

Tratam as normas em conflito do modo adequado da destinação dos descartes da atividade humana, com vistas à conservação e melhoria do meio ambiente, o qual é definido pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, *in verbis*:

Meio ambiente: o conjunto de condições, leis, influências e interação de ordem física, química e biológica, que

permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Nesta linha de raciocínio, enquadram-se as normas conflitantes como de direito ambiental, o qual na definição de CARLOS GOMES CARVALHO¹ é o:

Conjunto de princípios e regras destinados à proteção do meio ambiente, compreendendo medidas administrativas e judiciais, com a reparação econômica e financeira dos danos causados ao ambiente e aos ecossistemas de uma maneira geral.

3.2. Competência legislativa

Partindo-se da premissa de que as normas em comento são de direito ambiental, com vistas à proteção do meio ambiente, a competência legislativa é concorrente, conforme se infere do disposto na Constituição Federal. Confira-se:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

¹*Introdução ao Direito Ambiental*, Ed. Verde-Pantanal, 1990, pág. 140.

.....

VI- florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

Observa-se do artigo acima transcrito que não se conferiu ao Município expressamente competência para legislar sobre direito ambiental.

No entanto, seria incorreto e insensato dizer-se que os Municípios não têm competência legislativa em matéria ambiental.

O artigo 30 da CF atribui aos Municípios competência para legislar sobre assuntos de interesse local; suplementar a legislação federal e estadual no que couber; promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.²

Decorre dessa conclusão de competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, caber

² PAULO DE BESSA ANTUNES, *Direito Ambiental*, Ed. Lumen Iuris, 12ª edição, pág. 89.

àquela o estabelecimento, tão-somente, de normas gerais, a teor do disposto no § 1º do artigo 24 da Constituição Federal, ficando reservada competência suplementar aos demais entes federativos, inclusive aos Municípios, mesmo que não expressamente outorgada, mas em decorrência do artigo 30 da Lei Maior.

3.3. Solução do aparente conflito

Enquanto não existia norma geral editada por lei federal, prevaleciam os regulamentos até então existentes, especialmente aqueles editados através de lei estadual por expressa deferência do § 3º do citado artigo 24 da Constituição Federal, *in verbis*:

Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades.

Com o advento da Lei Federal nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, o aparente conflito de normas deve ser resolvido com base em dispositivo do próprio artigo 24 da Constituição Federal, assim redigido:

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a

eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Melhor sorte não se reserva à Lei Municipal, pois competindo-lhe apenas suplementar a legislação federal e/ou estadual no interesse local (Constituição Federal, artigo 30, incisos I e II), deverá sucumbir às normas gerais editadas pela União.

4. APLICAÇÃO IMEDIATA DA NORMA NOVA

Consagrou a Constituição Federal de 1988 o princípio da irretroatividade da lei nova, explicitando no inciso XXXVI de seu artigo 5º que *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.*

Nesse caminho, poder-se-ia dizer que a Lei Federal nº 12.305/2010 não seria aplicável nos casos de concessões em vigência, pois se trata de ato jurídico perfeito decorrente de contratos celebrados anteriormente à edição daquela norma.

Entretanto, no dizer de ÉDIS MILARÉ³, *as normas editadas com o escopo de defender o meio ambiente, por serem de ordem pública, têm aplicação imediata, vale dizer, aplicam-se não apenas aos fatos ocorridos sob sua vigência,*

³*Direito do Ambiente - A Gestão Ambiental em Foco*, Ed. RT, 5ª ed., págs. 785/786.

como também às consequências e aos efeitos dos fatos ocorridos sob a égide da lei anterior (factapendentia). Essas normas só não atingirão os fatos ou relação jurídica já definitivamente exauridos antes de sua edição (factapraeterita). Nesse sentido a lição de Vicente Rao, quando afiança não haver razão para se falar em retroatividade ou irretroatividade, porque não se admite a alteração dos atos, fatos e respectivos direitos e efeitos produzidos no passado, mas, tão-só, em certos casos, a nova disciplina de seus efeitos atuais e futuros.

Em igual sentido são os ensinamentos de HELY LOPES MEIRELLES⁴, para quem:

Dessa forma, quando o TJSP afirma que os "princípios de polícia sanitária, sempre em evolução, na medida das exigências sociais, não conferem direito adquirido", ou que "as normas urbanísticas são de ordem pública, cogentes, sem que se possa contrapor direito adquirido", deve-se observar que esses julgados abordam, na verdade, os efeitos futuros da lei nova, não os efeitos jurídicos produzidos no passado, pois estes, em face da garantia do direito adquirido - assim entendido aquele que "nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu", devem ser respeitados. Daí porque, como acentuado em

⁴Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 33ª ed., pág. 148.

outro passo, no caso de licença para construir, se a obra já foi iniciada a lei nova não se aplica, havendo direito adquirido decorrente de efeito jurídico produzido no passado sob a égide da lei anterior.

Assim, a Lei 12.305/2010 deverá ser aplicada quanto aos efeitos futuros do contrato, não atingido os fatos já ocorridos anteriormente à sua vigência. Em outras palavras, os resíduos já aterrados assim continuarão. Doravante, não mais serão aterrados resíduos, mas tão-só rejeitos, ou seja, somente aquilo que não puder ser aproveitado após receber alguma forma de tratamento, dentre aquelas previstas.

Lembre-se, inclusive, que a Lei Federal deixou assentada a obrigação de implantação da disposição final ambientalmente adequada no prazo máximo de quatro anos após a data de sua publicação (artigo 54).

Aliás, em cumprimento ao disposto no § 1º do artigo 6º da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nos casos de concessão simples, e no inciso V do artigo 5º da Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, nas hipóteses de parceria público-privada, deve ser preservada a atualidade da prestação dos serviços concedidos, com a adoção das melhores técnicas exigidas.

Em resumo, são aplicadas imediatamente as normas da Lei nº 12.305/2010, sobre os efeitos futuros dos contratos de concessão simples e de parceria público-privada firmados antes de sua edição.

5. IMPACTO NOS CONTRATOS VIGENTES

Definida a aplicação imediata da nova Lei, impende verificar o impacto gerado nos contratos de concessão simples e de parceria público-privada, de sorte a definir sobre sua continuidade ou da necessidade de sua extinção, na forma de encampação, por motivo de interesse público.

Trata-se, no caso, do denominado “fato do príncipe”, o qual deve ser definido como ato lícito decorrente de qualquer ente estatal que, modificando as condições iniciais do contrato, causa prejuízo ao contratado.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO⁵ afirma que *esse fato oriundo da Administração Pública não se preordena diretamente ao particular contratado. Ao contrário, tem cunho de generalidade, embora reflexamente incida sobre o contrato, ocasionando oneração excessiva ao particular independentemente da vontade deste.*

⁵O *Fato do príncipe nos Contratos Administrativos*, RDPGERJ nº 23, 1986, págs. 73-79.

Em decorrência do já afirmado, constata-se que não houve qualquer alteração do objeto da concessão, qual seja, a **destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos urbanos**. Impõe a nova Lei, isto sim, a obrigação de tratamento prévio dos ditos resíduos para, ao depois, permitir a **disposição final ambientalmente adequada do que qualifica como rejeito**.

De ser invocado novamente o escólio de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO⁶, segundo o qual:

*O efeito da aplicação da teoria do fato do príncipe, à semelhança do que ocorre com a teoria da imprevisão, comporta duas hipóteses. A primeira é aquela em que o ato estatal dificulta e onera o particular para o cumprimento de duas obrigações; nesse caso, terá o particular o direito à **revisão do preço** para ensejar a restauração do equilíbrio contratual. Outra hipótese é aquela em que o fato impede definitivamente o particular de adimplir as obrigações. Impossibilitado de fazê-lo por motivo a que não deu causa, não pode ser por isso prejudicado, de modo que fará jus à indenização integral. Observe-se que, nesta segunda hipótese, a solução adotada difere da que se aplica na teoria da imprevisão, como vimos anteriormente.*

⁶Manual de Direito Administrativo, Lumen Iuris Editora, 2006, 16ª edição, pág. 179.

Em resumo, apenas criou a denominada Lei de Resíduos uma nova obrigação, a qual deverá ser incorporada na forma de execução dos serviços, o que, certamente, irá gerar impacto no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tornando necessária a adoção dos mecanismos de adaptação.

6. FORMA DE ADAPTAÇÃO

Evidenciado o impacto parcial nos contratos de concessão simples ou de parceria público-privada, necessária sua adaptação à nova legislação, o que deverá ser feito mediante revisão contratual, como expressamente previsto no § 2º do artigo 9º da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, com a seguinte redação:

Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se equilíbrio econômico-financeiro.

A revisão deverá ser realizada através de uma das formas previstas no contrato, que pode ser desde a simples elevação da tarifa até a alteração do prazo da concessão, passando pelas possibilidades de supressão de encargos da concessionária ou a realização de compensação financeira pela Administração Pública. Nada impede a combinação destas fórmulas.

7. CONCLUSÃO

Em conformidade com os argumentos expendidos acima, conclui-se que a Lei 12.305/2010 instituiu um novo modelo tecnológico quanto à destinação e disposição finais ambientalmente adequadas, o que deverá ser implantado num prazo máximo de quatro anos, inclusive quanto aos serviços previstos em contratos já em vigência quando de sua edição.

Para tanto, deverá ser providenciada revisão dos termos iniciais do ajuste, de sorte a incluir o novo modelo tecnológico, com repactuação do equilíbrio econômico-financeiro, mediante termo aditivo.