



Lucas Manoel Alves Ribeiro

COMPENSAÇÃO AMBIENTAL *EX ANTE*

O conjunto normativo, a natureza jurídica e a realidade da compensação ambiental do SNUC no Brasil e um comparativo com a compensação ex ante no sistema legal português.

Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, com Menção em Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Orientadora: Professora Doutora Ana Raquel Moniz.

Coimbra / 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Lucas Manoel Alves Ribeiro

COMPENSAÇÃO AMBIENTAL *EX ANTE*

O conjunto normativo, a natureza jurídica e a realidade da compensação ambiental do SNUC no Brasil e um comparativo com a compensação *ex ante* no sistema legal português.

EX ANTE ENVIRONMENTAL COMPENSATION

The set of rules, the legal nature and the reality of environmental offsetting of the SNUC System in Brazil and a comparison with the *ex ante* compensation in the portuguese legal system.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas, com Menção em Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente.

Orientadora: Professora Doutora Ana Raquel Moniz.

Coimbra, 2016

RESUMO

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito comum a todos, previsto constitucionalmente tanto no Brasil como em Portugal, sendo garantia fundamental à vida. Tal direito certamente fará frente com outros interesses, como o desenvolvimento econômico, processo natural do crescimento de uma sociedade. A compensação ambiental *ex ante* surge como uma possível solução ao delicado imbróglio. Propõe-se com a investigação presente avaliar profundamente a instituição da compensação ambiental brasileira no Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC e analisar criticamente suas principais peculiaridades normativas, buscando também a compreensão relativa à questão dogmática de sua natureza jurídica, possibilitando uma percepção de sua realidade no plano prático, bem como um comparativo com o modelo português.

PALAVRAS CHAVE: Compensação ambiental *ex ante*; reparação de danos ambientais futuros; responsabilização ambiental; natureza jurídica; direito comparado.

ABSTRACT

The ecologically balanced environment is a common right to all people, constitutionally provided both in Brazil and in Portugal, and is a fundamental guarantee to life. Such right will certainly confront with other interests, such as economic development, natural process of growth of a society. The *ex ante* environmental compensation emerges as a possible solution to the delicate issue. This research proposes to deeply evaluate the institution of the Brazilian environmental offsetting in the National System of Nature Conservation Units – SNUC and critically analyze its main regulatory peculiarities, also seeking the comprehension of the dogmatic question of its legal nature, enabling a perception of its reality in a practical level, as well as a comparison with the Portuguese model.

KEY WORDS: *Ex ante* environmental compensation (environmental offsetting); repair of future environmental damage; environmental liability; legal nature; comparative Law.

Agradecimentos:

Este trabalho se deu em um período extraordinário em minha vida e é fruto do apoio de várias pessoas, às quais presto os merecidos agradecimentos:

À professora Doutora Ana Raquel Moniz, que além das preciosas orientações, acreditou desde o início na investigação, dando-me o norte e a confiança necessários para seguir com o trabalho;

À professora Doutora Carla Amado Gomes, que com muita cortesia e gentileza me recebeu em sua Faculdade e me brindou com verdadeiros conselhos e orientações;

À professora Doutora Alexandra Aragão, que prontamente se colocou à disposição para sanar grandes dúvidas e muito auxiliar no período de conclusão da pesquisa;

Aos professores Doutores José Manuel Aroso Linhares, Susana Aires de Souza e Fernando Alves Correia, pelos inestimáveis ensinamentos ao longo do curso;

Às minhas queridas famílias, Rodrigues, de Santis e Ortiz, sem as quais nada seria possível, em especial aos descendentes do saudoso magistrado Manoel Alves Rodrigues, pela disposição, pelos inúmeros auxílios e pelo apoio incondicional;

Aos meus pais, Marco Antonio Ribeiro e Eliane Rodrigues Nunes, verdadeiros amigos e professores, meus eternos mestres;

À Elcione Rodrigues, pelas valiosas consultas, pesquisas e revisões, à Cecília Rodrigues, pela amizade e pelo companheirismo simplesmente fundamentais, e aos meus padrinhos pelo carinho de sempre;

Aos amigos, do mestrado e do Brasil, em especial aos irmãos de Goiânia e aos grandes parceiros de Coimbra, Caio e Diego;

Aos Chimpanzés de Gaveta, que não deixaram morrer minha realidade paralela essencial;

Por fim, à minha amada Glaucia Ortiz, pelo apoio constante, pelas palavras diárias de confiança, pela força que me deu nesta caminhada, pela paciência em suportar a saudade e enfrentar a distância e pelo futuro que nos reserva.

Notas Prévias:

Embora esteja em vigor o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, permanecem notáveis as diferenças no português redacional característico de cada país, de forma que foi eleita para o presente trabalho a forma de escrita nativa do autor brasileiro.

Optou-se também pela tradução para a língua de escrita as citações de obras estrangeiras, sendo de inteira responsabilidade do autor eventuais erros ou desvios em relação aos textos originais.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS:

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AI	Agravo de Instrumento
AIA	Avaliação de Impacto Ambiental
CCAF	Comitê de Compensação Ambiental Federal (BRASIL)
CEF	Caixa Econômica Federal (BRASIL)
CIDE	Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (BRASIL)
CONAMA	Conselho Nacional do Meio Ambiente (BRASIL)
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CRP	Constituição da República Portuguesa (Decreto de 10 de Abril de 1976)
CTN	Código Tributário Nacional (BRASIL, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966)
DIA	Declaração de Impacto Ambiental (PORTUGAL)
EIA/RIMA	Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente
FBCN	Fundação Brasileira para a Conservação da Natureza
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
IBDF	Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal,
ICNF	Instituto da Conservação da Natureza e das Florestas (PORTUGAL)
LBA	Lei das Bases da Política do Ambiente (PORTUGAL, Lei n.º 19/2014, de 14 de Abril)
MS	Mandado de Segurança
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PIS	Programa de Integração Social (BRASIL)
PNMA	Política Nacional do Meio Ambiente (BRASIL, Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981)
PPP	Princípio do poluidor-pagador

RAIA*	Regime Jurídico da Avaliação de Impacto Ambiental (PORTUGAL, Decreto-Lei nº 151-B/2013, de 31 de outubro)
RCL	Reclamação constitucional
RCNB*	Regime Jurídico da Conservação da Natureza e da Biodiversidade (PORTUGAL, Decreto-Lei nº 142/2008, de 24 de Julho)
RRN*	Decreto regulamentador da Rede Natura 2000 (PORTUGAL, Decreto-Lei nº 140/99, de 24 de Abril - transposição da Diretiva Aves e da Diretiva <i>Habitats</i>)
RPRDE*	Regime Jurídico da Responsabilidade por Danos Ambientais (PORTUGAL, Decreto-Lei nº 147/2008, de 29 de Julho)
SISNAMA	Sistema Nacional do Meio Ambiente (BRASIL)
SNUC	Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (BRASIL, Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000)
STF	Supremo Tribunal Federal (BRASIL)
TCA	Termos de Compromisso Ambiental
TRF	Tribunal Regional Federal (BRASIL)
ZEC	Zonas Especiais de Conservação
ZPE	Zonas de Proteção Especial

Abreviaturas adotadas para referências:

Ace.	Acesso em
Art.	Artigo
C/c	Combinado com
Cap.	Capítulo
Disp.	Disponível em
<i>Et. al.</i>	E outro(s) autor(es)
<i>Op. cit.</i>	Obra citada
P. / pp.	Página / páginas
V.	Vide

* Adotaram-se aqui as abreviaturas das legislações portuguesas conforme a obra GOMES, Carla Amado; BATISTA, Luís. *A biodiversidade à mercê dos mercados? Reflexões sobre compensação ecológica e mercados de biodiversidade*. In GOMES, Carla Amado (coord.). *Compensação ecológica, serviços ambientais e proteção da biodiversidade*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 32-109, 2014.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO AO ESTUDO DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL E O PANORAMA REGULATÓRIO BRASILEIRO.....	11
1.1. Conceituação do instituto da compensação ambiental	11
1.2. Breves pontuações sobre danos ambientais e compensação ambiental.....	19
1.3. O surgimento da compensação ambiental do SNUC no Brasil.....	21
1.4. O conjunto normativo aplicável à compensação ambiental do SNUC	30
1.5. A ADI nº 3.378-6 DF e o acórdão do STF	32
1.6. Os requisitos da compensação ambiental do SNUC.....	36
1.6.1. A necessidade dos estudos técnicos ambientais EIA/RIMA	37
1.6.2. As bases legais para o cálculo da compensação ambiental.....	37
1.6.3. As destinações legais da compensação ambiental	41
1.7. O duplo comando da compensação do SNUC.....	44
1.8. Considerações finais	44
CAPÍTULO II - A NATUREZA JURÍDICA DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL.....	46
2.1. As hipóteses levantadas pela doutrina.....	46
2.1.1. Natureza jurídica tributária	47
2.1.2. Natureza reparatória.....	55
2.1.2.1. Os princípios do poluidor-pagador e do usuário-pagador.....	57
2.1.2.2. Responsabilidade civil por danos ambientais no Brasil.....	62
2.1.2.3. O PPP e a responsabilização ambiental	65
2.1.2.4. A natureza reparatória por danos futuros da compensação ambiental.	66
2.1.3. Natureza jurídica de preço público e o princípio do usuário-pagador	69

2.1.4. Natureza jurídica retributiva	71
2.1.5. A compensação ambiental como compartilhamento de despesas.....	72
2.2. Contributo à discussão da natureza jurídica da compensação ambiental...	75
2.3. Considerações finais	93
CAPÍTULO III - A COMPENSAÇÃO EM UMA PERSPECTIVA COMPARADA (PORTUGAL E BRASIL) E NO PLANO PRÁTICO.....	95
3.1. A compensação ambiental em Portugal	98
3.2. A vaguidade portuguesa e as contradições e desvirtuações brasileiras: um comparativo entre os ordenamentos brasileiro e português no tocante à compensação ambiental e a realidade de sua aplicação no Brasil	104
3.3. Contributo e considerações finais	129
CONCLUSÃO.....	138
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	141
LISTA DE LEGISLAÇÕES, NORMAS, DOCUMENTOS E JURISPRUDÊNCIA REFERENCIADOS.....	151
ANEXO – QUADRO GERAL DO CÁLCULO DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL.....	156

INTRODUÇÃO

O homem detém indubitavelmente uma relação de extrema dependência – como qualquer outro ser vivo – e também de dominação com os componentes da natureza, de forma que a necessidade e a urgência na preservação do ambiente são terminantemente incontestáveis.

Antecipar, prevenir e extinguir as possíveis fontes de degradação ambiental de qualquer origem constitui o objetivo máximo na tutela do meio ambiente para garantir qualidade de vida à sociedade. Assim, a prevenção deveria ser a direção preferencial, e ideologicamente única, do Direito do Ambiente ¹.

Contudo, partindo da premissa que atividades humanas sempre ultrapassarão o intuito de subsistência para tornarem-se volitivas, tendo em vista a intrínseca natureza empreendedora do homem, eliminar previamente a totalidade dos impactos ambientais negativos das intervenções patrocinadas em nome do desenvolvimento econômico (tecnológico, bélico, comercial, turístico, etc.) torna-se um propósito completamente ilusório.

Neste cenário, considerando o acelerado avanço científico e o imponente crescimento do poderio industrial das atividades do homem, surge o Direito do Ambiente, já com uma clara noção de inexequibilidade do objetivo preventivo como única solução. Desse modo, esta ciência jurídica se vê coagida a buscar formas alternativas de garantir sua finalidade de preservação ambiental, visando um equilíbrio entre as investidas antrópicas e a conservação do ambiente ².

Esta realidade indiscutível faz com que a preocupação com meio ambiente tome dimensões cada vez mais sensíveis mundialmente e é com ela que nasce a ideia da compensação ambiental, uma solução alternativa em ocasiões de impossibilidade de reparação *in natura*.

¹ GOMES, Carla Amado; BATISTA, Luís. *A biodiversidade à mercê dos mercados? Reflexões sobre compensação ecológica e mercados de biodiversidade*. In GOMES, Carla Amado (coord.). *Compensação ecológica, serviços ambientais e protecção da biodiversidade*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 32-109, 2014, p. 36.

² Racionalidade finalística do Direito do Ambiente, que tem aprofundamento e excelentes análises in BECKER, Anelise. *O problema ecológico e o problema do direito em perspectiva crítica unitária*. Dissertação de doutoramento. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009, pp. 396-397.

Diante da inevitabilidade do dano ambiental, que se dará em razão de um empreendimento poluidor que atende aos requisitos legais para sua instalação e demonstra relevância suficiente para obter autorização estatal, intenta-se compensar o bem ambiental, proporcionando benefício – a ser custeado pelo empreendedor – equivalente ao prejuízo causado, de forma a equilibrar a balança da conservação ambiental e compatibilizar os interesses sócio-econômicos.

Embora a concepção de tal instituto seja coerente com o intuito de conciliar desenvolvimento e meio ambiente, sua concretização, tanto no plano de regulamentação e, conseqüentemente no prático, apresenta inúmeras dificuldades. Motivado pelas vivências da advocacia, o presente trabalho surge com o intento de estudar a fundo a compensação ambiental brasileira, avaliando suas principais peculiaridades nas previsões normativas e nas análises doutrinárias e jurisprudenciais, com uma comparação ao final, para fins investigativos, com o modelo de Portugal.

Para tanto, será feita inicialmente a conceituação de compensação ambiental delimitando-se, em seguida, o instituto objeto de estudo, qual seja a compensação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC³. Serão traçados também breves conceitos de dano ambiental, o processo histórico da evolução normativa do instituto no Brasil e as bases e os requisitos estipulados nas normas e legislações aplicáveis.

O primeiro Capítulo, além destas abordagens, incluirá a análise de um importante julgado do Supremo Tribunal Federal – STF (ADI nº 3.378-6 DF), com as percepções do acórdão proferido até então. Também se discorrerá, sinteticamente, sobre o duplo comando inserido na compensação ambiental do SNUC.

Com o conhecimento basilar do panorama brasileiro relativo à matéria, se discutirá no Capítulo II a questão da natureza jurídica da compensação ambiental, percorrendo as principais teses e esmiuçando seus fundamentos, com o objetivo de compreender a real essência da medida compensatória estudada.

Destaca-se que ao final dos primeiros Capítulos serão tecidas algumas considerações conclusivas atinentes ao tema tratado, servindo também de introdução à parte conseguinte do trabalho.

³ Art. 36, da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000.

O Capítulo final é destinado à percepção da investigação no direito comparado, precisamente com relação a Portugal, onde foi realizada a presente pesquisa, articulando-se as comparações com as críticas às normativas pertinentes e com plano prático da aplicação da compensação ambiental brasileira. Procura-se verificar se a legislação vigente concernente à normatização da compensação ambiental, tanto no Brasil quanto em Portugal, é objetiva, coesa e suficiente para o emprego coerente da medida ou se ainda há carência de regulamentação.

Busca-se também averiguar se as possíveis falhas, omissões ou contradições normativas têm influência direta em eventuais desvirtuações do instituto no Brasil, considerando seu propósito existencial. Para a avaliação da efetividade normativa, neste contexto, serão ainda descritas e examinadas criticamente situações encontradas na prática jurídica na gestão de processos de licenciamento ambiental de empreendimentos junto a órgãos administrativos brasileiros, competentes em matéria ambiental, nas quais, por evidentes motivos de sigilo profissional, serão preservados maiores detalhamentos e referências de envolvidos diretamente.

Com os elementos elencados, procura-se, portanto, a compreensão da compensação *ex ante* brasileira (do SNUC), tanto no âmbito normativo quanto no dogmático, para investigar a realidade de sua aplicabilidade no cenário hodierno, intentando vislumbrar se a essência do instituto compensatório permanece intacta ou tem sofrido desvios, articulando tais apreciações com as legislações portuguesas pertinentes.

CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO AO ESTUDO DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL E O PANORAMA REGULATÓRIO BRASILEIRO

1.1. Conceituação do instituto da compensação ambiental

As sociedades modernas são moldadas por novos tipos de riscos. E se os “riscos pressupõem decisões humanas”, invoca-se inevitavelmente a questão da responsabilidade social⁴. O meio ambiente é reconhecido como bem jurídico de maior vulnerabilidade aos hábitos da sociedade do risco, sendo imperiosa sua efetiva proteção.

A realidade hodierna, marcada pelos intensos impactos ambientais gerados pelas atividades humanas impulsionadas pelo desenvolvimento econômico, clama por soluções eficazes para a conservação ambiental, sendo mandatória a atuação do Direito do Ambiente na tutela jurídica dos recursos naturais.

A compensação ambiental surge como uma possível resposta à conciliação dos interesses econômicos de proteção ao ambiente, aliada à responsabilização por danos ambientais. Traçando um conceito não jurídico à palavra “compensação”, seu significado remete justamente à ideia de restabelecimento do equilíbrio entre partes que são ou se tornaram, por algum motivo, desiguais. O sentido semântico permite asseverar que o objetivo primordial de uma compensação é o alcance, ao final, de uma paridade, equivalência ou igualdade.

Para trazer tal noção ao Direito do Ambiente, é necessário ponderar a existência incessante de operações do empreendedorismo que assumem um caráter indispensável ao progresso e que, em sua essência, inevitavelmente causarão danos aos recursos naturais. Superada a possibilidade de prevenção, que, como já discorrido, seria a primeira lógica da tutela ambiental, parte-se para a restauração do ambiente degradado.

Ocorre que a natureza não responde, e nem poderia, de uma forma objetiva às tentativas restauradoras, uma vez que alcançar com precisão o estado do ambiente afetado anterior ao impacto é tarefa comprovadamente impossível. Considerando não só fato de que a noção técnica das exatas condições ambientais anteriores ao dano é relativamente limitada – seria necessário um complexo e rigoroso cadastro geral prévio aos impactos do

⁴ Traduções livres de conceitos traçados in BECK, Ulrich. *Living in the world risk society: A Hobhouse Memorial Public Lecture given on Wednesday 15 February 2006 at the London School of Economics*. *Economy and Society*, vol. 35, n. 3, pp. 329-345, 2006, p. 333.

estado de todas as áreas – mas também levando em conta uma série de fatores que ou influenciam a recuperação ambiental ou ocasionam uma mudança inevitável no sistema, como os biológicos, climáticos, químicos, etc., conclui-se pela impossibilidade de retorno ao *status quo ante*. Acrescenta-se ainda que qualquer ação humana no sentido de recuperação vai, da certa forma, alterar o ambiente em questão, significando invariavelmente um desequilíbrio (a exemplo de uma ação de remediação de área contaminada, na qual são utilizados produtos que, apesar de descontaminarem os recursos naturais afetados, causam um desequilíbrio por não serem natural daquele ambiente). A irreversibilidade dos impactos ambientais, que muitos juristas parecem não assimilar, é uma realidade constante⁵.

A inevitabilidade dos danos, porém, somada à impossibilidade técnica de se atingir o exato estado natural em que se encontrava determinado espaço ambiental alvo de prejuízos decorrentes de atividades econômicas, não pode dar causa à inércia do empreendedor, ou mesmo dos órgãos públicos, em buscar alternativas para a preservação da natureza. Caso contrário, qualquer situação de irreversibilidade de danos ambientais inerentes ao empreendedorismo constituiria um verdadeiro “alvará” para a degradação em massa e desregrada. Este raciocínio leva à noção análoga, ainda que simplista por ora, ao princípio da responsabilização ambiental⁶, sendo que aquele que provoca significativos impactos negativos à natureza deve assumir os custos das lesões e recompensar, de alguma forma, a natureza e consequentemente a sociedade⁷.

Neste complexo panorama, a compensação ambiental aparece como uma maneira inteligente de se alcançar a conservação da natureza como um todo, substitutiva à reparação *in natura*, funcionando como retribuição ao meio ambiente e à própria coletividade, detentora do direito fundamental ao equilíbrio ambiental, em razão dos futuros danos ambientais certos e irreversíveis. Como se percebe na literalidade de sua

⁵ Com o mesmo entendimento: “as intervenções humanas, que são cada vez mais maciças e mais concentradas no tempo, interrompem os ciclos naturais e, pelos seus efeitos cumulativos, aproximam-nos dos limiares da irreversibilidade”. OST, François. *A natureza à margem da lei – a ecologia à prova do Direito*. CHAVES, Joana (trad.). Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 109.

⁶ Sobre a responsabilidade ambiental, ver STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2. ed., rev., atual. e amp., 2011. Sobre o princípio da responsabilidade ambiental: LAVRATTI, Paula Cerski. *El derecho ambiental como instrumento de gestión Del riesgo tecnológico*. Tarragona: Publicacions URV, 2011, pp. 98-106; e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquematizado*. LENZA, Pedro (coord.). São Paulo: Saraiva, 2 ed., 2015, pp. 355 e ss.

⁷ V. item 2.1.2.2 e ss, Cap. II.

denominação, na compensação busca-se contrabalancear um dano com um benefício proporcional.

A ideia compensação de danos em matéria jurídico-ambiental logo leva à associação à ocorrência efetiva de uma lesão ambiental irrecuperável, na qual não será possível a reparação *in natura* nem o retorno ao estado natural do ambiente afetado⁸. Tal situação ensejará a reparação por equivalente, com a prestação de serviços ou oferecimento de bens objetivando beneficiar a área danificada, ou ainda reparação pecuniária subsidiária com valores destinados a fundos governamentais específicos de gestão de direitos difusos, o que constituiria a compensação de danos “clássica”.

A compensação ambiental, por sua vez, se difere desta, pois é exigida em momento anterior ao dano concreto, quando o empreendedor estiver na iminência de causar danos irremediáveis e inevitáveis. Da mesma forma, ambas procuram atenuar uma “perda ecossistêmica” importante com um benefício diverso, mas igualmente relevante. A diferenciação basicamente reside no fator temporal: uma é exigida quando o ambiente já foi lesionado e a outra é prévia à lesão, quando não for possível impedi-la⁹.

As modalidades de compensação são denominadas de *ex post* e *ex ante*, respectivamente. Na compensação *ex post* há um dano em concreto e efetivo, ocorrido em razão de um evento não desejado empreendedor, como resultado do desenvolvimento de sua atividade econômica¹⁰. Já na compensação *ex ante* o dano é previsível e decorre de uma ação intencional do operador, autorizada pelo Poder Público. Ainda não há a consumação do dano, mas o projeto de intervenção permite atestar sua inevitabilidade e estimar sua intensidade¹¹. Compensa-se um dano ainda não verificado, mas que presumivelmente ocorrerá, em razão da intromissão planejada¹².

⁸ Raciocínio construído por Erika Bechara na construção da natureza reparatória por danos ambientais futuros da compensação ambiental in BECHARA, Erika. *Uma contribuição ao aprimoramento do instituto da compensação ambiental previsto na Lei 9.985/2000*. São Paulo: PUC-SP, Dissertação de Doutorado, 2007, p. 226-228.

⁹ Termos de Erika Bechara in *idem*, p. 227.

¹⁰ GOMES, Carla Amado. *Introdução ao Direito do Ambiente*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2 ed., 2014, pp. 243.

¹¹ *Idem*, pp. 241-243. Necessário fazer uma prévia ressalva com relação à nomenclatura “compensação ambiental”, à qual Carla Amado Gomes atribui à “compensação próxima, traduzida em contrapartidas às comunidades que sofrem especialmente com a instalação de determinadas infraestruturas na sua circunscrição”, o que seria uma “compensação sócio-ambiental”, nos casos em que o dano não seria ecológico, mas “sanitariamente humano”, em razão do qual a compensação se fundamentaria no princípio da solidariedade intrageracional. Aos instrumentos de compensação *ex ante* (referenciados no Regime Jurídico da Conservação da Natureza e da Biodiversidade – RCNB e na Lei de Bases do Ambiente – LBA, ambos de Portugal, V. item 3.1, Cap. III) a autora atribui a terminologia de “compensação ecológica”, em função da

Ressalta-se que esta presunção de uma lesão ambiental é embasada tecnicamente, de acordo com os conhecimentos científicos disponíveis relatados em estudo técnico de impacto ambiental, que apontará as consequências negativas que invariavelmente ocorrerão ao ambiente em razão do emprego de determinada atividade empreendedora.

Nesta linha de raciocínio pode-se fazer um questionamento no sentido de que se há a previsão das possíveis lesões antes da ocorrência em concreto, por qual motivo elas não são evitadas ou não há o impedimento da implantação deste empreendimento comprovadamente poluidor? À esta indagação, a doutora Erika Bechara responde consistentemente que nem mesmo o uso da melhor tecnologia ou a adoção de todas as medidas compensatórias possíveis poderá evitar a geração de impactos ambientais negativos, que serão suportados em virtude dos benefícios que o empreendimento em questão proporcionará à coletividade. Importante ressaltar que a condição em que se tolera a ocorrência futura de uma lesão ambiental não se traduz em uma “venda do direito de poluir” que é inexistente no ordenamento jurídico. Mesmo após proceder à compensação, o empreendedor deverá zelar para que não ocorram danos além dos previamente detectados e devidamente compensados – aceitos pelo órgão competente em razão da impossibilidade de evitá-los – caso contrário, responderá pelas novas lesões imprevistas – estão não compensadas – sem que haja *bis in idem*¹³. Desconstitui-se, dessa forma, qualquer caracterização de comercialização de um “direito de poluição”.

É este cenário, que deve ser pautado pela coerência e responsabilidade dos empreendedores e dos órgãos licenciadores, que abriga a possibilidade da compensação ambiental figurar como meio de garantir a reparação necessária dos danos que eventualmente serão ocasionados por determinada atividade econômica. Busca-se o equilíbrio necessário à sociedade moderna, compatibilizando desenvolvimento e conservação do meio ambiente, uma vez que os recursos naturais servem tanto à função ambiental quanto à necessária exploração econômica¹⁴.

conceituação do dano ecológico que se será compensado, como se vê *in idem*, pp. 246 e ss. O mesmo termo é utilizado *in* STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 225 e ss. Em que pese às pertinentes colocações, neste trabalho, meramente em razão de conveniência, adota-se a nomenclatura utilizada tanto pelas legislações portuguesas, quanto pela Lei do SNUC no Brasil: “compensação ambiental”.

¹² GOMES, Carla Amado; *et. al.* *A biodiversidade...*, *op. cit.*, p. 38.

¹³ BECHARA, Erika. *Uma contribuição...*, *op. cit.*, p. 241.

¹⁴ *Idem*, p. 228.

Paulo Affonso Machado e elucida que o mecanismo compensatório tem “fundamento ético na consciência ecológica” de que se pretende ou já se está executando algo indevido, prejudicial ao meio ambiente, e por isso providencia-se uma troca, um investimento em prol da natureza para compensar a devastação, desmatamento, poluição ou destruição ocasionada por sua atividade, como uma espécie de transação ¹⁵.

Em outras palavras, como coloca Erika Bechara, o sentido jurídico do mecanismo da compensação ambiental tem por desígnio abrandar as consequências de um prejuízo causado à natureza, por meio de uma benfeitoria ambiental que possa ser, em termos valorativos, significativamente muito próxima ao bem prejudicado ¹⁶.

O autor português Luís Batista sintetiza conceitualmente compensação ambiental como uma forma de tutela ressarcitória por equivalente, específica e não-pecuniária, que ocorre por meio do fornecimento de prestações substitutivas do bem lesionado por outro apto a garantir funções correspondentes ¹⁷.

A jurista Heline Silvini Ferreira acrescenta que a compensação ambiental se distingue da recuperação por consistir na substituição do bem afetado por outro, com uma equivalência funcional, “de forma que o patrimônio natural permaneça, no seu todo, qualitativa e quantitativamente inalterado” ¹⁸.

Conceitualmente, portanto, a compensação ambiental cria a possibilidade para que o empreendedorismo contrapese ação danosa futura e certa, cientificamente comprovada, ao bem jurídico do ambiente, despendendo recursos em favor daquele mesmo bem jurídico impactado e amenizando os efeitos ambientais negativos proporcionados por meio de um equilíbrio de atitudes: se de um lado poluo, de outro patrocino financeiramente uma melhoria ambiental em igual proporção. Ainda no plano conceitual, pode-se considerar a compensação ambiental como uma forma de restrição ao direito de propriedade ¹⁹, levando em conta tanto a preocupação dos dispositivos civilistas com

¹⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 24. ed., rev., amp. e atual., 2016, pp. 87-88.

¹⁶ BECHARA, Erika. *Uma contribuição...*, *op. cit.*, p. 159.

¹⁷ BATISTA, Luís Carlos Lopes. *A compensação ambiental ex ante como forma alternativa de tutela da biodiversidade*. Lisboa: Universidade de Lisboa. Dissertação de Mestrado, 2013, p. 34.

¹⁸ FERREIRA, Heline Silvini. *Compensação ecológica: um dos modos de reparação do dano ambiental*. In Leite, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (org.). *Aspectos processuais do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 3 ed., pp. 56-72, 2010, p. 61,

¹⁹ Com a mesma percepção GOMES, Carla Amado; *et. al.* *A biodiversidade...*, *op. cit.*, p. 40.

determinações neste sentido com fins de preservação ambiental ²⁰ quanto a classificação da reparação do dano ecológico como uma obrigação civil *propter rem* ²¹, intrínseca ao direito real do proprietário sobre a área afetada.

No Direito do Ambiente brasileiro, há medidas de compensação espalhadas em diversos textos normativos. É possível encontrar no Código Florestal, por exemplo, a elevação da compensação florestal como requisito essencial do requerimento de autorização para supressão de vegetação para uso alternativo do solo, sendo que, se a vegetação alvo de supressão abrigar espécie da flora ou da fauna ameaçada de extinção, tal autorização dependerá da adoção das medidas compensatórias que assegurem a preservação da espécie ²². Também no Código Florestal são disciplinadas detalhadamente as possibilidades, o regramento, o modo de execução, a definição de área e as limitações da compensação de Reserva Legal ²³.

No mesmo diploma, a compensação é colocada como linha de ação do programa de apoio e incentivo à conservação do meio ambiente a ser instituído pelo Poder Executivo federal, por meio de medidas de conservação ambiental necessárias para o cumprimento dos objetivos do próprio Código Florestal ²⁴.

Também nesta linha, a Lei da Mata Atlântica determina o condicionamento à compensação ambiental do corte ou supressão de vegetação primária ou secundária nos estágios médio ou avançado de regeneração do Bioma Mata Atlântica, nos casos autorizados pela Lei ²⁵. É interessante observar que a compensação ali exigida é muito específica e busca um significativo grau de reciprocidade, uma vez que impõe que a medida compensatória deverá ocorrer “na forma da destinação de área equivalente à extensão da área desmatada, com as mesmas características ecológicas, na mesma bacia hidrográfica, sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica”, e em situações específicas previstas, em áreas localizadas no mesmo Município ou região metropolitana.

²⁰ A título exemplificativo podem ser citados os arts. 1.228, § 1º: “O direito de propriedade deve ser exercido (...) de modo que sejam preservados (...) a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico (...) bem como evitada a poluição do ar e das águas” e 1.309: “São proibidas construções capazes de poluir, ou inutilizar, para uso ordinário, a água do poço, ou nascente alheia, a elas preexistentes”, ambos do Código Civil brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

²¹ Para mais detalhes ver BUSNELLO, Saul José. *Reparação do dano ambiental como obrigação propter rem*. Disp.: <http://www.oab-sc.org.br/artigos/repacao-do-dano-ambiental-como-obrigacao-propter-rem/1538>. Ace.: 12/10/15.

²² Art. 26, §4º, II c/c art. 27, da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012.

²³ Art. 66, III, e §§ 5º ao 8º, da Lei nº 12.651/2012.

²⁴ Art. 41, II, da Lei nº 12.651/2012.

²⁵ Art. 17 c/c 30 e 31, e arts. 32, II e 35 da Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006.

A compensação também se faz presente no Estatuto da Cidade ²⁶, que estabelece a obrigatoriedade de plano diretor para cidades no alcance de atividades econômicas suscetíveis de causar significativos impactos ambientais, caso em que o custeio da elaboração do referido plano constituirá uma das medidas compensatórias a serem determinadas ²⁷.

Desta feita, o princípio da compensação em detrimento de degradação integra diversas normas no ordenamento jurídico brasileiro ²⁸. A mais expressiva destas previsões de medidas de compensação certamente ocorre na Lei do SNUC ²⁹. Ao contrário do que ocorre com as medidas compensatórias das legislações esparsas, como as exemplificadas, a compensação ambiental do SNUC não se restringe a situações específicas, à localidade, ao tipo de vegetação, às características da atividade poluidora ou à forma de degradação. Trata-se de modo mais abrangente de compensação ambiental no Brasil, aplicável aos empreendimentos em geral cujas operações estejam suscetíveis de causar lesões ao ambiente.

Com este conjunto, não esgotado, tem-se a compreensão da compensação ambiental *lato sensu*, conceito amplo que engloba todas as medidas de restabelecimento do equilíbrio ambiental, com o investimento em benefícios e melhorias ao meio ambiente valorativamente equivalentes à lesão proporcionada. O foco das abordagens que se seguem, contudo, se valerá de um conceito de compensação ambiental *stricto sensu*, correspondente ao instrumento disciplinado na Lei do SNUC e nas normativas regulamentadoras respectivas ³⁰, considerando a abrangência de seus dispositivos e sua

²⁶ Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.

²⁷ Art. 41, da Lei nº 10.257/2001: “O plano diretor é obrigatório para cidades: (...) V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

§ 1º No caso da realização de empreendimentos ou atividades enquadrados no inciso V do caput, os recursos técnicos e financeiros para a elaboração do plano diretor estarão inseridos entre as medidas de compensação adotadas.”

²⁸ É necessário advertir que nem todas as maneiras de medidas compensatórias constituem propriamente compensação ambiental. O consultor legislativo do Senado Federal Ivan D. Faria cita dois exemplos que podem confundir: “as expressões ‘Royalties’ e ‘Compensação Financeira’, apesar de não se relacionarem com a ocorrência de dano ao meio ambiente, também constituem matéria favorável a equívocos muito comuns, mesmo entre técnicos, gerentes e pesquisadores que trabalham com questões socioambientais”, *in* FARIA, Ivan Dutra. *Compensação ambiental: os fundamentos e as normas, a gestão e os conflitos*. Senado Federal, Consultoria Legislativa, Centro de Altos Estudos, 2008, p. 9.

²⁹ Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da CRFB e institui o SNUC.

³⁰ V. item 1.4.

expressão e importância nos licenciamentos ambientais e na disciplina jurídico-ambiental hodierna, sem desconsiderar as diferentes medidas compensatórias restantes³¹.

Na Lei do SNUC está prevista a compensação ambiental de forma antecipada, na qual há a obrigação do empreendedor, quando do licenciamento de um empreendimento causador de significativo impacto ambiental negativo, em apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação. Seu regramento engloba o valor dos recursos a serem destinados para a finalidade da compensação ambiental, as responsabilidades do órgão ambiental licenciante e o procedimento quando houver afetação de unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento³².

Doutrinariamente, considera-se ainda que esta seja a compensação para as situações de danos ambientais irreversíveis, ou seja, nos casos em que não é possível a reparação *in natura*³³, embora tal conclusão não esteja expressamente prevista na Lei do SNUC.

A importância do instrumento alocado na Lei do SNUC reside na exigência da medida compensatória aos empreendimentos de significativo impacto ambiental, sem tecer maiores especificações quanto ao empreendimento ou quanto à degradação em si. Destarte, levando em conta o volume das atividades empreendedoras causadoras de efeitos ambientais negativos e a necessidade de seus licenciamentos, a compensação ambiental do SNUC tende a se tornar cada vez mais corriqueira na regulamentação do desenvolvimento econômico e social, constituindo, em tese, “um mecanismo eficaz de controle e proteção do meio ambiente”, com captação de recursos destinados ao financiamento para a criação e manutenção de unidades de conservação³⁴, mas que merece total atenção estatal e legislativa.

³¹ Neste sentido, Priscila Santos Artigas afirma que embora existam diversas outras medidas compensatórias positivadas ou não no ordenamento jurídico brasileiro, “todas têm se voltado para a compensação ambiental da Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação”, o que pode ser justificado pelo fato de incidir em “empreendimentos de vulto, impondo valores nada módicos” in ARTIGAS, Priscila Santos. *Contribuição ao estudo das medidas compensatórias em direito ambiental*. São Paulo: Universidade de São Paulo. Dissertação de Doutorado, 2011, p. 27.

³² Art. 36, *caput* e §§ 1º a 3º, da Lei do SNUC.

³³ BECHARA, Erika. *A Compensação Ambiental para a implantação de empreendimentos sujeitos ao EPIA/RIMA e para empreendimentos dispensados do EPIA/RIMA*. Disp.: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_2013_1101100137_8512.pdf. Ace.: 20/01/16, p. 3.

³⁴ Expressões na obra ACHKAR, Azor El. *A compensação ambiental da lei nº 9.985/00: Fundamentos e Natureza Jurídica*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, Dissertação de Mestrado, 2008, p. 69.

1.2. Breves pontuações sobre danos ambientais e compensação ambiental

Em se tratando de compensação de um dano ambiental, necessário se faz delimitar algumas noções a ele inerentes. Brevemente, cabe pontuar que a compensação *ex ante* é solução invocada para ocasiões em que o dano é certo e efetivo, não constituindo somente desgastes ou incômodos – classificados como meros impactos – sem uma significância degradante no bem ambiental afetado.

Evidente que quaisquer formas de interação humana com o ambiente, mesmo as mais simplórias e aparentemente inofensivas como arrancar uma folha de árvore, são suscetíveis de desgastá-lo³⁵. Porém, somente com a caracterização de uma lesão real com prejuízo ambiental se ensejará a obrigação de reparar com base em responsabilidade civil.

Dizer que o dano ambiental é certo implica afirmar que não há dúvidas sobre sua existência³⁶. Mas, para que seja reparado, não basta que o dano seja certo, devendo apresentar uma relevância com o fim de reparação. Não seria realista afirmar, conforme ensina a doutora Lucía G. Catalá, que qualquer alteração do meio ambiente constitui dano ambiental reparável, da mesma forma que não é razoável, juridicamente, reservar a responsabilidade por danos ao ambiente somente a atentados espetaculares de grande magnitude³⁷, uma vez que constituem dano tanto a poluição pontual como a degradação ambiental completa.

Deve-se pautar pela consequência da ação, se resulta em alteração negativa significativa do bem ambiental ou se não provoca alterações sensíveis, de modo a comprometer a conservação do bem natural.

Conforme o conceito traçado, consiste a compensação ambiental numa forma de tutela ressarcitória por equivalente. Assim, os efeitos negativos objeto de compensação *ex ante* serão somente os que se traduzirem em verdadeira agressão aos bens ambientais e suas relações recíprocas, os que representam prejuízo real ao equilíbrio ecológico, os que lesionam concretamente ou comprometem a capacidade de regeneração dos recursos naturais ou os serviços ecossistêmicos³⁸.

³⁵ Lição e exemplo *in* BATISTA, Luís Carlos Lopes. *A compensação...*, *op. cit.*, pp. 37-38.

³⁶ Tradução livre do exposto *in* CATALÁ, Lucía Gomis. *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*. Alicante: Universidad de Alicante. Dissertação de Doutorado, 1996.p. 107.

³⁷ *Idem*, pp. 110 e ss.

³⁸ BATISTA, Luís Carlos Lopes. *A compensação...*, *op. cit.*, pp. 34-35 e 214-215.

É o que determina a Lei do SNUC, ao prever que estão sujeitos à obrigação de compensação ambiental os empreendimentos de significativos impactos ambientais (art. 36). No âmbito normativo brasileiro a Lei da Política Nacional do Meio Ambiental – PNMA³⁹ conceitua a degradação da qualidade ambiental como a alteração adversa das características do meio ambiente e a poluição como degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que prejudiquem, de forma direta ou indireta, elementos como a saúde e a segurança da população, a biota, as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente, etc.⁴⁰.

Verifica-se, desde logo, que as leis pecam por não definir “impactos”, que doutrinariamente considera-se que podem englobar inclusive modificações benéficas, e não só as adversas, ao meio ambiente⁴¹, e que possuem dimensões ínfimas em comparação ao dano em concreto. Denota-se também uma falta de precisão textual quanto ao dano ambiental, levantando-se a questão de qual seria a intensidade dos eventos descritos capaz de acarretar a obrigação de reparação⁴².

Embora o estudo do dano e do impacto ambiental envolva detalhes que merecem aprofundamento cujo escopo da presente pesquisa não suporta, deve-se concluir, quanto ao questionamento levantado, pela lição de José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala, na qual o dano ambiental, na legislação brasileira, é constituído por toda lesão intolerável ao ambiente, ocasionada por qualquer ação humana, sendo esta culposa ou não. Tal lesão pode ser direta, afetando o “macrobem” ambiental de interesse difuso, e também indireta, prejudicando terceiros, considerando interesses próprios e individualizáveis e que refletem no ambiente macro⁴³.

Neste sentido, para efeitos de compensação ambiental consideram-se os “significativos impactos” previstos no art. 36, da Lei do SNUC como sendo negativos e

³⁹ Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981 - Dispõe sobre a PNMA, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

⁴⁰ Art. 3º, II e III, da Lei da PNMA. A Resolução CONAMA nº 01/86, em seu art. 1º, traz conceitos semelhantes.

⁴¹ MACIEL, Marcela Albuquerque. *Compensação ambiental: instrumento para a implementação do sistema nacional de unidades de conservação*. Brasília: Centro Universitário de Brasília UniCEUB, Dissertação de Mestrado, 2015, 42.

⁴² LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: Do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6 ed. atual. e amp., 2014, pp. 105-106.

⁴³ *Idem*, pp. 107-108. Para um maior aprofundamento na diferenciação das diversas dimensões do dano ambiental, ver, além da obra citada, BAHIA, Carolina Medeiros. *Nexo de causalidade em face do risco e do dano ao meio ambiente: elementos para um novo tratamento da causalidade no sistema brasileiro de responsabilidade civil ambiental*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, Dissertação de Doutorado, 2012, pp. 168 e ss.

constituindo danos ambientais na perspectiva apresentada. Ressalta-se, por fim, que se trata de danos futuros e certos, que ocorrerão inevitavelmente com determinada atividade empreendedora, sendo este grau de certeza comprovado cientificamente por estudos técnicos ⁴⁴.

1.3. O surgimento da compensação ambiental do SNUC no Brasil

Para a análise da compensação ambiental no cenário atual no Brasil e dos eventuais reflexos das normas vigentes na aplicação do instituto é essencial compreender seu surgimento no ordenamento jurídico brasileiro ⁴⁵. É possível traçar o processo histórico pelo qual passou o instituto em tela, desde as primeiras noções e possibilidades de compensação normatizadas que culminaram no panorama regulatório presente.

Com uma breve e sinótica abordagem, são identificados três momentos na evolução histórica da proteção jurídica do ambiente no Brasil ⁴⁶, não propriamente delimitados e apartados, mas identificáveis quanto à forma de entender e tratar a degradação ambiental. No período colonial, imperial e no início do republicano a questão ambiental era inexistente juridicamente, de forma que prevalecia exploração completamente desordenada e sem limites.

Enquanto no Direito Internacional já se iniciava um processo de assimilação da percepção de se compatibilizar os interesses do Estado e a proteção ao meio ambiente, compensando-se as intervenções a ele, como na Convenção de Ramsar de 1971 ⁴⁷, o Brasil vivia um momento jurídico de omissão legislativa e utilização desregrada de recursos

⁴⁴ V. item 2.1.2.4, Cap. II.

⁴⁵ No Direito Internacional, a origem de medidas compensatórias ao ambiente é atribuída à Convenção de Ramsar (*Convention on Wetlands of International Importance, especially as Waterfowl Habitat*), assinada no Irã em 1971, como ensinado in GOMES, Carla Amado; *et. al. A biodiversidade...*, *op. cit.*, p. 41. Para mais detalhes, consultar SECRETARIADO DA CONVENÇÃO DE RAMSAR. *The Ramsar Convention Manual - A Guide to the Convention on Wetlands (Ramsar, Iran, 1971)*. Ramsar Convention Secretariat, 6 ed., 2013. Disp.: <http://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/manual6-2013-e.pdf>. Ace.: 09/06/16.

⁴⁶ Classificação baseada nos ensinamentos do jurista, hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, Herman Benjamin in BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro*. Brasília: Revista de Direito Ambiental - BDJur, v. 4, n. 14, pp. 48-82, 1999, pp. 50-52.

⁴⁷ Ratificado pelo Brasil somente em 1996, como o Decreto nº 1.905, de 16 de maio de 1996. Mais comentários à Convenção de Ramsar serão tecidos início do Cap. III. Sobre a história e o desenvolvimento da Convenção, ver MATTHEWS, Geoffrey V. T. *The Ramsar Convention on Wetlands: its History and Development*. Gland: Ramsar Convention Bureau, re-issue of the 1993 edition, 2013.

naturais, mais fortemente caracterizada pela devastação da Floresta Amazônica e pelo desmatamento da Mata Atlântica ⁴⁸.

A partir da década de 60, surgem legislações com algumas imposições no controle às atividades exploratórias, identificando-se no legislador uma preocupação com “categorias de recursos naturais, mas não ainda com o meio ambiente em si mesmo considerado”, o que seria o segundo momento histórico da proteção ambiental: a “fase fragmentária” ⁴⁹.

Finalmente, no momento atual, há uma reorientação radical na questão ecológica, sendo que o ambiente passa a ter proteção de maneira integral, ou seja, passa a ser tutelado legalmente como um sistema integrado, iniciando-se a “fase holística” da evolução na tutela jurídico-ambiental ⁵⁰. Paulatinamente, crescia a perspectiva da necessidade de se proteger os espaços ambientais mais vulneráveis e, ao mesmo tempo, encontrar uma maneira de conciliar a essencial proteção ao meio ambiente às inevitáveis investidas do desenvolvimento econômico do país, à época inegavelmente colocado como um país emergente.

O cenário proporcionou o primeiro planejamento do sistema de unidades de conservação para o país. O antigo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal – IBDF, apoiado pela organização não-governamental da Fundação Brasileira para a Conservação da Natureza – FBCN, criou o Plano do Sistema de Unidades de Conservação do Brasil, aprovado pelo governo oficialmente no ano de 1979. Naquele período, este país de dimensões continentais possuía apenas oito Reservas Biológicas e dezoito Parques Nacionais, destes somente um na grande Amazônia ⁵¹. O plano estabelecia objetivos nacionais para as unidades de conservação e propunha a definição de outras categorias de manejo, não previstas nas legislações então em vigor ⁵².

⁴⁸ A vulnerabilidade de alguns dos principais alvos do desmatamento no Brasil fica evidente posteriormente, com a Constituição Brasileira de 1988, que impõe a proteção específica destes biomas, conforme as disposições do art. 225, §4º, CRFB.

⁴⁹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Introdução...*, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Dados do estudo de uma ecologista Maria T. J. Pádua in PÁDUA, Maria Tereza Jorge. *Do Sistema Nacional de Unidades de Conservação*. In ARAÚJO, Fábio França Silva; *et. al.* (org.). *Dez anos do Sistema Nacional de Unidades de Conservação: lições do passado, realizações presentes e perspectivas para o futuro*. Brasília: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ministério do Meio Ambiente, pp. 21-36, 2011, p. 23.

⁵² A exemplo do antigo Código Florestal - Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965 (revogada pela Lei nº 12.651/2012), e da Lei de Proteção à Fauna - Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967.

A realidade das atividades econômicas que impreterivelmente causam danos aos recursos naturais, assumindo-se o caráter indispensável daquelas à economia, não poderia mais ser ignorada. Assim, mesmo que timidamente e ainda sem regramento específico positivado, aos poucos vai ganhando força a idéia de que aquele que provoca impactos negativos à natureza deve recompensá-la de alguma maneira, como uma retribuição à sociedade em razão dos danos ambientais ocasionados.

Neste panorama surgem então alguns diplomas legais precursores com previsões que sinalizavam a exigência de reparação e pagamento de valor pecuniário em razão de malefícios ao meio ambiente, ante a instalação de empreendimentos provocadores de significativos impactos ambientais negativos. As normas brasileiras pioneiras quanto às noções de compensação ambiental apareceram na década de 80.

Cabe citar primeiramente a Lei da PNMA, publicada em 1981, considerada como um dos maiores avanços na legislação ambiental por ser inovadora em diversos aspectos e que “elevou o Brasil ao patamar das nações internacionais” com novo tratamento normativo das questões ambientais⁵³. É com este diploma legal que se inicia a fase holística, ou o terceiro momento da evolução legislativo-ambiental brasileira da classificação de Antonio Herman de V. e Benjamin.

Identifica-se que a PMNA já estabelecia objetivos próximos de uma noção análoga à compensação ambiental, como os de obrigação de reparação ou indenização pelo poluidor em razão dos danos ocasionados, bem como a contribuição pelo usuário em função da utilização dos recursos naturais com finalidade econômica⁵⁴.

Muito embora estejam ausentes determinações específicas sobre a forma como ocorreria tal imposição, tanto ao poluidor quanto ao usuário, a previsão na PMNA constituiu-se como a “condição legal necessária”⁵⁵ para a possibilidade de instituição da cobrança em detrimento de danos ou utilizações ambientais. Os objetivos traçados na PNMA, somados à estruturação do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA⁵⁶, culminaram na edição da norma que foi o embrião da compensação ambiental brasileira

⁵³ ACHKAR, Azor El. *A compensação...*, *op. cit.*, p. 66.

⁵⁴ Art. 4º, VII, da Lei da PNMA.

⁵⁵ ACHKAR, Azor El. *A compensação...*, *op. cit.*, p. 66.

⁵⁶ Art. 6º, da Lei da PNMA.

vigente⁵⁷. Trata-se da Resolução nº 10/87 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA⁵⁸.

A norma, já revogada, sintetizava em poucos artigos a idéia base para o que conhecemos hoje como compensação ambiental no Brasil, pois estabelecia e regulamentava a implantação de uma estação ecológica a ser custeada por empreendedores, “para fazer face à reparação dos danos ambientais causados pela destruição de florestas e outros ecossistemas”⁵⁹, o que era colocado como um dos pré-requisitos para o licenciamento ambiental de obras de grande porte.

É interessante ressaltar que esta Resolução foi emitida sem que houvesse qualquer legislação que desse suporte direto a tal iniciativa. Como já observado, na Lei da PMNA inexistem disposições atinentes ao modo em que se dariam as imposições dos objetivos lá traçados. A edição da Resolução CONAMA nº 10/87 soava, portanto, como um apelo ao poder legislativo, demonstrando a preocupação do Conselho com as delicadas situações em que o desenvolvimento econômico vai de encontro ao objetivo essencial do meio ambiente equilibrado, casos nos quais evitar a mínima degradação é comprovadamente inviável, sendo forçosa nova alternativa.

Do antigo e já revogado texto, destacam-se alguns requisitos: o piso de 0,5% (meio por cento) dos custos previstos para a implantação do empreendimento como parâmetro valorativo de recursos do empreendedor destinados ao custeio da implantação da estação ecológica, com a ponderação do princípio da proporcionalidade⁶⁰ ao dano ambiental a ressarcir (tudo isso no art. 2º); e a apresentação do Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente para elaboração de proposta ou projeto com a indicação de possíveis alternativas para o atendimento da norma (art. 4º).

⁵⁷ Ivan D. Faria, em aprofundados estudos legislativos, associa a origem histórica da compensação ambiental principalmente aos grandes projetos do setor elétrico brasileiro, em especial àqueles situados na Amazônia, casos em que era necessária a inundação da vegetação existente em área que seria destinada à formação do reservatório para usinas elétricas: “Diante desse quadro, a criação de uma área de proteção destinada, ao menos, a servir de testemunho das características do ambiente original foi defendida por renomados cientistas, dando origem ao mecanismo da Compensação Ambiental”. O consultor ainda atribui, “por uma questão de rigor histórico” a origem do mecanismo às idéias do Prof. Dr. Paulo Nogueira Neto enquanto secretário especial do Meio Ambiente, de 1973 a 1985, *in* FARIA, Ivan Dutra. *Compensação...*, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁸ Órgão consultivo e deliberativo do SISNAMA, nos termos do Art. 6º, II, da Lei da PNMA.

⁵⁹ Art. 1º da Resolução CONAMA nº 010/87.

⁶⁰ Sobre o princípio da proporcionalidade no Direito do Ambiente, ver CUIABANO, Renata Maciel. *O princípio da proporcionalidade no Direito Ambiental: breves exemplos de implementação no Direito Brasileiro*. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR, vol. 36, 2001.

Seriam estes os requisitos embrionários da compensação ambiental na estrutura legal em vigor, relacionados na primeira norma que apresentava um esboço do que viria à frente. Também foi estabelecida na Resolução CONAMA nº 10/87 a possibilidade de manutenção das estações ecológicas diretamente pelo empreendedor ou em convênio com o poder público, bem como o dever de fiscalização pela entidade governamental licenciadora.

A fase incipiente da evolução da compensação ambiental no ordenamento jurídico brasileiro tem sequência com a publicação do Decreto Federal nº 95.733 de 12 de fevereiro de 1988. O diploma, também muito brevemente, determina a inclusão no orçamento dos projetos e obras federais recursos destinados à prevenção ou correção dos prejuízos ambientais, sociais ou até culturais que ocorrerem em razão de sua execução. A medida proposta legalmente é bem interessante e, ainda que não haja comprovação dos efeitos e resultados práticos em prol do meio ambiente, se mostra extremamente ousada, correspondendo diretamente aos objetivos já referenciados da PNMA ⁶¹.

O Decreto mencionado, ressaltando-se desde logo que sua aplicação é voltada unicamente aos projetos e obras de médio e grande porte executados total ou parcialmente com recursos federais, dilatou para 1% (um por cento) o valor mínimo a ser destinado para a correção do impacto ambiental ⁶², aumentando em 0,5% (meio por cento) em comparação ao piso estabelecido na mencionada Resolução CONAMA nº 10/87. Apesar do aumento do valor mínimo, este documento legal não necessariamente significa um avanço, considerando que nele não se menciona a questão da proporcionalidade ao dano ocasionado e nem a avaliação técnica por estudos ambientais.

Poucos meses depois a proteção legal do meio ambiente alcança seu nível máximo no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB, que reserva um capítulo inteiro para a tutela específica do meio ambiente. Em seu artigo 225, complexo e de “feição revolucionária” ⁶³, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é elevado como bem de uso comum do povo, sendo-lhe constituído o caráter de essencialidade para o direito à qualidade de vida ⁶⁴.

⁶¹ ACHKAR, Azor El. *A compensação...*, *op. cit.*, p. 67.

⁶² Conforme art. 1º, Decreto Federal nº 95.733/1988.

⁶³ BENJAMIN, Antônio Herman V. *Introdução...*, *op. cit.*, p. 54.

⁶⁴ Recomenda-se a obra PORTUGAL, Evandro; KLOCK, Andrea Bulgakov. *Princípio constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e garantido*. In FINKELSTEIN, Claudio; *et. al. Direito ambiental no Século XXI: Efetividade e Desafios*. Rio de Janeiro: Clássica, pp. 70-82, 2012.

O processo de constitucionalização de direitos relacionados ao ambiente foi impulsionado pela saída da experiência ditatorial no Brasil e adoção de um sistema democrático e constitucional. Assim, o Brasil se valeu de um movimento percebido internacionalmente, no qual, apesar de existirem dificuldades significativas na progressiva construção na dogmática jurídico-política, o direito a um meio ambiente são e adequado foi se consolidando como um direito reconhecido tanto no Direito Internacional público como no Direito Constitucional Interno ⁶⁵.

Dessa forma, o texto constitucional brasileiro faz o importantíssimo reconhecimento do ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, ajustando-se à realidade dos “novos enfrentamentos históricos de natureza existencial” surgidos em razão da crise ecológica e em complementação aos direitos já amplamente consagrados, como os direitos civis, políticos e socioculturais. E mais, considerando a “insuficiência” dos direitos de liberdade e até mesmo dos direitos sociais, o reconhecimento constitucional de um direito fundamental à proteção ambiental assume o “aspecto central da agenda político-jurídica contemporânea” ⁶⁶.

Nesta perspectiva, é inegável que a vida humana depende diretamente do ambiente, este a representar o conjunto de fatores naturais que possibilitam a existência do homem. Considerando a extrema fragilidade destes fatores frente às atividades humanas poluidoras, tal condição existencial é a justificativa para a inclusão do equilíbrio ambiental no rol dos direitos fundamentais, que, em sua “significação axiológica objetiva”, representam o resultado do acordo básico das diferentes forças sociais, logrado a partir de relações de tensão e dos consequentes esforços de cooperação ⁶⁷.

⁶⁵ Traduções livres do exposto in VERNET, Jaume; JARIA, Jordi. *El derecho a un medio ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional*. In *Teoría y Realidad Constitucional*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, n. 20, 2º semestre, pp. 513-533, 2007, pp. 528 e 532.

⁶⁶ Termos da abordagem do “Direito fundamental a viver em um ambiente equilibrado, saudável e seguro”, in SARLET, Ingo Wolfgang; e Fensterseifer, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4. ed., 2014, pp. 46-47.

⁶⁷ Tradução livre de ensinamentos de Perez Luño, que ainda leciona que os direitos fundamentais desempenham uma função dupla, na qual, além do plano objetivo, atuam como garantias das liberdades individuais, determinando o estatuto jurídico dos cidadãos em suas relações entre si e com o Estado na dimensão subjetiva, in PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos - Temas clave de la Constitución Española, 5. ed., 1993, pp. 19-29. Mais sobre sistema constitucional dos direitos fundamentais in PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones Del sistema constitucional*. In *Teoría y Realidad Constitucional*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, n. 20, 2º semestre, pp. 495-511, 2007, pp. 496 e ss.

Infere-se ainda do art. 225 da Carta Magna que o ambiente é colocado como um fim estatal. De maneira próxima à Constituição da República Portuguesa – CRP⁶⁸, considera-se essencial o direito ao ambiente sadio e, simultaneamente, tarefa do Estado a preservação do meio ambiente. São distribuídas as incumbências do Poder Público no tocante à garantia da efetividade deste direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, que é subjetivo e também bem constitucional⁶⁹.

Além de garantir ao meio ambiente uma tutela constitucional a inscrição é de suma importância para a formação da base legal da compensação ambiental. Primeiramente positivou-se a obrigação de recuperação do meio ambiente degradado por aquele que o explorar. E em segundo lugar, pelas disposições estabelecidas, as pessoas, físicas ou jurídicas, que agirem de forma lesiva ao meio ambiente estarão sujeitas às sanções penais e administrativas, punições que não prejudicam a obrigação de reparar os danos ocasionados⁷⁰.

Desse modo, o texto constitucional revelou a imposição ao Estado, em conjunto com a coletividade como um todo, de preservação e defesa de um dos mais importantes bens jurídicos: o meio ambiente. Os dispositivos trazem com seriedade as proteções ambientais pertinentes, bem como a necessidade de punição dos responsáveis pelas lesões no espaço ambiental associada à obrigação de recuperação do ambiente degradado, ponto crucial que constitui o suporte constitucional à estruturação da compensação ambiental.

Tais conceitos de obrigação e responsabilidade ambiental foram fortalecidos na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento no Rio de Janeiro (1992)⁷¹, que elevou a promoção da internacionalização dos custos ambientais, incumbindo ao poluidor os custos com a poluição⁷².

⁶⁸ A CRP (Decreto de 10 de Abril de 1976) é, inclusive, apontada como influência da Constituição brasileira, como se vê nas pertinentes comparações e análises in GOMES, Carla Amado. *O direito ao ambiente no Brasil: um olhar português*. Disp.: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=223. Ace.: 16/08/15, pp. 4 e ss.

⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4. ed., rev. atual. e amp., 2013, p. 906.

⁷⁰ Os mencionados dispositivos referentes à imposição constitucional de reparação de danos ambientais, pertinentes no que se refere à compensação ambiental são os que se encontram as seguir transcritos, do Art. 225, CRFB: “§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

⁷¹ A Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na Cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992,

As determinações constitucionais somadas à Declaração do Rio 92 fundamentaram a cobrança em detrimento do prejuízo e do uso dos recursos naturais, ficando assim estabelecida e efetivada a obrigatoriedade de recuperação do meio ambiente pelo empreendedor poluidor, independentemente de eventual punição pelas condutas lesivas ao ambiente.

A evolução da proteção jurídica ao meio ambiente levou o CONAMA a revogar sua primeira normativa relacionada às medidas compensatórias, qual seja a Resolução nº 10/87. Em seu lugar, foi editada Resolução CONAMA nº 02/96, norma que, anos mais tarde também seria substituída.

A finalidade essencial do instituto, ainda não designado propriamente como compensação ambiental, permanecia a de determinar que o empreendedor que causasse significativos impactos ao meio ambiente custeasse medida compensatória, garantindo-se assim a preservação ambiental, ainda que fosse de outra área. Também foi mantido o piso percentual dos custos de cada empreendimento para valoração do montante a ser arcado pelo empreendedor como requisito de licenciamento.

Algumas diferenças, porém, merecem respaldo, como a complementação do estudo a ser apresentado ao órgão responsável pelo licenciamento, que passou a ser o Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA. Mas as grandes inovações (não necessariamente positivas) consistiam na ampliação da abrangência nas possibilidades de destinação da medida compensatória. A obrigação originada como meio de compensação a danos ambientais causados pelos empreendimentos licenciados passa a ser a de implantação de uma unidade de conservação, preferencialmente uma Estação Ecológica, a critério do órgão licenciador, alargando as opções dos tipos de áreas a serem objeto de investimento⁷³. E houve também a inclusão de um dispositivo com redação peculiar, que permitia a destinação de até 15%

foi promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998. Mais sobre a Conferência e suas consequências no Direito do Ambiente in KISS, Alexandre, BEURIER, Jean-Pierre. *Droit International de L'environnement*. Paris: Pedone, 2. ed., 2000, pp. 39-46.

⁷² Princípio 16 da Declaração do Rio 92 - Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: “Tem em vista que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo decorrente da poluição, as autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando da devida conta o interesse público, sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais”.

⁷³ A título explicativo, a mudança trazida pela Resolução CONAMA nº 02/96 refere-se ao gênero “Unidades de Conservação” da qual a categoria “Estações Ecológicas” é espécie, tendo objetivos específicos de preservação da natureza e a realização de pesquisas científicas. Tais definições seriam melhor definidas com a instituição do SNUC.

(quinze por cento) do montante dos recursos que seriam empregados como medida compensatória para a “implantação de sistemas de fiscalização, controle e monitoramento da qualidade ambiental no entorno onde serão implantadas as unidades de conservação”, mediante convênio com o empreendedor licenciante ⁷⁴.

Notória a possibilidade permitida no dispositivo acima, já que pela primeira vez se falou em custeio de atividades inerentes ao próprio órgão ambiental por meio do montante devido em razão do dano ambiental. Ou seja, nestes 15% (quinze por cento) o conceito inicial da medida compensatória – o de custear ações de preservação ambiental – fora transferido para financiar custos que originalmente deveriam correr às expensas do órgão público licenciante.

Alguns anos em seguida, a regulamentação da medida compensatória do CONAMA perdeu sua eficácia e aplicabilidade com o advento da Lei do SNUC, com a qual se conclui este resgate histórico da legislação pátria acerca da compensação ambiental. Com a base constitucional que institui o dever de definição de espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos como incumbência do Poder Público, e considerando que o já mencionado Plano do Sistema de Unidades de Conservação de 1979 se encontrava defasado e em desuso, era mais do que necessário uma legislação que pusesse dar o amparo necessário à questão.

Após mais de dez anos de discussões e debates, com consultas públicas e várias versões de anteprojetos apresentadas, inclusive com análise do texto pelo CONAMA, o Brasil concebeu a Lei do SNUC, momento categórico para a sedimentação da compensação ambiental como instrumento jurídico legal. O documento legal é fruto de diversas controvérsias e pertinentes questionamentos, devido à complexidade dos temas regulamentados e aos inúmeros impasses entre especialistas das áreas técnicas ambientais e membros do Poder Legislativo ⁷⁵.

É neste diploma que a compensação ambiental finalmente ganha sua previsão legal, no capítulo reservado à criação, implantação e gestão das unidades de conservação. Inevitavelmente, sua promulgação influenciou todas as normas esparsas que abordavam o tema, que seriam revisadas em congruência à nova Lei. Considerado a regulamentação da Lei do SNUC por legislações posteriores, verifica-se a criação de um grande conjunto

⁷⁴ Precisamente no art. 3º, parágrafo único da Resolução CONAMA nº 02/96.

⁷⁵ PÁDUA, Maria Tereza Jorge. *Do Sistema...*, *op. cit.*, p. 24.

normativo disciplinador da compensação ambiental no Brasil, que será detalhadamente abordado a seguir.

1.4. O conjunto normativo aplicável à compensação ambiental do SNUC

A base legal da compensação ambiental no Brasil encontra-se prevista no artigo 36 e seus parágrafos da Lei do SNUC. Porém, o disciplinamento deste instituto engloba uma série de disposições esparsas. A promulgação da Lei do SNUC desencadeou inúmeras mudanças em todo o complexo das normas que tratavam do tema, culminando em revogações e revisões, bem como originou novas normativas e legislações regulamentadoras, as quais merecem destaque.

Impende mencionar que o dispositivo em questão (art. 36, da Lei do SNUC), juntamente com outros da mesma Lei, são regulamentados pelo Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002, que disciplina sobre a criação de unidade de conservação e vários aspectos da compensação ambiental do SNUC.

Ocorre que no ano de 2004 o mesmo artigo teve sua constitucionalidade questionada na ADI nº 3.378-6 DF junto ao STF ⁷⁶. Por ora, cumpre destacar sinoticamente que o STF, em 2008, julgou parcialmente procedente a ação e declarou a inconstitucionalidade de expressões constantes do §1º do artigo 36 da Lei do SNUC, mais especificamente com relação à valoração de referência para os recursos com o instrumento compensatório.

Como possível reflexo do julgamento da ADI nº 3.378-6 DF pelo STF, o Decreto nº 4.340/2002 ⁷⁷ fora alterado pelo Decreto nº 6.848, de 14 de maio de 2009. Este último trouxe significativas mudanças com determinações pontuais quanto à metodologia para a realização do cálculo do valor da compensação ambiental, tema que ainda gera polêmicas entre os estudiosos da área e se apresenta pouco aplicado ou mesmo compreendido pelos órgãos licenciantes na atualidade ⁷⁸.

O CONAMA, por sua vez, renovou suas disposições sobre o tema, emitindo a Resolução CONAMA nº 371/06, com diversas regras sobre a implementação da

⁷⁶ V. item 1.5.

⁷⁷ Primeiramente, o Decreto regulamentador da Lei do SNUC (Decreto nº 4.340/2002) foi alterado pelo Decreto nº 5.566, de 26 de outubro de 2005, que acabou por perder sua eficácia legal após a publicação do Decreto nº 6.848/2009.

⁷⁸ V. item 3.2, Cap. III.

compensação ambiental, estabelecendo diretrizes aos órgãos ambientais licenciantes para o cálculo, cobrança, aplicação, aprovação e controle dos gastos e investimentos realizados com os recursos provenientes do instrumento de compensação, em congruência com a Lei do SNUC.

O novo regulamento do CONAMA (Resolução nº 371/06), este sim em vigência atualmente, revoga a Resolução CONAMA nº 02/96 mencionada anteriormente. Em comparação à anterior, a Resolução vigente dispõe de um teor mais técnico e criterioso no tratamento da compensação ambiental. Ressalta-se, contudo, que não houve revisão da norma após a decisão do STF na ADI nº 3.378-6 DF, em 2008.

Pontualmente, cabe ressaltar ainda que o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA⁷⁹, no uso de suas atribuições de órgão executor do SISNAMA⁸⁰ e de responsável pela fixação do grau de impacto para fins de compensação ambiental⁸¹, emitiu a Instrução Normativa do nº 184, de 17 de julho de 2008 que estabelece os processos para o licenciamento ambiental federal. Também editou a Instrução Normativa do nº 8, de 14 de julho de 2011, que regulamente, no âmbito do IBAMA, o procedimento da compensação ambiental.

As normativas do IBAMA encerram o amplo conjunto normativo brasileiro regulamentador da compensação ambiental do SNUC no âmbito federal. Pontua-se que a este conglomerado de normas ainda agregam-se incontáveis legislações específicas estaduais e municipais que tratam da compensação ambiental nas localidades por elas abrangidas, além das eventuais instruções normativas internas da cada órgão ambiental competente, estadual ou municipal, com previsões inerentes à compensação.

Finalmente, vale comentar que a compensação do SNUC se dá no licenciamento ambiental em empreendimentos de significativo impacto ambiental⁸², procedimento regulamentado pela Resolução CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997, que determina os tipos de Licenças ambientais, as etapas dos procedimentos de licenciamento ambiental, bem como estabelece, em seu anexo I, quais são as atividades ou empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental.

⁷⁹ Criado pela Lei nº 7.735 de 22 de fevereiro de 1989.

⁸⁰ Art. 6º, V, da Lei da PNMA.

⁸¹ Art. 31, *caput*, do Decreto nº 4.340/2002. Esta responsabilidade é analisada criticamente no item 3.2, Cap. III.

⁸² Art. 36, *caput*, da Lei do SNUC.

Apesar da competência comum aos entes federados para a proteção do meio ambiente e combate à poluição ⁸³, o critério para a identificação do órgão preponderantemente habilitado para o licenciamento é determinado pela área de influência direta do impacto ambiental, seja ele real ou potencial. É o que regulamenta a Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011, que fixa as normas para a cooperação entre os entes federados nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção do meio ambiente e ao combate à poluição em qualquer de suas formas.

Assim, determina-se a competência para o licenciamento, a grosso modo (há outras regras específicas de competência, não relacionadas diretamente com o presente estudo), conforme a extensão do impacto. Se o impacto, real ou potencial, é de abrangência local, a competência é municipal. Se há o enquadramento nas situações de jurisdição do IBAMA ⁸⁴, a competência é da União. Por fim, a competência residual para o licenciamento será estadual quando aquela não for federal ou municipal. Lembrando que os entes podem atuar de forma supletiva ⁸⁵. Cabe, portanto, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios a regionalização das medidas emanadas do SISNAMA, elaborando normas e padrões complementares para cumprir as atribuições que lhes são concedidas no domínio da responsabilidade pelo controle e preservação ambiental.

Considerando que o momento para o pagamento da compensação ambiental deve anteceder o dano, ela deverá ser exigida anteriormente ao início das atividades danosas. Assim, o cumprimento da compensação do SNUC se dá após a emissão do EIA/RIMA, mas antes da expedição da licença prévia, sendo tal adimplemento, inclusive, condição necessária à sua obtenção ⁸⁶.

1.5. A ADI nº 3.378-6 DF e o acórdão do STF

As controvérsias levantadas com o advento da Lei do SNUC atingiram seu ápice no julgamento da ADI nº 3.378-6 DF, no ano de 2008, já mencionada anteriormente. A Lei do SNUC foi objeto de questionamento junto ao STF sob a alegação de que a

⁸³ Art. 23, VI, da CRFB.

⁸⁴ Art. 1º, I, da Resolução CONAMA nº 237/97 c/c art. 10, da Lei da PNMA.

⁸⁵ Nos casos de inexistência de órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente nos municípios ou estados, conforme art. 15, I, II e III da Lei Complementar nº 140/2011.

⁸⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito...*, *op. cit.*, p. 673.

redação de seu artigo 36 viola os princípios da legalidade, da harmonia, e independência dos poderes, da razoabilidade e da proporcionalidade, acusando ainda que a indenização sem a prévia mensuração e comprovação do dano pode acarretar enriquecimento ilícito do Estado ⁸⁷.

Na ocasião, a Corte Suprema brasileira se posicionou, por maioria dos votos, pela procedência parcial dos pedidos feitos na ADI ⁸⁸, de forma que se faz necessário destacar algumas questões relevantes para as análises que se seguem.

Num primeiro momento o STF, denominando o instituto aqui estudado de “compartilhamento-compensação ambiental”, declarou que em seu dispositivo legal não há ofensa ao princípio da legalidade, pois a própria Lei do SNUC prevê o modo de financiamento dos gastos com as unidades de conservação, nem ao princípio da separação dos poderes, por “não se tratar de delegação do Poder Legislativo para o Executivo impor deveres aos administrados”.

Também ficou decidido que a competência para quantificar o valor da compensação ambiental é do órgão licenciador, devendo fazê-lo em conformidade com a

⁸⁷ Mais detalhes e análises do julgamento da ADI 3.378-6 in DOMINGUES, José Marcos. *O Supremo Tribunal e a compensação SNUC. A ADI 3.378-DF*. São Paulo: Revista Direito GV, 5(1), pp: 125-146, 2009; CAPPELLI, Sílvia. *Compensação ambiental do sistema nacional de unidades de conservação: considerações Pós-Decisão do STF na ADI 3378*. Lisboa: Lusitana - Direito e Ambiente, nº 2/3, pp. 349-386, 2011; e ARTIGAS, Priscila Santos. *Contribuição...*, *op. cit.*, pp. 32 e ss.

⁸⁸ Ementa do acórdão do STF na ADI 3.378-6: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 36 E SEUS §§ 1º, 2º E 3º DA LEI Nº 9.985, DE 18 DE JULHO DE 2000. CONSTITUCIONALIDADE DA COMPENSAÇÃO DEVIDA PELA IMPLANTAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS DE SIGNIFICATIVO IMPACTO AMBIENTAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO § 1º DO ART. 36. 1. O compartilhamento-compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985/2000 não ofende o princípio da legalidade, dado haver sido a própria lei que previu o modo de financiamento dos gastos com as unidades de conservação da natureza. De igual forma, não há violação ao princípio da separação dos Poderes, por não se tratar de delegação do Poder Legislativo para o Executivo impor deveres aos administrados. 2. Compete ao órgão licenciador fixar o quantum da compensação, de acordo com a postura do impacto ambiental a ser dimensionado no relatório - EIA/RIMA. 3. O art. 36 da Lei nº 9.985/2000 densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica. 4. Inexistente desrespeito ao postulado da razoabilidade. Compensação ambiental que se revela como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional. Medida amplamente compensada pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez. 5. Inconstitucionalidade da expressão “não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento”, no § 1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000. O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento. 6. Ação parcialmente procedente.” (STF - ADI: 3378 DF, Relator: Carlos Ayres Britto, Data de Julgamento: 09/04/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-112 Divulg. 19-06-2008 Public. 20-06-2008 Ement. Vol.-02324-02 PP-00242).

dimensão do impacto ambiental relatado no EIA/RIMA. Trata-se de um ponto importante, que reforça a imprescindibilidade da proporcionalidade na fixação do montante a ser destinado às unidades de conservação a título de compensação ambiental, parâmetro que reflete na discussão da natureza jurídica deste mecanismo, bem como na aplicabilidade do mesmo.

O acórdão proferido declara que o art. 36 da Lei do SNUC representa o compartilhamento da responsabilidade social pelos custos ambientais oriundos da atividade econômica, reconhecendo neste dispositivo a consolidação do princípio do usuário-pagador⁸⁹. Ainda foi declarada a inexistência de violação ao postulado da razoabilidade, uma vez que a compensação ambiental constitui mecanismo adequado à tutela ambiental.

Percebe-se que o STF reforça a importância da utilização do instituto da compensação *stricto sensu*, chegando ao ponto de elevá-lo, de forma presunçosa – ponto em que é severamente criticado pela doutrina⁹⁰ – ao título de único meio eficaz para a garantia da finalidade constitucional de defesa e preservação do ambiente.

A procedência parcial da ADI ficou por conta de uma única questão. O STF julgou inconstitucional o trecho relativo ao índice de 05 % (meio por cento) dos custos dos investimentos da implementação dos empreendimentos como parâmetro para o cálculo da medida compensatória. Declarou-se a inconstitucionalidade da seguinte expressão do §1º do art. 36 da Lei do SNUC: “não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento”.

Neste ponto, a decisão do STF repercutiu como positiva, por resolver parte das polêmicas surgidas em torno da aplicação da compensação ambiental. A fixação objetiva do montante observando unicamente os custos de implantação de determinado empreendimento seria uma irresponsabilidade, por desconsiderar os reais impactos ou danos ambientais negativos inerentes a cada operação, que pode ser mais dispendiosa e, porém, menos agressora ao ambiente. Com tal posicionamento, o STF acaba por realçar mais uma vez o princípio da proporcionalidade, determinando ainda que seja resguardado o princípio do contraditório e da ampla defesa⁹¹ ao empreendedor com o respectivo estudo técnico.

⁸⁹ Sobre este princípio, ver MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito...*, *op. cit.*, pp. 85 e ss; e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito...*, *op. cit.*, pp. 322 e ss.

⁹⁰ Como se vê in ARTIGAS, Priscila Santos. *Contribuição...*, *op. cit.*, pp. 36-38.

⁹¹ Sobre este princípio, ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *A garantia do contraditório*. Porto Alegre: Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2002.

Nestas questões, o STF se mostrou coerente, associando acertadamente o valor da compensação ao grau de impacto ambiental, e não estritamente ao investimento do empreendedor, garantindo ainda ao licenciante a possibilidade de contestar as decisões administrativas no processo de licenciamento por meio dos relatórios, cedendo ao apelo da inexistência de contraditório e ampla defesa no procedimento anterior. Contudo, é pacífico na doutrina que o acórdão em questão não pôs fim às controvérsias relativas a diversas questões do complexo instrumento da compensação ambiental, que fica ainda mais prejudicado considerando que mesmo após oito anos da prolação do acórdão não houve seu trânsito em julgado. Considerando, portanto, unicamente a última decisão da Corte Suprema, inúmeros pontos de discussão ainda remanescem sem soluções.

Inicialmente ressalta-se a subjetividade da determinação da compensação ambiental de acordo com o impacto causado, uma vez que falta o estabelecimento dos parâmetros de aplicação⁹². A inexistência de um parâmetro na quantificação do montante da compensação ambiental abre margem para uma atuação abusiva por parte dos órgãos licenciadores.

Em outro ponto, a ausência de limites legais (um teto) na Lei do SNUC para a fixação dos valores dos recursos a serem exigidos do empreendedor foi ignorada na ementa do acórdão, que se limitou, repita-se, a determinar que o valor da “compensação-compartilhamento” deve ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa.

Em análise detalhada ao julgamento estudado, José Marques Domingues aponta que o *amicus curiae* fez à Corte proposição da natureza jurídica tributária da compensação ambiental, mas que não se vê no acórdão “*sub examen* qualquer discussão sobre esse tema fundamental” e nem o enfrentamento da natureza jurídica indenizatória da medida compensatória do SNUC, conforme proposto pela autora da ação ajuizada⁹³.

Pelo inteiro teor do julgamento da ADI nº 3.378-6 DF verifica-se que até se iniciou uma relevante discussão sobre a questão, com as sustentações dos Ministros Marco

⁹² Nesse sentido: “... o julgamento do STF acentuou as dificuldades já presentes na lei por determinar a base da exação unicamente no critério dos *significativos impactos ambientais* causados pelos empreendimentos. (...), ao afastar a forma de cálculo, retirou-se da norma legal o único parâmetro objetivo que permitia o cálculo e a aplicação da compensação ambiental” in ARTIGAS, Priscila Santos. *Contribuição...*, op. cit., p. 40.

⁹³ DOMINGUES, José Marcos. *O Supremo...*, op. cit., p. 134.

Aurélio Mello e o Carlos Ayres Britto ⁹⁴. Contudo, o rico debate nesta questão foi prejudicado pela ausência do devido aprofundamento quanto à real natureza jurídica da compensação ambiental. A indefinição pelo STF manteve a divergência doutrinária no tocante ao assunto dogmático, provocando inclusive o surgimento de outras diversas teorias, conforme estudo no Capítulo seguinte, aumentando a insegurança jurídica quanto à essência deste instrumento e refletindo negativamente na aplicação do instituto, como se verá na parte final do trabalho.

Ressalta-se que a decisão ainda está pendente da apreciação de embargos declaratórios, de forma que ainda há a possibilidade de sanar tais omissões apontadas pela doutrina, guardado o devido respeito ao “emblemático acórdão” ⁹⁵ que confirmou a constitucionalidade da compensação ambiental da Lei do SNUC.

1.6. Os requisitos da compensação ambiental do SNUC

Com o processo de evolução histórica da compensação ambiental devidamente traçado e o conjunto normativo aplicável definido, é possível discorrer sobre o disciplinamento deste instrumento jurídico ambiental nos termos das normas atuais, conhecimento técnico-legislativo indispensável à propositura da presente pesquisa.

Importante frisar que os elementos para a utilização deste mecanismo compensatório também se encontram previstos em diversos documentos infralegais, portanto busca-se reunir e sintetizar todo o complexo regramento da compensação ambiental do SNUC no Brasil, levando em conta os requisitos legais e normativos.

O núcleo da compensação ambiental *stricto sensu* está disciplinado no artigo 36 da Lei do SNUC. Nele determina-se que os empreendimentos causadores de significativo impacto ao ambiente, conforme avaliação do órgão licenciador competente com base em EIA/RIMA, são obrigados a patrocinar financeiramente a implantação e manutenção de unidade de conservação, quando de seu licenciamento ambiental. É possível identificar alguns requisitos essenciais, a seguir explicitados, que acompanham tal previsão.

⁹⁴ V. 2.1.5, Cap. II.

⁹⁵ Expressão in SIQUEIRA, Lyssandro Norton. *Os princípios de Direito Ambiental e a compensação ambiental no Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC)*. In GOMES, Carla Amado (coord.). *Compensação ecológica, serviços ambientais e protecção da biodiversidade*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. pp. 196-218, 2014, p. 118.

1.6.1. A necessidade dos estudos técnicos ambientais EIA/RIMA

A caracterização do significativo impacto ambiental, conforme o *caput* do art. 36 da Lei do SNUC, é feita por meio de avaliação a critério do órgão licenciador competente. Evidente que para esta avaliação é indispensável a fundamentação com base em estudo técnico de impacto ambiental. É o que a legislação determina expressamente, exigindo-se a apresentação de EIA/RIMA para a análise técnica do impacto.

Os estudos e relatórios são fundamentais para a consecução legalmente correta da compensação ambiental, servindo também para a propositura técnica de unidades de conservação a serem beneficiadas ⁹⁶.

A exigência da elaboração do EIA/RIMA repete-se no estabelecimento do grau de impacto ambiental negativo pelo IBAMA ⁹⁷. A mesma base técnica para a compreensão real da dimensão do impacto ambiental também é requisitada na Resolução CONAMA nº 371/06 ⁹⁸. Por fim, ressalta-se que o EIA/RIMA é elemento essencial para a execução do cálculo da compensação, uma vez que deverá conter as informações necessárias ao cálculo do grau de impacto nos ecossistemas ⁹⁹.

Tais disposições confirmam a imprescindibilidade dos estudos e relatórios de impacto ambiental para a fixação da compensação ambiental, sendo que a viabilidade técnica de uma delicada medida como essa não poderia ser nem discutida sem antes uma pesquisa adequada e aprofundada, não somente sobre os danos que serão causados, mas também sobre quais as melhores opções de unidades de conservação a serem beneficiadas. Importante ressaltar que quanto mais estudos, e quanto mais técnicos estes estudos forem, maior será a segurança jurídica quanto à concessão da compensação ambiental, e mais eficiente será sua aplicabilidade.

1.6.2. As bases legais para o cálculo da compensação ambiental

O índice referente ao montante de recursos a serem destinados pelo empreendedor para a finalidade da compensação ambiental é um parâmetro percentual,

⁹⁶ Art. 36, §2º, da Lei do SNUC.

⁹⁷ Art. 31 do Decreto nº 4.340/2002, com redação dada pelo art. 1º do Decreto nº 6.848/2009.

⁹⁸ Art. 2º, Resolução CONAMA nº 371/06.

⁹⁹ Art. 31-A, §2º, do Decreto nº 4.340/2002.

com previsão legal no parágrafo primeiro do art. 36 da Lei do SNUC. Trata-se de um valor mínimo fixado legalmente para que o *quantum* despendido pelo empreendedor não seja inferior a 0,5% (meio por cento) dos custos totais previstos para a implantação de seu empreendimento. O percentual poderia ainda ser maior, conforme quantificação pelo órgão ambiental competente, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pela atividade licenciante.

Interessante lembrar que o piso de meio por cento é idêntico aos fixados nas primeiras e já revogadas Resoluções do CONAMA que esboçavam um regulamento do instrumento compensatório¹⁰⁰. A mesma referência, qual seja, meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, se manteve na Resolução nº 371/06, do CONAMA, mas, desta vez, o valor não representa o piso para a Compensação, mas sim uma mera previsão do índice enquanto o órgão ambiental não estabelece a definição do cálculo do impacto ambiental¹⁰¹.

O fato da Resolução nº 371/06 do CONAMA somente colocar o percentual como índice provisório, o que não apresenta funcionalidade prática alguma, permite a interpretação de que o valor de Compensação poderia ser inclusive inferior, dependendo do posterior cálculo do impacto ambiental feito pelo órgão ambiental, contrariando assim a Lei do SNUC.

A contradição foi ultrapassada com o julgamento da ADI 3.378-6 DF pelo STF, que determinou a inconstitucionalidade da expressão do art. 36 da Lei do SNUC que estabelecia o piso de meio por cento dos investimentos totais de implantação previstos. Assim, foi elevado o princípio da proporcionalidade, rejeitando um valor mínimo que fora determinado sem base técnica alguma, fazendo como que o instituto da compensação ficasse mais próximo da realidade de cada caso em que é cabível.

Após a decisão – e presumidamente em consequência dela – fora aprovado o Decreto nº 6.848/2009, que alterou densamente o Decreto regulamentador da compensação ambiental (Decreto nº 4.340/2002), precisamente quanto às diretrizes e ao modo de seu cálculo do índice de valoração para a compensação ambiental.

¹⁰⁰ Arts. 2^{os} das Resoluções CONAMA nº 10/87 e nº 02/96.

¹⁰¹ Art. 15, da Resolução nº 371/06: “O valor da compensação ambiental fica fixado em meio por cento dos custos previstos para a implantação do empreendimento até que o órgão ambiental estabeleça e publique metodologia para definição do grau de impacto ambiental”.

Para destacar as mais relevantes, cumpre pontuar, inicialmente, que ficou determinado que impacto causado não poderá ser levado em conta mais de uma vez¹⁰² no cálculo para a fixação da compensação ambiental. Apesar de, numa primeira leitura, a determinação parecer carregada de obviedade, trata-se de uma relevante garantia ao empreendedor para que não haja oneração excessiva.

Também há a imposição de que o cálculo deverá conter dois tipos de indicadores: do impacto gerado pelo empreendimento e das características do ambiente a ser impactado¹⁰³. Tal disposição implica a individualização da medida compensatória, análoga à proporcionalidade, evitando-se que haja padronização no estabelecimento dos índices de compensação para empreendimentos de natureza similar e possíveis incoerências nas fixações do índice percentual de compensação.

Contudo, uma das mais elogiadas inovações foi a determinação de que os investimentos dos empreendedores direcionados a diminuir ou evitar lesões ao meio ambiente não poderão ser considerados no cálculo da compensação¹⁰⁴. Trata-se de um avanço no tratamento desta matéria, uma vez que se estes custos fossem levados em conta, a legislação estaria desmotivando o empreendedor a cumprir com as medidas de mitigação necessárias, já que elas representariam um gasto ainda maior a se despendem posteriormente com a compensação ambiental. O desconto destes gastos prévios com as medidas mitigatórias no cálculo da Compensação é medida justa e tem grande potencial de aplicabilidade, colaborando com o empreendedor preocupado com o equilíbrio ecológico desde o início de seus empreendimentos sem onerá-lo injustamente.

Indispensável destacar que a fixação do valor para fins de compensação ambiental perdeu o caráter simplista da Lei do SNUC e passou a ter cálculo objetivo e criterioso com as alterações no Decreto nº 4.340/2002. O valor corresponderá ao produto do grau de impacto – que pode variar entre 0% e 0,5% – com o valor de referência, que consiste no somatório dos investimentos necessários para a implantação do empreendimento¹⁰⁵. O grau de impacto também ganhou uma metodologia criteriosa¹⁰⁶. A

¹⁰² Art. 31, §1º, do Decreto nº 4.340/2002.

¹⁰³ Art. 31, §2º, do Decreto nº 4.340/2002.

¹⁰⁴ Art. 31, §3º, do Decreto nº 4.340/2002.

¹⁰⁵ Art. 31-A, do Decreto nº 4.340/2002. V. ANEXO deste trabalho, com o quadro geral legislativo no tocante ao cálculo da compensação ambiental.

¹⁰⁶ V. ANEXO, com a transcrição integral da metodologia incluída pelo Decreto nº 6.848/2009.

Instrução Normativa nº 08/2011 do IBAMA (art. 7º, §1º) acresce a articulação com a Resolução CONAMA 371/06 (art. 3º, §§ 1º a 3º) para a definição do valor de referência.

Percebe-se uma forma de cálculo mais complexa, na qual o legislador, presumidamente observando a manifestação do judiciário, tenta se aproximar de uma maneira mais justa de se calcular o valor a ser despendido pelo empreendedor na fixação da Compensação Ambiental.

Ressalta-se ainda que, conforme determinação no julgamento da ADI nº 3.378-6 DF, foi incluída na regulamentação da compensação ambiental a possibilidade de contraditório e ampla defesa ao empreendedor, que pode interpor recurso da decisão do cálculo a ser apreciado pelo órgão licenciador ¹⁰⁷.

Com o detalhamento da forma de cálculo da compensação e o avanço nas disposições para a aplicação ordenada do instituto, o Decreto 6.848/2009 encontra elogios na doutrina ¹⁰⁸. Entretanto, é bem verdade que o diploma trouxe disposições dúbias e contraditórias que são objeto de duras críticas, como pelo fato de colocar o IBAMA como único responsável pelo estabelecimento do grau de impacto e por determinar a consideração exclusiva de “impactos ambientais negativos”, suprimindo o termo “significativos” ¹⁰⁹.

Com relação à quantificação da compensação, percebe-se também que, apesar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF da vinculação do cálculo da compensação do SNUC aos custos e investimentos de implantação dos empreendimentos, tal parâmetro é inserido no método de valoração trazido no Decreto 6.848/2009 ¹¹⁰. Se o valor de referência corresponde exatamente ao somatório do que despendeu o empreendedor na implantação de referência, o critério que atrelava o *quantum* da compensação ambiental a estes investimentos não fora completamente afastado, como determinou o STF, que estabeleceu unicamente a proporcionalidade ao dano ambiental como critério de valoração

¹⁰⁷ Art. 31-B, §§ 1º ao 3º, do Decreto nº 4.340/2002.

¹⁰⁸ A exemplo de SIQUEIRA, Lyssandro Norton. *Os princípios...*, *op. cit.*, p. 213.

¹⁰⁹ V. item 3.2, Cap. III.

¹¹⁰ Nesse sentido: “em evidente violação ao princípio da separação de poderes, o Poder Executivo, através dos meios a ele atribuídos para editar normas regulamentares, retomou a consideração do custo do empreendimento no cálculo da prestação, bem como a aplicação de um percentual para este, ambas suprimidas através da decisão do STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade” in SOARES, Sinara. *As inovações da base de cálculo da compensação ambiental da Lei do sistema nacional das unidades de conservação - Dec. 6.848/2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais - Revista de Direito Ambiental, vol. 69/2013, DTR\2013\1859, pp. 299-313, 2013, pp. 3-4.

da compensação do SNUC ¹¹¹. Toda a extensa e criteriosa metodologia do cálculo do grau de impacto instituída é amarrada ao parâmetro considerado inconstitucional e sem relação direta com a dimensão do dano ambiental, qual seja, os custos de instalação. E se antes tinha-se um piso, agora tem-se um valor máximo.

Com entendimento semelhante, em recente reclamação proposta pelo procurador-geral da República, Rodrigo Janot (RCL nº 17364), com pedido de liminar, o Decreto 6.848/2009 é impugnado precisamente com relação ao seu artigo 2º por suposta ofensa à decisão do STF na ADI 3.378-6 DF. Alega-se que o Decreto estabelece uma fórmula abstrata para o cálculo da compensação do SNUC, prevendo, contudo, percentual máximo de impacto ambiental a ser considerado, violando entendimento do STF, segundo o qual o valor da compensação ambiental deve ser fixado unicamente de acordo com a compostura do impacto ambiental, com base em EIA/RIMA. A reclamação teve seguimento negado ¹¹².

1.6.3. As destinações legais da compensação ambiental

Ultrapassada a questão da quantificação da compensação ambiental, passa-se a analisar as questões concernentes ao destino legal das verbas provenientes da medida.

O *caput* do artigo 36 da Lei do SNUC estabelece a obrigatoriedade de apoio à implantação ou manutenção especificamente de unidades de conservação do Grupo de Proteção Integral. As unidades que se enquadram neste grupo possuem o objetivo básico de preservação da natureza, “sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, com exceção dos casos previstos nesta Lei” ¹¹³. Tal obrigação do empreendedor na destinação da verba compensatória é ratificada no preâmbulo da Resolução CONAMA nº 371/06.

¹¹¹ Item 2 da Ementa do acórdão do STF na ADI 3.378-6..., *cit.*

¹¹² Ementa do acórdão do STF na RCL nº 17364: “RECLAMAÇÃO. COMPENSAÇÃO AMBIENTAL. DECRETO QUE REGULAMENTA O ART. 36 DA LEI Nº 9.985/2000. 1. O art. 31-A do Decreto nº 4.340/2002, acrescido pelo Decreto nº 6.838/2009, não afronta a autoridade do acórdão proferido na ADI 3.378, Rel. Min. Ayres Britto. (...) 4. De toda forma, o ato impugnado não desborda das razões de decidir utilizadas na ADI 3.378 (...)”. (STF - Rcl: 17364 DF, Relator: Roberto Barroso, Data de Julgamento: 13/03/2014, Data de Publicação: DJe-053 Divulg. 17/03/2014 Public. 18/03/2014). O mesmo Decreto foi objeto de outra Reclamação, a RCL nº 8465, em 2009, pelas Organizações não-governamentais Instituto Socioambiental e Amigos da Terra. Para mais detalhes sobre as principais discussões judiciais em curso no Brasil concernentes à compensação do SNUC ver MACIEL, Marcela Albuquerque. *Compensação...*, *op. cit.*, pp. 111 e ss.

¹¹³ Art. 7º, §1º, da Lei do SNUC.

Corroborando com o intuito de privilegiar as áreas desse grupo, o Código Florestal prevê a elegibilidade de proprietários situados ao redor de unidades de conservação para o recebimento de investimentos oriundos da compensação ambiental do SNUC ¹¹⁴.

A definição das unidades a serem beneficiadas fica a cargo do órgão ambiental licenciador, levando em conta as propostas levantadas nos Relatórios EIA/RIMA e ouvido o empreendedor ¹¹⁵. A Lei do SNUC contempla a situação em que o empreendimento poluidor afeta diretamente uma unidade de conservação, caso em que deverá ser uma das beneficiárias na compensação, ainda que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, sendo que o licenciamento só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração ¹¹⁶.

Destaca-se que devem ser obedecidas as ações prioritárias para aplicação dos recursos de compensação ambiental, que são relacionadas taxativamente no Decreto regulamentador do mecanismo compensatório ¹¹⁷. A prioridade primeira é regularização fundiária e demarcação das terras, seguida de ações inerente a plano de manejo, aquisições para gestão e proteção da unidade, desenvolvimento de estudos para criação nova unidade e de pesquisas para o manejo da unidade. Há ainda restrições expressas e criteriosas em situações específicas em que a posse e o domínio não sejam do Poder Público ¹¹⁸, nas quais os recursos de compensação também possuem fim limitado e vinculado.

É cristalina a preocupação do legislador em delimitar as destinações possíveis das verbas inerentes à medida compensatória da Lei do SNUC. Nada mais lógico do que demandar a obrigatoriedade de investimento em unidades de conservação, considerando que o próprio dispositivo legal da compensação ambiental está inserido no diploma que institui o Sistema Nacional das unidades de conservação.

A Resolução CONAMA nº 371/06 também traz determinações no sentido de restringir a finalidade dos recursos da compensação ¹¹⁹. Estabelece primeiramente que no

¹¹⁴ Art. 41, § 6º, da Lei 12.651/2012: “Os proprietários localizados nas zonas de amortecimento de Unidades de Conservação de Proteção Integral são elegíveis para receber apoio técnico-financeiro da compensação prevista no art. 36 da Lei no 9.985, de 18 de julho de 2000, com a finalidade de recuperação e manutenção de áreas prioritárias para a gestão da unidade”.

¹¹⁵ Art. 36, §2º, da Lei do SNUC.

¹¹⁶ Art. 36, §3º, da Lei do SNUC.

¹¹⁷ Art. 33, I a V, e do Decreto nº 4.340/2002. Pela extensão e taxatividade da relação das prioridades de destinação, recomenda-se a leitura dos referidos dispositivos.

¹¹⁸ Art. 33, parágrafo único, I a IV do Decreto nº 4.340/2002.

¹¹⁹ Art. 9º, I e II e parágrafo único, da Resolução CONAMA nº 371/06.

caso em que uma ou mais unidades de conservação ou zonas próximas forem afetadas diretamente pela atividade licenciante, estas deverão ser beneficiadas, independente do grupo pertencente.

Em segundo lugar, prevê que inexistindo unidade de conservação ou zona de amortecimento afetada, parcela dos recursos oriundos da compensação ambiental será direcionada à criação, implantação ou manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral localizada preferencialmente no mesmo bioma e na mesma bacia hidrográfica do empreendimento, levando em conta as áreas identificadas no Decreto nº 5.092/2004¹²⁰ e as propostas apresentadas no EIA/RIMA.

Finalmente, a Resolução CONAMA nº 371/06 determina que, se não houver a destinação na forma das duas possibilidades discorridas, o montante de recursos de compensação deverá ser empregado em outra unidade de conservação do Grupo Integral de Proteção, seja na criação, implantação ou manutenção.

Ressalta-se que nenhum dispositivo normativo abre margem para o emprego diferenciado das verbas compensatórias, que não relacionado com benefícios diretos ao ambiente¹²¹, lembrando que a Lei do SNUC, assim como a Resolução vigente do CONAMA, permite a criação de novas unidades de conservação, reforçando que esta é a finalidade central e única dos investimentos oriundos da compensação ambiental¹²². Dessa forma, qualquer utilização destes recursos pelo órgão ambiental que extrapole a hipóteses elencadas configura-se clara violação à legislação vigente.

Derradeiramente, cumpre citar que há um acordo firmado entre o Ministério do Meio Ambiente e a Caixa Econômica Federal – CEF com a criação de um fundo nacional de compensação ambiental, formado por recursos provenientes das compensações do SNUC no âmbito federal e gerido pela CEF, intentando-se agilizar e dar maior transparência ao emprego destes recursos¹²³.

¹²⁰ Decreto nº 5.092 de 21 de maio de 2004. Define regras para identificação de áreas prioritárias para a conservação, utilização sustentável e repartição dos benefícios da biodiversidade, no âmbito das atribuições do Ministério do Meio Ambiente.

¹²¹ Neste sentido, Erika Bechara: “... que se parta, sempre, do princípio que a compensação terá que proporcionar um benefício AMBIENTAL, e não qualquer benefício SOCIAL”, por mais relevante que seja, como, por exemplo, a construção de um hospital, *in* BECHARA, Erika. *Uma contribuição...*, *op. cit.*, p. 166.

¹²² Art. 36, §2º, da Lei do SNUC.

¹²³ Conforme informações do Ministério do Meio Ambiente (<http://www.mma.gov.br/>) e *in* RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Aspectos jurídicos da compensação ambiental do art. 36, §1º da Lei Brasileira das Unidades de Conservação (Lei 9.985/2000)*. São Paulo: Revista dos Tribunais - Revista de Direito Ambiental, nº 46, 2007, pp. 7-8.

1.7. O duplo comando da compensação do SNUC

Como visto no item anterior, a legislação mantém grande preocupação com a destinação da verba oriunda da compensação ambiental, sendo que o órgão licenciador é o competente para definir as unidades a serem contempladas. Assim, infere-se das determinações da Lei do SNUC que o legislador impõe um duplo comando. O primeiro diz respeito à já conhecida obrigação do empreendedor no apoio às unidades de conservação. O segundo seria a responsabilidade do Poder Público em empregar os recursos da compensação ambiental para a finalidade legalmente determinada, com o objetivo de se evitar que o dinheiro arrecadado fique “‘perdido’ nos cofres públicos”¹²⁴.

Para tanto, foram instituídas as câmaras de compensação ambiental¹²⁵, com atribuições de determinar prioridades e diretrizes para aplicação da compensação ambiental, auditar periodicamente os procedimentos de cálculo de acordo com estudos, propor ações par agilizar a regularização fundiária das unidades de conservação e estabelecer diretrizes para elaboração e implantação dos planos de manejo¹²⁶.

Ainda neste aspecto, cumpre destacar que foi criado no IBAMA um Comitê de Compensação Ambiental Federal – CCAF¹²⁷, com as atribuições, dentre outras de deliberar sobre a divisão e a finalidade dos recursos oriundos da compensação ambiental federal e manter os registros oriundos dos procedimentos compensatórios.

1.8. Considerações finais

Com o levantamento feito até o momento, é possível afirmar que o disciplinamento da compensação ambiental no Brasil vem evoluindo, apontando para um positivo crescimento no tratamento da matéria. Contudo, percebe-se claramente que o conjunto normativo aplicável, com a previsão de detalhes do instituto em diversos e esparsos diplomas legais e infralegais, está longe de ser conciso, objetivo e coerente.

¹²⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito...*, *op. cit.*, p. 677.

¹²⁵ Tanto a criação das Câmaras de Compensação Ambiental quanto a aprovação do regimento interno destas ocorreram por meio de Portarias do IBAMA. Para mais detalhes ver RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Aspectos...*, *op. cit.*, pp. 7-8.

¹²⁶ Art. 32, I a IV, do Decreto nº 4.340/2002.

¹²⁷ Criado por meio da Portaria Conjunta nº 225, de 30 de junho de 2011, entre o Ministério do Meio Ambiente, IBAMA, e Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, com regimento interno aprovado pela Portaria nº 16, do IBAMA, de 23 de novembro de 2011.

Considerando ser a compensação ambiental um instrumento complexo e delicado, de suma importância para o Direito do Ambiente, seu regramento em tantas normas aumenta consideravelmente a possibilidade de tornar confusa sua aplicação pelos órgãos responsáveis, além de estar sujeito a contradições, prejudicando os envolvidos e o próprio bem jurídico do meio ambiente.

Ressalta-se que o fato de existir uma quantidade relativamente significativa de textos normativos prevendo e regulamentando diversos aspectos da compensação ambiental do SNUC não previne que a matéria tenha lacunas e omissões. De um lado verificam-se queixas do setor produtivo quanto aos custos que sua exigência acarreta para novos empreendimentos e quanto à aplicação desordenada do instituto pelos órgãos licenciadores. De outro, doutrinadores não deixam perecer a discussão referente à natureza jurídica do instrumento compensatório do SNUC ¹²⁸ e apontam para várias incongruências e desarmonias normativas que impossibilitam sua consecução nos termos da lei, conforme será debatido nos Capítulos seguintes.

¹²⁸ ACHKAR, Azor El. *A compensação...*, *op. cit.*, p. 72.

CAPÍTULO II - A NATUREZA JURÍDICA DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL

O estudo das normativas aplicáveis à compensação ambiental se caracteriza pela tecnicidade e, aliado à cronologia do processo histórico daquelas, permite compreender a aplicação do instituto nos moldes previstos e intentados pelos legisladores bem como perceber as possíveis imprecisões e as dificuldades que tais vícios proporcionam à prática nos casos concretos ¹²⁹.

Os diversos pontos dúbios e obscuridades que rodeiam este instrumento resultam em ações judiciais questionadoras, como as mencionadas ADI nº 3.378-6 DF e RCLs nºs 17364 e 8465, e refletem na doutrina, esta impulsionada pela análise crítica das regras amplamente positivadas em várias normas esparsas e determinada em solucionar as lacunas e contradições encontradas no regramento. Certamente, no tocante à compensação ambiental, sua natureza jurídica é a questão mais debatida doutrinariamente no Brasil e merece atenção, uma vez que se questiona justamente o que vem a constituir propriamente a compensação do SNUC.

2.1. As hipóteses levantadas pela doutrina

Embora a ADI nº 3.378-6 DF ainda esteja em fase recursal, o acionamento do STF intensificou um importante debate acerca da natureza jurídica da compensação ambiental, questão ainda longe de encontrar posicionamento unânime na doutrina e primordial para a consolidação de uma aplicação coerente do instituto, considerando que se discute precisamente a essência e conseqüentemente os objetivos da medida compensatória.

Encontram-se nas obras sobre o tema tanto afirmações de que o acórdão da mencionada ADI afastou a natureza tributária da compensação ambiental “afirmando-se, em contrapartida, sua natureza reparatória” ¹³⁰, quanto interpretações de que o STF na realidade rejeitou a natureza jurídica reparatória ¹³¹. Contudo, não há na decisão da Corte Suprema parte dispositiva contendo expressamente deliberação neste sentido, motivo pelo qual a doutrina se manifesta majoritariamente entendendo que não houve resolução do

¹²⁹ V. item 3.2, Cap. III.

¹³⁰ SIQUEIRA, Lyssandro Norton. *Os princípios...*, op. cit., p. 208.

¹³¹ ARTIGAS, Priscila Santos. *Contribuição...*, op. cit., p. 67.

imbróglio dogmático, levando em conta ainda que tal processo judicial está pendente de julgamento de embargos declaratórios. É possível afirmar que a decisão do STF se omitiu quanto à questão levantada, introduzindo “um novo viés à polêmica”¹³², não se filiando a nenhuma das correntes antes existentes.

Apesar de existir a noção de medidas compensatórias ambientais há mais de vinte anos no Brasil em moldes semelhantes aos encontrados nas legislações vigentes, como visto na evolução histórica normativa traçada no Capítulo anterior, a figura da compensação ambiental ainda é considerada relativamente¹³³ nova no Direito brasileiro, fator ao qual também se atribui o intenso debate doutrinário acerca de sua natureza jurídica¹³⁴. Enquanto não ocorre o julgamento final no STF, no qual se espera que seja discutida e sanada tal questão, a doutrina se debruça sobre a questão, sendo que as obras hoje existentes acerca do tema acabam por revelar uma grandiosa diversidade de proposições. Não há consenso doutrinário com relação à identificação e teor das hipóteses teóricas sobre a natureza jurídica da compensação ambiental e nem mesmo quanto à quantidade de suposições nesse sentido. Ainda que seja impraticável esgotar os argumentos levantados nesta sinuosa discussão repleta de contundentes alegações se faz necessário destacar as mais relevantes posições, bem como seus basilares pontos de questionamento.

Podem-se qualificar como teses principais quanto à compensação ambiental a defensora da natureza tributária e a que eleva a natureza reparatória por danos futuros, sendo possível ainda realçar algumas proposições doutrinárias minoritárias, mas que merecem ser citadas, ainda que brevemente, como a tese da compensação como preço público e a tese da natureza retributiva da medida. Por fim, tem-se ainda o posicionamento exarado pelo STF na ADI nº 3.378-6 DF com a consideração da compensação ambiental como compartilhamento de despesas.

2.1.1. Natureza jurídica tributária

O tributo, no Direito Fiscal, conceitua-se como uma “prestação patrimonial definitiva”, obrigatoriamente estabelecida por Lei, em sentido lato, em favor de entidade com atribuições para o exercício de funções públicas, para satisfazer fins eminentemente

¹³² CAPPELLI, Sílvia. *Compensação...*, *op. cit.*, p. 352.

¹³³ Ou até “totalmente nova”, como descreve a Procuradora de Justiça Silva Cappelli *in idem*, p. 374.

¹³⁴ *Ibidem*.

públicos, sem constituir uma sanção de atos ilícitos e nem depender de quaisquer vínculos anteriores¹³⁵.

Há uma forte corrente doutrinária que defende a natureza tributária da compensação ambiental tendo como base primordial a correspondência do regramento legal do instrumento compensatório com a definição de tributo positivada no Código Tributário Nacional – CTN¹³⁶. Verifica-se que a compensação ambiental do SNUC de fato constitui prestação compulsória e pecuniária, possuindo valor expresso em moeda. Considerando-se que o fato gerador é a atividade empresarial lícita, caso contrário não seria cabível o licenciamento ambiental mais sim uma investigação do crime ambiental respectivo, o instituto estudado também não se configura como sanção de ato ilícito. Por fim, ainda infere-se que a medida foi devidamente instituída em lei e far-se-á por atividade administrativa vinculada, qual seja o processo administrativo de licenciamento, correspondendo na íntegra, assim, ao texto legal do CTN que define o que constitui tributo no Brasil¹³⁷.

Este raciocínio é construído por praticamente todos os juristas defensores da natureza tributária da compensação ambiental, como se observa nos textos mais relevantes sobre o tema a exemplo dos de José Marcos Domingues¹³⁸, Ricardo Berzosa Saliba¹³⁹, Édis Milaré¹⁴⁰ e Priscila Santos Artigas¹⁴¹.

¹³⁵ GOMES, Nuno de Sá. *Manual de Direito Fiscal*. Lisboa: Rei dos livros, 11. ed. com adenda, vol. 1, 2000, p. 59.

¹³⁶ Art. 3º da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

¹³⁷ Para mais sobre tributação em matéria ambiental, discorrendo sobre a urgente necessidade de evolução legislativa no Brasil na seara tributária e ainda ressaltando que devem ser evitados tributos ecológicos com caráter confiscatório, recomenda-se o artigo OLIVEIRA, Edson Luciani de; ARAÚJO, Sarah Maria Linhares de. *Tributo ecológico: elemento de indução ou mecanismo de sanção?*. São Paulo: Revista dos Tribunais - Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 107/2012, DTR\2012\451002, pp. 185-205, 2012.

¹³⁸ DOMINGUES, José Marcos. *O Supremo...*, op. cit., p. 134.

¹³⁹ SALIBA, Ricardo Berzosa. *A natureza tributária da "compensação ambiental": vícios de inconstitucionalidades*. Belo Horizonte: Interesse público, v. 7, n. 29, jan 2005. Disp.: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32946>. Ace.: 09/05/16, p. 5.

¹⁴⁰ MILARÉ, Édis; ARTIGAS, Priscila Santos. *Compensação ambiental: questões controvertidas*. São Paulo: Revista dos Tribunais - Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, vol. 2, DTR\2006\412, pp. 351 - 365, 2011, p. 6.

¹⁴¹ Ressalta-se que a autora Priscila Santos Artigas após elaborar o artigo em conjunto com Édis Milaré (*ibidem*) mudou seu posicionamento quanto à natureza jurídica tributária da compensação ambiental em sua dissertação de doutoramento, como se vê in ARTIGAS, Priscila Santos. *Contribuição...*, op. cit., p. 57 e ss. Destaca-se previamente que após o julgamento da ADI nº 3.378-6 DF, Édis Milaré também modificou sua posição, em conformidade com a análise posterior de Priscila Santos Artigas em sua dissertação de doutoramento, o que pode ser verificado in MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8 ed., rev. e atual., 2013, pp. 1244-1245.

Reforçando a tese na análise formal do instituto, José Marcos Domingues faz a arguição de que a compensação do SNUC substitui o dever material de prestação *in natura* de criação ou manutenção de unidades de conservação por obrigação pecuniária, de que forma que é possível atribuir-lhe, em sua origem e filosoficamente, a natureza jurídica essencialmente tributária ¹⁴².

Apesar da fundamentação alicerçada nas conceituações do diploma tributário ser inegavelmente pertinente, esta corrente doutrinária mostra-se inconstante na medida em que nem mesmo entre os adeptos da natureza tributária da compensação ambiental há uniformidade de posicionamento com relação à adequação deste instrumento nas espécies tributárias existentes.

O tributarista Ricardo Berzosa Saliba é categórico ao pontuar que a compensação ambiental constitui verdadeiramente um tributo, de forma que, em sua concepção, restaria apenas definir a espécie tributária à qual tal medida compensatória pertence e verificar se realmente foram respeitados todos os critérios e traços constitucionais para a criação deste tributo ¹⁴³.

Segundo seus estudos, são três as únicas hipóteses aceitáveis. Primeiramente defende que há a possibilidade de enquadramento da compensação ambiental na modalidade de taxa, decorrente do exercício do poder de polícia para a expedição de licenciamento ambiental. Também enxerga a viabilidade de o instrumento compensatório se constituir como uma contribuição social geral, com vistas ao financiamento da ordem social ambiental. Por fim, alega que é possível que a compensação do SNUC seja ainda uma Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, objetivando a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado de acordo com o impacto ambiental, produtos e serviços e com seus processos ¹⁴⁴.

Destaca-se desde já que, apesar de enxergar o enquadramento da compensação ambiental nas citadas espécies tributárias e não admitir outra possibilidade para a natureza jurídica do instituto que não a de tributo, Ricardo Berzosa Saliba frisa que todos os três

¹⁴² DOMINGUES, José Marcos. *A chamada "Compensação Financeira SNUC"*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário, n. 133, pp. 43-66, 2006, p. 49.

¹⁴³ SALIBA, Ricardo Berzosa. *A natureza...*, *op. cit.*, p. 5.

¹⁴⁴ Ricardo Berzosa Saliba levanta as possibilidades de espécies tributárias cabíveis e faz detalhadamente a desconstrução da compensação ambiental como um imposto, uma contribuição de melhoria, um empréstimo compulsório e alguma das contribuições sociais existentes, expondo sua concepção de que somente as três espécies restantes seriam capazes de enquadrar a compensação ambiental como um tributo, quais sejam: taxa, contribuição social geral e CIDE, *in idem*, pp. 5-13.

tipos tributários possíveis conteriam vícios de legalidade. Fica claro seu posicionamento de que a compensação tem um caráter eminentemente tributário e que a ideia do legislador ao criá-la era realmente a de instituir uma nova tributação, sendo que sua estrutura chega a convergir com algumas das várias espécies tributárias. Contudo, pondera que “qualquer que seja o tipo tributário eleito, ele pode ser questionado quanto à sua constitucionalidade”¹⁴⁵.

Édis Milaré, por sua vez, afasta preliminarmente a possibilidade de constituição da compensação ambiental como uma taxa analisando o fato gerador desta modalidade de tributo, qual seja o “exercício regular do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição”¹⁴⁶, conforme as disposições legais. Destarte, assevera que nenhuma das possibilidades elencadas legalmente como fato gerador de taxas ocorre efetivamente nos licenciamentos ambientais de empreendimentos capazes de ocasionar significativos danos ambientais¹⁴⁷, motivo pelo qual não se aceita tal enquadramento tributário para a compensação ambiental.

Nesse sentido, o próprio autor que considera possível eleger a taxa como espécie tributária para a compensação ambiental reconhece que a base de cálculo para essa espécie de tributo como sendo os custos totais previstos para a implantação do empreendimento, conforme a Lei do SNUC¹⁴⁸, não guarda qualquer relação com nenhuma das hipóteses previstas na CRFB para a instituição de taxas, traduzindo-se em uma inconstitucionalidade por ausência de autorização constitucional.

Ele ainda elenca que o que seria a alíquota desta taxa ambiental também consistiria motivo suficiente para a inconstitucionalidade desta hipótese¹⁴⁹ em razão de transgressão ao princípio basilar da legalidade¹⁵⁰. Uma vez que só se estabelece o valor mínimo de 0,5% (meio por cento), que seria a alíquota da compensação ambiental como taxa, sua eventual majoração, que na forma da Lei do SNUC é plenamente possível de acordo com o grau do impacto ambiental demonstrado nos relatórios técnicos, feriria o

¹⁴⁵ SALIBA, Ricardo Berzosa. *A natureza...*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁴⁶ Art. 77 do CTN, c/c art. 145, II, da CRFB.

¹⁴⁷ MILARÉ, Édis; *et. al. Compensação...*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁴⁸ Art. 36, §1º, da Lei do SNUC.

¹⁴⁹ SALIBA, Ricardo Berzosa. *A natureza...*, *op. cit.*, pp. 8-10.

¹⁵⁰ Sobre o princípio da legalidade tributária, com foco no Direito Fiscal português, ver OLIVEIRA, Camilo Cimourdain de. *Lições de Direito Fiscal*. Porto: Departamento de gestão de empresas - Manuais da Universidade Portucalense, 6. ed., atual. cor. e aum., 1997, pp. 65 e ss.

postulado da legalidade, segundo o qual não é possível exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça ¹⁵¹.

Passa-se à análise da proposição de elevar a compensação ambiental como contribuição social geral, tributo criado para o financiamento de determinados setores na Ordem Social e que neste caso teria sido instituído para atender à ordem ambiental ¹⁵², tese menos vislumbrada ainda na doutrina por esbarrar em fortes preceitos constitucionais. A base de cálculo desta eventual contribuição seria o total dos custos previstos para a implantação do empreendimento, com a alíquota mínima de 0,5% (meio por cento) de acordo com o impacto ambiental. Ocorre que, da mesma forma como observado na hipótese anterior, caso a alíquota fosse fixada em valor acima de 0,5% (meio por cento), já que a Lei do SNUC somente estabelece um piso, inegavelmente haveria a transgressão do princípio da legalidade, em razão da inexistência de lei para o seu estabelecimento ¹⁵³, a exemplo da desqualificação da compensação ambiental como uma taxa.

Acrescenta-se que, embora haja o entendimento de parte dos doutrinadores quanto ao caráter amplo das contribuições sociais gerais, a doutrina majoritária se posiciona no sentido de que não há a possibilidade de criação de outras contribuições gerais que não as previstas na própria CRFB, sendo que a compensação ambiental, prevista na Lei do SNUC não é uma delas ¹⁵⁴.

Apesar das evidentes divergências entre as teses nas quais se defende a natureza jurídica tributária, há um consenso quase unânime ¹⁵⁵ com relação à espécie tributária mais adequada ao enquadramento da compensação ambiental como um tributo.

¹⁵¹ Art. 150, I, da CRFB.

¹⁵² Nos termos dos arts. 149 c/c 225, §1º e incisos I, II, III e VII, todos da CRFB, conforme construção teórica in SALIBA, Ricardo Berzosa. *A natureza...*, op. cit., pp. 11-12.

¹⁵³ ACHKAR, Azor El. *A compensação...*, op. cit., pp. 104-105.

¹⁵⁴ As únicas contribuições sociais gerais possíveis, segundo a melhor doutrina, são as previstas na CRFB: a para saúde e ensino (art. 167, IV), a social do salário-educação (art. 212, §5º), a para o Programa de Integração Social – PIS (art. 239) e a para o serviço social provado e de formação profissional vinculada ao sistema sindical (art. 240), conforme se vê in BECHARA, Erika. *Uma contribuição...*, op. cit., p. 213.

¹⁵⁵ Não é possível afirmar que há realmente unanimidade neste posicionamento, a exemplo das possibilidades de taxa e contribuição social geral levantadas na obra SALIBA, Ricardo Berzosa. *A natureza...*, op. cit., pp. 7-11. Entretanto, a grande maioria das obras em que há a defesa da tese da natureza jurídica tributária atribui à CIDE o ideal de espécie de tributo cabível para o enquadramento da compensação ambiental, sempre ressaltando sua inconstitucionalidade, como é o caso do mencionado artigo de Ricardo Berzosa Saliba (*ibidem*), p. 11-13, e mais MILARÉ, Édís; *et. al.*. *Compensação...*, op. cit., p. 7; e GUERRA, Sérgio. *Compensação ambiental nos empreendimentos de significativo impacto*. In WERNECK, Mário; SILVA, Bruno Campos; MOURÃO, Henrique A.; MORAES, Marcus Vinícius Ferreira de; OLIVEIRA, Walter Soares (coord.). *Direito Ambiental visto por nós advogados*. Belo Horizonte: Del Rey, pp.129-145, 2005, pp. 139 e ss.

Trata-se da já citada CIDE ¹⁵⁶, que tem em sua essência a função de estimular ou desestimular elementos de algum setor econômico específico em determinado momento cuja interferência estatal se mostre cogente ¹⁵⁷, conforme sua denominação.

A CIDE é “vislumbrada como princípio da ordem econômica constitucional” ¹⁵⁸ e se justificaria como a modalidade adequada para a compensação ambiental em razão de possível ofensa a este princípio. Raciocina-se que determinado agrupamento de empreendimentos causadores de significativos impactos ambientais negativos se traduz em setor econômico específico com capacidade para transgredir o mencionado postulado da ordem econômica com as eventuais lesões ao meio ambiente, de maneira a legitimar a interferência estatal para instituir a compensação ambiental como CIDE ¹⁵⁹.

A garantia da ordem econômica funda-se, dentre outros, no princípio da defesa do meio ambiente por meio de tratamento específico de acordo com o impacto ambiental de cada produto ou serviço, conforme expressamente determinado na Carta Magna ¹⁶⁰. Desse modo, a CIDE possui identidade material com a compensação ambiental, por constituir uma maneira de intervenção do Estado para assegurar a ordem econômica especificamente no âmbito da defesa do meio ambiente.

Nesta linha de pensamento, o jurista Sérgio Guerra considera que, como a CIDE deve ter por base um setor econômico que, de alguma forma, esteja em desconformidade com os princípios da ordem econômica (art. 170, CF), a compensação ambiental seria perfeitamente congruente, na medida em que possui como principal objetivo estimular comportamentos compatíveis com a preservação ambiental por meio de cobrança que se ajuste à atividade econômica respectiva ¹⁶¹.

Para fortalecer a proposição este contexto corresponderia ao princípio jurídico do poluidor-pagador – PPP ¹⁶², uma vez que haveria a imposição de que determinado setor

¹⁵⁶ Art. 149, da CRFB.

¹⁵⁷ SALIBA, Ricardo Berzosa. *A natureza...*, *op. cit.*, p. 12.

¹⁵⁸ MILARÉ, Édís; *et. al. Compensação...*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ Art. 170, da CRFB: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

¹⁶¹ GUERRA, Sérgio. *Compensação...*, *op. cit.*, p. 140.

¹⁶² Sobre este princípio, são recomendadas as obras ARAGÃO, Alexandra. *O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*. BENJAMIN, Antonio Herman; LEITE, José Rubens Morato (coord. da série). São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, Série: Direito ambiental para o século XXI, v. 1, 2014; GADELHA, Marina Motta Benevides. *A aplicação dos princípios do poluidor-*

econômico insira em sua cadeia produtiva os custos dos impactos ambientais negativos, por meio da cobrança da CIDE, no caso a compensação ambiental ¹⁶³. Neste sentido, ressalta-se a construção principiológica de José Marcos Domingues, que frisa que juridicamente o PPP não se realiza somente por meio do processo administrativo de licenciamento, da imposição de multas, da determinação de recuperação ambiental ou de medidas compensatórias, dentre outras, mas também, em sua opinião, pode se realizar pela cobrança de tributos como fontes de recursos para custear a proteção ambiental ¹⁶⁴.

Como já descrito, a CIDE se caracteriza por objetivar o estímulo ou o desestímulo de determinado setor econômico, sendo que será instituída em dado período em que se considere necessária a intervenção do Estado, o que torna tal tributo essencialmente temporário. Embora não haja qualquer menção à temporalidade da compensação ambiental em seus regulamentos, a doutrina não parece enxergar maiores problemas com o caráter não-contínuo da CIDE, assumindo-se que CIDE se daria no momento de estabelecimento do grau de impacto pelo órgão competente, no processo de licenciamento ambiental ¹⁶⁵.

Superado o caráter temporário da CIDE, novamente se vê, contudo, o imbróglio do princípio da legalidade, tendo em vista que a base de cálculo e a alíquota desta contribuição seriam as mesmas das teses explicadas anteriormente, quais sejam os custos totais previstos para a implantação do empreendimento e o mínimo de 0,5% (meio por cento) de acordo com o impacto ambiental, respectivamente. Dessa forma, mais uma vez a configuração da compensação ambiental como um tipo específico de tributo válido esbarra no postulado da legalidade, pela proibição constitucional de instituição ou majoração de tributação desprovida de previsão em lei.

Também há que se realçar que a caracterização da compensação ambiental como um tributo, seja ele uma taxa, contribuição social geral ou CIDE, descumpra com outro pressuposto constitucional. A CRFB determina a reserva à Lei Complementar o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre

pagador e da precaução aos estudos de impacto ambiental brasileiros e portugueses: alguns problemas e sugestões. Dissertação de mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental*. BDJur, Brasília, DF. Disp.: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8692>. Ace.: 20/06/16; e MILARÉ, Édís. *Princípios fundamentais do Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais - Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, vol. 1, DTR\1998\474, pp. 385-404, 2011, pp. 3 e ss.

¹⁶³ MILARÉ, Édís; *et. al.* *Compensação...*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁶⁴ DOMINGUES, José Marcos. *A chamada...*, *op. cit.*, p. 45.

¹⁶⁵ SALIBA, Ricardo Berzosa. *A natureza...*, *op. cit.*, p. 12.

definição de tributos e de suas espécies, dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes ¹⁶⁶, o que definitivamente não ocorre no caso da compensação do SNUC.

Verifica-se, portanto, que em todas as hipóteses nas quais a natureza tributária é defendida há a incontestável presença de elementos de inconstitucionalidade, se não em função das peculiaridades de cada espécie de tributo aqui abordada, em razão da amplamente criticada forma de cálculo da compensação ambiental, na qual não há previsão legal de um valor máximo (na Lei do SNUC) e cujo montante é variável de acordo com o significativo impacto ao ambiente de cada empreendimento, sujeito à avaliação do órgão administrativo competente, o que violaria o preceito constitucional elencado no art. 150, inciso I, da Carta Magna, de vedação à exigência ou aumento de tributo sem que haja o devido estabelecimento legal.

Por derradeiro, cabe destacar que a tese alicerçada na definição de tributo do CTN, bem como seus eventuais vícios de legalidade, é reforçada por acórdão do Tribunal Regional Federal – TRF 1ª Região, que reconheceu a natureza jurídica tributária da compensação ambiental e ainda que há ofensa ao princípio da legalidade na previsão da Lei do SNUC de que o percentual de cobrança será definido pelo órgão ambiental licenciador, sem o estabelecimento de valor máximo ou delimitação de sua gradação: “nos termos do art. 37, IV, do CTN, apenas lei em sentido estrito pode fixar as alíquotas de tributos, não sendo possível sua imposição ao alvedrio da autoridade administrativa” ¹⁶⁷. Cumpre salientar que a referida decisão foi suspensa por força de Suspensão de Segurança nº 2.875, proposto pelo IBAMA no STF ¹⁶⁸.

Todo este cenário, doutrinário e jurisprudencial, evidencia que, embora preencha alguns dos requisitos inerentes a certas modalidades tributárias e haja forte corrente doutrinária afirmando ser incontestável a natureza jurídica tributária pretendida pelo

¹⁶⁶ Art. 146, III, *a*, da CRFB.

¹⁶⁷ Na ocasião foi parcialmente concedida liminar à Associação Brasileira de Concessionárias de Energia Elétrica para limitar a aplicação do percentual referente à compensação ambiental a 0,5% (meio por cento) sob o fundamento de que: “(...) Nota-se, também, pela análise do art. 36, § 1º, da Lei nº 9.985/2000, que a natureza jurídica da compensação ambiental é de tributo por ser prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitui sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada (...)” (AI nº 2005.01.00.060479-0 - TRF 1ª Região - Liminar pelo Desembargador Federal Catão Alves, concedida em MS - Processo nº 2005.34.00.018663-0 da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal).

¹⁶⁸ “(...) No presente caso, encontra-se devidamente demonstrada a lesão à ordem pública (...) e a decisão ora impugnada, ao limitar a aplicação do percentual referente à compensação ambiental, previsto no art. 36, § 1º, da Lei 9.985/00, a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, certamente prejudicará a implantação e a manutenção de unidades de conservação...” (STF - SS: 2875 DF, Relator: Min. Presidente, Data de Julgamento: 07/04/2006, Data de Publicação: DJ 20/04/2006).

legislador, a cobrança da compensação ambiental prevista no art. 36, da Lei do SNUC, “não se funda em normas hierarquicamente superiores, deixando de se encaixar, por decorrência, no ordenamento jurídico pátrio”¹⁶⁹. É justamente esta a conclusão do tributarista Ricardo Berzosa Saliba, ratificada pelas considerações da doutrina acerca deste tema, na qual o jurista certifica que, embora seja inegável, em sua compreensão, o caráter tributário da compensação ambiental, qualquer que seja a espécie tributária escolhida, ela será interrogada quanto à sua constitucionalidade¹⁷⁰.

2.1.2. Natureza reparatória

Para fazer frente à intensa corrente doutrinária defensora da natureza tributária da compensação ambiental, há uma incisiva tese baseada na responsabilização civil por danos ambientais futuros e fundamentada nos princípios do usuário-pagador e/ou do poluidor-pagador (há divergências internas na fundamentação da teoria). Trata-se da teoria da natureza de reparação de danos antecipada da compensação ambiental, por vezes denominada de natureza indenizatória, defendida principalmente por Erika Bechara¹⁷¹, Marcelo Abelha Rodrigues¹⁷², Heline Silvini Ferreira¹⁷³ e Paulo Affonso Leme Machado¹⁷⁴, com significativa representação na doutrina¹⁷⁵.

Num primeiro momento, verifica-se que as já mencionadas Resoluções do CONAMA que antecederam a Lei do SNUC na regulamentação da compensação ambiental estabeleciam nos artigos primeiros a obrigação de implantação de estação ecológica (Resolução CONAMA nº 10/87) ou unidade de conservação (Resolução

¹⁶⁹ MILARÉ, Édís; *et. al. Compensação...*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁷⁰ SALIBA, Ricardo Berzosa. *A natureza...*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁷¹ BECHARA, Erika. *A compensação...*, *op. cit.*, p. 5; e BECHARA, Erika. *Uma contribuição...*, *op. cit.*, pp. 226 e ss.

¹⁷² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Aspectos...*, *op. cit.*, pp. 9 e ss.

¹⁷³ FERREIRA, Heline Silvini. *Compensação...*, *op. cit.*, pp. 57 e ss.

¹⁷⁴ O renomado doutrinador na edição mais recente de sua obra *Direito Ambiental Brasileiro*, apesar de não aprofundar no tema da natureza jurídica da compensação ambiental, considera que a medida é uma das formas de implementação do princípio do usuário-pagador com a antecipação de possíveis cobranças por danos ambientais, *in* MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito...*, *op. cit.*, p. 87 e pp. 1003 e ss. Por suas exposições, por vezes é apontado como líder da corrente defensora da natureza reparatória, a exemplo do que se encontra *in* ARTIGAS, Priscila Santos. *Contribuição...*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁷⁵ Mais exemplos de seguidores desta tese: SIQUEIRA, Lyssandro Norton. *Os princípios...*, *op. cit.*, pp. 209-211; COSTA, Sildaléia Silva; MOTA, José Aroudo. *Compensação ambiental: uma opção de recursos para implementação do SNUC*. São Paulo: Revista dos Tribunais - Revista de Direito Ambiental, vol. 58/2010, DTR\2010\526, pp. 174 – 205, 2010, pp. 4 e ss; e FERREIRA, Gabriel Luis Bonora Vidrih; SILVA, Solange Teles da. *Análise dos fundamentos da compensação ambiental - A responsabilidade civil ex ante no direito brasileiro*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 44 n. 175, pp. 125-137, 2007, p. 129.

CONAMA nº 02/96) como requisito de licenciamento ambiental “para fazer face à reparação dos danos ambientais causados”¹⁷⁶. Com efeito, os defensores desta tese asseveram que tais normas já denunciavam explicitamente o caráter reparatório do instrumento compensatório¹⁷⁷.

Passando-se à fundamentação na legislação vigente, os adeptos da natureza reparatória se pautam na argumentação de que a positivação do PPP na CRFB ocorreu com fins fundamentalmente reparatórios¹⁷⁸, tendo em vista que determina expressamente a obrigação de reparar os danos causados de forma independente às sanções penais e administrativas¹⁷⁹.

No mesmo sentido, observa-se que a obrigação de natureza reparatória é elencada como um dos objetivos da PNMA, na qual há a imposição ao empreendedor poluidor de recuperação e/ou indenização em razão dos danos ocasionados¹⁸⁰.

Neste contexto, Erika Bechara¹⁸¹ assevera que, considerando que alguns impactos ambientais deverão ser tolerados em nome do crescimento econômico – assumindo-se evidentemente que não serão licenciados somente empreendimentos não poluidores – a perda da qualidade ambiental sofrida pela coletividade deve ser minorada com o oferecimento de um ganho ambiental. Este será proporcionado por um dever de reparação do causador do dano, fundado na responsabilidade civil.

O doutrinador Marcelo Abelha Rodrigues fala da compensação ambiental como técnica reparatória¹⁸². Inicia afirmando que um direito pode ser protegido antes, quando a tutela é específica e preventiva, ou depois da sua transgressão, quando se oferta ao titular do direito o próprio direito originariamente concebido. Sendo a proteção posterior à violação e ao dano gerado, conclui-se que só é possível a reparação do dano causado, que é sempre pior do que a tutela específica e sempre uma forma de compensar um prejuízo: “a reparação na verdade é uma compensação, porque, diante da certeza do prejuízo, ou a vítima é restituída do prejuízo por intermédio de uma

¹⁷⁶ Art. 1º, da Resolução CONAMA nº 10/87 e art. 1º, da Resolução CONAMA nº 02/96.

¹⁷⁷ BECHARA, Erika. *Uma contribuição...*, op. cit., p. 226.

¹⁷⁸ ARTIGAS, Priscila Santos. *Contribuição...*, op. cit., p. 46.

¹⁷⁹ Art. 225, §3º, da CRFB: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

¹⁸⁰ Art. 4º, VII, da Lei da PNMA.

¹⁸¹ A exposição de Erika Bechara se mostra uma das mais fundamentadas no sentido de assimilar a compensação ambiental como uma forma de reparação de danos ambientais futuros, como se vê in BECHARA, Erika. *Uma contribuição...*, op. cit., pp. 226-228.

¹⁸² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Aspectos...*, op. cit., pp. 9-10.

compensação/reparação *in natura* ou de uma reparação/compensação *in pecúnia*”. Assevera ainda que, se de um lado as medidas mitigatórias neutralizam o dano ambiental, as medidas compensatórias são aquelas que oferecem à coletividade um resultado compensatório pelos prejuízos inevitáveis: “logo, as técnicas reparatórias ofertam um ressarcimento *in natura* ou *in pecúnia*”.

A construção da teoria da natureza reparatória da compensação ambiental envolve ainda, conforme mencionado inicialmente, dois elementos capitais inseridos no contexto da compensação ambiental: fundamentação principiológica (princípios do usuário-pagador e/ou do poluidor-pagador) e a responsabilidade civil por danos ambientais futuros. Necessário se faz, portanto, tecer breves explicações acerca dos conceitos gerais destes elementos para a estruturação da tese corrente.

2.1.2.1. Os princípios do poluidor-pagador e do usuário-pagador

O PPP ¹⁸³ é um dos mais importantes valores do Direito do Ambiente, consolidando-se como o postulado essencial da matéria ¹⁸⁴. A importância deste preceito fica clara nos ensinamentos da doutrinadora Alexandra Aragão, que classifica os também muito relevantes princípios da prevenção e da precaução ¹⁸⁵, dentro outros, como subprincípios concretizadores do princípio normativo do PPP, que ela considera como “pedra angular da política comunitária do ambiente” ¹⁸⁶. Acrescenta-se que inicialmente o postulado era apenas um princípio econômico que objetivava alcançar a máxima eficácia na internalização dos custos ambientais, mas ascendeu posteriormente “a princípio geral de direito do ambiente, podendo considerar-se actualmente um princípio de ordem pública ecológica” ¹⁸⁷.

Há uma perigosa e infundada interpretação na leitura sinótica do postulado que consiste num gritante equívoco: considerar que o PPP significaria alguma espécie de

¹⁸³ Aparece pela primeira com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, conforme ensinado nas obras GADELHA, Marina Motta Benevides. *A aplicação...*, *op. cit.*, pp. 61 e ss; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *O princípio...*, *op. cit.*, pp. 2 e ss; e ARAGÃO, Alexandra. *O princípio do poluidor pagador: pedra...*, *op. cit.*, pp. 55 e ss.

¹⁸⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito...*, *op. cit.*, p. 327.

¹⁸⁵ Sobre eles PRIEUR, Michel. *Droit de L'environnement*. Paris: Dalloz, 4. ed., 2001, pp. 67 e ss, e 145 e ss; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito...*, *op. cit.*, pp. 89-120; MILARÉ, Édís. *Princípios...*, *op. cit.*, pp. 4-5; e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito...*, *op. cit.*, pp. 331-333.

¹⁸⁶ ARAGÃO, Alexandra. *O princípio do poluidor pagador: pedra...*, *op. cit.*, pp. 13-14.

¹⁸⁷ *Idem*, pp. 208-209.

permissão ou condição autorizativa de determinado processo que causa poluição mediante mero pagamento de valor financeiro. Em razão desta noção completamente errônea se faz necessário pontuar que este princípio ambiental é derivado de uma percepção econômica¹⁸⁸ e envolve o conceito das externalidades negativas ambientais.

As externalidades consistem nos fatores, sejam eles positivos ou negativos, que serão gerados indiretamente à sociedade ou ao ambiente por uma atividade econômica, cabendo ainda pontuar que raramente o produto final desta sofrerá alguma alteração de preço de mercado em razão daqueles, que são evidentemente incomensuráveis.

Marcelo Abelha Rodrigues elucida que as externalidades são os “reflexos sociais” benéficos ou maléficos ocasionados por determinado produto ou serviço, sendo que estas consequências sociais, por serem impossíveis de medir objetivamente, não estão de uma maneira geral embutidos no valor oferecido por aquele produto ou serviço. Assim, externalidades é a denominação que recebe um “desvio do mercado”¹⁸⁹.

Dentre os reflexos sociais oriundos da exploração da atividade econômica estão os impactos ambientais. Assim, as externalidades negativas ambientais são os fatores maléficos indiretamente (ou até diretamente, conforme o tipo de empreitada) gerados por um empreendimento com reflexo no meio ambiente.

Estas premissas das ciências econômicas, trazidas ao Direito do Ambiente, levam à consolidação do PPP, que prega que a atividade econômica deve englobar tais impactos nocivos ao meio ambiente que acompanham seu processo produtivo, o que é colocado pela doutrina como a internalização das externalidades ambientais negativas.

Conforme os ensinamentos do professor Édis Milaré, o PPP é inspirado nesta teoria econômica de que ao compor os custos de produção o empreendedor deve levar em consideração os custos sociais externos, como os resultantes das lesões ocasionadas ao meio ambiente¹⁹⁰. Acresce-se que também devem ser considerados os custos com as medidas ambientais preventivas.

A internalização dos custos ambientais justifica-se uma vez que a sua ausência significa um imensurável prejuízo à sociedade em razão dos danos efetivamente causados, em troca do lucro e crescimento do empreendedor poluidor¹⁹¹. A efetivação da

¹⁸⁸ Historicamente, o PPP tem “raízes ideológicas na Economia e não no Direito” in ARAGÃO, Alexandra. *O princípio do poluidor pagador: pedra...*, op. cit., p. 57.

¹⁸⁹ Termos da explicação in RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito...*, op. cit., p. 325.

¹⁹⁰ MILARÉ, Édis. *Princípios...*, op. cit., pp. 3-4.

¹⁹¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito...*, op. cit., p. 323.

internalização das externalidades negativas objetiva que os prejuízos ambientais não sejam mais sentidos pela sociedade, mas sim pelo seu causador ¹⁹².

Trata-se justamente do que preconiza a Declaração do Rio 92 ¹⁹³, mencionando expressamente o dever de promoção pelas autoridades da internalização dos custos ambientais e do uso de instrumentos econômicos, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no mercado em geral, considerando que o poluidor deve arcar com o custo da poluição ¹⁹⁴.

Imperioso ressaltar que o PPP, por vezes, se relaciona de maneira relativamente assimétrica na doutrina com o princípio do usuário-pagador. Paulo Affonso Leme Machado, por exemplo, considera que o princípio do usuário-pagador contém o PPP e sintetiza que este último é “aquele que obriga o poluidor a pagar a poluição que pode ser causada ou que já foi causada” ¹⁹⁵.

Marcelo Abelha Rodrigues, por sua vez, utiliza a nomenclatura do “princípio do poluidor/usuário-pagador” como sendo um dos valores fundamentais do Direito do Ambiente e explica que a expressão pode ser dividida em duas partes ¹⁹⁶. A parte do poluidor-pagador se refere à proteção da qualidade do bem ambiental “mediante a verificação prévia da possibilidade ou não de internalização dos custos ambientais no preço do produto”, até um nível que não mais se justifique economicamente a sua produção ou ao menos provoque a adoção de tecnologias limpas.

A segunda parte, do usuário pagador, teria a mesma concepção de imputação dos prejuízos sentidos pela sociedade ao seu causador, com a diferença que “as preocupações não se voltam mais à poluição do meio ambiente, mas ao uso dos bens ambientais”. Assim, o princípio do usuário-pagador obriga aquele que se beneficia econômica ou moralmente do meio ambiente, usando-o para seu exclusivo proveito em prejuízo dos demais (levando em conta a natureza difusa do meio ambiente), a arcar com

¹⁹² BECHARA, Erika. *Uma contribuição...*, *op. cit.*, p. 49.

¹⁹³ Princípio 16 da Declaração do Rio 92, *cit.*

¹⁹⁴ Em diversas normas internacionais são encontrados fundamentos do PPP, como as citadas in GADELHA, Marina Motta Benevides. *A aplicação...*, *op. cit.*, pp. 62 e ss.

¹⁹⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito...*, *op. cit.*, pp. 85 e ss.

¹⁹⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito...*, *op. cit.*, pp. 322 e ss., e 345 e ss.

os custos do “empréstimo” do bem ambiental, ainda que não haja efetivamente uma degradação ¹⁹⁷.

Não obstante, as diferenças dogmáticas de tratamento no relacionamento destes princípios jurídico-ambientais primordiais não prejudicam a construção doutrinariamente pacífica destes postulados com base na internalização das externalidades negativas provocadas, seja pelo uso ou pela poluição efetiva do bem ambiental.

Os adeptos da tese reparatória consideram, em sua maioria, a compensação ambiental como materialização do PPP, em congruência com as disposições nas normas que regem o instituto e positivam tal princípio. Como já demonstrado, tanto a CRFB institui a obrigação de reparação dos danos ambientais como a PNMA elege como seu objetivo a imposição ao empreendedor poluidor de recuperação e/ou indenização em razão das lesões proporcionadas.

A compensação ambiental, portanto, seria para esta corrente a chave para a consecução do PPP, por impor ao empreendedor o patrocínio de benefícios ambientais à sociedade em detrimento das degradações que comprovadamente causará, o que objetivamente se configura uma internalização de custos ambientais, ainda que indiretos, uma vez que a compensação nem sempre objetivará a área afetada do empreendimento compensador.

Por derradeiro, demonstrando a assimetria doutrinária outrora mencionada, cumpre ressaltar que a jurista Erika Bechara afasta categoricamente a associação da compensação ambiental ao princípio do usuário-pagador por considerar que a isto implicaria a assimilação da tese da natureza jurídica de preço público do instituto ¹⁹⁸, como se verá adiante.

Por outro lado, o professor Paulo Affonso Leme Machado faz a louvável ponderação que a atividade poluente se configura uma verdadeira apropriação pelo empreendedor poluidor dos direitos de outrem de gozar daquele recurso natural atingido inteiramente desprovido de qualquer indício de poluição. Pensando nesta apropriação, o autor considera que a compensação ambiental é efetivamente uma das formas de

¹⁹⁷ O mesmo autor ainda aponta a possibilidade, sem que se configure *bis in idem*, de ocorrer a responsabilização de arcar com os custos pelo uso e também pela poluição, in RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito...*, *op. cit.*, p. 345.

¹⁹⁸ “Aqueles que associam a compensação ambiental ao princípio do usuário-pagador, defendem que sua natureza jurídica é a de preço público”; e “Dessa forma, esposamos nossa conclusão de que a compensação ambiental não se reveste da natureza de preço público, tampouco encontra abrigo no princípio do usuário-pagador”, in BECHARA, Erika. *Uma contribuição...*, *op. cit.*, p 223 e 225.

implementação do princípio do usuário-pagador¹⁹⁹, que na realidade contém, conforme sua percepção, o PPP²⁰⁰.

Em concepção complementar às premissas estudadas sobre o postulado, é interessante observar que a relevante exposição feita por Édis Milaré²⁰¹ pode prejudicar a assimilação do PPP à compensação ambiental como forma de reparação de danos. Ele ratifica que o princípio não visa à tolerância à poluição mediante um preço, tampouco se limita a compensar os danos ambientais. Intenta, na realidade, evitá-los. Continua analisando gramaticalmente o princípio, concluindo que por ser poluidor-pagador (se poluiu, paga pelos danos) e não pagador-poluidor (se pagou, então pode poluir) não constitui uma admissão do direito de poluir. Pontua ainda que o PPP é que fundamenta a instituição de mecanismos que provocam a internalização dos custos ambientais na cadeia de produção e que estes mecanismos podem sim ter natureza reparatória. Porém, do PPP em si não decorre o fundamento para a reparação de danos, por também embasar mecanismos compensatórios e até mesmo preventivos²⁰². Em contrapartida a tal raciocínio, Paulo Affonso Leme Machado conclui pelo caráter preventivo, mas também reparatório do postulado, por impor ao poluidor a obrigação de arcar com a poluição que pode ser ou já foi causada²⁰³.

Em que pesem tais incongruências doutrinárias, os conceitos do postulado do poluidor/usuário-pagador são empregados pelos os defensores da tese corrente para embasar a compensação ambiental como uma forma de reparação dos danos ambientais causados pelo empreendedorismo, sendo que o instrumento compensatório funcionaria como um mecanismo de responsabilização do agente poluidor.

Contudo, são necessárias duas ressalvas. Primeiro que, conforme impõe a tese da natureza reparatória, trata-se de uma responsabilidade por danos que ainda não ocorreram. Segundo que, doutrinariamente, a responsabilização com embasamento no PPP

¹⁹⁹ “A compensação ambiental é uma das formas de se implementar o princípio usuário-pagador, antecipando possíveis cobranças por danos ambientais” in MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito...*, *op. cit.*, p 87 e pp. 1003 e ss.

²⁰⁰ Em complemento à discussão doutrinária relativa à associação da compensação ambiental ao princípio do usuário-pagador, cabe destacar que o STF também a faz, sem, contudo, filiar-se à tese da compreensão da compensação ambiental como um preço-público, mas sim à de que o SNUC institui um compartilhamento-compensação, como se vê na Ementa do acórdão na ADI 3.378-6: “(...) 3. O art. 36 da Lei nº 9.985/2000 densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica (...)”; *cit.*

²⁰¹ MILARÉ, Édis. *Princípios...*, *op. cit.*, p. 4.

²⁰² MILARÉ, Édis; *et. al. Compensação...*, *op. cit.*, p. 2.

²⁰³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito...*, *op. cit.*, pp. 85 e ss.

não é pacífica. Dessa forma, antes de aprofundar nesta teoria, é preciso percorrer, ainda que rapidamente, pelos preceitos da responsabilização ambiental e, a partir desta, compreender algumas formas de concepção do PPP.

2.1.2.2. Responsabilidade civil por danos ambientais no Brasil

O texto constitucional concernente à matéria de tutela ambiental institui uma tríplice responsabilização e destaca a grande importância das responsabilidades penal, administrativa e civil na tutela jurídica do meio ambiente. Por impor ao causador de um dano jurídico a outrem o dever de repará-lo, a responsabilização na esfera civil é, sem dúvida, a mais relevante para o estudo da compensação ambiental, com a obrigação de reparação dos danos causados independentemente da cominação de outros tipos de sanções²⁰⁴.

A responsabilidade civil no direito brasileiro com o antigo Código Civil de 1916, sinteticamente, pressupunha uma composição obrigatória formada por quatro requisitos: ação ou omissão, dano, nexos de causalidade e dolo ou culpa. Previa-se, portanto, unicamente a responsabilidade civil subjetiva, na qual a presença de todos os quatro elementos era mandatória. Com a entrada em vigor do Diploma civilista atual²⁰⁵, verifica-se que permanece o prevalecimento da teoria subjetiva, que exige, além do dano e do nexos causal, a comprovação da negligência, imprudência ou imperícia²⁰⁶, a não ser que haja previsão legal em contrário.

Apesar de não haver objetivamente uma especificação constitucional quanto ao regime de responsabilização ambiental, a Carta Magna aborda a responsabilidade pelo dano ao ambiente logo após o reconhecimento do direito ao ambiente sadio como um direito fundamental²⁰⁷. Esta responsabilidade assume o papel específico de servir à reparação de lesões ambientais com a proteção dos ecossistemas, independentemente das atividades econômicas desenvolvidas e de regimes de apropriação públicos e privados, de

²⁰⁴ Art. 225, §3º, da CRFB.

²⁰⁵ Art. 927, *caput*, c/c arts. 186 e 187, todos da Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

²⁰⁶ BEDRAN, Karina Marcos; MAYER, Elizabeth. *A responsabilidade civil por danos ambientais no direito brasileiro e comparado: Teoria do Risco Criado versus Teoria do Risco Integral*. Belo Horizonte: Veredas do Direito, v.10, n.19, pp.45-88, 2013, pp. 47-48.

²⁰⁷ Art. 225, §§ 2º e 3º, da CRFB.

forma que a função social da responsabilização civil pelo dano ambiental “ultrapassa as finalidades punitiva, preventiva e reparatória”²⁰⁸.

Os preceitos constitucionais servem de “fundamento axiológico”²⁰⁹ para a responsabilidade civil pelo dano ambiental e a previsão de seu regime, que lá não foi abordado, tem sua positivação nas disposições expressas da PNMA. A Lei nº 6.938/1981 impõe ao poluidor a obrigação de reparar ou indenizar as lesões causadas ao ambiente e a terceiros em razão de sua atividade independentemente da existência de culpa, instituindo, assim, a responsabilidade objetiva pela reparação dos danos ao meio ambiente²¹⁰.

Por patrocinar uma atividade que envolve sérios riscos à saúde da coletividade e ao equilíbrio do meio ambiente, a doutrina brasileira majoritária²¹¹ entende que deve ser imposta ao empreendedor não só a obrigação de prevenir tais riscos, conforme o princípio ambiental da prevenção, mas também a de incorporar em seus processos produtivos os custos com prevenção, controle e reparação de impactos ambientais, impedindo a socialização destes riscos, em atendimento ao PPP²¹².

Neste contexto, enfatiza-se a essencialidade existencial dos recursos naturais para a vida humana, realidade irrefutável que provoca uma enorme e absolutamente justificável carga de responsabilização ao empreendedor que intenta empregar processos que exercem grande influência nos recursos naturais ou desenvolver atividade efetivamente danosa ao ambiente, ainda que esta tenha um alto nível de utilidade social.

A primeira lógica que se deseja com a reclamação da responsabilidade civil consiste na reparação do dano ambiental causado mediante a restituição dos elementos naturais afetados ao seu estado anterior, sendo que a indenização terá lugar quando esta não for possível²¹³. A situação desejável é a do equilíbrio, conciliando os direitos e os

²⁰⁸ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 155.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ Art. 14, §1º da Lei da PNMA: “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade (...)”.

²¹¹ Há uma intensa discussão doutrinária acerca da teoria do risco criado e da teoria do risco integral, mérito no qual a presente pesquisa não intenta adentrar, bastando apenas a constatação de que a responsabilidade civil ambiental é em regra, conforme melhor doutrina, objetiva. Sobre o tema, sugere-se BEDRAN, Karina Marcos; *et. al. A responsabilidade...*, *op. cit.*, bem como a obra BAHIA, Carolina Medeiros. *Nexo...*, *op. cit.*, p. 102.

²¹² STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 168.

²¹³ Tradução livre de explicação inserida na análise da responsabilidade civil por dano ecológico no direito espanhol in FRAGA, Jesús Jordano. *Responsabilidad civil por daños al medio ambiente en Derecho público: última jurisprudencia y algunas reflexiones de lege data y contra lege ferenda*. In *Revista española de Derecho administrativo*. Madrid: Civitas, n. 107, jul/set, pp. 351-371, 2000, p. 354.

deveres para com seus semelhantes, sendo que, quando ocorrer um conflito de interesses, deve prevalecer o interesse da coletividade²¹⁴. Esta linha de pensamento, fundada na imprescindibilidade dos bens ambientais à existência humana, aliada às previsões da CRFB e da PNMA, sustenta a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva nas ocorrências de dano ambiental.

Por ser objetiva e não depender da comprovação de dolo ou culpa, a grande problemática na responsabilização civil ambiental envolve o nexo de causalidade²¹⁵, que em matéria ambiental está suscetível à provocação de situações dúbias uma vez que o dano ambiental pode ser resultado de várias causas, concorrentes, simultâneas ou sucessivas, sendo que dificilmente se terá uma fonte única e linear²¹⁶.

Desta maneira, em algumas situações fáticas de lesão ambiental, a aferição do nexo de causalidade poderia ser feita “a partir de juízos de adequação social”, em que várias causas (como as consideradas de força maior, a exemplo de tempestades, terremotos, tufões, etc.) concorrem para o dano, operando-se a exclusão do nexo causal e implicando a não responsabilização²¹⁷.

Quanto a esta questão, Annelise Monteiro Steigleder elucida que para a eficiência da responsabilidade civil ambiental na prevenção e reparação de danos ambientais inerente a uma sociedade de risco é necessária a alteração “dos critérios jurídicos para a delimitação da causalidade”, reconhecendo-se que esses danos se processam por meio de um “percurso causal muitas vezes oculto”, sendo impossível a certeza científica a respeito da causa destes danos²¹⁸.

²¹⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 6 ed., 1979, pp. 78-79.

²¹⁵ A respeito desta questão na legislação portuguesa: OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *A prova do nexo de causalidade na lei da responsabilidade ambiental*. In GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago (org.). *Actas do Colóquio – A responsabilidade Civil por dano ambiental*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 172-193, 2010.

²¹⁶ Sobre este tema, recomenda-se a tese de doutoramento de Carolina Medeiros Bahia, que relaciona medidas para o “equacionamento das dificuldades para a identificação e comprovação do nexo causal na esfera ambiental” in BAHIA, Carolina Medeiros. *Nexo... op. cit.*, pp. 208 e ss.

²¹⁷ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade... op. cit.*, p. 171.

²¹⁸ Frisando previamente que maiores aprofundamentos quanto às teorias do risco criado e do risco integral fugiriam do propósito da matéria em estudo, pontua-se, sinoticamente, que um dos critérios de imputação que tem sido bem aplicado no Brasil, doutrinária e judicialmente, é a teoria do risco integral. Nela assume-se que “a criação de um risco seria suficiente para a imputação, sem a exigência de se comprovar que a atividade guarda adequação causal adequada com o dano ou possui vínculo direto com este”, como expõe Annelise Monteiro Steigleder in STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade... op. cit.*, pp. 173-174.

2.1.2.3. O PPP e a responsabilização ambiental

Imprescindível ressaltar que para a associação dos dois conceitos aqui trabalhados na teoria em tela, quais sejam o PPP e a responsabilidade civil, é imperativo direcionar a concepção que se tem do primeiro. Tal necessidade se deve ao fato de que há mais uma dessimetria, além das já comentadas, quanto ao PPP, na qual parte da doutrina o vislumbra como fundamento da responsabilização ambiental e outra rejeita esta premissa, o concebendo com um enfoque preventivo e precaucional.

Alexandra Aragão defende que o PPP “não se reconduz a um simples princípio de responsabilidade civil”²¹⁹, considerando que a finalidade originalmente a ele atribuída é a prevenção. Sendo assim, tal princípio possui fim último preventivo da poluição futura e não a reparação de danos, de forma que o PPP não fora proposto para solucionar conflito entre lesantes e lesados, mas sim para auxiliar na regulamentação do uso dos bens da coletividade²²⁰. No mesmo sentido, José Joaquim Gomes CANOTILHO afirma que o PPP, por envolver e/ou focar diferentes dimensões não enquadráveis na responsabilização civil, não se identifica com esta²²¹.

Esta interpretação preventiva do princípio em questão é mais fortemente defendida em Portugal, a exemplo dos autores portugueses citados, sendo que a doutrina brasileira é mais receptiva ao alargamento da incidência do PPP²²², assumindo sua “faceta preventiva”, mas também o assimilando com um “potencial reparador”, importando na indenização por danos ambientais e conseqüentemente na responsabilização civil pela poluição.

Com efeito, Édis Milaré assevera que a reparação civil do dano ambiental constitui a manifestação mais evidente do PPP, apesar deste também alcançar medidas de cunho preventivo e repressivo²²³. Com o PPP, os prejuízos provocados e geralmente sentidos somente pela sociedade em geral devem ser assumidos pelo empreendedor, imputando-se ao poluidor o custo social da poluição por ele gerada, como um mecanismo

²¹⁹ ARAGÃO, Alexandra. *O princípio do poluidor pagador: pedra...*, op. cit., pp. 108.

²²⁰ *Idem*, pp. 112 e 41, respectivamente.

²²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A responsabilidade por danos ambientais: aproximação juspublicística*. In AMARAL, Diogo de Freitas; TAVARES DE ALMEIDA; Marta (coord.). *Direito do Ambiente*. Oeiras: Instituto de administração, pp. 397-708, 1994, pp. 400 e ss.

²²² Como expõe didaticamente Marina Gadelha, que se filia à concepção preventiva do PPP in GADELHA, Marina Motta Benevides. *A aplicação...*, op. cit., pp. 67-70.

²²³ MILARÉ, Édis. *Direito...*, op. cit., pp. 881 e ss.

de responsabilização pelo dano ecológico ²²⁴. Para Antonio Herman V. Benjamin, a instituição da responsabilidade civil objetiva na PNMA incorporou o caráter reparador do PPP ²²⁵, sendo que este influencia diretamente no regime de responsabilização por danos ambientais ²²⁶. Roberta Fraser, em investigação sobre as medidas compensatórias em Portugal, também defende que o fundamento primordial da compensação *ex ante* acaba por ser o PPP, e não o princípio da responsabilidade ²²⁷.

Para Annelise Monteiro Steigleder, o PPP exerce papel importante na responsabilização por danos ambientais ²²⁸, sendo elencado como um dos três princípios informativos das funções da responsabilidade civil ambiental, ao lado da solidariedade com o futuro e os princípios da precaução e da prevenção.

Desse modo, a internalização das externalidades ambientais negativas representa a terceira função que se impõe à responsabilidade civil ambiental, desempenhando papel precaucional e preventivo no momento em que os riscos ambientais são produzidos e permitindo a imposição tanto de obrigações de fazer e de não fazer capazes de gerenciar estes riscos, incorporando-os na cadeia produtiva, quanto de compensação de futuros impactos negativos decorrentes da atividade ²²⁹. Com a percepção da reparação como última *ratio* do PPP, fundamenta-se a proposição da natureza reparatória da compensação ambiental, consubstanciada na responsabilidade civil.

2.1.2.4. A natureza reparatória por danos futuros da compensação ambiental

A responsabilização na esfera civil, como já exposto, é a mais relevante para a compensação ambiental dentre a tríplice responsabilização elevada constitucionalmente, sendo fundamental para a construção da tese natureza reparatória. Ocorre que a responsabilidade civil, à qual sempre está atrelada a reparação de danos ²³⁰, pressupõe a

²²⁴ MILARÉ, Édis. *Princípios...*, *op. cit.*, pp. 3-4.

²²⁵ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *O princípio...*, *op. cit.*, p. 9.

²²⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais - Revista de Direito Ambiental nº 9/5. 1998, p. 94.

²²⁷ FRASER, Roberta Tourinho Dantas. *Medidas Compensatórias e a Tutela da Biodiversidade: Enquadramento Jurídico, Aplicabilidade e Desafios de Operacionalização no Âmbito do Setor Elétrico*. Dissertação de mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2015, p. 20.

²²⁸ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 159 e ss.

²²⁹ *Idem*, p. 170.

²³⁰ BECHARA, Erika. *Uma contribuição...*, *op. cit.*, p. 233.

ocorrência concreta do dano. Trata-se justamente do maior questionamento feito pelos opositores desta teoria.

A compensação ambiental do SNUC realmente não impõe uma obrigação de financiamento em razão de um dano já ocorrido. E uma vez que não há dano efetivo, não haveria que se falar em reparação, pois “no processo de licenciamento ambiental, por óbvio, inexistente ato ilícito capaz de ensejar a caracterização de uma indenização”²³¹, como afirma Sérgio Guerra. No mesmo sentido, Édis Milaré e Priscila Santos Artigas confirmam: “para se determinar a reparação por um dano, não se pode prescindir do pressuposto do efetivo dano ao meio ambiente”²³².

Neste contexto, pontua-se que há um movimento doutrinário em formação no Direito Ambiental defendendo a existência da responsabilidade civil preventiva com atuação antes da ocorrência da lesão efetiva, com a mera colocação do meio ambiente em risco, superando alguns dogmas da tradicional estrutura da responsabilidade civil²³³. Contudo, esta corrente, que pode constituir uma flexibilização estrutural muito significativa e até duvidosa do instituto da responsabilidade civil, não se faz necessária para a aceitação da compensação como técnica reparadora de danos futuros.

Neste ponto, Erika Bechara rejeita a responsabilidade civil preventiva em função de simples riscos, alegando que danos futuros não constituem meros riscos que podem ou não um dia virarem realidade, mas sim lesões posteriores cientificamente comprovadas. A diferença é fundamental, considerando que danos futuros irão invariavelmente acontecer, são danos certos, porém ainda não concretizados²³⁴, cuja ocorrência se funda em estudos técnicos que permitem a comprovação da concretização futura.

Por fim, assevera que, ainda que a certeza do dano não tenha a mesma força que o dano concreto e atual, a reparação de danos futuros, desde que certos e não hipotéticos (como os riscos), é largamente aceita na doutrina²³⁵. Seria possível, assim, a

²³¹ Sérgio Guerra, ao rejeitar a hipótese da natureza reparatória da compensação ambiental, asseverando ainda que o empreendedor, no licenciamento, não comete qualquer das condutas tipificadas na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei de Crimes Ambientais), não sendo, portanto, um infrator ao qual se justificaria a imputação de uma responsabilidade civil por dano ambiental *in* GUERRA, Sérgio. *Compensação...*, *op. cit.*, p. 137.

²³² MILARÉ, Édis; *et. al.* *Compensação...*, *op. cit.*, p. 5.

²³³ BECHARA, Erika. *Uma contribuição...*, *op. cit.*, p. 234.

²³⁴ *Idem*, pp. 234-235.

²³⁵ Erika Bechara levanta uma série de autores que admitem a reparação de danos futuros, desde que certos *in* *Idem*, *op. cit.*, pp. 235-236.

responsabilização civil por danos futuros, embasando a natureza reparatória da compensação ambiental na medida em que a não ocorrência prévia do dano não seria mais obstáculo. A ocorrência do dano é certa e irrefutável, sendo suficiente para ensejar a responsabilidade civil.

Reunindo os conceitos aqui trabalhados, na teoria da natureza reparatória por danos futuros da compensação ambiental pressupõe-se que a obrigação imposta ao empreendedor de compensar os impactos ambientais que sua atividade origina por meio do financiamento às unidades de conservação é uma forma de impor ao poluidor a internalização da externalidade negativa que consiste naqueles impactos ambientais. Desse modo, compreendendo a compensação como concretizadora do PPP, na medida em que impõe ao empreendedor poluidor a incorporação dos custos ambientais e impede a socialização destes custos, e assimilando o PPP como uma das acepções da responsabilidade civil ambiental, vislumbra-se a responsabilização civil do licenciante pelos danos que certamente ocorrerão, conforme comprovação científica por meio de relatórios técnicos. Todo este raciocínio aponta para a natureza jurídica reparatória da compensação ambiental.

Neste sentido, em sua obra especificamente concernente à responsabilidade civil ambiental, Annelise Monteiro Steigleder afirma pontualmente que o princípio da responsabilização civil por danos ambientais futuros constitui o fundamento para a compensação ambiental, sendo estes danos aqueles considerados não mitigáveis e identificados no âmbito do licenciamento ambiental, ou seja, antes mesmo de sua ocorrência concreta ²³⁶.

Contudo, são várias as críticas que pairam sobre a corrente reparatória, conforme se vê na obra de Priscila Santos Artigas ²³⁷. Em uma delas analisa-se o plano da aplicação da compensação ambiental, na qual afirma-se que a compreensão da compensação ambiental como uma espécie de indenização por danos futuros faz com que a fixação do valor devido fique inevitavelmente nas mãos e ao exclusivo critério dos órgãos licenciadores, abrindo margem para abusos e oportunismos.

²³⁶ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 229.

²³⁷ Retiradas do trecho da dissertação de doutoramento de Priscila Santos Artigas reservada às “críticas à corrente que concebe a natureza jurídica reparatória da compensação ambiental” in ARTIGAS, Priscila Santos. *Contribuição...*, *op. cit.*, pp. 50 e ss.

Também se questiona o fato de que, se a intenção legislativa com a compensação ambiental era indenizatória, o cálculo deveria seguir as regras do Diploma Civil²³⁸ e ser medido conforme a extensão do dano, o que se tornaria impraticável uma vez que tal medição é impossível em um dano que ainda não se concretizou.

Ainda quanto à valoração econômica do eventual dano a ser reparado, mesmo que antecipadamente, se a compensação ambiental necessita de correspondência financeira exata aos possíveis danos a serem causados é atribuída ao licenciamento ambiental e aos relatórios técnicos uma complexidade ainda maior do que a já existente. Tal situação pode ensejar o risco de “perpetuar discussões técnicas e jurídicas quanto aos valores calculados e despendidos a título de compensação ambiental – quando das licenças prévia e de instalação – e sua correspondência com a valoração econômica do dano a ser futuramente caracterizado”²³⁹.

Com relação à responsabilização civil, a doutrina contrária argumenta que fica prejudicada a sua construção no âmbito da compensação ambiental por não estarem presentes todos os elementos. A responsabilidade é objetiva então está afastada a culpabilidade. E se o dano ainda não ocorreu, extrai-se não só o requisito do dano como também, conseqüentemente, o nexa causal, não restando fundamentos suficientes para a responsabilização civil. Seria, portanto, para os arguentes, inadequado tratar a compensação ambiental no contexto da responsabilidade civil por estarem ausentes, ou postergados para um futuro nem sempre certo, os pressupostos essenciais para a sua caracterização²⁴⁰.

2.1.3. Natureza jurídica de preço público e o princípio do usuário-pagador

Outra hipótese é levantada por uma corrente que, apesar de ser minoritária, merece referência na presente pesquisa. De maneira sintética, pode-se asseverar que os filiados a esta tese alegam que a compensação ambiental deve ser considerada como um preço público, uma vez que o empreendedor estaria na realidade remunerando a União

²³⁸ Art. 944, do Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

²³⁹ MACIEL, Marcela Albuquerque. *Compensação...*, *op. cit.*, pp. 106-107.

²⁴⁰ Críticas de Marcela Maciel, que ainda conclui: “A compensação ambiental não visa, desse modo, reparar danos. Não objetiva também somente a compensação de impactos, pois incentiva a sua redução, evitando que possíveis danos venham a ocorrer. Seu escopo é, portanto, preventivo, orientado para o futuro, e não reparatório, voltado para o passado” *in idem*, p. 113.

Federal pela exploração ou pelo uso de um bem público, com a prestação de um serviço não especificamente estatal, empregando atividade de natureza comercial ²⁴¹.

Nesta argumentação a compensação ambiental é associada ao princípio do usuário-pagador, na medida em que o empreendedor que se utiliza dos recursos naturais obtém benefício próprio no desenvolvimento de sua atividade econômica, devendo, por este motivo, pagar uma contribuição em compensação ²⁴². Tal concepção converge com a aclaração de Paulo Affonso Leme Machado sobre o princípio do usuário-pagador, no qual o uso gratuito do ambiente pelo poluidor representa um “enriquecimento ilegítimo do usuário”, uma vez que se onera a comunidade que não faz o uso daquele recurso natural afetado ou que o faz em escala menor ²⁴³.

O preço público consiste na remuneração de um ente estatal pela exploração ou uso de um bem ou serviço público não essencial por um particular. A remuneração é fixada pelo Poder Público para os “serviços impróprios do Estado” que são prestados por concessionários, permissionários ou autorizatários, sendo que nas duas primeiras hipóteses o preço público também é chamado de tarifa ²⁴⁴. Assim, a compensação ambiental constituiria um valor cobrado no licenciamento pela utilização dos bens ambientais pelos empreendedores. Neste pensamento, o jurista Ricardo Carneiro desenvolve o raciocínio de que o uso de recursos naturais por parte das atividades econômicas produtivas implica uma inevitável interferência no equilíbrio ecológico de um bem de titularidade difusa, qual seja o meio ambiente, o que constituiria uma apropriação privada deste bem ambiental sem que a coletividade seja devidamente compensada. Tal situação consistiria no “fundamento mediato da implementação de medidas compensatórias”, com a imposição ao usuário de contribuição financeira em razão do uso de recursos naturais para finalidades econômicas ²⁴⁵.

²⁴¹ Explicação de Sérgio Guerra, apesar de se filiar à tese da compensação ambiental como um tributo, *in* GUERRA, Sérgio. *Compensação...*, *op. cit.*, p. 137.

²⁴² Associação de Erika Bechara, ao mencionar a proposição da compensação ambiental como preço público, embora seja adepta à tese da reparação por danos futuros *in* BECHARA, Erika. *Uma contribuição...*, *op. cit.*, p. 221.

²⁴³ Conforme explanação do autor que, vale frisar, defende a associação da compensação ambiental ao princípio do usuário-pagador sem, contudo, admitir sua caracterização como preço público *in* MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito...*, *op. cit.*, p. 85.

²⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; *et. al.* *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 42 ed., atual. até a Emenda Constitucional 90 de 15/09/2015, 2015, p. 287.

²⁴⁵ CARNEIRO, Ricardo. *A Reserva Particular do Patrimônio Natural – RPPN como beneficiária da compensação ambiental prevista na Lei 9.985/2000*. *In* FIGUEIREDO, Guilherme Purvin de (coord.). *Direito Ambiental em debate*. Rio de Janeiro: Esplanada, vol. 1, pp. 279-289, 2004, pp. 282 e ss.

O autor ainda rejeita a elevação do PPP no contexto da compensação ambiental, posto que, em sua análise, não se cuida de dano ambiental com a compensação do SNUC, sendo que as medidas compensatórias não têm caráter reparatório e sim retributivo. Assim as medidas compensatórias teriam base no princípio do usuário-pagador, exigindo contrapartida do empreendedor “pelo uso regular e lícito dos recursos ambientais”²⁴⁶.

A tese é minoritária e sofre diversas críticas. Erika Bechara alega que tal raciocínio reduz a compensação ambiental a uma mera contraprestação pela utilização de recursos naturais, quando, na realidade, atinge até mesmo os empreendimentos que não realizam o uso ou a exploração de bens ambientais, sendo bem mais abrangente. Contesta ainda a tese em razão da finalidade da compensação do SNUC, que não é a de pagar ao Estado uma contrapartida em razão do uso ou exploração de um bem público ou de caráter difuso, mas sim compensar os danos que serão causados ao meio ambiente, motivo pelo qual, em sua visão, não se presta ao fundamento do princípio do usuário-pagador²⁴⁷. Corroborando para rejeitar tal teoria, a jurista Marcela Albuquerque Maciel raciocina que a compensação existe de forma independente ao preço público, sendo que a compensação ambiental não tem pressuposto no uso de bens ambientais, mas no o impacto ambiental negativo não mitigável, e pode, inclusive, ser cumulada com eventual preço público²⁴⁸.

Com efeito, afastando a compensação ambiental do manto do princípio do usuário-pagador, Erika Bechara é precisa ao afirmar que não consiste finalidade daquela a de pagar ao Estado determinada contrapartida pelo uso ou exploração de bem público ou difuso, mas sim de compensar os prejuízos ambientais que serão causados por empreendimentos, “que o estado da arte não consegue afastar”²⁴⁹.

2.1.4. Natureza jurídica retributiva

Cumprе mencionar, ainda que brevemente, a interessante exposição de Azor El Achkar²⁵⁰, que rechaça as possibilidades de enquadramento da compensação ambiental em espécie tributária, bem como a natureza indenizatória ou reparatória do instrumento.

²⁴⁶ CARNEIRO, Ricardo. *A Reserva...*, *op. cit.*, pp. 282 e ss.

²⁴⁷ BECHARA, Erika. *Uma contribuição...*, *op. cit.*, pp. 224-225.

²⁴⁸ MACIEL, Marcela Albuquerque. *Compensação...*, *op. cit.*, p. 102.

²⁴⁹ BECHARA, Erika. *Uma contribuição...*, *op. cit.*, p. 224.

²⁵⁰ ACHKAR, Azor El. *A compensação...*, *op. cit.*, pp. 111 e ss.

Considera que a instituição da compensação do SNUC está intimamente ligada ao uso de recurso ambiental, bem de uso comum do povo e de caráter difuso. O impacto negativo sofrido pelo bem ambiental em detrimento desta utilização corresponde a uma limitação de uso coletivo e perda de qualidade em razão do desenvolvimento de atividade econômica, devidamente comprovadas pelo estudo técnico.

A hipótese vislumbra o PPP sem funcionar como preconizador da responsabilidade civil, mas com a função de se exigir do empreendedor responsável pelas atividades produtivas a internalização dos custos ambientais provenientes do exercício regular de seu direito constitucional aos meios de produção, retribuindo à coletividade a perda ambiental causada²⁵¹. A situação não configuraria dessa forma um dano, presente ou futuro, mas sim uma alteração ambiental autorizada, tanto pelo órgão ambiental quanto pela sociedade. Assim, a compensação teria natureza jurídica retributiva, confirmada, de acordo a visão de Achkar, pelo princípio do usuário-pagador, “corolário” do PPP, significando o “uso consentido e aceitável de recursos naturais e o pagamento como contrapartida”²⁵².

2.1.5. A compensação ambiental como compartilhamento de despesas

Como já amplamente mencionado, o STF no julgamento da ADI nº 3.378-6 DF não faz o aprofundamento devido no debate concernente à natureza jurídica da compensação ambiental e, por conseguinte, não inclui na ementa do acórdão qualquer definição neste sentido.

Percebe-se pelo inteiro teor do julgamento da ADI nº 3.378-6 DF que em dado momento se desenhou um bom debate neste tema com as indagações do Ministro Marco Aurélio Mello que, em seu voto, considera que a incidência de percentual a ser estabelecido pelo órgão ambiental sem haver especificação do que se entende na base de cálculo nos custos totais do empreendimento caminha para a fixação de uma indenização, sem o conhecimento do dano causado. O Ministro critica, portanto, a construção da compensação ambiental na forma da Lei SNUC por considerar que se assemelharia a uma

²⁵¹ ACHKAR, Azor El. *A compensação...*, *op. cit.*, p. 112.

²⁵² *Ibidem*.

indenização: “não posso, por mais que esforce, por mais que seja tentado a votar no sentido da preservação do meio ambiente, imaginar indenização sem dano”²⁵³.

Por outro lado, o Ministro relator Carlos Ayres Britto faz alusão ao princípio do usuário-pagador, segundo o qual a responsabilização social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica independe da comprovação de ato infracional pelo empreendedor poluidor. Desse modo, a compensação nos termos da Lei do SNUC não estruturaria uma indenização, mas verdadeiramente “uma forma de compartilhamento de despesas com as medidas oficiais de específica prevenção ante empreendimentos de significativo impacto ambiental”²⁵⁴.

Ao final, prevaleceu o voto do relator Carlos Ayres Britto, sendo que o STF entendeu, por maioria de votos, que na instituição do SNUC criou-se um compartilhamento dos custos relativos às medidas institucionais e às de prevenção, que se fazem necessárias diante de uma atividade ambientalmente danosa. Todavia, manteve-se indeterminada, sem o devido aprofundamento, a questão levantada naquela ação judicial atinente à natureza jurídica da compensação ambiental.

Observa-se que o STF associa expressamente a compensação do SNUC ao princípio do usuário-pagador, considerando-o como “um mecanismo de assunção da responsabilidade social partilhada pelos custos ambientais derivados da atividade econômica”. Segue na linha de pensamento de Paulo Affonso Leme Machado, que ensina que para a instituição de obrigação de pagamento pelo uso de determinado recurso ou pela sua poluição não há a necessidade de comprovação de ato infracional pelo empreendedor, afastando o caráter punitivo do princípio do usuário-pagador²⁵⁵.

Assim, a Suprema Corte, entendendo que o fato de não existir concretamente um dano ambiental efetivo não pode isentar o empreendedor de partilhar os custos das medidas preventivas dos impactos ambientais decorrentes da implantação de empreitada econômica, denomina a compensação ambiental como um “compartilhamento-compensação”, que densifica o princípio do usuário-pagador.

²⁵³ Voto vista do Ministro Marco Aurélio Mello, no inteiro teor do acórdão da ADI nº 3.378-6 DF..., *cit.*, pp. 2-5.

²⁵⁴ Item 10 do voto do relator Ministro Carlos Ayres Britto, no inteiro teor do acórdão da ADI nº 3.378-6 DF..., *cit.*, pp. 2 e ss.

²⁵⁵ O Ministro relator fundamenta-se na lição de Paulo Affonso Leme Machado: “O princípio usuário-pagador não é uma punição, pois mesmo não existindo qualquer ilicitude no comportamento do pagados ele pode ser implementado. Assim, para tornar obrigatório o pagamento pelo uso do recurso ou pela sua poluição não há a necessidade de ser provado que o usuário e o poluidor estão cometendo faltas ou infrações” *in* MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito...*, *op. cit.*, p 86.

Referente a esta forma diferenciada de tratamento, fica claro que o STF não se filiou a nenhuma das vertentes já existentes no tocante à natureza jurídica da compensação ambiental. A aproximação da compensação do SNUC à ideia da instituição de uma indenização é afastada tanto pelo voto do relator quanto pelo voto divergente, sendo que não se analisa a tese da natureza tributária, nem a classificação como um preço público, tampouco é abordado o raciocínio da responsabilidade civil pela reparação por danos futuros e certos.

Isso não significa dizer que a Suprema Corte solucionou a questão levantada neste Capítulo, revestindo a compensação ambiental da natureza jurídica de “compartilhamento-compensação”. Na realidade o posicionamento proferido no STF reveste a compensação de seu próprio fim. Ao denominar e defender a compensação do SNUC como um compartilhamento de despesas, o acórdão aqui estudado remete o instrumento compensatório ao princípio constitucional da cooperação ambiental ²⁵⁶, segundo o qual a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sua preservação para as presentes e futuras gerações constituem obrigações tanto do Poder Público quanto da coletividade ²⁵⁷.

O doutrinador Édis Milaré chama tal postulado de “princípio da participação comunitária”, e leciona que por ele afirma-se a ideia de que a cooperação entre o Estado e a sociedade é fundamental para a resolução das problemáticas ambientais, devendo-se envolver a participação de todas as categorias sociais na formulação e na execução da política ambiental. Uma vez que o direito ao ambiente equilibrado é de todos, deve ser enfatizada a participação de diferentes classes da população e de todas as forças sociais para que contribuam da melhor forma para a proteção e melhoria do ambiente, aliados ao esforço do Poder Público, todos conscientes de suas responsabilidades ²⁵⁸.

O STF, portanto, eleva tal postulado constitucional da cooperação no contexto da compensação do SNUC, considerando-a como um “compartilhamento-compensação”. Trata-se de uma realidade inegável que, contudo, não constitui propriamente a natureza jurídica da compensação ambiental, mas uma sim característica de sua estruturação ou ainda uma conseqüência de sua aplicação. Basta avaliar que no acórdão da ADI nº 3.378-6

²⁵⁶ Paulo Affonso Leme Machado o denomina de “princípio da participação”. Mais detalhes *in* MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito...*, *op. cit.*, pp. 127 e ss. Paula Cerski Lavratti fala em princípio da colaboração *in* LAVRATTI, Paula Cerski. *El derecho...*, *op. cit.*, pp. 92-98.

²⁵⁷ Art. 225, *caput*, da CRFB.

²⁵⁸ MILARÉ, Édis. *Princípios...*, *op. cit.*, p. 3.

DF, em que pesem os debates acerca da compensação ambiental como uma indenização, a afirmação de sua instituição como compartilhamento de despesas em momento algum se propôs explicitamente a constituir sua natureza jurídica.

Dessa forma, o Tribunal guardião da Constituição simplesmente considerou a compensação ambiental como uma obrigação fundada na responsabilidade compartilhada entre o Poder Público e empreendedores na defesa do meio ambiente, sendo que o compartilhamento de despesas corresponde ao próprio objetivo daquela, e não precisamente a uma natureza jurídica ²⁵⁹.

2.2. Contributo à discussão da natureza jurídica da compensação ambiental

Mais fácil do que destacar a importância da definição da natureza jurídica de determinado instrumento jurídico é perceber o prejuízo que decorre de sua ausência. É nítido que a compensação ambiental do SNUC encontra-se atualmente em uma espécie de limbo jurídico no ordenamento brasileiro, sendo que seu emprego fica extremamente prejudicado e sujeito às diversas distorções que ainda serão aqui tratadas.

Muito embora se verifique que a estruturação da compensação ambiental recai na definição de tributo definida legalmente, parece muito vaga a construção de uma complexa tese de natureza jurídica tributária unicamente com base na correspondência com o conceito definido no CTN. Não que se possa alegar uma mera coincidência com a definição ali constituída, mas considerando-se todos outros requisitos essenciais de um tributo na legislação brasileira, conforme abordado no decorrer deste Capítulo, e como os próprios defensores da tese da natureza tributária da compensação ambiental reconhecem, é perceptível que faltam à medida aqui estudada diversas condições para a sua constituição efetivamente como uma forma de tributação, evidenciando a complexidade e fragilidade da hipótese.

A consideração da compensação ambiental como um tributo resultaria em claras inconstitucionalidades, sendo a principal delas a instituição de forma de cálculo que permite uma variação de acordo com o significativo impacto ao ambiente de cada empreendimento, sendo mensurada, ao final, não por lei, mas pelo órgão administrativo ambiental. Tal condição irrefutável transgreda a vedação de exigência ou majoração de

²⁵⁹ ARTIGAS, Priscila Santos. *Contribuição...*, *op. cit.*, p. 70.

tributo sem o devido estabelecimento legal ²⁶⁰, como os próprios autores defensores do caráter tributário da compensação ambiental fazem questão de apontar. Necessário lembrar também que a compensação ambiental estudada está inserida no contexto da sistematização nacional das unidades de conservação, sendo que a Lei do SNUC não visa especificamente instituir regramentos de tributação. Estar-se-ia, portanto, diante de violação ao princípio da legalidade, que na matéria tributária é um dos pilares fundamentais do Estado Social e Democrático de Direito, sendo que, sem sua observância não há como garantir uma tributação coerente nem a paz jurídica entre o poder tributante e seus contribuintes ²⁶¹.

Ora, para ser um tributo é necessário não só que determinado instituto constitua o que define o CTN como tal (em seu artigo 3º), mas também que haja o devido processo de legalidade em sua instituição. Se o instituto atende a uma exigência legal, mas não à outra, que constitui o próprio princípio da legalidade e cuja transgressão na tese da natureza tributária é amplamente citada e pacificamente reconhecida, não faz sentido algum reconhecê-lo como tributo, pois sua caracterização está claramente incompleta.

Ainda que se queira aquiescer com a alegação de que a compensação do SNUC tem as características expressas no CTN, este não se propõe a tecer definição para abarcar toda e qualquer obrigação que a ela se ajuste ²⁶².

Observa-se também que nem mesmo os filiados à tese conseguem alcançar um discurso unânime. Diante de tamanha divergência doutrinária entre os próprios defensores da natureza tributária da compensação ambiental, os quais apontam incessantemente inúmeros critérios legais e constitucionais que teriam sido desrespeitados na instituição deste instrumento como um tributo, fica evidente que a intenção do legislador não foi a de criar um instituto com fins de se enquadrar em alguma espécie tributária.

É demasiado delicado sustentar a tese de que houve meramente um enorme descuido do processo legislativo na elaboração da Lei do SNUC ao instituir um tributo que afronta todas as formas tributárias em critérios legais pontuais respectivos.

Considerando tais ponderações, é de se presumir que não havia qualquer intento de criação de um novo tributo, mas verdadeiramente uma forma de associar o licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental ao

²⁶⁰ Art. 150, I, da CRFB.

²⁶¹ SALIBA, Ricardo Berzosa. *A natureza...*, *op. cit.*, p. 11.

²⁶² ACHKAR, Azor El. *A compensação...*, *op. cit.*, p. 93.

patrocínio de unidades de conservação. Destarte, imaginando-se por um momento ser mesmo a melhor solução para a esta vinculação que se ajuste à mais adequada das espécies tributárias, são inegavelmente necessárias profundas alterações legislativas em seu regramento, sob pena de inconstitucionalidade da medida, conforme o posicionamento dos próprios defensores da natureza tributária da compensação ambiental.

Neste contexto, considera-se que as argumentações favoráveis à classificação tributária da compensação ambiental pautam-se quase que unicamente no aspecto formal. O próprio reconhecimento das inconstitucionalidades que acompanham cada uma das teses que propõem a compensação como um tributo, frente à decisão do STF assinalando para a legalidade da compensação do SNUC ²⁶³, passa a impressão de se tentar a todo custo encaixar a medida compensatória ambiental em algum lugar do universo tributário ²⁶⁴.

Se no âmbito da formalidade a doutrina é uníssona em afirmar que, independente da espécie tributária preferida, a compensação ambiental como tributo carrega consigo vícios de legalidade tornando-se inequivocamente um tributo inconstitucional, materialmente também se verifica com clareza que a compensação não possui caráter tributário.

A única possibilidade que se aproxima da compensação ambiental no aspecto material é a classificação como CIDE, ao objetivar a garantia da ordem econômica e, para isso, se fundar no princípio da defesa do meio ambiente por meio de “tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” ²⁶⁵. Mesmo a CIDE, contudo, constitui uma tentativa frustrada de adequação da compensação do SNUC. Com a medida compensatória visivelmente não se intenta o estímulo ou o desestímulo a determinado setor econômico específico, o que é a essência da CIDE. A CIDE compõe fundamentalmente um instrumento de intervenção, e não de financiamento ²⁶⁶, além de significar uma interferência estatal em razão de algum fator econômico que a justifique. Sem falar que é uma contribuição instituída temporariamente, enquanto perdurar aquela situação que motivou a intromissão do Estado.

²⁶³ Ementa do acórdão do STF na ADI 3.378-6: “(...) 1. O compartilhamento-compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985/2000 não ofende o princípio da legalidade, dado haver sido a própria lei que previu o modo de financiamento dos gastos com as unidades de conservação da natureza (...)”; *cit.*,.

²⁶⁴ Nessa linha: “Ao se defender a natureza jurídica tributária da compensação ambiental, pretende-se, em verdade, adequar a norma para que a obrigação seja considerada um tributo ambiental” *in* ARTIGAS, Priscila Santos. *Contribuição...*, *op. cit.*, p. 67. Conclusão de Priscila S. Artigas, que, como já mencionado, mudou seu posicionamento inicial antes favorável à consideração da compensação ambiental como um tributo.

²⁶⁵ Art. 170, IV, CRFB *in* MILARÉ, Édis; *et. al. Compensação...*, *op. cit.*, p. 6.

²⁶⁶ SALIBA, Ricardo Berzosa. *A natureza...*, *op. cit.*, p. 12.

São características totalmente divergentes da substância da compensação ambiental, que não foi estruturada como uma intercessão estatal não-contínua de caráter econômico, mas sim como uma forma de patrocínio de unidades conservação em razão de impactos ambientais não mitigáveis, conforme explícito na legislação, ficando prejudicada sua classificação como CIDE.

Por fim, contrapondo a vertente que ainda alega a correspondência da compensação do SNUC como tributação ao PPP, pois haveria a internalização dos custos dos impactos ambientais negativos na cadeia produtiva, destacam-se os ensinamentos de Alexandra Aragão, segundo os quais o PPP tem uma implicação maior do que somente instaurar uma “tributação ecológica” e pode não incidir uma verdadeira transferência de valores dos poluidores ao Estado e menos ainda às vítimas da poluição ²⁶⁷.

De outro modo, a proposição da compensação ambiental como preço público, tese menos defendida na doutrina, é imediatamente rechaçada em razão de seu próprio fundamento basilar. Impor uma remuneração paga pelo empreendedor unicamente em razão de utilização dos recursos ambientais simplesmente não corresponde ao perfil da compensação ambiental, uma vez que o pressuposto desta é o impacto ambiental negativo, e não o uso de bens ambientais.

A compensação, na forma do SNUC, deve ser exigida tão somente em razão dos impactos ambientais não mitigáveis do empreendimento, independentemente da utilização dos recursos naturais ²⁶⁸. Classificá-la como preço público seria pressupor a cobrança pelo uso de um bem público ²⁶⁹, sendo que a finalidade da compensação não é instituir uma contraprestação paga ao Estado em função da exploração de um bem público, mas sim compensar os prejuízos causados ao meio ambiente ²⁷⁰.

Erika Bechara pontua acertadamente que há a possibilidade de, num caso concreto, serem simultaneamente cobradas de um mesmo empreendimento uma contraprestação como usuário-pagador de um bem ambiental, a título de preço público, e outra quantia em razão de sua condição de causador de impacto ambiental negativo, como compensação ambiental ²⁷¹. Tal situação ilustra que as formas de cobrança ao

²⁶⁷ ARAGÃO, Alexandra. *O princípio do poluidor pagador: pedra...*, op. cit., p. 14.

²⁶⁸ No mesmo sentido MACIEL, Marcela Albuquerque. *Compensação...*, op. cit., p. 102.

²⁶⁹ MILARÉ, Édis; et. al. *Compensação...*, op. cit., p. 7.

²⁷⁰ BECHARA, Erika. *Uma contribuição...*, op. cit., p. 225.

²⁷¹ *Ibidem*.

empreendimento não se confundem por se originarem em motivações diferentes e constituírem finalidades totalmente distintas e independentes.

Em complemento, na tese da natureza jurídica retributiva percebe-se que as considerações se aproximam da construção teórica da compensação ambiental como um preço público, na associação do pressuposto da medida diretamente com o uso e a fundamentação da contribuição nas restrições aos recursos naturais que tal situação representa.

Semanticamente, faz sentido compreender a compensação ambiental como uma forma de retribuição pelos benefícios e lucros auferidos em função destes danos advindos da atividade econômica. Ocorre que pelo raciocínio construído por Azor El Achkar²⁷², a instituição da compensação do SNUC é exclusivamente fundamentada na utilização do recurso ambiental, com limitação do uso coletivo e possível perda de qualidade. O autor afirma: “Não há que se falar em dano, nem presente, nem futuro”²⁷³.

Não que haja qualquer equívoco na ponderação de que o uso de recurso natural por qualquer atividade econômica irá gerar um desequilíbrio em comparação à comunidade, que pode ter como indisponível ou até mesmo prejudicado aquele recurso de caráter difuso. Tal premissa é indubitavelmente verdadeira. A problemática reside na associação aos dispositivos da compensação da Lei do SNUC unicamente ao uso de recursos naturais como fundamento da compensação ambiental, quando na realidade o impacto – e significativo – é que se mostra como fundamentação da medida. É coerente a imposição de compensação ambiental pelo uso de recurso natural, desde que tal ação cause danos ecológicos, sendo este o foco e a motivação da compensação. A mera utilização de bem ambiental que não cause qualquer impacto, em princípio, não justifica uma medida compensatória, uma vez que nada haverá para se compensar. Uma contraprestação imposta unicamente pelo uso não construirá uma forma de se compensar o meio ambiente por um dano, mas sim de onerar o utilizador e remunerar o Estado. E se este direcionar a respectiva verba para a conservação ambiental, o fará por outros motivos, e não por conta de um dano ambiental a ser compensado.

A Lei do SNUC determina expressamente que é ao empreendimento de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão competente e com

²⁷² ACHKAR, Azor El. *A compensação...*, *op. cit.*, pp. 111 e ss.

²⁷³ *Idem*, p. 114.

fundamento em EIA/RIMA, que se impõe a obrigação da compensação ambiental²⁷⁴. No mesmo sentido, a Resolução do CONAMA que regulamenta os recursos advindos deste instituto fala explicitamente na “compensação ambiental decorrente dos impactos causados pela implantação de empreendimentos de significativo impacto ambiental”²⁷⁵.

Assim, infere-se que se algum empreendimento for conglobado como passível da obrigatoriedade do pagamento da compensação ambiental, o será em razão de constituir iniciativa de significativo impacto ambiental, na forma da lei, e não em razão de sua condição de explorador ou usuário, ainda que o seja. Toda a fundamentação jurídico-normativa da compensação ambiental gira em torno do dano ambiental, não havendo qualquer menção, mesmo que indireta, à utilização de recursos naturais como alicerce da medida compensatória, seja na Lei do SNUC, seja em seu Decreto regulamentador ou ainda na Resolução do CONAMA aplicável. Considerar que a compensação ambiental não se relaciona de forma alguma com o dano ambiental, mas somente com o uso de bens ambientais, constituiria, portanto, constatação unicamente interpretativa e extensiva, sem correspondência legal.

Neste ponto, há que se ressaltar que o STF na ADI nº 3.378-6 DF colocou na ementa do acórdão (frisa-se, ainda sem julgamento da fase recursal), que a compensação ambiental “densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica”²⁷⁶. A leitura pode abrir margem à interpretação de que o STF fez alusão à responsabilidade pelo uso de recursos naturais. Com este entendimento, Silvia Cappelli, sem se espelhar na tese da natureza retributiva, argumenta que tal decisão rechaçou as teses das naturezas tributária e reparadora da compensação ambiental da Lei do SNUC, e a tomou como um instituto baseado na responsabilidade pelo uso²⁷⁷.

De fato há a responsabilidade social pelo uso dos recursos naturais, que também deve ser partilhada entre o Estado e a sociedade. Contudo, o elemento central da compensação ambiental permanece a lesão, como se vê no mesmo acórdão que declara que a fixação do *quantum* da compensação será “de acordo com a compostura do impacto

²⁷⁴ Art. 36, *caput*, da Lei do SNUC.

²⁷⁵ Art. 1º, Resolução CONAMA nº 371/06

²⁷⁶ Item 3 da Ementa do acórdão do STF na ADI 3.378-6..., *cit.*

²⁷⁷ Cappelli complementa o argumento afirmando que tal responsabilidade teria fulcro no já mencionado art. 170, VI, da CRFB, que coloca a defesa do meio ambiente como um princípio geral da atividade econômica *in* CAPPELLI, Sílvia. *Compensação...*, *op. cit.*, p. 381.

ambiental a ser dimensionado no relatório”²⁷⁸. Dessa forma, não é o uso, mas é o impacto ambiental significativo – termo capital esquecido pelo STF – que enseja a obrigação da compensação ambiental e é ele que ditará o valor a ser despendido em cada caso, conforme sua dimensão.

Isso não significa dizer que estão afastadas as responsabilizações pela utilização de bens ambientais, mas tão somente que o cerne da compensação ambiental não é o uso dos recursos do ambiente, mas sim os danos gerados a ele. A própria responsabilidade civil ambiental é estruturada a partir da existência do dano²⁷⁹. No mesmo sentido, Erika Bechara é pontual ao asseverar que a compensação ambiental será exigida do empreendedor que causar poluição sendo completamente irrelevante se tal empreendimento utilizará ou não, no desempenho de sua atividade, um bem ambiental²⁸⁰.

A reflexão com relação ao impacto ambiental como elemento fundamental da compensação do SNUC remete às discussões acerca dos danos futuros. Se a compensação ambiental fundamenta-se diretamente no significativo impacto ambiental, não haveria uma possível contradição, considerando que sua instituição se dá justamente em momento anterior à ocorrência concreta do dano? Não seria tal construção uma responsabilidade por meros riscos e danos que podem nem ocorrer? São questionamentos encontrados em diversas obras e nos levam à análise normativa do instrumento.

O CONAMA normatiza o licenciamento ambiental e determina que estão sujeitos ao processo administrativo “empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental”²⁸¹. Faz-se então duas distinções: primeiramente a de empreendimentos e atividades que usam recursos naturais (aqui sim se vê prevista a figura do usuário) e em segundo lugar atividades efetiva ou potencialmente poluidoras. Tal caracterização se dá por meio da apresentação de inúmeros projetos que envolvem a obra de implantação e a operação da atividade. Todo o planejamento é construído com base em relatórios científicos que visam não só a instalação da forma mais adequada dos equipamentos inerentes à empreitada, como também o correto

²⁷⁸ Item 2 da Ementa do acórdão do STF na ADI 3.378-6..., *cit.*

²⁷⁹ BILHALVA, Margareth Michels. *Responsabilidade Ambiental: uma perspectiva ética para a aplicação em políticas públicas*. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Dissertação de Mestrado, 2011, p. 15.

²⁸⁰ Frase de Erika Bechara ao rejeitar a caracterização da compensação ambiental como preço público *in* BECHARA, Erika. *Uma contribuição...*, *op. cit.*, p. 225.

²⁸¹ Art. 1º, I, da Resolução CONAMA nº 237/97.

funcionamento da atividade. Com base nestes estudos minuciosos que são apresentados ao órgão ambiental competente é possível extrair a informação a respeito dos impactos prováveis e efetivos que serão gerados ao ambiente em razão da implantação e desenvolvimento daquela atividade. São classificados, assim, as atividades potencialmente poluidoras e as efetivamente poluidoras.

Voltando às normativas referentes à compensação ambiental, verifica-se que a Lei do SNUC, em seu art. 36, *caput*, não faz referência às atividades potencialmente poluidoras, mas tão somente aos empreendimentos de significativo impacto ambiental. Conclui-se que se sujeitarão, em tese, à obrigação de pagamento de montante a título de compensação ambiental os empreendedores quem empregarem atividades que vão concretamente causar danos.

Para compreender esta condição, basta deixar de lado, por um momento, a análise exclusivamente normativa da questão e considerar os dados científicos, bem como a aplicação prática do instituto. Somente um estudo técnico é capaz de classificar determinado empreendimento quanto à sua impactação ao ambiente. A caracterização como efetivamente poluidor não é mera nomenclatura ou denominação que admite exceções. Algumas obras jurídicas que tratam do assunto parecem simplesmente ignorar as constatações científicas para pautar-se unicamente na suposição infundada que os danos futuros de empreendimentos classificados como efetivamente poluidores são só riscos, podendo ou não ocorrer.

Se um empreendimento é assim classificado, não há qualquer possibilidade de não ocorrência da lesão ambiental. O dano é certo e real, só não é atual. Quem garante isso são os estudiosos das áreas técnicas, não cabendo aos juristas qualquer questionamento. É isso que apontam os relatórios técnicos, sendo que em determinados casos a mera constatação da atividade que irá se desenvolver já denuncia a condição de poluidor efetivo.

É o caso da atividade de mineração, por exemplo, que atualmente atua em larga escala. Só haverá a exploração após uma densa pesquisa feita pelos empreendedores acerca dos locais em que há grandes chances de se desenvolver uma significativa atividade de extração, de acordo com critérios técnicos. Sinteticamente, após o estudo prévio, a escolha do local designado e as devidas autorizações, serão realizadas todas as operações para possibilitar a atividade de mineração, com a alteração total do ambiente (retirada de vegetação de superfície, retirada do solo de cobertura, formação de montanhas de rejeitos

pela lama de processamento, despejo de água com alta concentração de substâncias tóxicas nos rios, etc.). E este é o caso de construções civis, instalações de hidroelétricas, monoculturas, dentre outros empreendimentos efetivamente poluidores, ainda que em escala bem menor.

São nestes tipos de situações que, conforme as disposições legais, tem aplicabilidade a compensação ambiental do SNUC. É a margem de aceitabilidade da sociedade com relação à aguda degradação ambiental, que terá lugar em nome do desenvolvimento econômico, que por meio de medidas como a compensação ambiental, deverá ser compatibilizado com os preceitos constitucionais de proteção ao ambiente ecologicamente equilibrado. Neste contexto, não há que se falar na incerteza ou improbabilidade dos danos. São atividades que não deixarão nunca de poluir, a não ser que simplesmente não sejam desenvolvidas. Assim, nem que sejam tomadas as mais avançadas e tecnológicas medidas preventivas e mitigatórias estes danos que deixarão de ocorrer, pois constituem a essência da própria atividade a ser desenvolvida, motivo pelo qual é classificada como efetivamente poluidora.

Com o mesmo entendimento, Marcelo Abelha Rodrigues pontua que a certeza do dano avém de estudo técnico-científico completo, realizado por equipe multidisciplinar. Dessa forma, considerando, por exemplo, a indiscutível indenizabilidade dos lucros cessantes, não há que se questionar a possibilidade de ressarcimento de danos que ainda não ocorreram, uma vez que reside certeza científica destes danos. E mais, em respeito aos princípios da prevenção e da precaução, é perfeitamente razoável e proporcional que o prejuízo causado pela atividade seja antes suportado pelo empreendedor, pois jamais se pode “negociar os riscos ao meio ambiente”²⁸².

Considerando que uma atividade, por mais maléfica que seja ao ambiente, não deixará desenvolvida, por ter obtido todas as autorizações legais e ser considerada econômica ou socialmente relevante o suficiente para se sobrepor aos graves danos ambientais que causará, o Direito do Ambiente procura meios de contrabalançar aquela lesão inevitável ao meio ambiente. É neste contexto que se funda a compensação ambiental. Sendo o certo o dano, e não meramente provável, a compensação ambiental surge para impor ao empreendedor que impactará significativamente o meio ambiente a obrigação de beneficiar este bem público e difuso, proporcionalmente ao dano ocasionado,

²⁸² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito...*, *op. cit.*, p. 673.

funcionando verdadeiramente como uma maneira de reparação de danos futuros. A correspondência com tal teoria é tanta que chega a confundir-se com a própria conceituação da compensação ambiental.

O grande problema das teorias que consideram a compensação ambiental como um tipo de tributo, preço público ou mera contraprestação pelo uso de um bem ambiental é que elas analisam estritamente o formato do instrumento na Lei do SNUC – legislação inegavelmente carregada de falhas – e esquecem-se de sua essência. É dizer, tais proposições avaliam a compensação ambiental unicamente por sua previsão legal, e não pelo que ela fundamentalmente deveria ser.

Em análise sinótica à compensação ambiental brasileira, os juristas portugueses Carla Amado Gomes e Luís Batista vislumbram na expressão inicial do art. 36 da Lei do SNUC (antes do julgamento da ADI nº 3.378-6 DF) uma indicação de natureza unicamente fiscal, sem ligação ao dano ambiental e vinculada estritamente ao volume de investimento, desconsiderando “implicações ecológicas do projeto na ponderação”²⁸³. Nota-se, portanto, que a compensação do SNUC em sua previsão inaugural, ao relacionar objetivamente a quantia a ser paga somente com o valor total do investimento do empreendedor, realmente chega a flertar com composição de um tributo, mas definitivamente não pode ser constituída como um.

No Direito do Ambiente em Portugal, parece não haver dúvidas quanto ao caráter reparatório da compensação ambiental. Os referidos autores ensinam que a compensação é “uma modalidade de reparação do dano contemplada no instituto da responsabilidade civil”, constituindo “sucedâneo ou complemento da restauração *in natura*, que actua quando esta não é fática ou economicamente possível (por excessivamente onerosa), ou quando é insuficiente”. Acrescentam que a responsabilidade civil possui função tanto de reparação quando de penalização, pretendendo, no âmbito da compensação, deixar uma “esfera jurídica” o mais próximo possível do estado anterior ao dano e censurar patrimonialmente o responsável pela lesão ambiental²⁸⁴.

O posicionamento fica cristalino na comparação da compensação *ex post* e a compensação *ex ante* na legislação portuguesa. Na primeira não se questiona o fundamento no princípio da responsabilização, por ser determinada na sequência da verificação de um dano ambiental, consistindo em obrigação de compensação por equivalente quando não for

²⁸³ GOMES, Carla Amado; *et. al.* *A biodiversidade...*, *op. cit.*, p. 41.

²⁸⁴ *Idem*, p. 66.

possível a restauração *in natura*. Com relação à compensação *ex ante*, em análise à temporalidade de sua efetivação, vê-se que a fixação de medidas compensatórias é imperativa para a autorização da implantação do empreendimento (“clausula modal do acto autorizativo”) e serão executadas de forma subsequente ou mesmo simultânea à concretização do dano, motivo pelo qual o princípio da responsabilização constitui “identicamente o fundamento da compensação *ex ante*”²⁸⁵. Destarte, a aparente dualidade de momentos da aplicação do instituto da compensação (*ex ante* e *ex post*) não implica a diversidade de fundamentos, pois é pautada em ambos os casos no postulado da responsabilização.

Os autores portugueses ainda ponderam que a compensação ambiental brasileira, na reformulação ocorrida com a ADI nº 3.378-6 DF, assume seu caráter de medida com fundamento no princípio da responsabilização, uma vez que a quantificação do valor da compensação foi reconduzida à projeção do dano nos relatórios técnicos de impacto ambiental²⁸⁶.

Necessário fazer a ressalva que a doutrina portuguesa é pacífica em revestir a compensação *ex ante* de natureza reparatória, mas com base somente na responsabilização, sem recorrer ao PPP como fazem os brasileiros, uma vez que o postulado, para a doutrina majoritária de Portugal, teria fins eminentemente preventivos e precaucionais, sem relacionar-se com a responsabilidade civil. Nesse sentido, Luís Batista considera que a compensação *ex ante* “não se reconduz” ao PPP por visar reintegrar o estado de equilíbrio ecológico em momento posterior à prevenção e, em relação ao seu desdobramento prático, por não consistir num simples pagamento, “no gasto com a aquisição de equipamento ou a implementação de um determinado método produtivo”²⁸⁷.

Quanto a este debate no âmbito principiológico, conclui-se ser evidente a relação direta da compensação ambiental com os fundamentos da responsabilização civil, que é plenamente suficiente para embasar a cobrança do instituto em tela.

Ainda assim, em razão do conceito de internalização das externalidades negativas, não há óbice com relação à associação da compensação ambiental *ex ante* ao

²⁸⁵ V. item 3.1, Cap. III, conforme ensinamentos *in* GOMES, Carla Amado; *et. al.* *A biodiversidade...*, *op. cit.*, pp. 39.

²⁸⁶ *Idem*, p. 41.

²⁸⁷ BATISTA, Luís Carlos Lopes. *A compensação...*, *op. cit.*, p. 214.

PPP desde que, contudo, se conceba uma interpretação ampliada do postulado ²⁸⁸, alargando sua inicial pretensão preventiva evidenciada em sua origem no campo da economia para uma função reparadora, indiretamente.

Somente nesta acepção, também não faria sentido a oposição à assimilação – indireta, todavia – da compensação ambiental ao princípio do usuário-pagador na perspectiva de que este contém o PPP ²⁸⁹ – em interpretação ampla – e assimilando-se a ideia de que causar um impacto ambiental pelo desenvolvimento de uma atividade econômica é, de certa maneira, uma forma uso daquele bem afetado, ressalvando-se que o centro da compensação do SNUC é o dano ambiental.

Na realidade, o PPP é um postulado instrumental da concretização do Direito ao Ambiente, não tendo um fim em si mesmo, funcionando para impor a criação de normas que equalizem relações desiguais oriundas do mercado ²⁹⁰. Como elucida Alexandra Aragão, a interpretação dilatada do PPP constituiria simplesmente um fim de reparação indireta do princípio, no qual os poluidores responsáveis têm a obrigação de suportar todos os custos da reposição da qualidade do ambiente perdida ²⁹¹, sendo que, frisa-se, a responsabilização ambiental, unicamente, é completamente satisfatória à fundamentação da compensação ambiental.

Vislumbrando todo este raciocínio, é certo que a tributação ou a remuneração pelo uso de bens públicos, ainda que vinculadas, não visam objetivamente à reparação ou à compensação do dano ambiental e nem excluem a responsabilidade de proceder àquelas, não guardando relação, por conseguinte, com a compensação do SNUC ²⁹².

Fica evidente que a atribuição do caráter exclusivamente fiscal à compensação ambiental implica a sua total descaracterização, uma vez que tal condição desconsidera os impactos ambientais, as influências diretas no ambiente, as externalidades negativas que decorrem da operação de determinada atividade econômica, fatores que constituem justamente o cerne da medida compensatória do SNUC.

²⁸⁸ GADELHA rejeita até mesmo esta possibilidade, afirmando que “não há, inclusive, que se falar em uma vertente de responsabilidade” do PPP in GADELHA, Marina Motta Benevides. *A aplicação...*, op. cit., p. 69.

²⁸⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito...*, op. cit., pp. 85 e ss.

²⁹⁰ Como ensinado in ARAGÃO, Alexandra. *O princípio do poluidor pagador: pedra...*, op. cit., pp. 208-209.

²⁹¹ “(...) ou seja, devem suportar financeiramente todas as despesas públicas relacionadas genericamente com a proteção do ambiente tanto *a priori* como *a posteriori*. No fundo, trata-se mais precisamente de um fim de redistribuição” in *idem*, p. 121.

²⁹² No mesmo sentido: “O investimento efetuado para prevenir o dano ou o pagamento do tributo, taxa ou do preço público não isentam o poluidor ou predador de ter examinada e aferida sua responsabilidade residual para reparar o dano” in MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito...*, op. cit., pp. 87.

Com relação à intenção legislativa na construção da compensação ambiental, a Lei SNUC claramente não institui um tributo. Caso fosse a intenção do legislador a tributação por meio de compensação isto estaria manifestamente expresso. O levantamento histórico da evolução legislativa²⁹³ revela que a medida genuinamente se valia para operar como forma de reparação, como se vê expressamente nos dispositivos inaugurais das normas que precederam a Lei do SNUC, prevendo sumariamente a obrigação de financiamento à implantação de unidades de conservação (ou estações ecológicas) “para fazer face à reparação dos danos ambientais causados”²⁹⁴.

Percebe-se que a teoria da natureza reparatória encontra fundamento material e formal. Contudo, ainda que a proposição da compensação ambiental como uma forma de reparação pelos danos futuros seja a que mais coaduna com a intenção legislativa na criação do instituto, é bem verdade que algumas barreiras dogmáticas devem ser enfrentadas, como com relação ao nexos de causalidade, que poderia estar prejudicado em razão das causas concorrentes de determinado dano ambiental. Neste contexto, a responsabilidade civil seria inserida sem sua composição integral, na qual se relacionam o dano, a ação, o nexos causal e a culpabilidade.

Entretanto, deve-se considerar que a real extensão da lesão ambiental, bem como o detalhamento minucioso da concorrência de cada fator para determinada lesão, é cientificamente imensurável. Não há uma unidade de medida que possa traduzir milimetricamente o *quantum* de dano foi causado, ou ainda quanto cada um colaborou para aquela lesão. Isso se complica ainda mais quando se trata de danos futuros. Não havendo meios científicos de remeter os parâmetros da compensação ambiental à tamanha tecnicidade, trabalha-se com as estimativas científicas mais próximas da realidade possível, de forma a possibilitar a quantificação do valor proporcional devido.

Ora, se a atividade poluidora não deixará de ser implantada e se os danos não podem ser evitados e nem ao menos mitigados, não é razoável imaginar que unicamente pelo motivo de não haver possibilidade técnica de determinação exata da real extensão do dano e ainda existirem causas concorrentes aquele empreendedor não merece ser responsabilizado. O nexos de causalidade existe na medida em que se constata tecnicamente que um empreendimento é causador de determinado impacto significativo, ainda que não seja o único. Se ele colabora de forma determinante para piorar o estado de determinado

²⁹³ V. item 1.3, Cap. I.

²⁹⁴ Art. 1º, da Resolução CONAMA nº 10/87 e art. 1º, da Resolução CONAMA nº 02/96.

recurso natural, é definitivamente responsável pelo dano ambiental e por ele deverá pagar em estimativa proporcional, não havendo que se falar em descaracterização da responsabilidade civil.

É inegável que aquele empreendedor sujeito à compensação ambiental, com base em EIA/RIMA atestando para tanto, empregará processos que resultarão em danos ambientais reais. E sendo a doutrina civilista pacífica na aceitação da reparação por danos futuros²⁹⁵, o que pode ficar incerto é se o dano causado pelo empreendedor licenciante será acentuado por outras causas concorrentes, mas os estudos técnicos são capazes de determinar que este dano certamente não deixará de existir. Não se dispensam, portanto, no caso da compensação ambiental, onexo de causalidade²⁹⁶ nem o dano. No máximo, poderia ser dito é que em cada caso de compensação ambiental deve ser constatada cientificamente a real influência de cada fator para o dano, visando uma valoração pautada na proporcionalidade, devendo o nexo de causalidade ser comprovado tecnicamente por meio de relatórios específicos para cada empreendimento envolvido.

Ou seja, pela compensação do SNUC, o dano ambiental que o empreendimento a ser implantado causará não passa pelo juízo de possibilidade de se concretizar ou não. Ele definitivamente irá ocorrer, sendo que o fato de poder ser agravado por causas concorrentes, ou mesmo de se agravar dano já existente, não exclui nem diminui sua responsabilidade pelo resultado de degradação, pois a sua atividade implica lesões tais que justificam a obrigação de reparação/compensação por equivalente²⁹⁷. É uma situação que não representa prejuízo algum à composição da responsabilidade civil. E se representasse um mínimo de adequação da responsabilização, seria o momento de se elevar a brilhante

²⁹⁵ BECHARA, Erika. *Uma contribuição...*, *op. cit.*, pp. 235-236.

²⁹⁶ Ainda que haja a possibilidade de se elevar a teoria do risco integral, existente de forma não pacífica na doutrina e na jurisprudência brasileira e “por meio da qual a criação de um risco seria suficiente para a imputação, sem exigência de se comprovar que a atividade guarda adequação causal adequada com o dano ou possui vínculo direto com este”; e mesmo sabendo que “a dispensa do nexo de causalidade adequado como um pressuposto para a responsabilização civil também tem sido feita no contexto da responsabilidade civil pós-consumo”, como se vê *in* STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 173-175.

²⁹⁷ Neste ponto, uma questão que se levanta, mas não se aprofunda pela eventual fuga do tema proposto, é a do limiar do dano, uma vez que poderia ser argumentado que determinado empreendimento não tem nexos de causalidade com algum dano ambiental em razão das supostas causas concorrentes já serem suficientes para a deterioração do bem afetado. Contudo, dada a impossibilidade científica de determinação do exato limiar do dano, considera-se que se há uma atividade que comprovadamente causará uma lesão significativa, de acordo com estudo técnico, ainda que o bem tutelado já esteja ameaçado ou mesmo condenado por causas alheias, a responsabilidade ambiental do empreendedor da atividade persiste. Mais ponderações sobre a responsabilização e o limiar do dano, numa discussão penalista e com uma concepção diversa, podem ser vistas *in* DIAS, Augusto Silva. “*What if everybody did it?*” *Sobre a “(in)capacidade de ressonância” do Direito Penal à figura da acumulação*. Coimbra: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 13, n° 3, pp. 303-345, 2003, pp. 307-312.

lição de Jorge de Figueiredo Dias, de que as demandas sociais modernas não devem se sujeitar aos entraves limitadores – de cada momento histórico – da dogmática. Pelo contrário, é a dogmática, como “puro meio construtivo-instrumental”, que deve servir às valorações contemporâneas, e a elas se adequar²⁹⁸.

Ressalte-se que os danos com causas concorrentes, em sua grande maioria, são de difícil previsão e ocorrerão posteriormente à implantação do empreendimento, sendo que dificilmente farão parte do escopo sujeito à compensação ambiental. É dizer, os relatórios técnicos raramente irão antever um dano que é originado por vários fatores simultâneos e concorrentes. E por estes danos que podem vir a ocorrer posteriormente à compensação ambiental, o empreendedor responderá independentemente do pagamento prévio a título de compensação, por serem de naturezas distintas e não configurarem *bis in idem*, como já explicado²⁹⁹.

Corroborando com todo este raciocínio, impende transcrever a análise certa de Annelise Monteiro Steigleder, estudiosa da responsabilidade civil ambiental, que ensina que o fundamento para a compensação ambiental “é a incidência do princípio da responsabilização civil por danos ambientais futuros, considerados não mitigáveis, identificados antes mesmo de sua ocorrência concreta, quando do licenciamento ambiental”³⁰⁰.

A composição substancial da compensação ambiental é justamente a responsabilização por danos que certo empreendimento ainda causará, inevitavelmente, não cabendo procurar a adequação da medida em espécies tributárias ou formas de remuneração estatal, sob pena de desvirtuação completa.

É imprescindível, neste ponto, perceber a maior fragilidade da instituição da compensação ambiental. A jurista Priscila Santos Artigas tem total razão na crítica que faz,

²⁹⁸ Raciocínio análogo ao do autor ao tratar de outra questão ambiental, a da figura dos delitos cumulativos e as críticas que ela recebe da corrente doutrinária contrária à sua consolidação como tutela penal ambiental *in* DIAS, Jorge de Figueiredo. *O papel do direito penal na proteção das gerações futuras*. In SILVA, Luciano Nascimento (coord.). *Estudos Jurídicos de Coimbra*. Coimbra: Juruá, pp 21-34, 2007, p. 31.

²⁹⁹ Sobre a possibilidade de existirem danos posteriores ao pagamento da compensação ambiental, corroborando para o raciocínio de que realmente não há qualquer alusão ao inexistente “direito de poluir” e nem *bis in idem* na situação descrita, elucida Erika Bechara: “ainda que o empreendedor pague a compensação ambiental prévia, deverá cuidar para que seu empreendimento não cause nenhum impacto ou dano além daquele previamente detectado (...). Se não o fizer e 'novos' impactos e danos ao ambiente decorrerem de sua atividade, responderá por eles, sem que isso implique *bis in idem* - mesmo porque esses 'novos' impactos e danos sequer chegaram a ser compensados previamente” *in* BECHARA, Erika. *Uma contribuição...*, *op. cit.*, p. 241.

³⁰⁰ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 229.

no plano da eficácia, à compensação ambiental como forma reparadora de danos futuros. Assevera que na compreensão da compensação do SNUC como uma forma de “indenização” por danos futuros, deixa-se nas mãos e ao exclusivo critério do órgão licenciante competente a fixação do valor, criando espaços para possíveis “oportunistas e abusos de poder”³⁰¹. Tanto isso é uma realidade que constitui ocorrência cotidiana na aplicação prática do instituto compensatório, como se verá adiante. Contudo, isso deve à estruturação falha e contraditória do instituto no Brasil, e não à sua natureza jurídica.

Ressalva-se que a essência da compensação ambiental é, como visto, reparar o ambiente por um dano que inevitavelmente ocorrerá, e não propriamente indenizá-lo financeiramente, o que é impossível diretamente uma vez que se trata um bem jurídico a ser tutelado e não um sujeito capaz de receber uma indenização pecuniária. Assim, ainda que seja concebida uma noção de indenização de ato lícito, autorizado administrativamente, com função primeira reparadora, certamente é mais adequado compreender a compensação ambiental como uma forma de reparação de danos futuros e certos, e não como mera indenização.

Além desta realidade prática que merece atenção, se houvesse outra particularidade da natureza jurídica de reparação de danos futuros da compensação ambiental que saltasse aos olhos seria o fato de que “reparação” usualmente refere-se à restauração de algo que sofreu uma perda. É uma análise meramente semântica. No caso da compensação a “reparação” poderia ser considerada indireta, uma vez que nem sempre a área afetada pelo empreendimento poluidor licenciante receberá os investimentos da compensação ambiental ou será efetivamente reparada. Entretanto, tal fato não diminui o caráter reparatório da medida, considerando o ambiente como um todo³⁰², bem difuso, que de um lado sofre um prejuízo e de outro um benefício equivalente. Daí a importância da destinação correta dos recursos advindos da compensação ambiental às unidades de conservação, para que não se corra o risco de instituir mais um mecanismo meramente arrecadatório, que não se reverterá em medidas pró ambiente.

Imprescindível ressaltar uma questão irrefutável, percebida claramente no decorrer do levantamento das teses apontadas pela doutrina à questão da natureza jurídica

³⁰¹ ARTIGAS, Priscila Santos. *Contribuição...*, *op. cit.*, p. 52.

³⁰² Mesmo entendimento, de que a compensação ambiental objetiva que o “patrimônio natural permaneça, no seu todo, qualitativa e quantitativamente inalterado” in FERREIRA, Helene Silvini. *Compensação...*, *op. cit.*, p. 61.

ambiental, qual seja, a indefinição originada na insuficiência da legislação e continuada no poder judiciário. Embora a compensação ambiental seja largamente normatizada, os esparsos textos jurídicos que a regulamentam ainda não alcançam efetividade tanto na compreensão quanto menos na aplicação da compensação ambiental, revelando um verdadeiro *déficit* normativo.

O julgamento que poderia ter sanado de vez ao menos algumas das questões controversas acabou por não abordar a fundo o essencial tema da natureza jurídica da compensação ambiental. Como já mencionado no início deste Capítulo, a ambiguidade da decisão neste ponto é tamanha que encontra-se na doutrina interpretações muito diversas e até contraditórias sobre o que o STF realmente decidiu sobre a natureza jurídica na ADI nº 3.378-6 DF: se rejeitou a natureza tributária compensação ambiental do SNUC e reconheceu a natureza reparatória³⁰³, se na verdade rejeitou a natureza jurídica reparatória³⁰⁴, se simplesmente não discutiu a fundo o tema³⁰⁵ ou ainda inseriu “um novo viés à polêmica”³⁰⁶.

O que se observa com clareza no inteiro teor da decisão é a rejeição da natureza indenizatória, sem, contudo, o aprofundamento necessário nem a determinação na parte dispositiva. Houve o reconhecimento da compensação ambiental como compartilhamento de despesas. Entretanto, tal consideração parece muito mais uma caracterização dos elementos deste instrumento ou mesmo do objetivo dele³⁰⁷, com a elevação do princípio constitucional da cooperação ambiental, do que propriamente a definição de sua natureza jurídica.

O julgamento foi deveras importante, chegando, inclusive, a motivar mudanças de posicionamento³⁰⁸. A já mencionada Priscila Artigas Santos, antes defensora da

³⁰³ Como considerado in SIQUEIRA, Lyssandro Norton. *Os princípios...*, *op. cit.*, p. 208.

³⁰⁴ Como interpreta Priscila Santos Artigas, ao expor a compensação ambiental como compartilhamento de despesas in ARTIGAS, Priscila Santos. *Contribuição...*, *op. cit.*, p. 67.

³⁰⁵ José Marques Domingues aponta que o *amicus curiae* fez à Corte proposição da natureza jurídica da compensação ambiental, mas que não se vê no acórdão “*sub examen* qualquer discussão sobre esse tema fundamental” e nem o “enfrentamento da natureza jurídica indenizatória da Compensação proposta pela Autora da ação”, em seu detalhado estudo sobre a ADI nº 3.378-6 DF in DOMINGUES, José Marcos. *O Supremo...*, *op. cit.*, p. 134.

³⁰⁶ Como pontuado in CAPPELLI, Sílvia. *Compensação...*, *op. cit.*, p. 352.

³⁰⁷ ARTIGAS, Priscila Santos. *Contribuição...*, *op. cit.*, p. 70.

³⁰⁸ Como é o caso de Édis Milaré, que considera a compensação ambiental como uma “exação sem uma natureza jurídica específica, mas que está cunhada em um objetivo, ou em uma funcionalidade, qual seja, o compartilhamento de despesas” in MILARÉ, Édis. *Direito...*, *op. cit.*, pp. 1244-1245. A constatação surge após o estudo no doutoramento da jurista que foi sua coautora no artigo jurídico que defendiam a

natureza tributária, considera que nenhuma das correntes sobre a natureza jurídica da compensação do SNUC e nem mesmo o julgado no STF levou “seriamente em consideração que a obrigação da compensação ambiental é uma das medidas compensatórias – e não a única – exigidas das atividades ou empreendimentos causadores de impactos negativos e não mitigáveis ao meio ambiente”³⁰⁹, o que acabaria por enfraquecê-las.

Porém, a autora não aprofunda no que realmente isso implicaria à natureza jurídica da compensação ambiental estudada se for diferenciada das outras. Neste contexto, considera-se que nada impede efetivamente, mesmo que constitua somente um tipo de medida compensatória, que a compensação do SNUC possua natureza própria, correspondente à sua verdadeira essência de obrigação de compensar por um dano certo ainda não ocasionado, beneficiando o ambiente, ainda que em outro local, por danos que não comportam a reparação *in natura*.

Silvia Cappelli, por sua vez, pensa ser o instituto da compensação do SNUC um mecanismo jurídico-político conciliador dos interesses, não possuindo natureza econômica, tributária ou reparadora³¹⁰. Pontua-se, contudo, que mesmo a mera consideração de que não há uma natureza jurídica específica, mas unicamente um mecanismo de compatibilização, além de enfraquecer a estruturação da compensação ambiental, encontra vícios de fundamentação nos moldes elencados pelo STF. Observa-se, que a Suprema Corte equivoca-se ao fundamentar o “compartilhamento-compensação” na obrigatoriedade do empreendedor de custear as medidas de prevenção: “o fato de, aqui e ali, inexistir efetivo dano ambiental não significa isenção do empreendedor em partilhar os custos das medidas preventivas”³¹¹.

Ao compreender a compensação como uma forma custeio das medidas preventivas pelo licenciante, o Ministro relator mistura os conceitos das medidas de prevenção de danos ambientais com as medidas compensatórias. Se a compensação ambiental é o instrumento para contrabalançar os impactos ambientais não mitigáveis não poderia constituir-se como medida de prevenção. De fato, a compensação do SNUC é

configuração da compensação ambiental como uma espécie de tributo *in MILARÉ, Édís; et. al. Compensação..., op. cit.*

³⁰⁹ ARTIGAS, Priscila Santos. *Contribuição..., op. cit.*, p. 45.

³¹⁰ CAPPELLI, Sílvia. *Compensação..., op. cit.*, p. 381.

³¹¹ Voto do Ministro relator Carlos Ayres Britto, item 15, na ADI nº 3.378-6 DF..., *cit.*, p. 2.

explicitamente destinada à implantação ou manutenção de unidades de conservação ³¹², não se confundindo com as medidas de prevenção que o empreendedor deverá tomar independente do valor pago para fins de compensação ambiental. Ao máximo se pode afirmar que o cálculo da compensação ambiental não incluirá os investimentos referentes aos planos, projetos e programas para mitigação de impactos ³¹³. Se a compensação do SNUC não inclui os custos de mitigação é porque definitivamente não é medida preventiva ³¹⁴.

Em conclusão, é de se reconhecer a dificuldade indiscutível da busca pela natureza jurídica da compensação ambiental, de forma que, num plano sinuoso como este, pauta-se fundamentalmente pela essência do instituto, que é justamente contrabalancear um dano inevitável de determinada atividade econômica efetivamente poluidora que, por inúmeros motivos (legais, econômicos, sociais, etc.), não deixará de existir. Trata-se de “técnica inegavelmente reparatória” ³¹⁵, fundamentada na responsabilização ambiental, para não socializar as lesões causadas pelos empreendimentos poluidores e nem deixar a cargo do próprio ambiente desamparado, mas impor ao responsável que invista em benefício ambiental equivalente, antevendo o dano certo e futuro.

2.3. Considerações finais

Embora a tese da natureza jurídica reparatória por danos futuros se mostre como a substancialmente adequada à caracterização da compensação ambiental, devem ser considerados os efeitos práticos que são realmente vividos na realidade dos licenciamentos ambientais pela forma de previsão da compensação do SNUC, que abre margem para abusos e desvirtuações dos licenciadores e conivências dos licenciantes, sendo notória a

³¹² Art. 36, *caput*, da Lei do SNUC.

³¹³ Art. 31, §3º, do Decreto nº 4.340/2002.

³¹⁴ O pensamento de José Marques Domingues, ao analisar justamente este ponto do acórdão, é neste sentido: “a Compensação SNUC não visa prevenir impacto ambiental; ela não se confunde com qualquer providência do empreendedor ou do Estado para evitar tal impacto; nem se destina a custear obra ou *sub-obra* para compatibilizar o empreendimento com a preservação do ambiente – para tanto existem as medidas mitigadoras. Não, a Compensação SNUC visa custear a implantação de uma unidade de proteção ambiental em outro local que não aquele onde se situa o empreendimento em questão. Isso não é prevenção, mas tentativa de reproduzir alhures um ecossistema significativamente impactado, ou pelo menos de reequilibrar aquele impacto negativo.” in DOMINGUES, José Marcos. *O Supremo...*, *op. cit.*, p. 135.

³¹⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito...*, *op. cit.*, p. 673.

falta de ponderação do legislador com relação à natureza jurídica da compensação do SNUC, evidenciada pelas diversas e contundentes teses doutrinárias a respeito do tema ³¹⁶.

O momento que poderia revelar-se crucial para uma possível melhoria no imbróglio doutrinário e nos impasses práticos, qual seja o acionamento do STF sobre a constitucionalidade da compensação ambiental, acabou por não adentrar adequadamente no tema fundamental de sua natureza jurídica, e ainda aguarda já por quase uma década após o famoso acórdão da ADI nº 3.378-6 DF a conclusão do julgamento. A Corte Suprema deixa perder-se no tempo uma questão tão vital, que ela própria classifica como o único meio eficaz para a garantia da finalidade constitucional de defesa e preservação do ambiente para as presentes e futuras gerações ³¹⁷.

As incongruências doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais são obviamente prejudiciais à consolidação e evolução do instrumento compensatório. Além disso, por constituir a forma mais importante dentre as medidas compensatórias existentes no Brasil, acaba por refletir sua indefinição dogmática e enfraquecer a utilização correta e adequada daquelas pelos interessados.

³¹⁶ Inesgotáveis, como comentado outrora, a exemplo de Roberta Fraser, que considera que a compensação *ex aante* em Portugal tem fundamento no PPP e natureza jurídica de instrumento econômico da política de ambiente, que nada mais é do que a classificação da medida na Lei portuguesa LBA, *in* FRASER, Roberta Tourinho Dantas. *Medidas...*, *op. cit.*, p. 24.

³¹⁷ Item 4 da Ementa do acórdão do STF na ADI 3.378-6..., *cit.*

CAPÍTULO III - A COMPENSAÇÃO EM UMA PERSPECTIVA COMPARADA (PORTUGAL E BRASIL) E NO PLANO PRÁTICO

O estudo da compensação ambiental brasileira, tanto no âmbito dogmático quanto no campo de sua aplicação, possibilita examinar suas peculiaridades na esfera do direito comparado, sendo pertinente analisar como este mecanismo se desenvolveu internacionalmente, mais precisamente em Portugal, lugar em que se deu a realização do presente trabalho. Antes de adentrar no Direito ao Ambiente português e seu instrumento compensatório, é imprescindível destacar sinoticamente alguns documentos fundamentais em sua instituição.

Atribui-se à *Convention on Wetlands of International Importance, especially as Waterfowl Habitat* (Convenção sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional, especialmente como *Habitat* para Aves Aquáticas) a origem de medidas de compensação ao ambiente no Direito Internacional³¹⁸. Embora suas disposições sejam relativamente simples e genéricas em comparação com os diplomas mais recentes, a chamada Convenção de Ramsar, firmada no Irã em 1971 e ratificada tanto pelo Brasil³¹⁹ quanto por Portugal³²⁰, constitui-se como o primeiro dos modernos tratados intergovernamentais globais para a conservação e uso sustentável dos recursos naturais³²¹. Nela, determina-se a indicação de áreas específicas de relevância internacional, com a pormenorização de seus limites de proteção, para serem incluídas na Lista de Zonas Úmidas de Importância Internacional – *the List*³²².

A ideia com teor compensatório da Convenção de Ramsar está na previsão de que o Estado que promover a exclusão ou restrição dos limites de determinada zona úmida relacionada na Lista, o fará em caráter excepcional, por razão de urgente interesse nacional, e mediante a compensação dos malefícios aos recursos naturais da zona afetada com a criação de novas reservas naturais para as aves aquáticas e para a proteção em uma

³¹⁸ Conforme exposto in GOMES, Carla Amado; *et. al. A biodiversidade...*, *op. cit.*, p. 41; e in BATISTA, Luís Carlos Lopes. *A compensação...*, *op. cit.*, pp. 111 e ss. Para detalhes sobre a Convenção, ver MATTHEWS, Geoffrey V. T. *The Ramsar...*, *op. cit.*, e também SECRETARIADO DA CONVENÇÃO DE RAMSAR. *The Ramsar...*, *op. cit.*

³¹⁹ Decreto nº 1.905/1996.

³²⁰ Decreto nº 101/1980, de 9 de Outubro.

³²¹ SECRETARIADO DA CONVENÇÃO DE RAMSAR. *The Ramsar...*, *op. cit.*, p. 6.

³²² Art. 2.1, da Convenção de Ramsar.

adequada porção do *habitat* original, na mesma área ou ainda em outro lugar³²³. Cumpre destacar que a referida Convenção de Ramsar utiliza expressões vagas inapropriadas, como o estabelecimento de compensação “na medida do possível” (“*as far as possible*”) e “no mesmo lugar ou em qualquer outro” (“*either in the same area or elsewhere*”)³²⁴.

Demonstrando uma consciência pragmática no reconhecimento tanto da inevitabilidade de determinadas intervenções às zonas lá protegidas e quanto dos direitos soberanos do Estado em que elas se situam³²⁵, a Convenção de Ramsar significou o primeiro passo normativo para a noção de compensação ambiental.

Na mesma direção, a União Européia³²⁶ assimila a percepção de que em determinadas ocasiões será necessária a execução de atividades com incidências negativas no meio ambiente, o que leva à adoção de medidas de compensação. É o que prevê Diretiva 92/43/CEE, do Conselho, de 21 de Maio de 1992 – Diretiva *Habitats*, relativa à preservação dos *habitats* naturais e da fauna e da flora selvagens, que positiva a criação de uma rede ecológica européia coerente de zonas especiais de preservação, que integra a Rede Natura 2000³²⁷.

Em suma³²⁸, determina-se que os Estados-membros devem fixar as medidas adequadas necessárias de preservação das Zonas Especiais de Conservação – ZEC, objetivando evitar a deterioração de *habitats* e perturbações de espécies. Os planos ou projetos não diretamente relacionados à gestão dos sítios e suscetíveis de impactá-los significativamente deverão ser objeto de avaliação de suas incidências na conservação do mesmo. As autoridades nacionais competentes só autorizarão tais planos ou projetos, se concluir-se pelo não prejuízo à integridade do sítio em questão, fazendo inclusive, se for o caso, consultas públicas.

Como última instância, constatada a razão imperativa de interesse público de certo plano ou projeto que possa afetar negativamente a área ambiental situada em ZEC, sendo inexistente solução alternativa, o Estado-membro “tomará todas as medidas

³²³ Art. 4.2, da Convenção de Ramsar.

³²⁴ Ver críticas contundentes a tais termos do Art. 4.2, da Convenção de Ramsar *in* GOMES, Carla Amado; *et. al. A biodiversidade...*, *op. cit.*, p. 42.

³²⁵ Mesma interpretação *in ibidem*.

³²⁶ Embora não seja parte na Convenção de Ramsar.

³²⁷ Artigo 3º, nº 1, da Diretiva *Habitats*. A título explicativo, a Rede Natura 2000 é: “... uma rede ecológica de âmbito europeu que compreende as áreas classificadas como ZEC e as áreas classificadas como ZPE” (Zonas de Proteção Especial), nos termos do Artigo 4º, do Decreto-Lei nº 140/99, de 24 de Abril (RRN), que regula a Rede Natura 2000 em Portugal, conforme explicitado à frente.

³²⁸ Conforme artigo 6º, nºs 1 a 4, da Diretiva *Habitats*.

compensatórias necessárias para assegurar a proteção da coerência global da Rede Natura 2000”³²⁹ ao permitir aquela ação, informando a Comissão respectiva.

Assim, a execução de ação com incidência nas zonas protegidas fica vinculada aos pressupostos da Diretiva, sendo que o disposto no artigo 6º, n.ºs 3 e 4 da Directiva *Habitats* “consagram o (novo) procedimento uniforme de desclassificação dos sítios integrantes da Rede Natura 2000, a saber as ZPE e ZEC”³³⁰, com a mandatária efetivação das respectivas medidas de compensação. A transposição da Diretiva *Habitats* para a ordem interna do direito português incluiu a previsão das medidas compensatórias, como exposto no item seguinte.

Observa-se, destarte, que a União Europeia prioriza a proteção do estado originário de bens ambientais, sendo que a “estratégia europeia preconiza a conservação das espécies e dos ecossistemas *in situ* (no seu ambiente natural)”³³¹, inspirando-se, para encontrar a forma de implementação da tática traçada, na Convenção de Ramsar, que inovou ao estabelecer uma forma de compensação ao ambiente afetado.

Para densificar o procedimento de desclassificação de sítios da Rede Natura 2000, para que o art. 6º/4 da Diretiva *Habitats* não incida num aspecto excessivamente aberto³³², a Comissão Europeia traçou Documentos de Orientação, onde são ressaltados o carácter excepcional das medidas compensatórias e sua incidência proporcional em comparação aos *habitats* e espécies afetados negativamente, definindo-se que as medidas compensatórias têm por objetivo anular os efeitos negativos do plano ou projeto (³³³).

³²⁹ Artigo 6º, n.º 4, da Diretiva *Habitats*.

³³⁰ BATISTA, Luís Carlos Lopes. *A compensação...*, *op. cit.*, p. 131.

³³¹ Sem esquecer a conservação das espécies e dos ecossistemas *ex situ*, “em bancos genéticos, laboratórios, parques zoológicos ou jardins botânicos”, como exposto por Luís Batista, que faz um criterioso detalhamento da compensação *ex ante* no Direito da União Europeia, o qual recomenda-se, a leitura *in idem*, p. 111 e pp. 110 e ss.

³³² BATISTA, Luís Carlos Lopes. *A compensação...*, *op. cit.*, p. 159.

³³³ COMISSÃO EUROPEIA. *Documento de orientação sobre o n.º 4 do artigo 6.º da Directiva “Habitats” (92/43/CEE)*. Disp.: http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/guidance_art6_4_pt.pdf>. Ace.: 16/06/16, p. 10. Ver também COMISSÃO EUROPEIA. *GESTÃO DOS SÍTIOS NATURA 2000: As disposições do artigo 6.º da Directiva «Habitats» 92/43/CEE*. Disp.: http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/provision_of_art6_pt.pdf>. Ace.: 17/06/16; e COMISSÃO EUROPEIA. *Avaliação de planos e projectos susceptíveis de afectar de forma significativa sítios Natura 2000 - Guia metodológico sobre as disposições dos nos 3 e 4 do artigo 6º da Directiva ‘Habitats’ (92/43/CEE)*. Disp.: http://www.icnf.pt/portal/naturaclas/rn2000/resource/docs/docs-apoio/docart6n3e4dha_bit. Ace.: 17/06/16. Ressalta-se que os Documentos de Orientação, pelo seu teor, merecem estudo mais detalhado, mas que fugiria à proposta do trabalho presente. Sobre as medidas compensatórias na União Europeia, ver ARAGÃO, Alexandra; VAN RIJSWICK, Helena F.M.W. *Compensation in the European Union: Natura 2000 and Water Law*. Disp.: <https://www.utrechtlawreview.org/articles/10.18352/ulr.275/galley/274/download/>. Ace.: 16/05/16; e

Por derradeiro, cumpre realçar a Diretiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004³³⁴, que trata da responsabilidade ambiental em matéria de prevenção e reparação de danos ambientais, constituindo a base do regime jurídico de responsabilização ambiental instituído em Portugal, sendo este o regime no qual a compensação ambiental portuguesa se articula³³⁵.

3.1. A compensação ambiental em Portugal

Para assegurar o direito ao ambiente, a CRP eleva como primeira incumbência do Estado, em conjunto com a coletividade, a prevenção e o controle da poluição. Entretanto, é imperioso reconhecer que a sociedade hodierna comporta inevitáveis atividades de risco e de impactos à natureza, provenientes do crescimento econômico, de forma que o próprio texto constitucional português insere esta garantia ao ambiente “no quadro de um desenvolvimento sustentável”³³⁶. Nesse sentido, num conceito expandido de desenvolvimento sustentável, busca-se transparecer a articulação entre o desenvolvimento “justo e duradouro” e a solidariedade com as gerações futuras³³⁷.

Os preceitos basilares do Direito do Ambiente em Portugal são definidos na lei que institui as Bases da Política do Ambiente – LBA³³⁸, prescrevendo a definição de seu âmbito de aplicação, dos objetivos e dos princípios gerais da política de ambiente, e estabelecendo os direitos e deveres ambientais e a conciliação da política de ambiente com

HOORICK, Geert Van. *Compensatory Measures in European Nature Conservation Law*. Disp.: <https://www.utrechtlawreview.org/articles/abstract/10.18352/ulr.276/>. Ace.: 13/06/16.

³³⁴ Sobre ela, ver análise in KRÄMER, Ludwig. *The Directive 2004/35 on environmental liability – useful?*. In GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago (org.). *Actas do Colóquio – A responsabilidade Civil por dano ambiental*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 42-55, 2010. Sobre o momento anterior à Diretiva, ver POZO, Carlos Fco. Molina del. *La UE y la responsabilidad por daños ambientales*. In *Responsabilidad civil por daños al medio ambiente (Delito ecológico y sistema jurídico)*. Madrid: Ciemat, pp. 1.1-1.11, 1994.

³³⁵ Também é destacada neste conjunto normativo internacional a Diretiva 79/409/CEE do Conselho, de 2 de Abril de 1979 – Diretiva Aves, referente à conservação das aves selvagens, que embora não se relacione diretamente com o instituto da compensação ambiental (sem previsões de medidas compensatórias), possui disposições em referência direta à Convenção Ramsar e é transposta para o ordenamento jurídico português em conjunto com a Diretiva *Habitats*, no Decreto-Lei nº 140/99, de 24 de abril (RRN), sendo que a rede Natura 2000 é resultante também de sua aplicação.

³³⁶ Artigo 66º, nº 2, alínea *a*) e *caput*, respectivamente, da CRP.

³³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada - vol. I. Artigos 1º a 107º*. Coimbra: Coimbra Editora, 4 ed., 2014.

³³⁸ Originalmente, a LBA foi instituída pela Lei nº 11/87, de 07 de Abril, que acabou sendo revogada pela atual Lei nº 19/2014, de 14 de Abril.

as outras políticas setoriais. Além disso, nela também são designados os instrumentos da política de ambiente.

Dos vários tipos instrumentais lá referenciados, a compensação ambiental é colocada como instrumento econômico e financeiro que objetiva o cumprimento de condicionantes legais das quais determinada atividade esteja na dependência para começar sua execução. Isto se dará por meio da produção de benfeitoria ao ambiente com equivalência à lesão ambiental ocasionada ³³⁹.

Uma vez consolidada na LBA, a instituição normativa da compensação ecológica no ordenamento jurídico português resulta da articulação de dois diplomas: o Decreto regulamentador da Rede Natura 2000 em Portugal – RRN ³⁴⁰ e o Regime Jurídico da Conservação da Natureza e da Biodiversidade – RCNB ³⁴¹.

Primeiramente, o RRN é o responsável por transpor as Diretivas Aves e *Habitats* para o ordenamento jurídico-português. Regulamenta, assim, a Rede Natura 2000, compreendendo as áreas classificadas como ZEC e Zonas de Proteção Especial – ZPE no território português ³⁴².

O Diploma estabelece os seguintes preceitos ³⁴³: todo projeto, ação ou plano cuja avaliação de impacto ambiental ³⁴⁴ aponte para conclusões negativas ao ambiente deverá ter reconhecida tanto a inexistência de soluções alternativas quanto a sua imprescindibilidade em razão de interesses públicos de ordem econômica ou social (em congruência às disposições da Diretiva *Habitats*). Esse reconhecimento se dá por despacho conjunto de duas autoridades: Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território e do Ministro competente em razão da matéria.

Há um tratamento com maior rigorosidade quando ficar constatado que as atividades afetarão *habitat* ou espécie classificados como prioritários, detentores de maior proteção ³⁴⁵, casos em que só poderão ser executadas com a invocação de motivos de:

³³⁹ Artigo 17º, da LBA.

³⁴⁰ Decreto-Lei nº 140/99, de 24 de Abril, procedeu à transposição para a ordem jurídica interna de Portugal da Diretiva Aves e da Diretiva *Habitats*, que suportam a Rede Natura 2000.

³⁴¹ Decreto-Lei nº 142/2008, de 24 de Julho.

³⁴² As ZPE dizem respeito diretamente à conservação das populações e aves, conforme Artigo 3º, do RRN, em cumprimento ao disposto na Diretiva Aves.

³⁴³ Artigo 10º, nºs 10 a 13, do RRN.

³⁴⁴ O RRN prevê a avaliação de impacto ambiental e a análise de incidências ambientais, sendo que esta última abrangerá, quando for adequado, a proposta de medidas que evitem, minimizem ou compensem os efeitos negativos identificados, nos termos de seu artigo 10º, nº 6, alínea e).

³⁴⁵ V. artigo 10º, nº 11, do RRN: “(...) um tipo de habitat natural ou espécie prioritários de um sítio da lista nacional de sítios, de um sítio de interesse comunitário, de uma ZEC e de uma ZPE (...)”.

saúde ou segurança pública, consequências benéficas primordiais para o ambiente; ou demais razões imperativas de indubitável interesse público mediante parecer prévio da Comissão Europeia.

Percebe-se que o RRN propõe um método rígido à execução de atividades perniciosas à natureza, envolvendo alvarás ministeriais e, em casos mais sensíveis, critérios de fundamentações vinculadas. Além destas imposições, nas situações descritas, isto é, em ações, planos ou projetos com incidências ambientais negativas, sejam em áreas prioritárias ou não, serão instituídas pelo Estado medidas compensatórias “necessárias à proteção da coerência global da Rede Natura 2000”³⁴⁶, que deverão ser comunicadas, após a aprovação, à Comissão Europeia. Neste ponto verifica-se, num primeiro momento, a instituição da compensação ambiental, em detrimento de danos ecológicos constatados em avaliação.

Por sua vez o RCNB, no mesmo sentido da LBA, classifica a compensação ambiental como instrumento para o atendimento de requisitos legais dos quais está dependente o início de determinada ação³⁴⁷. A concretização da compensação ambiental se dá com a realização de projetos ou ações que garantam um resultado ambiental benéfico equivalente ao custo ambiental causado. Tais ações ou projetos são promovidos pelo próprio interessado, devendo ser previamente aprovados e certificados pela autoridade nacional³⁴⁸.

Aqui, se faz necessário apontar a interligação dos diplomas na aplicação da compensação ambiental. O RRN abarcará as medidas compensatórias de ações com incidências ambientais negativas no âmbito da Rede Natura 2000, conforme adequada avaliação de impacto. O RCNB, por sua vez, procede à equiparação do regime da Rede Natura 2000 às demais áreas não sujeitas a ela³⁴⁹.

Isso não pode levar à interpretação de que o RRN se relaciona com as medidas compensatórias proporcionadas pelo Estado, enquanto o RNCB trata da compensação promovida por particulares. Dependendo dos termos acordados com a autoridade nacional (em sede do RNCB), esta poderá realizar as ações ou projetos de concretização da compensação ambiental, patrocinados pelo particular autor da intervenção danosa ao

³⁴⁶ Artigo 10º, nº 13, do RRN.

³⁴⁷ Artigo 36º, nº 1, do RCNB.

³⁴⁸ Artigo 36º, nº 2, do RCNB.

³⁴⁹ GOMES, Carla Amado; *et. al. A biodiversidade..., op. cit.*, p. 52.

ambiente³⁵⁰. Entende-se que, da mesma forma, em uma situação que um particular intentar executar ação com incidências em área da Rede Natura 2000, recorrerá ao Estado para a promoção das medidas compensatórias, sujeitando-se seu projeto à avaliação e aprovação nos termos do RRN.

Tem-se, portanto, uma articulação entre o RNCB e o RRN, que fica explícita na menção feita pelo primeiro ao segundo (artigo 36º, nº 1, do RCNB). Destaca-se que o RCNB faz remissão também ao Regime Jurídico da Avaliação de Impacto Ambiental – RAIA dos projetos públicos e privados susceptíveis de produzirem efeitos significativos no ambiente³⁵¹, englobando os projetos ou ações dele decorrentes³⁵².

Em que pesem às articulações previstas, os dispositivos a respeito da compensação ambiental dos Diplomas que se propuseram à instituição da compensação *ex ante* em Portugal (RRN e RCNB) se limitam às previsões comentadas *supra*, deixando de aprofundar em importantes aspectos de caráter procedimental, conceitual, funcional de instrução processual para a aplicação do instrumento compensatório, como se aprofundará no item em sequência.

Enquanto a previsão legal da compensação *ex ante* se apresenta de forma deficitária na legislação portuguesa, a compensação *ex post* possui um sistema mais estruturado³⁵³. Trata-se do Regime Jurídico da Responsabilidade por Danos Ambientais – RPRDE³⁵⁴, no qual a compensação é uma modalidade de reparação do dano em concreto, procedente de eventos inesperados pelo empreendedor e causados pelo desenvolvimento de sua atividade econômica.

Como já visto, tanto a compensação *ex post*, em razão de constituir obrigação compensatória por equivalência quando impossível a restauração *in natura* e de ser determinada após a constatação de lesão, quanto a compensação *ex ante*, por ser decorrente

³⁵⁰ Artigo 36º, nº 4, do RCNB.

³⁵¹ Decreto-Lei nº 151-B/2013, de 31 de Outubro. Originalmente, o RAIA foi instituído pelo Decreto-Lei nº 69/2000, de 3 de Maio, que acabou sendo revogado pelo regime vigente.

³⁵² Artigo 36º, nº 1, do RCNB.

³⁵³ Ressalta-se sumariamente que, apesar do ser mais criterioso que as previsões da compensação *ex ante*, o Regime Jurídico da Responsabilidade por Danos Ambientais – RPRDE não está imune às críticas, como se vê nas considerações de Carla Amado Gomes *in* GOMES, Carla Amado. *De que falamos quando falamos de dano ambiental? Direito, mentiras e crítica*. Soria: Actualidad Jurídica Ambiental, ISSN 1989 - 5666, n. 3, pp. 1-13, 2010; e também *in* GOMES, Carla Amado. *A responsabilidade civil por dano ecológico: reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho*. Disp.: http://huespedes.cica.es/gimadus/20/03_carla_amado_gomes.html. Ace.: 14/10/15.

³⁵⁴ Decreto-Lei nº 147/2008, de 29 de Julho, que transpõe para a ordem jurídica interna de Portugal a Diretiva nº 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Outubro, relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais.

de um dano certo e previsível e se concretizar subsequente ou simultaneamente a ele, fundamentam-se no princípio da responsabilização.

Neste contexto, a insuficiência legislativa no tocante à compensação *ex ante* incita a associação desta ao regulamento da compensação *ex post*, conforme proposição doutrinária de Carla Amado Gomes e Luís Batista ³⁵⁵. Em razão da incompletude da previsão do instituto compensatório no RRN e no RCNB, recorre-se às disposições RPRDE ³⁵⁶, que textualmente trata somente da compensação *ex post*.

Propõe-se – frisa-se doutrinariamente, por não haver qualquer menção legal a tal associação – uma articulação entre estes diplomas, alicerçada na fundamentação homogênea das compensações *ex post* e *ex ante* no postulado da responsabilização, de forma que o RPRDE constituirá, enquanto não sobrevierem alterações significativas nos outros regimes, o núcleo da normatização das medidas compensatórias em Portugal ³⁵⁷.

Desse modo, importam-se os critérios da compensação *ex post*, relacionada no rol de medidas de reparação, que consistem em ações no sentido de “reparar, reabilitar ou substituir os recursos naturais e os serviços danificados ou fornecer uma alternativa equivalente a esses recursos ou serviços” ³⁵⁸. O RPRDE define tais medidas, classificando-as em reparação primária, complementar e compensatória ³⁵⁹.

A reparação primária consiste na restituição ou aproximação ao estado inicial, prévio ao dano, dos recursos naturais e serviços lesionados. Quando esta ação não resultar no pleno restabelecimento dos bens ambientais danificados, tem-se incidência da reparação complementar, constituída por qualquer medida de reparação tomada para compensar a ineficácia da reparação primária. Finalmente, enquanto não surtem os efeitos das reparações primária e complementar, proceder-se-á à compensação das perdas transitórias dos recursos e serviços, o que seria a reparação compensatória ³⁶⁰.

³⁵⁵ A articulação dos Diplomas aplicáveis à compensação ambiental no ordenamento jurídico-português na forma aqui percorrida é didaticamente, e com mais detalhes, descrita in GOMES, Carla Amado; *et. al. A biodiversidade...*, *op. cit.*, pp. 36 e ss.

³⁵⁶ Sobre a legitimidade no RPDE ver DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Aspectos contenciosos da efectivação da responsabilidade ambiental – A questão da legitimidade, em especial*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXXV, pp. 531-564, 2009.

³⁵⁷ GOMES, Carla Amado; *et. al. A biodiversidade...*, *op. cit.*, pp. 64.

³⁵⁸ Artigo 11º, nº 1, alínea n), do RPRDE.

³⁵⁹ Anexo V, nº 1, do RPRDE.

³⁶⁰ Detalhes sobre estas formas de reparação in OLIVEIRA, Heloisa. *A restauração natural no novo Regime Jurídico de Responsabilidade Civil por Danos Ambientais*. In GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago (org.). *Actas do Colóquio – A responsabilidade Civil por dano ambiental*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 252-273, 2010, pp. 258-267.

Verifica-se, desde logo, o estabelecimento de uma hierarquia ³⁶¹ entre as formas de reparação, sendo uma subsidiária da outra. A estrutura, apesar de eloquente, coloca a “reparação compensatória” em situação adversa do já trabalhado conceito de compensação *ex post*. A medida compensatória pela denominação adotada no RPRDE é inserida no contexto de ineficiência e subsidiariedade de uma compensação por equivalente, que na realidade constitui o próprio conceito da compensação *ex post*. Deste modo, a nomenclatura utilizada pelo RPRDE faz confusão no âmbito conceitual da compensação ambiental *ex post*, que na realidade é estruturada no Diploma como reparação complementar ³⁶².

Ultrapassada esta forçosa consideração, cabe exaltar as principais provisões legais da compensação do RPRDE que dão o embasamento necessário à aplicação ambiental *ex ante* em Portugal. Nele, estabelece-se que as medidas compensatórias (“reparação complementar” no RPRDE) visam proporcionar um nível equilibrado de recursos naturais ou serviços, que inclusive poderão ter lugar em área alternativa, com similaridade ao que se alcançaria se o sítio original lesionado tivesse retornado às condições prévias à lesão.

Intenta-se que, na medida do possível, sejam incorporados os interesses públicos afetados com o dano ambiental e consideradas ações que resultem em recursos naturais ou serviços do mesmo tipo, qualidade e quantidade dos bens lesionados. No caso de impossibilidade desta equivalência na medida compensatória, permite-se, em substituição, uma solução que eleve um dos aspectos em detrimento da perda de outro: “por exemplo, uma redução da qualidade pode ser compensada por um aumento da quantidade de medidas de reparação” ³⁶³.

Em consequente, sendo impraticáveis tais soluções, impõe-se a utilização de técnicas alternativas de valoração, como a valoração monetária, para determinar a extensão das medidas compensatórias necessárias, ou, se não for possível mensurá-las

³⁶¹ A hierarquia não fica totalmente clara e bem disposta, uma vez que na definição de perdas transitórias, determina-se que elas são decorrentes da ineficácia de efeitos das reparações primária e complementar. Contudo, na definição da reparação compensatória, diz-se que ela será usada para compensar as perdas transitórias somente dos efeitos não produzidos da reparação primária, não incluindo, dessa forma, uma compensação por eventuais perdas transitórias da reparação complementar, na redação do anexo V, nº 1, alíneas c) e d) do RPRDE.

³⁶² Da mesma forma, o que é definido como “reparação compensatória” no RPRDE deveria estar previsto como “reparação complementar”. Há uma troca de conceitos, como exposto *in* GOMES, Carla Amado; *et. al. A biodiversidade..., op. cit.*, pp. 37 e 67.

³⁶³ Anexo V, nº 1.2.2, do RPRDE.

financeiramente, a estimativa do valor dos recursos naturais e ou serviços perdidos para que seja empregado em medidas de reparação adequadas. Ou ainda, se os danos ambientais não forem passíveis de valoração, as medidas compensatórias podem refletir as prioridades e a duração das medidas de reparação: “Por exemplo, quanto maior for o período de tempo antes de se atingir o estado inicial, maior será o número de medidas de reparação compensatória a realizar (em igualdade de circunstâncias)”³⁶⁴.

Por fim, impende ressaltar que o RPRDE lista os critérios a serem seguidos na avaliação das opções de reparação, que deve ser feita com o uso das melhores tecnologias disponíveis³⁶⁵, e ainda abre a possibilidade, após a análise das soluções adequadas, de serem escolhidas medidas primárias que não proporcionem a restituição integral do bem ambiental afetado ao seu estado inicial, caso em que se dará a intensificação das ações complementares ou compensatórias, visando à equivalência dos níveis de recursos naturais e ou de serviços³⁶⁶.

3.2. A vaguidade portuguesa e as contradições e desvirtuações brasileiras: um comparativo entre os ordenamentos brasileiro e português no tocante à compensação ambiental e a realidade de sua aplicação no Brasil

Com a explicitação da base da instituição da compensação ambiental no ordenamento jurídico de Portugal, é relevante fazer o exame do instrumento compensatório brasileiro, *stricto sensu*, no âmbito do Direito comparado. Antes de adentrar na análise comparativa dos principais aspectos da compensação ambiental nos dois países, se faz pertinente pontuar alguns preceitos do Direito do Ambiente presentes na ordem jurídica interna de ambos.

O ambiente ecologicamente equilibrado como sendo de todos, coletividade e Estado, tanto o direito bem como o dever de defendê-lo, é consagrado em ambas as

³⁶⁴ Anexo V, nº 1.2.3, do RPRDE.

³⁶⁵ Anexo V, nº 1.3.1, do RPRDE: “As opções de reparação razoáveis são avaliadas, utilizando as melhores tecnologias disponíveis, sempre que definidas, com base nos seguintes critérios: a) Efeito de cada opção na saúde pública e na segurança; b) Custo de execução da opção; c) Probabilidade de êxito de cada opção; d) Medida em que cada opção previne danos futuros e evita danos colaterais resultantes da sua execução; e) Medida em que cada opção beneficia cada componente do recurso natural e ou serviço; f) Medida em que cada opção tem em consideração preocupações de ordem social, económica e cultural e outros factores relevantes específicos da localidade; g) Período necessário para que o dano ambiental seja efectivamente reparado; h) Medida em que cada opção consegue recuperar o sítio que sofreu o dano ambiental; i) Relação geográfica com o sítio danificado.

³⁶⁶ Anexo V, nº 1.3.2, do RPRDE.

Constituições, brasileira e portuguesa³⁶⁷. Cumpre exaltar brevemente a inspiração que a CRFB teve na garantia ao direito ao ambiente textualizada na CRP, inserindo, a seu modo, certos avanços na tutela ambiental³⁶⁸.

Quanto ao regime de responsabilização, a Lei da PNMA, com posterior recepção constitucional, prescreveu a obrigação de recuperar e/ou indenizar em razão das lesões ambientais causadas, inclusive a terceiros, independente da existência de culpa³⁶⁹, consolidando a responsabilidade ambiental objetiva³⁷⁰, ainda que sem mencioná-la expressamente.

Por outro lado, o RPRDE de Portugal é mais específico, com um o regime de responsabilidade que se faz depender da atividade desempenhada pelo empreendedor e que exige uma interpretação legal cautelosa. Num primeiro momento, restringe-se a responsabilidade objetiva àqueles que ofenderem direitos ou interesses alheios por meio de lesão a qualquer componente ambiental ou que causarem ameaça iminente ou efetivamente um dano ambiental, desde que desenvolvam atividade econômica específica, taxativamente relacionada no anexo do Diploma³⁷¹. De outro modo, para aqueles que incidirem nas mesmas ações, porém não se enquadrarem nas atividades elencadas na referida lista anexa ao RPRDE, a responsabilidade será subjetiva³⁷².

Uma leitura rápida da legislação portuguesa relativa à responsabilidade por danos ambientais levaria à conclusão de que seu regime findaria com a análise das atividades desenvolvidas, em correspondência com as listadas no anexo III do RPRDE. Contudo, a conclusão não é absoluta, uma vez que são previstas hipóteses de exclusão da obrigação do operador de arcar com as medidas de prevenção ou reparação, abrindo-se a possibilidade de empreendimentos serem avaliadas em sede de responsabilidade subjetiva, mesmo que inseridos no rol do anexo III do RPRDE.

³⁶⁷ Respectivamente, art. 225, da CRFB (Brasil); e artigo 66º, da CRP (Portugal).

³⁶⁸ Conforme análise de Carla Amado Gomes: “O artigo 225 reflecte directamente a influência do artigo 66º da Constituição portuguesa, embora denote melhorias sensíveis relativamente ao seu ‘modelo’”. Um comparativo mais aprofundado das duas Constituições no tocante à proteção ao ambiente, incluindo críticas pontuais a ambas, pode ser conferido *in* GOMES, Carla Amado. *O direito...*, *op. cit.*, pp. 4 e ss.

³⁶⁹ Art. 14, §1º, da Lei da PNMA.

³⁷⁰ Nesse sentido, Annelise Monteiro Steigleder: “A responsabilidade pelo dano ambiental é objetiva, conforme previsto no art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/81, recepcionado pelo art. 225, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal de 1988”. Sobre o tema, sugere-se a obra STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 171.

³⁷¹ Artigos 7º e 12º, do RPRDE, ambos referindo-se ao anexo III.

³⁷² Artigos 8º e 13º, do RPRDE.

Dependerá da comprovação de dolo ou negligência a responsabilização pelos danos, ainda que causados por atividades inicialmente elencadas como sujeitas à responsabilidade objetiva, desde que tal lesão tenha sido causada por fatos expressamente permitidos e que tenham sido respeitadas todas as condições estabelecidas no ato autorizador. Da mesma forma, o operador também se isentará dos pagamentos relativos a custos com medidas de prevenção e reparação se a ação promovida por ele, no momento de sua produção, fosse considerada como não suscetível de causar danos ambientais, conforme o conhecimento científico e técnico da época respectiva, sendo necessário também demonstrar que não houve dolo ou negligência de sua parte ³⁷³.

Em outras palavras, no primeiro caso, poderá ser invocada a isenção com a demonstração do funcionamento normal, “dentro dos parâmetros da autorização”, sendo que o operador suportará “os custos da reparação de danos ecológicos causados por factos decorrentes do funcionamento anormal da instalação”. E no segundo caso a exclusão da obrigação será invocável nas situações dos chamados “risco de civilização”, os quais não seriam detectáveis no momento de sua promoção ³⁷⁴.

Dessa forma, o regime de responsabilização objetiva pelos danos ambientais em Portugal, notadamente contido de certa ambiguidade, fica vinculado não só às atividades desenvolvidas, como também às condições legalmente previstas, que podem fazer, conforme o caso, com que empreendimentos com atividades listadas no anexo III do RPRDE se submetam à comprovação de dolo ou negligência para uma possível exclusão da obrigação de pagamento dos custos das medidas de prevenção ou de reparação.

Outra comparação a se fazer entre diplomas de Brasil e Portugal é a associação da responsabilização ambiental ao PPP. As legislações brasileiras – novamente – não a fazem expressamente, porém a doutrina ³⁷⁵ – em especial a defensora da natureza jurídica reparatória da compensação do SNUC, mas não exclusivamente – entende majoritariamente que tal assimilação é implícita. Credita-se à obrigação constitucional de reparar os danos causados independente das sanções penais e administrativas a positivação

³⁷³ Artigo 20, nº 3, alínea *b*), subalíneas *i*) e *ii*), respectivamente, do RPRDE.

³⁷⁴ Termos de Carla Amado Gomes, que ainda aponta que falta à legislação a previsão se haverá responsabilização em casos de força maior, presumindo-se que não, com uma associação ao Código Civil (Decreto-Lei nº 47344/66, de 25 de Novembro). Ensina ainda que no Brasil, tal questão se resolveria com a adoção da teoria do risco integral, ainda que o art. 21, XXIII, da CRFB, só a determine para as instalações nucleares, conforme se vê *in* GOMES, Carla Amado. *Introdução...*, *op. cit.*, pp. 262-265.

³⁷⁵ Nesse sentido MILARÉ, Édis. *Princípios...*, *op. cit.*, pp. 3-4; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 159 e ss; e BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 94.

do PPP na CRFB ³⁷⁶, consagrando a tríplice responsabilização do poluidor: civil, administrativa e penal ³⁷⁷. A ideia é reforçada pela já estudada PNMA, que coloca como um de seus objetivos a imposição ao empreendedor poluidor de recuperação e/ou indenização pelos danos ocasionados ³⁷⁸.

Se de um lado a legislação brasileira não cita textualmente, mas a doutrina se posiciona no sentido de agregar o PPP à responsabilização civil, em Portugal ocorre o inverso. O RPRDE operou a transposição da Diretiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, “que aprovou, com base no princípio do poluidor-pagador, o regime relativo à responsabilidade ambiental aplicável à prevenção e reparação dos danos ambientais” ³⁷⁹. Restaria evidente a elevação do postulado como fundamento da responsabilização no Direito da União Européia ³⁸⁰ e, por conseguinte, na legislação portuguesa específica ao tema.

Contudo, como já estudado ³⁸¹, a doutrina portuguesa dominante é categórica ao considerar que o PPP envolve dimensões diversas à responsabilização ambiental ³⁸², afastando-o de uma relação direta com ela, ponderando ainda que a finalidade originalmente atribuída ao postulado é verdadeiramente preventiva ³⁸³.

Especificamente nestes dois pontos é de se notar que a legislação portuguesa é, formalmente, mais explícita que a brasileira. Se de um lado o RPDE determina textualmente a responsabilidade objetiva ambiental – com as exceções já comentadas – e a coloca em seu preâmbulo como fundamentada no PPP (ao arrepio da doutrina majoritária), de outro, na Lei brasileira da PNMA, apesar de ser doutrinária e judicialmente pacífica sua determinação com relação ao tipo de responsabilidade ambiental, não há expressamente nem o termo designando-a como “objetiva” nem sumariamente a vinculação ao PPP. Verifica-se que o RPDE define com todas as palavras seus preceitos fundamentais, ao

³⁷⁶ Art. 225, §3º, da CRFB.

³⁷⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição...*, *op. cit.*, p. 909.

³⁷⁸ Art. 4º, VII, da Lei da PNMA.

³⁷⁹ Sumário do RPRDE.

³⁸⁰ Sobre tal relação, ver a perspectiva imprimida in ARAGÃO, Alexandra. *O princípio do poluidor pagador como princípio nuclear da responsabilidade ambiental no direito europeu*. In GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago (org.). *Actas do Colóquio – A responsabilidade Civil por dano ambiental*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 91-120, 2010.

³⁸¹ V. item 2.1.2.3, Cap. II.

³⁸² A exemplo de ARAGÃO, Alexandra. *O princípio do poluidor pagador: pedra...*, *op. cit.*; e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 400 e ss.

³⁸³ Sobre tais interpretações do PPP na associação à responsabilização ambiental recomenda-se GADELHA, Marina Motta Benevides. *A aplicação...*, *op. cit.*, pp. 67 e ss.

passo que a Lei da PNMA deixa estas condições basilares somente implícitas. Como visto, contudo, nem este aparente aspecto explícito do RPRDE previne de ambiguidades o regime de responsabilidade por danos ambientais. E se verá na sequência que esta objetividade da legislação portuguesa não tem continuidade nos dispositivos referentes à compensação ambiental.

Ultrapassados tais pontos e focalizando, a partir deste momento, a comparação dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português na figura da compensação ambiental, a primeira característica que se sobressai é de ordem dogmática: a questão de sua natureza jurídica. No Brasil, é conhecida a sua indefinição legal e jurisprudencial e inconstância na doutrina,³⁸⁴ , embora a tese da reparação por danos futuros, decorrente da responsabilização ambiental e do PPP, vir se mostrando crescente. Corroborando para esta vertente, é o que se extrai da compensação ambiental brasileira pós acórdão do STF na ADI 3.378-6 DF, ainda que não haja o trânsito em julgado desta decisão e também que nela não tenha se reconhecido expressamente a natureza reparatória por danos ambientais futuros. Nesse sentido, analisando a reestruturação da compensação ambiental do SNUC com a referida decisão, pondera-se que a reformulação faz com que o cálculo da compensação dependa diretamente do dano projetado no estudo de impacto ambiental, associando as medidas de compensação ao princípio da responsabilização³⁸⁵. Contudo, frisa-se que tais constatações não são pacíficas e não refletem a legislação brasileira.

Em contrapartida, pela análise do conjunto normativo português, aqui englobando-se as aplicações europeias inerentes, percebe-se que está amadurecida a noção da compensação ambiental como uma forma de reparação de danos ambientais futuros, baseada no princípio da responsabilização.

É bem verdade que há disposição legal portuguesa que associa a incidência da compensação ambiental ao uso de bens ambientais. Enquanto no Brasil tal associação fica nebulosa por conta das incongruências doutrinárias e jurisprudenciais, o RCNB de Portugal estabelece o princípio da compensação dos efeitos negativos provocados pelo uso dos recursos naturais³⁸⁶. Assim, eleva-se unicamente a figura do utilizador, o que poderia

³⁸⁴ V. Cap. II.

³⁸⁵ GOMES, Carla Amado; *et. al. A biodiversidade...*, *op. cit.*, p. 41.

³⁸⁶ Artigo 4º, do RCNB: “Princípios - Para além dos princípios gerais e específicos consignados na Lei de Bases do Ambiente, a execução da política e das ações de conservação da natureza e da biodiversidade deve observar os seguintes princípios: (...) d) Princípio da compensação, pelo utilizador, dos efeitos negativos provocados pelo uso dos recursos naturais”.

trazer a ideia de compensação como uma contraprestação meramente pelo usufruto de recursos naturais. Tal raciocínio não merece prosperar, uma vez que na própria definição do princípio no RCNB enfatiza-se que a compensação será dos efeitos negativos provocados pelo uso, e não propriamente do uso em si, como motivo único para a medida compensatória. Destarte, não se presume da leitura do princípio da compensação que ela se dará independente do dano efetivo. Trata-se de um uso poluente.

O mesmo Diploma não faz qualquer referência à instituição da compensação ambiental meramente em razão da utilização, sem danos, de recursos naturais. Ele se refere aos “custos ambientais”, aos quais deverá ser equivalente o benefício produzido³⁸⁷. Da mesma forma, tanto o RRN quanto a Diretiva *Habitats* impõem a medida compensatória em razão das conclusões negativas extraídas da avaliação de incidências, e não com base somente na utilização de bem ambiental. Por fim, a LBA é concisa ao referenciar que os instrumentos de compensação ambiental são realizados por meio de ações ou projetos que produzam benefício equivalente ao dano causado, sem referência ao uso.

Talvez possa ser considerado no âmbito normativo-português, em uma interpretação ampliada do princípio da compensação do RCNB, que o benefício auferido por atividade econômica que lesa o ambiente é, de certo modo, uma forma daquela utilizar-se dos recursos naturais, o que justificaria a compensação. O certo é que a legislação portuguesa é clara ao definir o custo ambiental como cerne da aplicação da medida compensatória, sendo que, caso fosse a intenção legislativa determinar uma compensação simplesmente pelo uso dos recursos ambientais, independente de dano efetivo, tal previsão estaria explícita legalmente.

Ressalte-se neste ponto que a LBA de Portugal coloca a compensação ambiental como um dos instrumentos econômicos e financeiros para a consecução dos objetivos ambientais. A classificação não pode, contudo, abrir margem à equivocada interpretação de que em Portugal considera-se o instrumento compensatório como uma espécie de tributação, com um teor meramente arrecadatório. A não constituição de tipo tributário fica clara com a determinação de produção de um benefício ambiental equivalente ao dano causado³⁸⁸, não se vinculando estritamente à compensação pecuniária. Considera-se que o caráter de instrumento econômico e financeiro se deve à compatibilização entre o empreendedorismo e a preservação ambiental intentada com a

³⁸⁷ Artigo 36º, nº 2, do RCNB.

³⁸⁸ Artigo 11º, *caput* e artigo 17º, nº 2, alínea *b*), da LBA.

instituição a medida. A própria LBA pondera que as soluções ambientais não só devem promover a utilização racional dos recursos naturais, mas como também proporcionar a internalização das externalidades ambientais ³⁸⁹.

Entende-se, portanto, que a compensação *ex ante* em Portugal assume o caráter eminentemente reparador, baseado na responsabilização por danos ambientais ³⁹⁰, o que representa verdadeiramente a essência do instituto compensatório.

As aparentes – e solucionadas – confusões dogmáticas externadas da redação do princípio da compensação no RCNB e da classificação da compensação ambiental como instrumento econômico e financeiro na LBA, contudo, não se equiparam ao imbróglio existente no Brasil. Verifica-se que no esquema da compensação ambiental brasileira reside uma discussão dogmática que deveria ter sido superada por completo. O foco dos questionamentos literários deveria ser a funcionalidade do instituto e a consecução de seus objetivos e não sua forçada caracterização como tributo, taxa ou remuneração por uso de bem público, uma vez que evidentemente não é e nem fora constituído para ser nada disso. A doutrina parece mergulhar na discussão, quando deveria se debruçar no que realmente se mostra importante: buscar meios eficazes de aperfeiçoamento da legislação em prol da consecução dos objetivos reais da compensação ambiental.

Ainda que ordenamento jurídico-brasileiro pós ADI 3.378-6 DF se aproxime paulatinamente do tratamento da compensação ambiental revestida da natureza jurídica de reparação por danos futuros ao ambiente, com o reconhecimento pelo STF do dano ambiental como o foco da compensação baseando-se na responsabilização, enquanto perdurar o julgamento da referida ação, ainda inconclusa, esta questão permanecerá indefinida doutrinária e judicialmente, o que torna esta consideração da uniformização do posicionamento na direção reparatória uma mera especulação.

Ao passo que o Brasil peca pela indefinição dogmática de seu instituto compensatório no ordenamento jurídico, a compensação ambiental *ex ante* em Portugal é prejudicada pela imprecisão de seu regramento. O RRN e o RCNB se limitam, basicamente, a descrever as situações cabíveis para a compensação ambiental *ex ante*, sem

³⁸⁹ Artigo 17º, nº 1, da LBA.

³⁹⁰ Com o mesmo entendimento: "A compensação é uma modalidade de reparação do dano contemplada no instituto da responsabilidade civil"; e "O princípio da responsabilização parece, assim, constituir identicamente o fundamento da compensação *ex ante*"; in GOMES, Carla Amado; *et. al. A biodiversidade...*, *op. cit.*, pp. 36 e 39.

traçar diretrizes da aplicação da medida, sem determinar os parâmetros para a valoração da contraprestação compensatória, sem descrever o procedimento a ser adotado, sem estipular quais os documentos legais e técnicos que deverão instruir o processo, dentre outros elementos que estruturariam o instrumento compensatório para a sua inserção num cenário mais seguro e sedimentado. No máximo há disposições acerca dos responsáveis por determinados atos, como a determinação dos despachos ministeriais do RRN e o acordo a ser firmado em sede do RCNB. Fora isso, a amplitude da concretização da compensação ambiental *ex ante* fica sujeita à discricionariedade dos administradores responsáveis.

Cumpre aqui destacar algumas das críticas tecidas por Carla Amado Gomes e Luís Batista, que consideram que o RCNB ainda falha por se omitir na definição do que seria um “custo ambiental” para efeitos de compensação, na previsão se as medidas constituiriam apenas em obrigações de fazer ou se também em obrigações de dar e, por fim, por não proceder à delimitação das áreas nas quais preferencialmente deverão ser implementadas tais medidas e nem estipular a excepcionalidade de serem realizadas em locais diversos dos indicados ³⁹¹.

O RCNB não traz qualquer aprofundamento que resulte em disposições minimamente criteriosas para direcionar o Poder Público na fixação de medidas compensatórias e garantir a efetividade da aplicação destas. A articulação com RRN deveria suprir a ausência destes critérios, o que não ocorre, considerando que ambos os diplomas são omissos quanto a diretrizes ou parâmetros para o emprego adequado da compensação ambiental *ex ante*. A remissão do RCNB ao RAIA, por sua vez, é encarada com estranheza, uma vez que este se refere à compensação *ex post* ³⁹².

Nos casos de intervenção a zonas da Rede Natura 2000, o RRN se mostra igualmente deficiente, inclusive quanto ao momento em que devem ser consumadas as medidas compensatórias, bem como quanto ao documento no qual elas serão inscritas: “isto porque o regime traçado no RRN é altamente equívoco, dando azo a querelas doutrinárias e a insegurança jurídica, num domínio em que a fragilidade e importância dos valores envolvidos reclamaria maior clareza” ³⁹³.

³⁹¹ GOMES, Carla Amado; *et. al. A biodiversidade...*, *op. cit.*, pp. 63.

³⁹² Críticas de Carla Amado Gomes e Luís Batista, que alegam que o RCNB não avança em “quaisquer critérios que possam nortear a administração na fixação destas medidas (...), apenas se limitando a afirmar que devem produzir um ‘benefício ambiental equivalente ao custo ambiental causado’” *in idem*, p. 51.

³⁹³ *Idem*, pp. 57-58.

As inúmeras lacunas deixadas pelos diplomas que originalmente deveriam regulamentar a compensação ambiental, quais sejam, o RRN e o RCNB, levaram a doutrina a considerar a articulação destes Decretos-Leis com o regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais (RPRDE), que trata de outra forma de compensação, a *ex post*.

Embora seja inegavelmente mais desenvolvido, o regime de responsabilização por danos ambientais apresenta falhas que complicam a adaptação de seus preceitos à aplicação da compensação ambiental *ex ante*. Já fora mencionada a confusão feita pelo legislador nas denominações das reparações compensatória e complementar, bem como a ambiguidade com que trata a responsabilidade objetiva por danos ambientais.

Em mais uma demonstração de imprecisão da legislação portuguesa, o RPRDE dispõe que o método das técnicas alternativas de valoração “pode” ser prescrito pela autoridade competente, de forma que, conforme o artigo 8º, alínea *a*) do RCNB, tal função ficaria a cargo do Instituto da Conservação da Natureza e das Florestas – ICNF³⁹⁴. Relativo a este órgão, levando-se em conta que a Declaração de Impacto Ambiental – DIA é o documento ideal para o acolhimento das medidas compensatórias, presume-se que é sua a competência para a decretação das medidas compensatórias, sendo que o ICNF deve intervir no processo de avaliação de impacto emitindo parecer vinculativo “situação que não resulta líquida do regime geral de AIA (Avaliação de Impacto Ambiental), mas que se revela inquestionável em razão do disposto no artigo 36º/1 do RCNB”³⁹⁵.

Verifica-se que é evidente estruturação ineficiente das normativas aplicáveis ao tema, de forma que a doutrina é forçada a encontrar soluções plausíveis para as faltas das leis. Há que se ressaltar que, ainda que o RPRDE consistisse em norma isenta de equívocos e omissões, a sua articulação com o RCNB é unicamente doutrinária, vislumbrada na tentativa de suprir os vazios legais encontrados na regulamentação da compensação ambiental *ex ante*. Adverte-se que os próprios autores que levantam a possibilidade de interligação do RCNB com o RPRDE assinalam para a urgente necessidade de composição de legislação específica e autônoma para o instituto³⁹⁶.

³⁹⁴ Conforme entendimento exposto in GOMES, Carla Amado; *et. al. A biodiversidade...*, *op. cit.*, pp. 56-57.

³⁹⁵ Presunção doutrinária in *Idem*, pp. 56-57.

³⁹⁶ Argumentam que apesar de o RPRDE trazer valiosos contributos, tanto materiais como procedimentais, é mandatória a clarificação pelo legislador dos pressupostos, procedimentos, critérios e conteúdos das medidas compensatórias, por meio de diploma autónomo, sendo que: “na sua ausência, cumpre buscar paliativos para

O “caráter lacunar” da compensação ambiental portuguesa pode ter causa em sua origem. A própria Convenção de Ramsar, à qual é atribuída a ascendência da compensação ambiental no Direito Internacional, faz o uso de expressões vagas e inapropriadas (“*as far as possible*” e “*either in the same area or elsewhere*”). A diretiva dos Habitats é, da mesma forma, “muito aberta”, demonstrando clara insuficiência quanto à definição dos critérios ou mesmo com relação aos locais que deverão ser objeto de compensação³⁹⁷.

Se a Diretiva *Habitats* não se aprofundou no tratamento das medidas compensatórias, o legislador português, por sua vez, também não o fez na transposição, talvez por um desejo camuflado de não onerar demasiadamente o operador e, com isso afastar investimentos necessários ao crescimento econômico do país, ou simplesmente por não compreender totalmente a importância que tal instituto hoje tem na compatibilização de interesses de ordem econômica e ambientais.

A novidade da matéria, o envolvimento de elementos técnicos de outros campos científicos e até o caráter excepcional conferido às medidas compensatórias em Portugal são vistos pela doutrina como possíveis causas desta legislação vaga e imprecisa. Contudo, é justamente este caráter excepcional da compensação *ex ante* que clama para que o legislador esmiúce as determinações de seu regramento, buscando evitar abusos e maus usos³⁹⁸.

O certo é que um sistema completamente desprovido de maiores detalhamentos procedimentais e instrumentais abre margem tanto para uma atuação desvirtuada da Administração Pública como para a não utilização do mecanismo compensatório. As faltas da legislação justificariam perfeitamente a não aplicação das medidas compensatórias pelos empreendedores e pelo poder público, uma vez que não há a previsão dos meios de se concretizar tais medidas prescritas em lei.

Contrapondo a completa subjetividade da legislação portuguesa concernente à compensação ambiental *ex ante*, tem-se a inundação de disposições normativas regulamentando o instrumento compensatório brasileiro: Lei do SNUC, Resolução CONAMA nº 371/06, Decreto 4.340/2002 (e seu Decreto alterador), Instruções

que a compensação possa ser levada a sério como um instrumento de tutela da biodiversidade e não como um factor de incentivo à sua degradação” in GOMES, Carla Amado; *et. al. A biodiversidade..., op. cit.*, p. 64.

³⁹⁷ *Idem*, pp. 109 e 44.

³⁹⁸ Como expõem Carla Amado Gomes e Luís Batista *in idem*, pp. 63-64.

Normativas e Portarias do IBAMA, além das legislações específicas estaduais e municipais que abordam o tema, juntamente com as instruções normativas internas de cada órgão ambiental, estadual ou municipal.

Se em Portugal não há a consolidação de procedimentos ou diretrizes aptos a garantir a aplicação coerente e estruturada da compensação ambiental, no Brasil há, ainda que seja um sistema dotado de diversas contradições e omissões. Há, portanto, a vinculação da atuação dos órgãos licenciadores às disposições legais. Em tese, não haveria a margem de argumentação no sentido de não utilização ou utilização desvirtuada da compensação do SNUC. Não é o que se vê, entretanto, concretamente na realidade brasileira da aplicação da compensação ambiental.

Dentre as várias práticas distorcidas encontradas, uma que salta aos olhos é a padronização dos valores praticados pelo tipo de atividade desenvolvida, sem levar em conta qual o real impacto que cada empreendimento causa na sua realidade. É certo que os riscos podem ser similares para ações da mesma natureza, mas tecnicamente é incontestável que inúmeros fatores científicos fazem com que cada empreitada detenha particularidades que evidentemente diferenciarão o grau de impacto uma das outras, como a localidade em que se encontra, a proximidade com recursos naturais mais sensíveis, a área naturalmente mais suscetível de ser lesionada, os tipos de produtos usados, o entorno e possíveis áreas de afetação, o tamanho, o mercado visado, a produtividade, dentre outros.

É, portanto, extremamente incoerente – e ilegal, uma vez que não há previsão legal neste sentido – a estipulação prévia de índices para valores de compensação ambiental por espécies de atividades econômicas, o que demonstra a má vontade dos órgãos ambientais em analisar cada caso de acordo com sua respectiva realidade.

A situação é agravada quando se percebe que nem os recursos advindos da compensação ambiental são direcionados à implantação ou conservação de unidades de conservação como manda a Lei do SNUC. A verdadeira finalidade do instrumento estudado parece ter sido completamente corrompida, sendo que atualmente a destinação da verba da compensação ambiental é totalmente incerta.

Se a norma portuguesa falha na não especificação dos parâmetros para a destinação dos valores oriundos da compensação *ex ante*, sem impor qualquer obrigatoriedade neste sentido, a legislação brasileira é clara e categórica no sentido de vincular as verbas oriundas da compensação ambiental à implantação ou conservação de

unidades de conservação (art. 36 do SNUC), considerando ainda que a medida compensatória está inserida na própria Lei que institui o SNUC. A Resolução CONAMA nº 371/06 fala expressamente em implantação ou manutenção especificamente de unidades de conservação, que seria a regra. O Decreto 4.340/2002 dispõe taxativamente em seu art. 33 a sequência das ações prioritárias para aplicação dos recursos de compensação ambiental ³⁹⁹.

Trata-se de uma finalidade determinada, que traduz justamente o duplo comando instituído pelo legislador com a compensação do SNUC, impondo não só ao empreendedor a obrigação de apoio às unidades de conservação, mas também ao Poder Público a obrigação de destinar corretamente os recursos, na forma prevista legalmente ⁴⁰⁰.

O que se vê na realidade, contudo, são fins completamente distintos das disposições legais. Não são raros os casos em que, a título de compensação ambiental, os empreendedores licenciados entram em acordo com os licenciadores e promovem o fornecimento de equipamentos de estruturação ao órgão ambiental, como itens de escritório, computadores ou até mesmo carros ou complementação de frota ⁴⁰¹. Os únicos tipos de tais equipamentos que poderiam ser objeto de compensação são “os necessários à implantação, gestão, monitoramento e proteção da unidade, compreendendo sua área de amortecimento” ⁴⁰². Não se pode alegar inexistência de unidades de conservação, uma vez que a lei autoriza a criação delas. Ao preferir a destinação com fins ambientais resta duvidosa a intenção do administrador no uso de sua discricionariedade no emprego dos recursos de compensação ambiental.

Sílvia Cappelli ⁴⁰³ alega que compensação do SNUC até poderia ser usada para aquisição de bens “a órgãos ambientais ou à polícia ambiental”, ressalvando que somente de forma excepcional. Tal possibilidade é, todavia, incoerente, ainda que excepcionalmente, pelos próprios apontamentos da autora ao sustentar o caráter subsidiário da hipótese, uma vez que não se pode dar preferência à estruturação da Administração, já financiada por impostos, em detrimento de benefícios ao ambiente, necessários em razão

³⁹⁹ V. item 1.6.3, Cap. I.

⁴⁰⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito...*, *op. cit.*, pp. 676-677.

⁴⁰¹ “(...) ao longo dos anos, os diversos órgãos ambientais foram se afastando cada vez mais da idéia inicial de impor aos empreendedores a obrigação de manter uma unidade de conservação e foram transformando a compensação ambiental em fonte de custeio das suas atividades” in REIS, Márcio Monteiro. *Compensação...*, *op. cit.*, p. 1.

⁴⁰² Art. 33, inciso II, do Decreto nº 4.340/02.

⁴⁰³ CAPPELLI, Sílvia. *Compensação...*, *op. cit.*, p. 365.

de danos que a atividade financiadora causará. É bem verdade que há outros meios de compensar os impactos causados por atividades poluidoras e que a destinação poderia ser mais ampla na legislação brasileira, visando sempre fins ambientais, mas se o legislador optou por atrelar a compensação do SNUC inteiramente às unidades de conservação⁴⁰⁴ qualquer outro direcionamento é ilegal.

Em uma realidade igualmente absurda, até mesmo depósito direto na conta bancária do órgão ambiental competente é elencado como objeto de compensação ambiental, sem que o empreendedor ou a sociedade tenha o mínimo conhecimento do destino final dos recursos despendidos.

O que impressiona é que estes casos não ocorrem às escuras. Os órgãos ambientais que assim procedem não fazem qualquer questão de esconder tais atuações. São situações registradas expressamente nos autos dos processos de licenciamento aprovados pelos licenciadores responsáveis, demonstrando o completo descaso e desrespeito com a legislação ambiental aplicável. Trata-se de uma depreciação total da finalidade essencial do instituto compensatório⁴⁰⁵.

Cabe mencionar nesta conjuntura que nos dois países em análise existem fundos criados para financiar a conservação ambiental. No Brasil, embora sem instituição legal, o Ministério do Meio Ambiente e a CEF assinaram acordo criando o fundo nacional de compensação ambiental⁴⁰⁶, especificamente para verbas da compensação do SNUC. Em Portugal o RCNB prevê Fundo para a Conservação da Natureza e da Biodiversidade, constituído por Decreto-Lei, visando o apoio à gestão da infraestrutura básica de suporte à conservação da natureza⁴⁰⁷, embora não haja vinculação do fundo à compensação ambiental no diploma.

O que se deve levar em consideração é que, ainda que os recursos da compensação ambiental sejam destinados, num primeiro momento, a fundos como os citados, o emprego posterior destes recursos deve ser necessariamente voltado para fins ambientais, com o devido respeito aos limites legais, caso contrário não têm razão alguma

⁴⁰⁴ BECHARA, Erika. *Uma contribuição...*, *op. cit.*, pp. 294 e ss.

⁴⁰⁵ As situações aqui descritas, percebidas na prática da advocacia na área ambiental, são, por vezes noticiadas, evidenciando a recorrência de abusos, como os casos de desvio dos recursos da compensação ambiental com despesas não relacionadas às unidades de conservação, inclusive para pagamento de salários e manutenção dos órgãos administrativos, noticiados pelo jornal O Estado de São Paulo e relatados *in* ACHKAR, Azor El. *A compensação...*, *op. cit.*, p. 115.

⁴⁰⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Aspectos...*, *op. cit.*, pp. 7-8.

⁴⁰⁷ Art. 37º, n.ºs 1 e 2, do RCNB. O art. 23º do RPRDE também prevê um Fundo de Intervenção Ambiental.

de ser. Há de se ressaltar que a acumulação de valores em fundos, mesmo específicos, não é propriamente o ideal. A finalidade do instituto não é o amontoamento de verbas pelo Estado e a prática, por vezes, demonstra que o que se arrecada usualmente é empregado para interesses alheios aos que originaram os recursos ⁴⁰⁸.

Quanto à destinação de valores da compensação ambiental, a legislação portuguesa inclui a restrição de que os pagamentos em causa devem ficar adstritos, obrigatoriamente, “às finalidades de compensação ambiental que lhes subjazem” ⁴⁰⁹. Contudo, lembra-se que as “finalidades de compensação ambiental” não encontram detalhamento legal, abrindo-se a possibilidade para um cenário semelhante ao brasileiro, que em várias regiões a compensação ambiental mais se parece com uma taxa a ser paga pelo empreendedor quando do licenciamento.

Ora, se de um lado no Brasil não estão sendo considerados os reais impactos significativos de cada atividade econômica poluidora, com uma mera determinação prévia percentual de quanto deverá ser pago a título de compensação ambiental, e de outro os valores arrecadados não são utilizados para financiar as unidades de conservação, que são justamente o objeto da lei brasileira instituidora da compensação *ex ante stricto sensu*, esta forma de atuação estatal, que se mostra cada vez mais presente nos licenciamentos ambientais brasileiros, só pode significar a instituição de medida estritamente arrecadatória, funcionando verdadeiramente como uma espécie de tributação ilegítima e inconstitucional ⁴¹⁰.

Não se pode esquecer que a legislação brasileira não contribui para que o cenário caótico tenha fim. Óbvio que as falhas legais não justificam a forma de agir abusiva e mal intencionada, ou talvez simplesmente ignorante, dos órgãos competentes, mas as normativas apresentam contradições tantas que impedem a consagração da lisura processual em sede de compensação ambiental.

A questão é que, com a indefinição dogmática da natureza jurídica da compensação ambiental e a incongruência normativa quando confrontada com entendimentos jurisprudenciais, surge um sistema que abre margem à atuação desregada

⁴⁰⁸ Análise semelhante in BATISTA, Luís Carlos Lopes. *A compensação...*, *op. cit.*, pp. 51 e ss.

⁴⁰⁹ Artigo 36º, nº 4, do RCNB.

⁴¹⁰ Com o mesmo entendimento: “O instituto da compensação (...) foi desfigurado e transformado em uma verdadeira exação cobrada pelo Estado e paga pelo setor produtivo. Poder-se-ia, então, imaginar que se trata de um novo tributo” in REIS, Márcio Monteiro. *Compensação Ambiental: O que é isso?*. Disp.: http://www.siqueiracastro.com.br/informe/regmeio_01/html_matregamb02_01.html. Ace.: 05/03/16, p. 1.

da Administração, que não se vê compelida a seguir este ou aquele norte, uma vez que vários caminhos são juridicamente possíveis e fundamentáveis.

Exemplos disso ocorrem em pelo menos três momentos no decreto regulamentador da compensação ambiental (Decreto nº 4.340/2002), após as alterações do Decreto nº 6.848/2009.

Primeiramente, nota-se que o IBAMA foi colocado como único responsável para o estabelecimento do grau de impacto e pelo cálculo da compensação ambiental⁴¹¹, sendo que a redação antiga⁴¹² determinava que era o órgão ambiental licenciador quem estabelecia o grau de impacto. A alteração pontual gera inúmeras dúvidas. Ciente das atribuições e competências do IBAMA, que trata, via de regra, dos licenciamentos no âmbito federal, o legislador inseriu responsabilidade ao IBAMA relativa a todos os casos de compensação ambiental, em uma determinação confusa e evidentemente impraticável.

A previsão vai de encontro ao elencado pelo STF⁴¹³, pela Resolução CONAMA nº 371/06⁴¹⁴ pela própria Lei do SNUC, que atribuem ao órgão licenciador competente – estadual, municipal ou até mesmo o próprio IBAMA, quando for o caso – a responsabilidade pela valoração da compensação ambiental.

A redação poderia ser uma mera referência exemplificativa ao IBAMA, somente no âmbito federal, mas não é, uma vez que o mesmo Decreto prevê que o recurso da decisão do referido cálculo terá regulamentação do órgão licenciador e por ele será julgado, e não pelo IBAMA⁴¹⁵, sendo que, ao mesmo tempo, determina que o mesmo recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão. Sendo assim, o órgão licenciador – que pode ser de instância inferior – seria o responsável pelo julgamento de recurso de uma decisão do IBAMA? A incoerência fica mais evidente ao considerar que se é o IBAMA o responsável pelo cálculo, ele é quem profere a decisão. Então o recurso seria dirigido ao IBAMA, mas julgado por outro órgão.

Além da pontual contradição processual, a inovadora forma de cálculo instituída com as mudanças no Decreto nº 4.340/2002 também demonstra irregularidades

⁴¹¹ Arts. 31, *caput* e 31-B, *caput*, do Decreto nº 4.340/02.

⁴¹² Art. 1º, do Decreto nº 5.566/05, já revogado.

⁴¹³ Item 2 da Ementa do acórdão do STF na ADI 3.378-6..., *cit.*

⁴¹⁴ Art. 3º, *caput*, da Resolução CONAMA nº 371/06 determina que a metodologia de gradação de impacto ambiental será definida pelo órgão ambiental competente.

⁴¹⁵ Art. 31-B, §§ 1º e 3º, do Decreto nº 4.340/02.

⁴¹⁶. Estipula-se que o valor da compensação ambiental será o precisamente o produto do somatório dos investimentos necessários para implantação do empreendimento – excluídos os custos de licenciamento ambiental, de mitigação de impactos e os encargos de financiamento e seguro – e o grau de impacto nos ecossistemas. Este último pode atingir valores de 0 (zero) a 0,5% (meio por cento) ⁴¹⁷. Dessa forma, há um percentual de investimento que será o limite para o cálculo da compensação ambiental.

Contudo, este panorama entra em conflito direto com a decisão do STF na ADI nº 3.378-6 DF, que é inclusive anterior ao Decreto alterador (nº 6.848/2009). O STF determinou a prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento, bem como “afastou a incidência de um percentual máximo que fosse de conhecimento prévio do investidor” ⁴¹⁸.

Prudentemente, a Suprema Corte rechaçou a valoração da compensação ambiental por meio de percentual fixo, adotando o princípio da proporcionalidade. Dessa forma, o instrumento compensatório se aproxima mais de uma realidade jurídica coerente, com o financiamento pelo empreendedor de forma proporcional ao impacto ambiental.

Porém, as diretrizes do cálculo não foram objetivamente definidas, o que realmente foge à atribuição do judiciário ⁴¹⁹. Ficando a cargo do legislador, contudo, tanto a noção de custo total do empreendimento quanto a referência ao percentual permaneceram na base de cálculo. Embora o atrelamento do cálculo da compensação do SNUC aos custos e investimentos de implantação seja inconstitucional segundo o STF, ele ocorre no método de valoração trazido Decreto 6.848/2009.

A liquidação da Compensação Ambiental não pode constituir-se como um percentual dos custos totais do empreendimento, ainda que moderado pelo grau de impacto, uma vez que tal parâmetro não se relaciona diretamente com o potencial destrutivo de cada atividade. Uma empreitada com custos altos pode muito bem não ser tão poluidora quanto outra que emprega menores investimentos. A base de cálculo é, além de incoerente, desrespeitosa ao declarado pelo STF. De que adianta a criteriosa metodologia

⁴¹⁶ V. item 1.6.2, Cap. I.

⁴¹⁷ Art. 31-A, *caput* e §1º, do Decreto nº 4.340/02.

⁴¹⁸ Conforme analisa Sinara Soares, que considera tal inclusão “uma clara ofensa à decisão do STF” *in* SOARES, Sinara. *As inovações...*, *op. cit.*, pp. 3-4.

⁴¹⁹ Sinara Soares alega que, na realidade, “a decisão do STF é mais um complicador para questão já tão complexa. Na prática, tem havido muita divergência entre os órgãos estaduais para a fixação dos valores de compensação” *in idem*, p. 7.

para a determinação do grau de impacto ⁴²⁰ se, ao final, o valor da compensação será vinculado, de uma maneira ou de outra, aos investimentos totais, e não à estrita proporcionalidade e à dimensão do dano? Sem falar que o cálculo fica na dependência das informações dos empreendedores, que podem omitir gastos ou mesmo alegar, num momento posterior, que houve a incidência de custos supervenientes não previstos, prejudicando totalmente o parâmetro legalmente instituído.

Acresce-se à problemática o disposto na Resolução CONAMA nº 371/06, em vigor, que também impõe a consideração dos custos totais previstos de implantação do empreendimento no cálculo da compensação ambiental. Por fim, ainda coloca que os “investimentos destinados à melhoria da qualidade ambiental e à mitigação dos impactos causados pelo empreendimento, exigidos pela legislação ambiental, integrarão os seus custos totais para efeito do cálculo da compensação ambiental” ⁴²¹, contrariando o que prega o decreto regulamentador da compensação ambiental no desconto de custos em prol do ambiente. Um desestímulo ao setor industrial na preocupação com o ambiente.

Todo o conjunto colidente ⁴²² só contribui para a disparidade na condução da utilização do instrumento compensatório pelos órgãos ambientais nos licenciamentos ⁴²³. Verifica-se a coexistência de posicionamentos conflitantes, sem que tal situação seja resolvida pelo STF, mantendo-se em plena vigência o retrógrado posicionamento da Resolução CONAMA nº 371/06.

Tais incompatibilidades geram total insegurança na aplicação do cálculo da compensação ambiental. O não julgamento da ADI nº 3.378-6 DF, que aguarda apreciação de embargos declaratórios (desde 2008), coloca a compensação ambiental neste panorama crítico, em que por um lado considera-se imprudente a utilização dos valores totais investidos como parâmetro único para a quantificação da compensação ambiental, conforme posicionamento expresso do STF, mas por outro a legislação continua a utilizar a

⁴²⁰ V. ANEXO.

⁴²¹ Art. 3º, *caput* e §1º, da Resolução CONAMA nº 371/06.

⁴²² V. conjunto relacionado no ANEXO.

⁴²³ Nesse sentido, o advogado ambientalista Marcus Paulo Pozzobon critica duramente: “Dada sua antagonia, é ilógica e irrazoável a convivência de tais normativas no mesmo ordenamento jurídico, pois, enquanto uma caminha no sentido de premiar investimentos ambientalmente adequados (Decreto 4.340/02), a outra adota caminho oposto, penalizando os investimentos na preservação ambiental (Resolução CONAMA 371/06). A ilegalidade da Resolução CONAMA 371/06, em face do Decreto 4.340/02, todavia, não foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, de forma que permanecem válidas e vigentes no sistema ambas normas, em flagrante prejuízo ao empreendedor” in POZZOBON, Marcus Paulo, *Compensação Ambiental em Decorrencia da Instalação de Empreendimento Significativamente Impactante ao Meio Ambiente*. Disp.: http://www.agrolink.com.br/colunistas/compensação-ambiental_4205.ht ml. Ace.: 16/09/15, p. 3.

base de cálculo incluindo a totalidade dos custos de implantação do empreendimento. Nesta confusão, os órgãos ambientais acabam por fazer interpretações à sua conveniência.

Na verdade, depara-se na prática com gritantes disparidades nos métodos de cálculo da compensação do SNUC. Cada órgão faz à sua maneira. Corriqueiramente sequer é feito tal cálculo, com a fixação prévia do percentual conforme a atividade desenvolvida, como já comentado em outro momento. Quando muito, é feito um cálculo sem a estipulação do grau de impacto e sem os descontos dos gastos com as medidas mitigatórias promovidas pelo empreendedor, conforme se determina legalmente. A postura acaba por inibir as investidas de qualquer empreendedor que custear medidas para diminuir ou impedir o impacto ambiental, uma vez que elas não serão descontadas e este não intenta “pagar duas vezes”. É um posicionamento que, além de ir contra a legislação vigente, estimula o descaso do empreendedorismo quanto à preservação do meio ambiente.

Não param por aí as contradições verificadas no decreto regulamentador da compensação ambiental com outras legislações. Num terceiro momento, além das controvérsias procedimentais – quanto ao responsável pela fixação do *quantum* – e do polémico mecanismo de cálculo da medida, o Decreto nº 4.340/2002, em mais um ponto de incongruência legislativa, prevê que o IBAMA, no estabelecimento do grau de impacto com base no EIA/RIMA, “considerará, exclusivamente, os impactos ambientais negativos sobre o meio ambiente”⁴²⁴. Passou, portanto, a usar a terminologia “impactos ambientais negativos”, em claro desacordo com o prescrito na Lei do SNUC, que impõe que a obrigação da compensação ambiental se dá nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de “significativo impacto ambiental”, conforme consideração do órgão ambiental competente⁴²⁵. O STF incorreu no mesmo equívoco ao deliberar que o valor da compensação do SNUC é fixado de acordo com “a compostura do impacto ambiental”⁴²⁶.

Em Portugal, o RPRDE também tem terminologia diferenciada, usando “dano ecológico” ao invés de impacto ambiental significativo, e o conceitua da seguinte forma: “existe um dano ecológico quando um bem jurídico ecológico é perturbado, ou quando um determinado estado-dever de um componente do ambiente é alterado negativamente”⁴²⁷. Apesar da diferença nominal, considera-se que o sentido é o mesmo do que se usa na Lei

⁴²⁴ Art. 31, *caput*, do Decreto nº 4.340/02.

⁴²⁵ Art. 36, *caput*, da Lei do SNUC.

⁴²⁶ Item 2 da Ementa do acórdão do STF na ADI 3.378-6..., *cit.*

⁴²⁷ Sumário do RPRDE.

do SNUC. Há uma equivalência de conceitos entre impactos ambientais significativos e danos ecológicos, ambos significando uma degradação tangível no bem ambiental, não constituindo meros impactos ou danos potenciais.

A supressão do termo “significativo” e a imposição de consideração exclusiva de “impactos ambientais negativos” acarreta a alteração profunda na própria essência do instituto, que englobaria não só lesões concretas como também meros desgastes ou incômodos. Pela compensação *ex ante*, em sua concepção originária, se não há dano ambiental – se há somente impactos – não há que se falar em compensar.

Ainda que se conceba a hipótese de compensação de meros impactos ambientais, que não atingem nível de agressão efetiva ao ambiente, mas alteram-no, ainda que de forma mínima ou indireta⁴²⁸, tal hipótese não encontra respaldo legal e não corresponde à compensação do SNUC – ou à compensação ambiental das legislações portuguesas. Seria necessária toda uma nova construção normativa própria que a abrangesse e que inevitavelmente encontraria dificuldades ainda maiores na mensuração do prejuízo ambiental para fins de fixação de valores, em atendimento ao princípio da proporcionalidade, perspectiva que foge à presente discussão.

A compensação *ex ante*, como já estudado, exige a certeza e a gravidade do dano ambiental futuro⁴²⁹. Se a compensação do SNUC, conforme sua redação no art. 36, constitui mecanismo financeiro de compensação por impactos significativos, sendo estes, portanto, não mitigáveis, fica difícil vislumbrar a real intenção legislativa ao inserir a consideração de “impactos ambientais negativos”, mitigáveis ou não, na regulamentação daquele instituto. O Decreto regulamentador na realidade contraria o próprio conceito do instrumento que intenta regular. Trata-se de outra situação em que, na prática, fica valendo a interpretação de cada órgão ambiental.

Neste contexto, surgiu uma nova realidade (anti) jurídica nos licenciamentos ambientais do Brasil⁴³⁰ com a exigência de compensação ambiental de empreendimentos que sequer causam danos ambientais. À luz da Lei do SNUC, estes nunca seriam objeto de

⁴²⁸ Possibilidade rechaçada in BATISTA, Luís Carlos Lopes. *A compensação...*, *op. cit.*, pp. 37-40 e 139-142.

⁴²⁹ *Idem*, pp. 37-40.

⁴³⁰ Frisa-se que as situações práticas descritas no decorrer deste item 3.2, constatadas por meio da atuação advocatícia na área, ocorrem no âmbito da aplicação da compensação ambiental em processos de licenciamento ambiental de algumas regiões brasileiras, no âmbito municipal e estadual, sendo imprudente generalizar tal cenário para todo o Brasil, bem como referenciar diretamente os órgãos competentes nos quais foram verificadas as irregularidades, em função de sigilo profissional.

compensação, uma vez que em sua própria essência não causam significativos impactos ambientais, requisito elencado no *caput* do art. 36.

A própria Resolução CONAMA nº 371/06 só admite a compensação decorrente de casos de empreendimentos de significativo impacto ambiental com fundamento em EIA/RIMA ⁴³¹. Confirmando o posicionamento, a mesma norma impõe que a ampliação/modificação de empreendimentos já licenciados só será objeto de compensação do SNUC se acarretar significativo impacto ambiental e estiver sujeita ao EIA/RIMA ⁴³².

Em mais uma coexistência de normas pontualmente discrepantes, para englobar os empreendimentos potencialmente poluidores, provavelmente no intuito de aumentar a arrecadação advinda da compensação ambiental, os órgãos licenciadores se baseiam obviamente nos termos do Decreto nº 4.340/2002, considerando impactos negativos não significativos no cálculo da medida, em contrariedade explícita ao disposto na Lei do SNUC e na Resolução CONAMA nº 371/06.

Importante pontuar que no Brasil a sujeição ao EIA/RIMA ocorre quando a significância do impacto é presumida ⁴³³ ou conforme discricionariedade do administrador na análise do caso concreto ⁴³⁴, analisando se a obra ou atividade é potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente ⁴³⁵. Portugal adota uma linha mais protecionista com uma criteriosa lista de sujeição à avaliação de impacto ambiental, que só é dispensada, total ou parcialmente, em circunstâncias excepcionais e devidamente fundamentadas, mediante despacho dos membros do Governo responsáveis ⁴³⁶.

No Brasil, portanto, diversos empreendimentos não estariam sujeitos ao estudo de impacto ambiental e respectivo relatório – EIA/RIMA ⁴³⁷, requisito expresso na Lei do SNUC ⁴³⁸. Assim, não seria coerente incluí-los na obrigação de implantação ou manutenção de unidades de conservação. Daí que, ainda assim, vários órgãos ambientais mantêm a exigência direta da compensação ambiental mesmo em casos em que não

⁴³¹ Art. 1º, da Resolução CONAMA nº 371/06.

⁴³² Art. 6º, da Resolução CONAMA nº 371/06.

⁴³³ Art. 2º, da Resolução CONAMA nº 01/86.

⁴³⁴ GADELHA, Marina Motta Benevides. *A aplicação...*, *op. cit.*, p. 32.

⁴³⁵ Art. 225, §1º, IV, da CRFB.

⁴³⁶ Arts. 1º, n.ºs 3 e ss, e 4º, nº 1, do RAIA. Para comparações entre os regimes de avaliação de impacto ambiental de Brasil e Portugal, embora seja análise anterior ao RAIA vigente (2013), ver GADELHA, Marina Motta Benevides. *A aplicação...*, *op. cit.*, pp. 93 e ss.

⁴³⁷ Nesse sentido, Erika Bechara pontua que apenas empreendimentos causadores de degradação ambiental significativa estão sujeitos à EIA/RIMA in BECHARA, Erika. *Uma contribuição...*, *op. cit.*, p. 136.

⁴³⁸ Art. 36, *caput*, da Lei do SNUC.

exigem a emissão de EIA/RIMA. Contrariam o pressuposto de que a compensação só poderia ser requisitada nos licenciamentos de empreitadas que, em razão da magnitude do seu potencial de agressão ambiental, estiverem sujeitas ao EIA/RIMA ⁴³⁹.

Não há como se falar em compensação ambiental sem antes ter os dados técnicos a respeito deste impacto, sendo fundamentais os estudos referentes ao EIA/RIMA. Ressalta-se que o STF, apesar de também suprimir o termo “significativo”, não admite a compensação sem EIA/RIMA ⁴⁴⁰, pois é lá que será dimensionado o impacto ambiental.

Nesta perspectiva, não haveria justificativa para determinar-se a compensação ambiental para empreendimentos não poluidores ou até potencialmente poluidores que não estejam sujeitos à avaliação por EIA/RIMA, não fosse a incongruência terminológica do decreto regulamentador. E mesmo que se considere a medida compensatória do SNUC a estes tipos de atividades, nada abona a postura atual de alguns órgãos ambientais na exigência pura, simples e direta de compensação ambiental, sem dar qualquer relevância aos estudos ambientais legalmente determinados e demandados, deixando de exigí-los.

Ressalta-se, neste momento, uma crítica pertinente feita aos regimes de avaliação de impacto ambiental tanto de Portugal quanto do Brasil: os responsáveis pela elaboração dos estudos técnicos não guardam relação de independência com o empreendedor ⁴⁴¹, que é o interessado direto no licenciamento ambiental, prejudicando a parcialidade na confecção dos relatórios respectivos.

Tal fato, porém, não justifica a supressão da apresentação e análise técnica destes estudos ambientais na utilização do mecanismo da compensação ambiental no licenciamento, do contrário a medida é fixada sem o embasamento técnico necessário, descumprindo-se requisito legal expresso e constituindo-se grave omissão da Administração ⁴⁴². Recusando-se a análise técnica, estipula-se uma cobrança vazia, unicamente de arrecadação.

⁴³⁹ Como ensinado in MENDLEWICZ, Michelle. *Compensação ambiental: questões controvertidas e aplicação prática*. In LEITE, José Rubens Morato; LEMOS, Patricia Faga Iglecias (org.). *Direito Ambiental para o Século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos resíduos sólidos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 43-71, 2015.

⁴⁴⁰ Item 2 da Ementa do acórdão do STF na ADI 3.378-6..., *cit.*

⁴⁴¹ GADELHA, Marina Motta Benevides. *A aplicação...*, *op. cit.*, p. 101.

⁴⁴² Com o mesmo entendimento: “O EIA é o instrumento necessário para caracterizar se o empreendimento poderá causar significativo efeito negativo ao meio ambiente. Toda vez que se deixar de exigí-lo, quando devido, configura-se omissão do poder público e um prejuízo potencial para as unidades de conservação sob a influência da obra potencialmente poluidora” in ACHKAR, Azor El. *A compensação...*, *op. cit.*, pp. 69-70.

Assim, o que ocorre na prática em diversas regiões do Brasil é a total falta de fundamentação na aplicação da compensação do SNUC. Os anos de atuação junto aos órgãos ambientais competentes em processos de licenciamento permitem afirmar que é mais comum verificar a determinação direta e infundada da medida compensatória, sem a utilização de qualquer parâmetro legal ou jurisprudencial, do que o contrário. Os licenciadores simplesmente fixam valor que entendem ser “justo”, baseando-se muitas vezes no poder econômico do empreendedor licenciante. Quando muito, utilizam-se do índice de 0,5% (meio por cento), já declarado inconstitucional pela Corte Suprema há quase uma década, ignorando também o método de cálculo do Decreto que regulamenta a medida compensatória.

É fácil constatar a absurda realidade que aqui se aponta nos processos administrativos de licenciamento ambiental ao notar que, em grande parte deles, não se encontra qualquer registro ou demonstrativo de cálculo do valor determinado para a compensação ambiental. E mais, em alguns casos, os processos de licenciamento, após passar todo o demorado trâmite de elaboração e apresentação de documentos e relatórios, para a posterior análise pelo setor técnico, ficam suspensos em razão da compensação ambiental. Isso porque, mesmo após a aprovação da documentação pela área técnica, as licenças ambientais ficam pendentes de manifesta e deliberada negociação do valor ser pago em função da medida compensatória, ao invés do cálculo legal.

A compensação ambiental não é passível de negociação. Porém, o instituto vem se tornando objeto de barganha, constituindo entrave para a emissão da Licença Ambiental, que só é liberada após um acordo quanto ao montante a ser pago a título de Compensação. O que se vê na realidade são os Termos de Compromisso Ambiental – TCAs distribuídos aos montes, sendo que a licença ambiental é liberada mediante o cumprimento de condicionantes, dentre as quais o pagamento da quantia referente à medida compensatória, fixada à conveniência das autoridades. É cotidiano verificar situação em que o órgão licenciador mantém o processo administrativo suspenso enquanto não se conclui definição do montante a ser pago a título de compensação ambiental.

Outra recorrência nos procedimentos brasileiros é a incidência da compensação ambiental em todas as renovações de licença. Após a obtenção das Licenças Prévia e de Instalação, o empreendedor deve requerer a Licença de Operação/Funcionamento,

conforme os requisitos específicos de cada órgão ambiental ⁴⁴³. Esta última Licença é objeto de renovação, periodicamente, variando o período de acordo com a atividade desenvolvida e com os parâmetros dos órgãos competentes. O que se averigua em vários casos é a vinculação direta desta renovação ao pagamento de nova compensação ambiental, ainda que não haja qualquer modificação do projeto inicial ⁴⁴⁴.

Evidente que, assim como não serão novamente objeto de reparação quando vierem a se concretizar os danos ambientais antevistos no licenciamento ambiental e devidamente compensados na ocasião, pois estaria o empreendedor reparando duas vezes a mesma lesão ⁴⁴⁵, os impactos significativos já incluídos na Licença inicial não poderão ser utilizados novamente para quantificação de compensação ambiental em eventual renovação, sob pena de *bis in idem*.

Ainda que se esteja em um sistema rigorosamente protetivo, como é o ambiental ⁴⁴⁶, não é razoável obrigar o empreendedor a pagar além do que deve, em desproporção ao impacto causado, muito menos a arcar com custos em duplicidade, pois isso só aumenta a insegurança jurídica na aplicação de institutos jurídicos de proteção ambiental, enfraquecendo-os na medida em que se tornam alvo de fácil e pertinente contestação ⁴⁴⁷.

Com base em toda esta realidade brasileira exposta, destaca-se um último detalhe na redação trazida nas legislações portuguesas que pode se mostrar demasiadamente perigoso. Em que pese a LBA preveja que os instrumentos econômicos e financeiros da política do ambiental sejam concebidos de maneira equilibrada e sustentável, a compensação ambiental parece ser referenciada muito mais como uma mera formalidade de cumprimento de “condições ou requisitos legais” para o início do exercício de atividade econômica do que propriamente uma forma de reparação de danos futuros

⁴⁴³ De acordo com a Resolução CONAMA nº 237/97.

⁴⁴⁴ Em desacordo com o disposto no art. 6º da Resolução CONAMA nº 371/06: “Nos casos de licenciamento ambiental para a ampliação ou modificação de empreendimentos já licenciados, sujeitas a EIA/RIMA, que impliquem em significativo impacto ambiental, a compensação ambiental será definida com base nos custos da ampliação ou modificação”.

⁴⁴⁵ BECHARA, Erika. *Uma contribuição...*, *op. cit.*, p. 242.

⁴⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁴⁷ Outra forma de *bis in idem* da compensação ambiental em licenciamentos, corroborando para a percepção de sua total ilegalidade, pode ser ler na transcrição: “(...) a exigência de medidas compensatórias inseridas em condicionantes do licenciamento ambiental exclui, sob pena de *bis in idem*, a possibilidade de se exigir também o recolhimento da exação denominada compensação ambiental prevista na Lei 9.985/2000, e vice-versa” in MILARÉ, Édis; *et. al. Compensação...*, *op. cit.*, p. 3.

conforme o texto legal. Com escritas semelhantes, a LBA ⁴⁴⁸ e o RCNB ⁴⁴⁹ descrevem que os instrumentos de compensação ambiental visam garantir: “a satisfação das condições ou requisitos legais” ou regulamentares de que esteja dependente o início do exercício de uma atividade ou a execução de projetos ou ações. A LBA ainda coloca esta descrição como objetivo primeiro da medida compensatória.

A LBA não deixa de determinar que seja produzido benefício equivalente ao dano ambiental causado, mas, pela forma da redação legislativa, dá mostras – juntamente com o RCNB – que focaliza a compensação como mecanismo direcionado ao estrito atendimento de exigências legais para se iniciar a implantação, execução ou funcionamento de um empreendimento, como se fosse um mero obstáculo a ser ultrapassado, uma barreira que entrava o início de uma ação empreendedora ou ainda um encargo do qual estava dependente o começo de uma atividade industrial, deixando menos evidente o aspecto reparatório bem como o caráter de excepcionalidade predominante na RRN e na Diretiva *Habitats*.

Não se deixa de reconhecer, naturalmente, que no contexto processual-administrativo a compensação é mesmo uma condição autorizativa da realização de uma atividade ambientalmente impactante. Porém, por mais que a aplicação prática da compensação ambiental revele que ela realmente se situa no momento procedimental prévio ao início da ação empreendedora e que só seu atendimento dará condições legais para a execução do projeto, encará-la primeiramente como um instrumento de cumprimento de requisitos legais pode acabar por lhe conferir um perigoso caráter burocrático, de mera instrução processual, dando margem à sua desvirtuação.

O atendimento aos requisitos legais de teor compensatório e a permissão para o início das atividades são, na verdade, consequências administrativas da adoção de medidas compensatórias, e não propriamente sua essência, seu conceito ou mesmo seu objetivo central, sendo desconexo que tal noção constitua sua definição legal, como ocorre na LBA e no RCNB. O risco de uma concepção essencialmente procedimental da compensação ambiental é a possível instituição de instrumento de pura arrecadação e instrução documental, preterindo a consecução dos fins ambientais, uma vez que se prioriza conceitualmente o atendimento a requisitos legais em detrimento da reparação do bem afetado.

⁴⁴⁸ Artigo 17º, nº 2, alínea b), da LBA.

⁴⁴⁹ Artigo 36º, nº 1, do RCNB.

Com relação à realidade brasileira, ressalta-se que os desrespeitos às normativas e as desvirtuações aqui mencionados são apenas alguns dos exemplos reais vividos na aplicação da compensação ambiental, sendo impossível esgotar todos os absurdos encontrados nos casos concretos ⁴⁵⁰. Apesar da aplicação da Compensação Ambiental ainda ser assunto relativamente novo e nebuloso para a maioria dos empresários e administradores, o instituto já existe há mais de uma década. A “novidade” fica por conta da dificuldade que os órgãos públicos responsáveis têm para interpretar as regras legalmente constituídas ligadas à medida compensatória, seja pela ignorância quanto às determinações legais, somada às contradições normativas, aliadas ao desconhecimento técnico e, possivelmente, má vontade.

E fala-se dos casos de desvios “em algumas regiões do país” unicamente para não se arriscar a cometer o equívoco de uma precipitada e infundada generalização, uma vez que a distorção do instituto só é percebida na prática e somente os anos de experiência de atuação na área de licenciamento permitem a percepção do cenário desastroso da compensação ambiental nos tempos atuais. Contudo, enquanto certas regiões brasileiras não registram muitos casos, outras demonstram completa inobservância de quaisquer fundamentações legais para a sua aplicação.

Imperioso insistir que não se pode condenar todo panorama do Brasil quanto ao tema em estudo, levando-se em conta que há muitas ocasiões em o órgão ambiental é bem-intencionado e procura empregar coerentemente a compensação ambiental, direcionando os recursos para fins de financiamento de unidades de conservação em proporcionalidade aos impactos significativos em iminência, mas é totalmente prejudicado por um regramento ambíguo e contraditório.

O que se pretendeu demonstrar é que não se pode unicamente atribuir os desvios de finalidade ao desconhecimento legal dos órgãos administradores ou mesmo, em uma análise mais arriscada e dura, às más intenções destes. Seria uma saída muito cômoda ao legislativo atribuir toda a culpa da desordem aos aplicadores de seus regramentos.

⁴⁵⁰ Um pouco do cenário aqui descrito pode ser verificado em recente estudo, no qual verificou-se, no âmbito federal, a insuficiência do planejamento na efetivação das unidades de conservação, e no âmbito estadual foi observada uma baixa sistematização e organização dos dados, dificultando a padronização: “em muitos casos não há um registro histórico do processo de destinação ou monitoramento da execução e foram encontradas várias situações que apresentavam confusões conceituais entre a CA e as demais condicionantes do licenciamento ambiental” in BARROS, Ana Cristina; *et. al.*. *Compensação Ambiental - Um retrato sobre o cenário brasileiro*. Brasília: The Nature Conservancy, 1. ed., 2015, pp. 23-24.

Pode-se afirmar com firmeza que este mecanismo tão importante está jogado às traças no ordenamento jurídico brasileiro, passível de distorções agudas pelos órgãos licenciadores e de conivência dos empreendimentos licenciados, de fácil desvirtuação, sem controle estatal, sem interesse do poder público em reais melhorias e, por fim, deixado de lado pelo STF, que há mais de oito anos não julga os embargos declaratórios da ADI 3.378-6 DF, sendo que os pontos cruciais envolvendo a questão, quais sejam a natureza jurídica da medida e as contradições legais, poderiam ser finalmente solucionadas.

3.3. Contributo e considerações finais

Neste paralelo aqui traçado são percebidas as maiores diferenças nos ordenamentos jurídicos de Portugal e Brasil no tratamento da compensação ambiental. Enquanto a legislação portuguesa se mostra vaga e imprecisa, com remissões internas confusas, explícitas e implícitas e ainda de forma insuficiente e desconexa, a legislação brasileira inclui um teor procedimental mais aguçado. Porém, fica totalmente prejudicada uma análise que considere o “modelo” brasileiro um avanço em relação ao português quando verificadas tanto as diversas contradições quanto a ineficácia em prevenir abusos e distorções. A aparente objetividade da lei brasileira não resulta diretamente em uma aplicação idônea do instituto, sendo impossível, inclusive, afirmar que há verdadeiramente um “modelo” uniforme e uníssono.

Dessa forma, a grande quantidade de normatizações específicas não significa, de maneira alguma, um sistema coerente. Pelo contrário, o Brasil se vê carregado de posicionamentos conflitantes. Este panorama relativo à compensação do SNUC parece ser um reflexo de uma realidade inerente ao próprio sistema normativo ambiental brasileiro, que possui uma vasta legislação, mas lhe falta eficácia, sendo que deveria “estar relacionado de modo harmônico ao sistema jurídico como um todo, concretizando a ideia de totalidade, compatibilidade e coerência”⁴⁵¹.

Na realidade, por constituir mecanismo financeiro que envolve recursos públicos, o cenário marcado por incongruências não só provoca a insegurança jurídica como estimula sua generalização a quaisquer casos, ainda que insuscetíveis e sem

⁴⁵¹ SILVA, Rodrigo Zouain da. *Os desafios do Direito Ambiental no limiar do século XXI diante da ineficácia do sistema jurídico ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Veredas do Direito, v.9, n.18, pp. 57-87, 2012, pp. 82 e 78.

correspondência com a medida, visando unicamente à arrecadação estatal. Esta vulgarização na prática que ocorre no Brasil contrapõe o aspecto de excepcionalidade presente nos diplomas de Portugal, que implicam a ponderação de “indispensabilidade da realização do projecto em face de concretos interesses públicos superiores e na redemonstrada ausência de alternativas, contra a implementação de medidas compensatórias”⁴⁵². Tanto a Convenção de Ramsar quanto a Diretiva *Habitats* instituem o carácter excepcional da adoção de medidas compensatórias, e Portugal seguiu legislando da mesma direção.

Apesar de vasto, o aparato normativo brasileiro é incompleto, inteiramente confuso, contraditório e incoerente. A insuficiência legislativa impulsiona a atual completa desvirtuação da aplicação da compensação do SNUC. Perduram discrepâncias agudas tanto nas normativas aplicáveis quanto nas situações de aplicação do instituto.

É justamente o cenário denunciado pela jurista penalista Anabela Miranda Rodrigues, no qual as crescentes e frequentes agressões aos “fundamentos naturais da vida” vêm forçando os vários legisladores a adotar medidas jurídicas protetivas. Em consequência, todavia, verifica-se “uma autêntica inundação de normas, cujo conjunto os próprios peritos na matéria reconhecem mal dominar”⁴⁵³.

Institui-se assim um complexo normativo quase enigmático, um verdadeiro “quebra-cabeças”, com o risco de vigência simultânea de normas incompatíveis, tais como nas situações analisadas, colocando em risco não só a unicidade do ordenamento jurídico como também o próprio bem jurídico tutelado.

A realidade da tutela jurídica do meio ambiente contemporânea no Brasil, na qual se insere o instituto compensatório, é incontestável: uma intensa aglomeração de normas⁴⁵⁴, incoerentes entre si e incapazes de resguardar adequadamente o bem ambiental. É um quadro preocupante que descaracteriza a coesão da ordem jurídica e impossibilita a adequada interconexão de normas que tratam de um mesmo assunto. Como ensina Jorge Miranda, o Direito não é “mero somatório de regras avulsas”. É ordenamento que implica

⁴⁵² GOMES, Carla Amado; *et. al.* *A biodiversidade...*, *op. cit.*, p. 46.

⁴⁵³ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Os crimes contra o ambiente no código penal português revisto*. In *I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada, Dano Ecológico – Formas possíveis das suas reparação e repressão*. Porto: Lusíada - Revista de Ciência e Cultura, Série Direito, Número especial, pp. 301-315, 1996, p. 301.

⁴⁵⁴ A mesma situação é denunciada, apontando também para a falta de condições mínimas dos órgãos administrativos, in GUEDES, Marco Aurelio Peri. *The environmental issue in Brazil: a matter of principles*. *Panorama of Brazilian Law*, vol. 2, n 2, 2014 - pp. 251-265. Disp.: <http://www.panoramaofbrazilianlaw.com.br/index.php/BrLaw/article/view/28/28>. Ace.: 01/06/16.

coerência e consistência, projetando-se como um sistema, com unidade de sentido e valor incorporado em regra ⁴⁵⁵.

Pela análise das situações práticas descritas neste Capítulo, no âmbito da aplicação da compensação do SNUC nos licenciamentos ambientais, verificou-se que as contradições e omissões das normativas vigentes afetam diretamente a efetividade da medida compensatória, que é utilizada, por vezes, num contexto completamente deturpado e com fins não ambientais, totalmente alheios à reparação do dano que o ambiente sofrerá.

Contrapondo o inconveniente conglomerado de normas brasileiras, Portugal, ainda que bem norteado pelas orientações da Comissão Européia, mantém um sistema extremamente vago, inapto a proporcionar um procedimento padronizado que garanta a consecução do instrumento compensatório, deixando a boa aplicação das medidas compensatórias totalmente a cargo das autoridades. Não que já seja esperada a ocorrência de distorções promovidas pelo Poder Público, mas a legislação deve dar um norte à Administração com relação à utilização do instrumento jurídico que institui, e não somente prevê-lo sem diretrizes e parâmetros de aplicação.

Um instituto tão importante, que envolve a compatibilização de interesses econômicos e ambientais, não pode ser inserido num contexto tão aberto e lacunar como ocorre nas legislações portuguesas. A falta de objetividade com relação ao tratamento da compensação *ex ante* deixa vagueada sua aplicabilidade. Por mais que se presuma a lisura procedimental e as ações bem-intencionadas das autoridades, deixar o processamento da compensação ambiental no vazio procedimental é confiar cegamente nos responsáveis, uma postura no mínimo imprudente do legislador português.

Como visto, há um empenho doutrinário em se encontrar as soluções para as omissões legais, traçando-se os procedimentos mais prováveis e presumindo as articulações razoáveis com os regimes jurídicos já existentes e mais bem estruturados ⁴⁵⁶. Mas por serem entendimentos encontrados somente na doutrina, sem respaldo legal direto, não há como garantir a unicidade de procedimentos, o que leva à insegurança jurídica, com possibilidade de emprego de metodologias mais rigorosas em algumas localidades e menos criteriosas em outras ou até mesmos desvios.

⁴⁵⁵MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. Estoril: Princípia, 3. ed., rev. e atual., 2006, p. 121.

⁴⁵⁶ Como exposto in GOMES, Carla Amado; *et. al. A biodiversidade..., op. cit.*

Na verdade, um sistema tão impreciso abre margem inclusive para que a Administração simplesmente não exija a compensação *ex ante*, com o argumento de que não há previsão legal de procedimento que possibilite o cumprimento de tal obrigação pelo empreendedor.

Em se tratando de legislação de caráter processual (para o estabelecimento de procedimentos), é bem verdade que as normas jurídicas deste tipo podem ser sempre aperfeiçoadas, uma vez que, na aplicação prática, vão sendo percebidos os equívocos procedimentais que permitem a correção e melhoria. E é aceitável que inicialmente existam eventuais falhas normativas, uma vez que é praticamente impossível antever todos os caminhos que aqueles procedimentos descritos legalmente irão percorrer.

Nesse sentido, se houvesse um esforço legislativo observando a realidade hodierna da aplicação da compensação do SNUC, poderia ser dito que o Brasil encontra-se mais próximo de uma regulamentação coerente e eficaz da compensação ambiental, se comparado a Portugal, por já ter procedimentos e parâmetros esboçados que poderiam ser objeto de aperfeiçoamento. A constatação seria verídica, contudo, não fosse o completo descaso tanto do legislador quanto do Poder Judiciário, evidenciado no aguardo de quase uma década no julgamento de embargos declaratórios na STF na ADI 3.378-6 DF.

Imaginando-se, em uma situação completamente hipotética, que houvesse uma coerência na legislação brasileira aplicável e vigente, em uma perfeita articulação com todas as normativas que tratam da compensação ambiental, nem assim a compensação ambiental teria seus objetivos realizados. Verifica-se que a concepção do legislador não corresponde à função reparadora da compensação ambiental, pois insiste na vinculação valorativa ao somatório dos investimentos da implantação do empreendimento, reforçando a ideia de uma quantificação afastada das proporções do dano real que haverá no ambiente.

Ainda que hoje haja a fixação do grau de impacto no método de cálculo⁴⁵⁷, a fórmula é totalmente vinculada ao poderio econômico do investidor, aos seus custos de investimento. Trata-se de uma cobrança inteiramente voltada para a força financeira que detém o licenciante, independente do potencial lesivo ambiental de sua atividade econômica. Já foi dito, e é evidente, que um empreendimento de altíssimo valor de investimento pode não representar um impacto ambiental tão expressivo quanto outro empreendimento cujos custos de implantação sejam significativamente inferiores. Este

⁴⁵⁷ V. criteriosa forma de cálculo do grau de impacto no Decreto regulamentador, transcrita no ANEXO.

estaria sendo beneficiado – e o ambiente prejudicado – por ocasionar um dano mais grave sem precisar arcar com altos valores de compensação ambiental, reparando o ambiente de forma desproporcional, num nível inferior à lesão que causará. A lógica permite perceber que a impactação ambiental de uma atividade não guarda relação direta com seus custos de implantação. Somente os estudos técnicos serão capazes de dimensionar o dano causado, com base em parâmetros científicos e não em volume de investimentos.

Sem falar que esta forma de cálculo depende das informações dos gastos de implantação prestadas pelo empreendedor, que é no mínimo suspeito para fornecê-las, por ser interessado direto em um valor menor para pagamento de compensação ambiental. O atrelamento da quantificação de medida compensatória a critérios como este, não relacionados com o impacto ambiental – que originou a obrigação em primeiro lugar – aproxima o instituto originariamente reparador a mais uma forma de arrecadação estatal⁴⁵⁸.

É compreensível, portanto, a concepção de parcela da doutrina, de que a compensação do SNUC constitui um tributo, pois da forma que vem sendo regulamentado e aplicado se parece com uma verdadeira tributação. E estão corretas tais correntes doutrinárias quando consideram que, se fosse mesmo esta a intenção legislativa (instituir mais um tributo), se comporia um tributo inconstitucional por violação ao princípio da legalidade, sem razão alguma de ser.

Frisa-se, todavia, não ser razoável insistir na definição de tributo para algo que não fora constituído para sê-lo – e nem pode funcionar como um – unicamente em razão de sua correspondência com definição legal, sob pena de se ignorar a real intenção reparatória/compensatória deste. A verdade é que na compensação ambiental não pode haver qualquer intuito puramente arrecadatório por parte do Estado, sob risco de completa deformação do instituto.

Lamentavelmente, o ordenamento jurídico-brasileiro transforma uma maneira de reparação de danos ambientais futuros em uma verdadeira tributação camuflada e ilegal, lançada aos vários órgãos ambientais municipais e estaduais, de difícilimo – para não dizer

⁴⁵⁸ Com a mesma percepção: “nos termos em que as coisas estão colocadas, há um total desvirtuamento do instituto da compensação ambiental que está se transformando em uma fonte de arrecadação e de políticas estranhas às questões ambientais, pois não é raro que se veja a determinação de medidas compensatórias tais como a construção de escolas, pontes, hospitais e coisas semelhantes. Todas, por sinal, necessárias mas totalmente estranhas ao contexto do licenciamento ambiental” in ANTUNES, Paulo de Bessa. *Imposto vestido de verde*. Publicado no Jornal O Eco em 9 de agosto de 2004. Disp.: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26744-26746-1-PB.pdf>. Ace.: 16/05/16.

impossível – acompanhamento e fiscalização do governo federal, para que utilizem da forma que bem entender, aproveitando-se das brechas e contradições normativas⁴⁵⁹.

É bem verdade que qualquer legislação, por mais estruturada e criteriosa que seja, está sujeita a má administração ou aplicação distorcida pelos gestores responsáveis. Mas é primeiramente a lei que deve dar suporte à consecução dos institutos jurídicos, norteando a aplicação destes.

Não se pode esquecer que se trata de um instrumento extremamente delicado, que poderia inclusive ser vislumbrado como se inserido num contexto de “utopia científica”, numa percepção ilusória de controle de todas as consequências inseguras e dos perigos das decisões com incidência negativas no ambiente⁴⁶⁰. Nesta perspectiva mais pessimista, os danos ambientais vão ocorrer justamente porque são considerados compensáveis. E diante de uma nova realidade em que existem "ameaças à humanidade" (como armas de destruição em massa, mudanças climáticas e etc.), algumas delas produzidas pela própria humanidade, a lógica da compensação deveria sucumbir e ser integralmente substituída pelo princípio da precaução por meio da prevenção, antecipando inclusive os riscos cuja existência não foi comprovada.

Percebe-se toda a fragilidade da noção de compensação do ambiente. Importante lembrar que as próprias medidas compensatórias podem envolver novos impactos⁴⁶¹. Ciente desta realidade de riscos iminentes e constantes, ela só poderia mesmo ser aplicada com respaldo em legislações com métodos eficientes, com rigorosa fiscalização estatal e total atenção aos fins ambientais pretendidos.

Da forma como vem sendo tratada, tanto normativamente quanto na utilização prática, é de se dar razão à concepção de que deveria ser afastada para dar lugar à prevenção.

Entretanto, é sabido que a prevenção como objetivo único na proteção ambiental é comprovadamente impossível no mundo contemporâneo. Assim, mais vale poluir compensando do que degradar sem contrapartidas⁴⁶².

⁴⁵⁹ Sobre este contexto, Helene Ferreira Silvini expõe alguns casos brasileiros, pontuando que eles “evidenciam a inexistência de parâmetros legais precisos quando se trata da valoração do bem ambiental agredido” in FERREIRA, Helene Silvini. *Compensação...*, op. cit., p. 70.

⁴⁶⁰ Interpretação e tradução livre do raciocínio construído por Ulrich Beck, com arguições de Francois Ewald, in BECK, Ulrich. *Living in the world...*, op. cit., p. 334.

⁴⁶¹ ARAGÃO, Alexandra; et. al. *Compensation...*, op. cit., p. 6.

⁴⁶² GOMES, Carla Amado; et. al. *A biodiversidade...*, op. cit., p. 104.

Ulrich Beck faz uma interessante abordagem ⁴⁶³ ponderando que a destruição industrial das bases ecológicas e naturais da vida acarreta uma dinâmica social e política de desenvolvimento jamais vista, sendo necessário repensar a relação entre natureza e sociedade. As teorias sociais do risco do século XIX pensavam a natureza como algo avulso e isolado, como “não sociedade”. Contudo, não cabe mais uma contraposição, mas sim ponderar que a natureza não pode ser pensada sem a sociedade e a sociedade não pode ser concebida sem a natureza. Nesta “socialização da natureza” os problemas do meio ambiente não são independentes, mas são genuinamente sociais ⁴⁶⁴.

Esta perspectiva só aumenta a necessidade emergencial de constituição de um instrumento que viabilize efetivamente esta relação coexistencial. O fato é que, como visto, os regulamentos atuais são insuficientes na consolidação da compensação ambiental. É o caso das legislações nacionais aqui analisadas e comparadas, cada uma à sua maneira ⁴⁶⁵. É passada a hora de uma revisão nestes conjuntos normativos, com a composição de legislação própria especificamente voltada para a regulamentação deste que se mostra um dos instrumentos mais viáveis à solução do imbróglio entre o desenvolvimento econômico e o equilíbrio do meio ambiente.

São escassas as ações para mudar o lastimável quadro geral no Brasil ⁴⁶⁶. O que se percebe é que o país caminha no caminho contrário. As iniciativas legislativas atuais são no sentido de empobrecer as condições mínimas nas avaliações dos licenciamentos ambientais ⁴⁶⁷ e o judiciário dá mostras de deixar em segundo plano a destinação ambiental dos recursos de compensação ambiental ⁴⁶⁸.

⁴⁶³ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. NAVARRO, Jorge; JIMÉNEZ, Daniel; e BORRAS, M^a Rosa (trad.). Barcelona: Paidós Básica, 2002, pp. 89 e ss.

⁴⁶⁴ Com percepção semelhante: “o estado de deterioração é tal que a ecologia se torna, antes de mais, em problema da sociedade (...). O Estado, tornado intervencionista, não pode mais ignorar os desequilíbrios ecológicos que se ameaçam” in OST, François. *A natureza...*, op. cit., p. 103.

⁴⁶⁵ Também é o caso da França, onde os mecanismos legais atuais não são transparentes e são pobremente controlados, como se vê in MAKOWIAK, Jessica. *Compensation in Nature Conservation Law: The Case of France*. Disp.: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2437329. Ace.: 16/05/16.

⁴⁶⁶ Neste ano foi instalada na Câmara Municipal de São Paulo a CPI da Compensação Ambiental, buscando avaliar os casos práticos e as possíveis alterações de melhoria às leis vigentes in *CPI da Compensação Ambiental é instalada na Câmara*. Disp.: <<http://www.camara.sp.gov.br/blog/cpi-da-compensacao-ambiental-e-instalada-na-camara/>>. Ace.: 30/03/16.

⁴⁶⁷ *Audiência pública debate flexibilização em licenciamento ambiental*. Disp.: <<http://www.mpf.mp.br/regiao3/sala-de-imprensa/noticias-r3/audiencia-publica-debate-flexibilizacao-em-licenciamento-ambiental-1>>. Ace.: 11/04/16.

⁴⁶⁸ O TRF 4^a Região decidiu, recentemente, por indenizar desapropriado com recursos de compensação ambiental, com fundamento de que o CCAF não os vêm aplicando “com a prioridade na regularização fundiária das unidades de conservação” (TRF4, AG 5041730-29.2015.404.0000, 3^a Turma, Rel. Fernando Q. da S., 24/02/2016).

É visível a carência de uma melhoria na regulamentação da compensação ambiental ⁴⁶⁹, sendo imperioso um avanço quanto às diretrizes para a sua aplicação, evitando disparidades nas atuações da Administração, condição que acaba por ser extremamente prejudicial tanto ao empreendedorismo quanto à sociedade, que vêem um instituto com um grande potencial completamente deturpado nas mãos de quem distorce sua finalidade.

E não há para a compensação *ex ante* pior conjuntura do que esta: ser revertida em arrecadação pura ou ainda em bens não relacionados à reparação do dano ambiental. Deve-se ter em mente que o instituto compensatório existe em prol do ambiente. Por ser de interesse difuso e coletivo, a sociedade perde e muito com uma lesão ambiental, mas é o ambiente que é diretamente lesado, e não a comunidade. Ele é o grande prejudicado que deve ser reparado, ainda que por equivalente.

Com o poder de interferência do homem no ambiente, transformando adversamente suas características naturais, a vida se fragiliza ⁴⁷⁰. Ante a potencialidade crescente de poluição das atividades humanas, o instituto da compensação ambiental *ex ante* só atingirá verdadeiramente sua finalidade e propósito existencial com a aplicação ordenada e fiscalização rigorosa pelo Poder Público ⁴⁷¹.

Leva-se à tona a filosofia do sofista Protágoras, em interpretação livre ⁴⁷², com a célebre conclusão de que "o homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são, enquanto são, das coisas que não são, enquanto não são". Os seres humanos percebem a natureza por meio da referência humana. A constatação, em estudos técnicos, de uma alteração no equilíbrio do ambiente é uma percepção eminentemente humana e a sua compensação também. É o homem que está julgando o contrapeso de um dano por ele causado, devendo, neste ponto, buscar coerência e eficiência.

⁴⁶⁹ Algumas interessantes propostas são feitas in BECHARA, Erika. *Uma contribuição...*, *op. cit.*, pp. 312 e ss.

⁴⁷⁰ LEITE, José Rubens Morato; MOREIRA, Danielle de Andrade; ACHKAR, Azor El. *Sociedade de risco, danos ambientais extrapatrimoniais e jurisprudência brasileira*. Disp.: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_ambiental_jose_r_morato_leite_e_outros.pdf. Ace.: 12/04/16, p. 2. No mesmo sentido: "Sólo el hombre es capaz de transtornar seriamente el medio natural" in MATEO, Ramón Martín. *Manual de Derecho Ambiental*. Navarra: Aranzadi, 3. ed., 2003, p. 26.

⁴⁷¹ BATISTA, Luís Carlos Lopes. *A compensação...*, *op. cit.*, p. 217.

⁴⁷² Sem se preocupar com as análises de contradições dos fragmentos de Protágoras, como se vê, por exemplo, in PINTO, Maria José Vaz. *A "medida das coisas" entre o homem e Deus. Algumas reflexões sobre o frag. 1 de Protágoras*. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa - Revista da FCSH -1994/1995, vol. 2, n. 8, pp. 321-331, 1995.

Se com a compensação busca-se o restabelecimento de uma igualdade que irá se dissolver, é obrigatoriamente no ambiente que ela deve incidir, pois o desequilíbrio ambiental não se resolverá com fins que não sejam ambientais. Revertida totalmente em simples pecúnia, remuneração, tributo ou bens e serviços aos humanos ou a órgãos da Administração, e ainda sendo calculada com parâmetros desvinculados à dimensão do dano causado, a compensação perde-se por completo, pois o dinheiro é um conceito humano para humanos, sem serventia alguma ao ambiente. Importante lembrar que a luta do homem na proteção ambiental é pela sua própria existência, e não pela natureza em si, que, universalmente, resistirá ao tempo independente daquele.

CONCLUSÃO

Não há como garantir a total previsibilidade, a longo prazo, no controle dos acontecimentos futuros, sendo que se alteram os paradigmas e fundamentos éticos inerentes à proteção ambiental, que passa constituir elemento imprescindível à manutenção da vida humana no planeta ⁴⁷³. Buscar encontrar o justo equilíbrio entre o progresso social e econômico e o direito fundamental a um ambiente são, incluindo sua manutenção e restauração, são desafios de incumbência do legislador na contemporaneidade ⁴⁷⁴.

É no mínimo contraproducente considerar a compensação como o único meio eficaz para a garantia da finalidade constitucional de defesa e preservação do ambiente para as presentes e futuras gerações, como faz o STF ⁴⁷⁵. Contudo, a compensação ambiental parece traduzir verdadeiramente a essência do que se propõe Direito Ambiental ⁴⁷⁶, na medida em que se coloca como um instrumento de compatibilização para viabilizar o crescimento econômico em comunhão com a preservação do bem ambiental. Conceitualmente mostra-se como uma grande possibilidade para conciliar o paralelismo de interesses de grandeza ímpar à coletividade: o desenvolvimento e o meio ambiente ecologicamente equilibrado, ambos de ampla significância, cada qual na sua realidade.

Sendo uma solução alternativa às ocasiões em que prevenir não for praticável, seja em razão de relevante interesse público da atividade a ser desenvolvida ou por ter o empreendimento as condições autorizativas pertinentes, a compensação ambiental se dará em casos que o dano é certo. Ou seja, o Estado está agindo na permissão de uma lesão ambiental que invariavelmente se concretizará, conforme confirmação científica dos estudos técnicos (EIA/RIMA).

Considerando esta perigosa perspectiva, é imperioso um tratamento legal estruturado e eficiente, dando ouvidos às indagações doutrinárias e permitindo uma

⁴⁷³ LEITE, José Rubens Morato; *et. al. Sociedade...*, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁷⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Os crimes...*, *op. cit.*, p. 302.

⁴⁷⁵ Item 4 da Ementa do acórdão do STF na ADI 3.378-6..., *cit.*

⁴⁷⁶ Mais uma vez em uma racionalidade finalística do Direito do Ambiente, na qual este ramo jurídico, na atual conjuntura, parece se portar muito mais como um instrumento para compatibilizar o crescimento econômico com a conservação ambiental do que propriamente defender a todo custo o meio ambiente, com a prevenção em primeiro lugar. Isso se deve mito ao conjunto de finalidades não especificadas e extremamente complexas do Direito do Ambiente, no qual se tenta transpor à ordem jurídica princípios baseados em dados técnicos e científicos, trazendo o risco de desempenhar função unicamente regulativa. O Direito do Ambiente seria uma reação jurídica aos problemas ecológicos oriundos da civilização imersa na tecnologia e desenvolvimento industrial, de forma que não se propõe a confrontá-los. Mais reflexões nesse sentido *in* BECKER, Anelise. *O problema...*, *op. cit.*

aplicação da compensação ambiental pautada na coerência, baseada em estudos técnicos e fixada unicamente em proporcionalidade à dimensão do dano causado.

Pretendeu-se com o presente trabalho investigar a fundo a compensação ambiental brasileira do SNUC (*stricto sensu*), analisando seus conceitos fundamentais e compreendendo as normativas vigentes aplicáveis. Em complementação ao panorama do Brasil, buscou-se também a comparação com o que determinam as legislações portuguesas na regulamentação da compensação *ex ante*, com uma análise crítica das regulamentações nos dois países.

Com a pesquisa verificou-se que, embora a ideia da compensação ambiental seja coesa com os objetivos de compatibilização de interesses econômicos e ambientais, sua consolidação se mostra deficiente, tanto na regulamentação quanto na aplicação. O instrumento como está regrado hoje no Brasil e – não regulamentado – em Portugal não se mostra minimamente condicionado a realmente proporcionar uma coesa e sólida tutela ambiental ressarcitória por equivalente. Percebeu-se que os problemas averiguados na legislação brasileira que regulamenta a compensação do SNUC acarretam consequências práticas diretas na aplicabilidade do instituto, sujeito às incessantes distorções promovidas nos processos de licenciamento.

Foi proposta ainda a discussão dogmática relativa à natureza jurídica da compensação ambiental. Após analisar as diversas teses existentes na doutrina brasileira, que ainda se encontra longe de pacificar seu entendimento, constatou-se que em Portugal se encontra solidificada a correta percepção de que a compensação ambiental nada mais é que uma forma de reparação por danos futuros e certos, considerando o ambiente como um todo – conjunto de bens naturais dos quais depende a vida humana – e em congruência ao princípio da responsabilização.

Todavia, a forma como as normativas brasileiras vêm tratando a medida compensatória, vinculando-a a critérios não relacionados ao impacto ambiental como os custos totais de implantação do empreendimento, somada à maneira como alguns órgãos ambientais vêm atuando, com o recolhimento dos recursos e direcionando-os para fins não ambientais e ainda utilizando a compensação como elemento de negociação, descartando inclusive os estudos técnicos fundamentais, é de se notar que, cada vez mais, a compensação do SNUC se afasta de sua verdadeira natureza reparatória por danos futuros.

A vivência na atuação advocatícia permitiu perceber ainda que a problematização da aplicação da compensação ambiental ultrapassa a controvérsia doutrinária e a evidente carência regulamentadora quanto às diretrizes para a aplicação, alcançando um nível de completa desordem na aplicação do instrumento nos processos de licenciamento brasileiros.

Igualmente se constatou que a deficiência legislativa está presente também em Portugal, mas num aspecto lacunar. No Brasil, ela se alia à desorganização de órgãos competentes, resultando em generalização da utilização do instituto, num intuito meramente de arrecadação, e culminando em desvirtuações completas de finalidade. Tal fato acaba por ser extremamente prejudicial à sociedade, que vê um instituto com um grande potencial completamente deturpado nas mãos de quem distorce seus verdadeiros fins ambientais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHKAR, Azor El. *A compensação ambiental da lei nº 9.985/00: Fundamentos e Natureza Jurídica*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, Dissertação de Mestrado, 2008.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Imposto vestido de verde*. Publicado no Jornal O Eco em 9 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26744-26746-1-PB.pdf>>. Acesso em: 16 de maio de 2016.

ARAGÃO, Alexandra. *O princípio do poluidor pagador como princípio nuclear da responsabilidade ambiental no direito europeu*. In GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago (org.). *Actas do Colóquio – A responsabilidade Civil por dano ambiental*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 91-120, 2010.

ARAGÃO, Alexandra. *O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*. BENJAMIN, Antonio Herman; LEITE, José Rubens Morato (coord. da série). São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, Série: Direito ambiental para o século XXI, v. 1, 2014.

ARAGÃO, Alexandra; VAN RIJSWICK, Helena F.M.W. *Compensation in the European Union: Natura 2000 and Water Law*. Disponível em: <<https://www.utrechtlawreview.org/articles/10.18352/ulr.275/galley/274/download/>>. Acesso em: 16 de maio de 2016.

ARTIGAS, Priscila Santos. *Contribuição ao estudo das medidas compensatórias em direito ambiental*. São Paulo: Universidade de São Paulo. Dissertação de Doutorado, 2011.

BAHIA, Carolina Medeiros. *Nexo de causalidade em face do risco e do dano ao meio ambiente: elementos para um novo tratamento da causalidade no sistema brasileiro de responsabilidade civil ambiental*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, Dissertação de Doutorado, 2012.

BARROS, Ana Cristina; PINHEIRO, Gustavo; OLIVEIRA, Karen; *et. al.* *Compensação Ambiental - Um retrato sobre o cenário brasileiro*. Brasília: The Nature Conservancy, 1. ed., 2015.

BATISTA, Luís Carlos Lopes. *A compensação ambiental ex ante como forma alternativa de tutela da biodiversidade*. Lisboa: Universidade de Lisboa. Dissertação de Mestrado, 2013.

BECHARA, Erika. *Uma contribuição ao aprimoramento do instituto da compensação ambiental previsto na Lei 9.985/2000*. São Paulo: PUC-SP, Dissertação de Doutorado, 2007.

_____. *A Compensação Ambiental para a implantação de empreendimentos sujeitos ao EPIA/RIMA e para empreendimentos dispensados do EPIA/RIMA*. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131101100137_8512.pdf>. Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. NAVARRO, Jorge; JIMÉNEZ; Daniel; e BORRAS, M^a Rosa (trad.). Barcelona: Paidós Básica, 2002.

_____. *Living in the world risk society: A Hobhouse Memorial Public Lecture given on Wednesday 15 February 2006 at the London School of Economics*. *Economy and Society*, vol. 35, n. 3, pp. 329-345, 2006.

BECKER, Anelise. *O problema ecológico e o problema do direito em perspectiva crítica unitária*. Dissertação de doutorado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009.

BEDRAN, Karina Marcos; MAYER, Elizabeth. *A responsabilidade civil por danos ambientais no direito brasileiro e comparado: Teoria do Risco Criado versus Teoria do Risco Integral*. Belo Horizonte: Veredas do Direito, v.10, n.19, pp.45-88, 2013.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro*. Brasília: Revista de Direito Ambiental - BDJur, v. 4, n. 14, pp. 48-82, 1999.

_____. *Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais - Revista de Direito Ambiental nº 9/5. 1998.

_____. *O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental*. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8692>>. Acesso em: 20 de junho de 2016.

BILHALVA, Margareth Michels. *Responsabilidade Ambiental: uma perspectiva ética para a aplicação em políticas públicas*. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Dissertação de Mestrado, 2011.

BUSNELLO, Saul José. *Reparação do dano ambiental como obrigação propter rem*. Disponível em: <<http://www.oab-sc.org.br/artigos/reparacao-do-dano-ambiental-como-obrigacao-propter-rem/1538>>. Acesso em: 12 de outubro de 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A responsabilidade por danos ambientais: aproximação juspublicística*. In AMARAL, Diogo de Freitas; TAVARES DE ALMEIDA; Marta (coord.). *Direito do Ambiente*. Oeiras: Instituto de administração, pp. 397-708, 1994.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada - vol. I. Artigos 1º a 107º*. Coimbra: Coimbra Editora, 4 ed., 2014.

CAPPELLI, Sílvia. *Compensação ambiental do sistema nacional de unidades de conservação: considerações Pós-Decisão do STF na ADI 3378*. Lisboa: Lusíada - Direito e Ambiente, n.º. 2/3, pp. 349-386, 2011.

CARNEIRO, Ricardo. *A Reserva Particular do Patrimônio Natural – RPPN como beneficiária da compensação ambiental prevista na Lei 9.985/2000*. In FIGUEIREDO, Guilherme Purvin de (coord.). *Direito Ambiental em debate*. Rio de Janeiro: Esplanada, vol. 1, pp. 279-289, 2004.

CARVALHO, Filho. José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 25 ed. rev., amp. e atual, 2012.

CATALÁ, Lucía Gomis. *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*. Alicante: Universidad de Alicante. Dissertação de Doutoramento, 1996.

COMISSÃO EUROPÉIA. *Avaliação de planos e projectos susceptíveis de afectar de forma significativa sítios Natura 2000 - Guia metodológico sobre as disposições dos nos 3 e 4 do artigo 6º da Directiva 'Habitats' (92/43/CEE)*. Disponível em: <<http://www.icnf.pt/portal/naturaclas/rn2000/resource/docs/docs-apoio/docart6n3e4dhabit>>. Acesso em: 17 de junho de 2016.

_____. *Documento de orientação sobre o n.º 4 do artigo 6.º da Directiva "Habitats" (92/43/CEE) - CLARIFICAÇÃO DOS CONCEITOS DE: SOLUÇÕES ALTERNATIVAS, RAZÕES IMPERATIVAS DE RECONHECIDO INTERESSE PÚBLICO, MEDIDAS COMPENSATÓRIAS, COERÊNCIA GLOBAL, PARECER DA COMISSÃO*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/guidance_art6_4_pt.pdf>. Acesso em: 16 de junho de 2016.

_____. *GESTÃO DOS SÍTIOS NATURA 2000: As disposições do artigo 6.º da Directiva «Habitats» 92/43/CEE*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/provision_of_a_rt6_pt.pdf>. Acesso em: 17 de junho de 2016.

COSTA, Sildaléia Silva; MOTA, José Aroudo. *Compensação ambiental: uma opção de recursos para implementação do SNUC*. São Paulo: Revista dos Tribunais - Revista de Direito Ambiental, vol. 58/2010, DTR\2010\526, pp. 174 – 205, 2010.

CUIABANO, Renata Maciel. *O princípio da proporcionalidade no Direito Ambiental: breves exemplos de implementação no Direito Brasileiro*. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR, vol. 36, 2001.

DIAS, Augusto Silva. “*What if everybody did it?*” *Sobre a “(in)capacidade de ressonância” do Direito Penal à figura da acumulação*. Coimbra: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 13, nº 3, pp. 303-345, 2003

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O papel do direito penal na proteção das gerações futuras*. In SILVA, Luciano Nascimento (coord.). *Estudos Jurídicos de Coimbra*. Coimbra: Juruá, pp 21-34, 2007.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 6 ed., 1979.

DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Aspectos contenciosos da efetivação da responsabilidade ambiental – A questão da legitimidade, em especial*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXXV, pp. 531-564, 2009.

DOMINGUES, José Marcos. *A chamada “Compensação Financeira SNUC”*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário, n. 133, pp. 43-66, 2006.

_____. *O Supremo Tribunal e a compensação SNUC. A ADI 3.378-DF*. São Paulo: Revista Direito GV, 5(1), pp: 125-146, 2009.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Instrumentos jurisdicionais processuais de urgência, visando inibir os danos e os riscos ambientais*. Lisboa: Lusíada - Direito e Ambiente, nº. 2/3, 287-305, 2011.

FARIA, Ivan Dutra. *Compensação ambiental: os fundamentos e as normas, a gestão e os conflitos*. Senado Federal, Consultoria Legislativa, Centro de Altos Estudos, 2008.

FERREIRA, Heline Silvini. *Compensação ecológica: um dos modos de reparação do dano ambiental*. In Leite, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (org.). *Aspectos processuais do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 3 ed., pp. 56-72, 2010.

FRAGA, Jesús Jordano. *Responsabilidad civil por daños al medio ambiente en Derecho público: última jurisprudencia y algunas reflexiones de lege data y contra lege ferenda*. In *Revista española de Derecho administrativo*. Madrid: Civitas, n. 107, jul/set, pp. 351-371, 2000.

FRASER, Roberta Tourinho Dantas. *Medidas Compensatórias e a Tutela da Biodiversidade: Enquadramento Jurídico, Aplicabilidade e Desafios de Operacionalização no Âmbito do Setor Elétrico*. Dissertação de mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2015.

GADELHA, Marina Motta Benevides. *A aplicação dos princípios do poluidor-pagador e da precaução aos estudos de impacto ambiental brasileiros e portugueses: alguns*

problemas e sugestões. Dissertação de mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009.

GOMES, Carla Amado. *A responsabilidade civil por dano ecológico: reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho*. Disponível em: <http://huespedes.cica.es/gimadus/20/03_carla_amado_gomes.html>. Acesso em: 14 de outubro de 2015.

GOMES, Carla Amado. *De que falamos quando falamos de dano ambiental? Direito, mentiras e crítica*. Soria: Actualidad Jurídica Ambiental, ISSN 1989 - 5666, n. 3, pp. 1-13, 2010.

_____. *Introdução ao Direito do Ambiente*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – AAFDL, 2 ed., 2014.

_____. *O direito ao ambiente no Brasil: um olhar português*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=223>. Acesso em: 16 de agosto de 2015.

_____; BATISTA, Luís. *A biodiversidade à mercê dos mercados? Reflexões sobre compensação ecológica e mercados de biodiversidade*. In GOMES, Carla Amado (coord.). *Compensação ecológica, serviços ambientais e protecção da biodiversidade*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 32-109, 2014.

GOMES, Nuno de Sá. *Manual de Direito Fiscal*. Lisboa: Rei dos livros, 11. ed. com adenda, vol. 1, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume II: teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 5. ed. rev. e atual, 2008.

GUEDES, Marco Aurelio Peri. *The environmental issue in Brazil: a matter of principles*. Panorama of Brazilian Law, vol. 2, n 2, 2014 - pp. 251-265. Disponível em: <<http://www.panoramaofbrazilianlaw.com.br/index.php/BrLaw/article/view/28/28>>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

GUERRA, Sérgio. *Compensação ambiental nos empreendimentos de significativo impacto*. In WERNECK, Mário; SILVA, Bruno Campos; MOURÃO, Henrique A.; MORAES, Marcus Vinícius Ferreira de; OLIVEIRA, Walter Soares (coord.). *Direito Ambiental visto por nós advogados*. Belo Horizonte: Del Rey, pp.129-145, 2005.

HOORICK, Geert Van. *Compensatory Measures in European Nature Conservation Law*. Disponível em: <<https://www.utrechtlawreview.org/articles/abstract/10.18352/ulr.276/>>. Acesso em: 13 de junho de 2016.

KISS, Alexandre, BEURIER, Jean-Pierre. *Droit International de L'environnement*. Paris: Pedone, 2. ed., 2000.

KRÄMER, Ludwig. *The Directive 2004/35 on environmental liability – useful?*. In GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago (org.). *Actas do Colóquio – A responsabilidade Civil por dano ambiental*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 42-55, 2010.

LAVRATTI, Paula Cerski. *El derecho ambiental como instrumento de gestión Del riesgo tecnológico*. Tarragona: Publicacions URV, 2011.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: Do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6 ed. atual. e amp., 2014.

_____; MOREIRA, Danielle de Andrade; ACHKAR, Azor El. *Sociedade de risco, danos ambientais extrapatrimoniais e jurisprudência brasileira*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_ambiental_jose_r_morato_leite_e_outros.pdf>. Acesso em: 12 de abril de 2016.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 24. ed., rev., amp. e atual., 2016.

MACIEL, Marcela Albuquerque. *Compensação ambiental: instrumento para a implementação do sistema nacional de unidades de conservação*. Brasília: Centro Universitário de Brasília UniCEUB, Dissertação de Mestrado, 2015.

MAKOWIAK, Jessica. *Compensation in Nature Conservation Law: The Case of France*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=24373_29>. Acesso em: 16 de maio de 2016.

MATEO, Ramón Martín. *Manual de Derecho Ambiental*. Navarra: Aranzadi, 3. ed., 2003.

MATTHEWS, Geoffrey V. T. *The Ramsar Convention on Wetlands: its History and Development*. Gland: Ramsar Convention Bureau, re-issue of the 1993 edition, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; e BURLE, Carla Rosado. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 42 ed., atual. até a Emenda Constitucional 90 de 15/09/2015, 2015.

MENDLEWICZ, Michelle. *Compensação ambiental: questões controvertidas e aplicação prática*. In LEITE, José Rubens Morato; LEMOS, Patricia Faga Iglecias (org.). *Direito Ambiental para o Século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos resíduos sólidos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 43-71, 2015.

MILARÉ, Édis. *Princípios fundamentais do Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais - Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, vol. 1, DTR\1998\474, pp. 385-404, 2011.

_____. ARTIGAS, Priscila Santos. *Compensação ambiental: questões controvertidas*. São Paulo: Revista dos Tribunais - Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, vol. 2, DTR\2006\412, pp. 351-365, 2011.

_____. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8 ed., rev. e atual., 2013.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. Estoril: Princípiã, 3. ed., rev. e atual., 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4. ed., rev. atual. e amp., 2013.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *A prova do nexo de causalidade na lei da responsabilidade ambiental*. In GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago (org.). *Actas do Colóquio – A responsabilidade Civil por dano ambiental*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 172-193, 2010.

OLIVEIRA, Camilo Cimourdain de. *Lições de Direito Fiscal*. Porto: Departamento de gestão de empresas - Manuais da Universidade Portucalense, 6. ed., atual. cor. e aum., 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *A garantia do contraditório*. Porto Alegre: Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2002.

OLIVEIRA, Edson Luciani de; ARAÚJO, Sarah Maria Linhares de. *Tributo ecológico: elemento de indução ou mecanismo de sanção?*. São Paulo: Revista dos Tribunais - Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 107/2012, DTR\2012\451002, pp. 185-205, 2012.

OLIVEIRA, Heloisa. *A restauração natural no novo Regime Jurídico de Responsabilidade Civil por Danos Ambientais*. In GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago (org.). *Actas do Colóquio – A responsabilidade Civil por dano ambiental*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 252-273, 2010.

OST, François. *A natureza à margem da lei – a ecologia à prova do Direito*. CHAVES, Joana (trad.). Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PÁDUA, Maria Tereza Jorge. *Do Sistema Nacional de Unidades de Conservação*. In ARAÚJO, Fábio França Silva; MEDEIROS, Rodrigo (org.). *Dez anos do Sistema*

Nacional de Unidades de Conservação: lições do passado, realizações presentes e perspectivas para o futuro. Brasília: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ministério do Meio Ambiente, pp. 21-36, 2011.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos - Temas clave de la Constitución Española, 5. ed., 1993.

_____. *Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones Del sistema constitucional*. In *Teoría y Realidad Constitucional*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, n. 20, 2º semestre, pp. 495-511, 2007.

PINTO, Maria José Vaz. *A "medida das coisas" entre o homem e Deus. Algumas reflexões sobre o frag. 1 de Protágoras*. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa - Revista da FCSH -1994/1995, vol. 2, n. 8, pp. 321-331, 1995.

PORTUGAL, Evandro; KLOCK, Andrea Bulgakov. *Princípio constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e garantido*. In FINKELSTEIN, Claudio; NEGRINI FILHO, João; CAMPELLO, Livia Gaigher; OLIVEIRA, Vanessa Hasson de. *Direito ambiental no Século XXI: Efetividade e Desafios*. Rio de Janeiro: Clássica, pp. 70-82, 2012.

POZO, Carlos Fco. Molina del. *La UE y la responsabilidad por daños ambientales*. In *Responsabilidad civil por daños al medio ambiente (Delito ecológico y sistema jurídico)*. Madrid: Ciemat, pp. 1.1-1.11 1994.

POZZOBON, Marcus Paulo, *Compensação Ambiental em Decorrência da Instalação de Empreendimento Significativamente Impactante ao Meio Ambiente*. Disponível em: <http://www.agrolink.com.br/colunistas/compensação-ambiental_4205.html>. Acesso em: 16 de setembro de 2015.

PRIEUR, Michel. *Droit de L'environnement*. Paris: Dalloz, 4. ed., 2001.

REIS, Márcio Monteiro. *Compensação Ambiental: O que é isso?*. Disponível em: <http://www.siqueiracastro.com.br/informe/regmeio_01/html_matregamb02_01.html>. Acesso em: 05 de março de 2016.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Os crimes contra o ambiente no código penal português revisto*. In *I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada, Dano Ecológico – Formas possíveis das suas reparação e repressão*. Porto: Lusíada - Revista de Ciência e Cultura, Série Direito, Número especial, pp. 301-315, 1996.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Aspectos jurídicos da compensação ambiental do art. 36, §1º da Lei Brasileira das Unidades de Conservação (Lei 9.985/2000)*. São Paulo: Revista dos Tribunais - Revista de Direito Ambiental, nº 46, 2007.

_____. *Direito ambiental esquematizado*. LENZA, Pedro (coord.). São Paulo: Saraiva, 2 ed., 2015.

SALIBA, Ricardo Berzosa. *A natureza tributária da "compensação ambiental": vícios de inconstitucionalidades*. Belo Horizonte: Interesse público, v. 7, n. 29, jan 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32946>>. Acesso em: 09 de maio de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; e Fensterseifer, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4. ed., 2014.

SECRETARIADO DA CONVENÇÃO DE RAMSAR. *The Ramsar Convention Manual - A Guide to the Convention on Wetlands (Ramsar, Iran, 1971)*. Ramsar Convention Secretariat, 6 ed., 2013. Disponível em: <<http://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/manual6-2013-e.pdf>>. Acesso em: 09 de junho de 2016.

SILVA, Rodrigo Zouain da. *Os desafios do Direito Ambiental no limiar do século XXI diante da ineficácia do sistema jurídico ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Veredas do Direito, v.9, n.18, pp. 57-87, 2012.

SIQUEIRA, Lyssandro Norton. *Os princípios de Direito Ambiental e a compensação ambiental no Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC)*. In GOMES, Carla Amado (coord.). *Compensação ecológica, serviços ambientais e proteção da biodiversidade*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. pp. 196-218, 2014.

SOARES, Sinara. *As inovações da base de cálculo da compensação ambiental da lei do sistema nacional das unidades de conservação - Dec. 6.848/2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais - Revista de Direito Ambiental, vol. 69/2013, DTR\2013\1859, pp. 299-313, 2013.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2. ed., rev., atual. e amp., 2011.

VERNET, Jaume; JARIA, Jordi. *El derecho a un medio ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional*. In *Teoría y Realidad Constitucional*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, n. 20, 2º semestre, pp. 513-533, 2007.

Notícias e sites da web referenciados:

- *CPI da Compensação Ambiental é instalada na Câmara.* Disponível em: <<http://www.camara.sp.gov.br/blog/cpi-da-compensacao-ambiental-e-instalada-na-camara/>>. Acesso em: 30 de março de 2016;
- *Audiência pública debate flexibilização em licenciamento ambiental.* Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/regiao3/sala-de-imprensa/noticias-r3/audiencia-publica-debate-flexibilizacao-em-licenciamento-ambiental-1>>. Acesso em: 11 de abril de 2016;
- <http://www.mma.gov.br/>.

LISTA DE LEGISLAÇÕES, NORMAS, DOCUMENTOS E JURISPRUDÊNCIA REFERENCIADOS

Legislações brasileiras:

- Lei Nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional: Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios;
- Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967 - Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências;
- Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 – PNMA: Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências;
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;
- Decreto nº 95.733, de 12 de fevereiro de 1988 - Dispõe sobre a inclusão, no orçamento dos projetos e obras federais, de recursos destinados a prevenir ou corrigir os prejuízos de natureza ambiental, cultural e social decorrente da execução desses projetos e obras;
- Lei nº 7.735 de 22 de fevereiro de 1989 – Cria o IBAMA;
- Decreto nº 1.905, de 16 de maio de 1996 - Promulga a Convenção sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional, especialmente como Habitat de Aves Aquáticas, conhecida como Convenção de Ramsar, de 02 de fevereiro de 1971;
- Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 - Lei de crimes ambientais: Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências;
- Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998 - Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992;
- Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000 – Lei do SNUC: Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências;
 - Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002: Regulamenta artigos da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC, e dá outras providências;

- Decreto nº 5.566, de 26 de outubro de 2005: Dá nova redação ao caput do art. 31 do Decreto no 4.340, de 22 de agosto de 2002, que regulamenta artigos da Lei no 9.985, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC. Perdeu eficácia com Decreto nº 6.848, de 14 de maio de 2009;
- Decreto nº 6.848, de 14 de maio de 2009. Altera e acrescenta dispositivos ao Decreto no 4.340, de 22 de agosto de 2002, para regulamentar a compensação ambiental;
- Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade: Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências;
- Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil;
 - Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil, revogado pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;
- Decreto nº 5.092, de 21 de maio de 2004 - Define regras para identificação de áreas prioritárias para a conservação, utilização sustentável e repartição dos benefícios da biodiversidade, no âmbito das atribuições do Ministério do Meio Ambiente;
- Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências;
- Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011 - fixa as normas para a cooperação entre os entes federados nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção do meio ambiente e ao combate à poluição em qualquer de suas formas;
- Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012 - Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa e dá outras providências;
 - Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965 - Institui Código Florestal. Revogada pela Lei nº 12.651, de 2012.

Normativas do IBAMA:

- Instrução Normativa do IBAMA nº 184, de 17 de julho de 2008 - Procedimentos para o licenciamento ambiental federal;

- Portaria Conjunta do Ministério do Meio Ambiente, IBAMA e Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, nº - 225, de 30 de junho de 2011 – Cria o CCAF;
- Instrução Normativa do IBAMA nº 8, de 14 de julho 2011 - Regulamenta, no âmbito do IBAMA, o procedimento da Compensação Ambiental;
- Portaria nº 16 do IBAMA, de 23 de novembro de 2011 - Regimento Interno do CCAF;
- Instrução Normativa do IBAMA nº 11, de 5 de junho de 2013 – Altera a Instrução Normativa do IBAMA nº 8, de 14 de julho 2011.

Normativas do CONAMA:

- Resolução CONAMA nº 001, de 23 de janeiro de 1986 – Diretrizes para avaliação de Impacto Ambiental;
- Resolução CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997 – Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental;
- Resolução CONAMA nº 371, de 5 de abril de 2006 – Diretrizes aos órgãos ambientais para o cálculo, cobrança, aplicação, aprovação e controle de gastos de recursos advindos de compensação do SNUC;
 - Resolução CONAMA nº 010 de 03 de dezembro de 1987 – Reparação de danos ambientais. Revogada pela Resolução CONAMA nº 002, de 18 de abril de 1996;
 - Resolução CONAMA nº 002, de 18 de abril de 1996 – Reparação de danos ambientais. Revogada pela Resolução CONAMA nº 371, de 5 de abril de 2006.

Legislações portuguesas:

- Decreto-Lei nº 47344/66, de 25 de Novembro – Código Civil;
- Decreto nº 101/1980, de 9 de Outubro - Aprova para ratificação a Convenção sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional, especialmente como Habitat de Aves Aquáticas;
- Decreto de 10 de Abril de 1976 - Constituição da República Portuguesa (CRP);
- Decreto-Lei nº 151-B/2013, de 31 de Outubro - Regime Jurídico da Avaliação de Impacto Ambiental (RAIA);

- Decreto-Lei nº 69/2000, de 3 de Maio – Regime jurídico da AIA. Revogado pelo Decreto-Lei nº 151-B/2013, de 31 de outubro;
- Decreto-Lei nº 142/2008, de 24 de Julho - Regime Jurídico da Conservação da Natureza e da Biodiversidade (RCNB);
 - Decreto-Lei nº 242/2015, de 15 de Outubro. Altera o Decreto-Lei nº 142/2008, de 24 de Julho;
- Decreto-Lei nº 140/99, de 24 de Abril - transposição da Diretiva Aves e da Diretiva *Habitats* - Decreto regulamentador da Rede Natura 2000 (RRN);
 - Decreto-Lei nº 156-A/2013, de 8 de Novembro. Altera o Decreto-Lei nº 140/99, de 24 de Abril;
- Decreto-Lei nº 147/2008, de 29 de Julho - Regime Jurídico da Responsabilidade por Danos Ambientais (RPRDE);
 - Decreto-Lei nº 13/2016, de 09 de Março. Altera o Decreto-Lei nº 147/2008, de 29 de Julho;
- Lei n.º 19/2014, de 14 de Abril - Lei das Bases da Política do Ambiente (LBA);
 - Lei nº 11/87, de 07 de Abril. Lei de Bases do ambiente. Revogada pela Lei nº 19/2014, de 14 de Abril.

Documentos Internacionais:

- Convenção sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional, especialmente como Habitat para Aves Aquáticas. Irão, 1971;
- Diretiva 79/409/CEE do Conselho, de 2 de Abril de 1979 – Diretiva Aves: relativa à conservação das aves selvagens;
- Declaração do RIO 92 - Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento. Rio de Janeiro, 1992;
- Diretiva 92/43/CEE, do Conselho, de 21 de Maio de 1992 – Diretiva *Habitats*: relativa à preservação dos habitats naturais e da fauna e da flora selvagens;
- Diretiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004: relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais.

Jurisprudências:

- (Brasil) Tribunal Regional Federal 4ª Região. Agravo de instrumento nº 5041730-29.2015.404.0000, Terceira Turma, Relator Fernando Quadros da Silva, Data de Julgamento: 24/02/2016 juntado aos autos em 04/03/2016;
- (Brasil) Supremo Tribunal Federal – RCL nº 17364 DF, Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 13/03/2014, Data de Publicação: DJe-053 Divulg. 17/03/2014 Public. 18/03/2014;
- (Brasil) Supremo Tribunal Federal – RCL nº 8465 DF/2009;
- (Brasil) Supremo Tribunal Federal - ADI nº 3.378-6 DF. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Data de Julgamento: 09/04/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-112 Divulg. 19-06-2008 Public. 20-06-2008 Ement. Vol.-02324-02 PP-00242;
- (Brasil) Supremo Tribunal Federal - SS: 2875 DF, Relator: Min. Presidente, Data de Julgamento: 07/04/2006, Data de Publicação: DJ 20/04/2006;
- (Brasil) Tribunal Regional Federal 1ª Região - Agravo de Instrumento nº 2005.01.00.060479-0: Liminar pelo Desembargador Federal Catão Alves em mandado de segurança - Processo nº 2005.34.00.018663-0 da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Data de Julgamento: 25 de janeiro de 2006.

ANEXO – QUADRO GERAL DO CÁLCULO DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL⁴⁷⁷

→ **Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000** – Lei do SNUC:

“Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

§ 1º **O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento**, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.”

→ **Acórdão do STF na ADI 3.378-6 DF (2008)** - Item 5 da ementa:

“**Inconstitucionalidade** da expressão "**não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento**", no § 1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000. O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa.”

→ **Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002**:

“Art. 31-A. O Valor da Compensação Ambiental - CA será calculado pelo produto do Grau de Impacto - GI com o Valor de Referência - VR, de acordo com a fórmula a seguir:

CA = VR x GI, onde:

CA = Valor da Compensação Ambiental;

VR = **somatório dos investimentos necessários para implantação do empreendimento**, não incluídos os investimentos referentes aos planos, projetos e programas exigidos no procedimento de licenciamento ambiental para mitigação de impactos causados pelo empreendimento, bem como os encargos e custos incidentes sobre o financiamento do empreendimento, inclusive os relativos às garantias, e os custos com apólices e prêmios de seguros pessoais e reais; e

GI = **Grau de Impacto** nos ecossistemas, podendo atingir valores de 0 a 0,5%.”

⁴⁷⁷ Grifos postos.

→ **Decreto nº 6.848, de 14 de maio de 2009:**

ANEXO – METODOLOGIA DE CÁLCULO DO GRAU DE IMPACTO AMBIENTAL

1. Grau de Impacto (GI)

O Grau de Impacto é dado pela seguinte fórmula:

GI = ISB + CAP + IUC, onde:

ISB = Impacto sobre a Biodiversidade;

CAP = Comprometimento de Área Prioritária; e

IUC = Influência em Unidades de Conservação.

1.1. - ISB: Impacto sobre a Biodiversidade:

$ISB = \frac{IM \times IB}{IA+IT}$, onde:

140

IM = Índice Magnitude;

IB = Índice Biodiversidade;

IA = Índice Abrangência; e

IT = Índice Temporalidade.

O ISB terá seu valor variando entre 0 e 0,25%.

O ISB tem como objetivo contabilizar os impactos do empreendimento diretamente sobre a biodiversidade na sua área de influência direta e indireta. Os impactos diretos sobre a biodiversidade que não se propagarem para além da área de influência direta e indireta não serão contabilizados para as áreas prioritárias.

1.2 - CAP: Comprometimento de Área Prioritária:

$CAP = IM \times ICAP \times IT$, onde:

70

IM = Índice Magnitude;

ICAP = Índice Comprometimento de Área Prioritária; e

IT = Índice Temporalidade.

O CAP terá seu valor variando entre 0 e 0,25%.

O CAP tem por objetivo contabilizar efeitos do empreendimento sobre a área prioritária em que se insere. Isto é observado fazendo a relação entre a significância dos impactos frente às áreas prioritárias afetadas. Empreendimentos que tenham impactos insignificantes para a biodiversidade local podem, no entanto, ter suas intervenções mudando a dinâmica de processos ecológicos, afetando ou comprometendo as áreas prioritárias.

1.3 - IUC: Influência em Unidade de Conservação:

O IUC varia de 0 a 0,15%, avaliando a influência do empreendimento sobre as unidades de conservação ou suas zonas de amortecimento, sendo que os valores podem ser considerados cumulativamente até o valor máximo de 0,15%. Este IUC será diferente de 0 quando for constatada a incidência de impactos em unidades de conservação ou suas zonas de amortecimento, de acordo com os valores abaixo:

G1:parque (nacional, estadual e municipal), reserva biológica, estação ecológica, refúgio de vida silvestre e monumento natural = 0,15%;

G2:florestas (nacionais e estaduais) e reserva de fauna = 0,10%;

G3:reserva extrativista e reserva de desenvolvimento sustentável = 0,10%;

G4:área de proteção ambiental, área de relevante interesse ecológico e reservas particulares do patrimônio natural = 0,10%; e

G5:zonas de amortecimento de unidades de conservação = 0,05%.

2. Índices:

2.1 - Índice Magnitude (IM):

O IM varia de 0 a 3, avaliando a existência e a relevância dos impactos ambientais concomitantemente significativos negativos sobre os diversos aspectos ambientais associados ao empreendimento, analisados de forma integrada.

Valor	Atributo
0	ausência de impacto ambiental significativo negativo
1	pequena magnitude do impacto ambiental negativo em relação ao comprometimento dos recursos ambientais
2	média magnitude do impacto ambiental negativo em relação ao comprometimento dos recursos ambientais
3	alta magnitude do impacto ambiental negativo

2.2 - Índice Biodiversidade (IB):

O IB varia de 0 a 3, avaliando o estado da biodiversidade previamente à implantação do empreendimento.

Valor	Atributo
0	Biodiversidade se encontra muito comprometida
1	Biodiversidade se encontra medianamente comprometida
2	Biodiversidade se encontra pouco comprometida
3	área de trânsito ou reprodução de espécies consideradas endêmicas ou ameaçadas de extinção

2.3 - Índice Abrangência (IA):

O IA varia de 1 a 4, avaliando a extensão espacial de impactos negativos sobre os recursos ambientais. Em casos de empreendimentos lineares, o IA será avaliado em cada microbacia separadamente, ainda que o trecho submetido ao processo de licenciamento ultrapasse os limites de cada microbacia.

Nota: para empreendimentos lineares deverão ser considerados compartimentos homogêneos da paisagem para que os impactos sejam mensurados adequadamente em termos de abrangência, não devendo ser considerados de forma cumulativa. O resultado final da abrangência será considerado de forma proporcional ao tamanho deste compartimento em relação ao total de compartimentos.

Valor	Atributos para empreendimentos terrestres, fluviais e lacustres	Atributos para empreendimentos marítimos ou localizados concomitantemente nas faixas terrestre e marítima da Zona Costeira	Atributos para empreendimentos marítimos (profundidade em relação à lâmina d'água)
1	impactos limitados à área de uma microbacia	impactos limitados a um raio de 5km	profundidade maior ou igual a 200 metros
2	impactos que ultrapassem a área de uma microbacia limitados à área de uma bacia de 3ª ordem	impactos limitados a um raio de 10km	profundidade inferior a 200 e superior a 100 metros

3	impactos que ultrapassem a área de uma bacia de 3ª ordem e limitados à área de uma bacia de 1ª ordem	impactos limitados a um raio de 50km	profundidade igual ou inferior a 100 e superior a 50 metros
4	impactos que ultrapassem a área de uma bacia de 1ª ordem	impactos que ultrapassem o raio de 50km	profundidade inferior ou igual a 50 metros

2.4 - Índice Temporalidade (IT):

O IT varia de 1 a 4 e se refere à resiliência do ambiente ou bioma em que se insere o empreendimento. Avalia a persistência dos impactos negativos do empreendimento.

Valor	Atributo
1	imediate: até 5 anos após a instalação do empreendimento;
2	curta: superior a 5 e até 15 anos após a instalação do empreendimento;
3	média: superior a 15 e até 30 anos após a instalação do empreendimento;
4	longa: superior a 30 anos após a instalação do empreendimento.

2.5 - Índice Comprometimento de Áreas Prioritárias (ICAP):

O ICAP varia de 0 a 3, avaliando o comprometimento sobre a integridade de fração significativa da área prioritária impactada pela implantação do empreendimento, conforme mapeamento oficial de áreas prioritárias aprovado mediante ato do Ministro de Estado do Meio Ambiente.

Nota: para empreendimentos lineares deverão ser considerados compartimentos homogêneos da paisagem para que os impactos sejam mensurados adequadamente em termos de comprometimento de área prioritária, não devendo ser considerados de forma cumulativa. O resultado final do ICAP será considerado de forma proporcional ao tamanho deste compartimento em relação ao total de compartimentos. Impactos em Unidades de Conservação serão computados exclusivamente no IUC.

Valor	Atributo
0	inexistência de impactos sobre áreas prioritárias ou impactos em áreas prioritárias totalmente sobrepostas a unidades de conservação.
1	impactos que afetem áreas de importância biológica alta
2	impactos que afetem áreas de importância biológica muito alta
3	impactos que afetem áreas de importância biológica extremamente alta ou classificadas como insuficientemente conhecidas