



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL: CONTROVÉRSIAS E NATUREZA JURÍDICA.

LEONARDO DOS REIS OLIVEIRA ANTUNES

Brasília
2017

LEONARDO DOS REIS OLIVEIRA ANTUNES

COMPENSAÇÃO AMBIENTAL: CONTROVÉRSIAS E NATUREZA JURÍDICA.

Monografia apresentada ao final da graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Dr.^a Gabriela Garcia Batista Lima Moraes.

Brasília
2017

LEONARDO DOS REIS OLIVEIRA ANTUNES

COMPENSAÇÃO AMBIENTAL: CONTROVÉRSIAS E NATUREZA JURÍDICA.

Monografia apresentada ao final do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito - Universidade de Brasília, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Banca Examinadora composta por:

Prof. Dr. ^a Gabriela Garcia Batista Lima Moraes

Universidade de Brasília - UnB

Mestre Larissa Maria Medeiros Coutinho

Universidade de Brasília - UnB

Prof.Dr. Mamede Said Maia Filho

Universidade de Brasília - UnB

A Danielle, esposa, mãe de nossos seis filhos,
pessoa por quem tenho imenso amor e respeito.
Muito obrigado pelo apoio e por me fazer acreditar
que eu era capaz de chegar até aqui.

RESUMO

A compensação ambiental instituída pela Lei nº 9.985/2000 como instrumento do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), tem sido objeto de vários questionamentos pela doutrina e pelos empreendedores. Os primeiros, incluindo autores do garbo de Edis Milaré, Erika Bechara e Sérgio Guerra não têm um consenso sobre sua natureza jurídica, ora afirmando ser ela tributária ora que ela é uma espécie de reparação ex ant associada ao mecanismo de responsabilidade civil. Quanto aos empreendedores, desde que assumiram o encargo da compensação proposta na Lei do SNUC, passaram a questioná-lo judicialmente. Nesse sentido, por meio da Confederação Nacional da Indústria, propuseram a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 3378/DF. Nela, entre outros argumentos, sustentam que a compensação é uma indenização, forma de reparação prévia, que promove enriquecimento ilícito do Estado. O Supremo Tribunal Federal (STF) considerou o instituto constitucional e estabeleceu um limite de meio por cento dos custos do empreendimento como teto máximo da compensação, mas, não se pronunciou sobre sua natureza jurídica, limitou-se a denominar o instituto como uma forma de compensação-compartilhamento. São refutadas a natureza jurídica indenizatória e a tributária atribuídas compensação ambiental e demonstrado que sua natureza jurídica é administrativa. Para isso a compensação ambiental da lei do SNUC é classificada como uma espécie/tipo da qual compensação ambiental é um gênero. Nesse sentido são apresentados 4 tipos de compensação; Regulamentar, Compensação por Pagamento de Serviços Ambientais, Indenizatória e os Mercados de Compensação. Instrumento a disposição do Estado e associada ao direito ambiental preventivo à compensação do SNUC é tida como regulamentar. Com esse apontamento busca-se contribuir para o debate da questão e o fortalecimento jurídico de sua efetiva aplicação.

Palavras-Chave: direito ambiental; compensação ambiental; direito ao meio ambiente equilibrado; natureza jurídica

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|--------|--|
| ADI | Ação Direta de Inconstitucionalidade |
| CCAF | Comitê de Compensação Ambiental Federal |
| CF | Constituição Federal |
| CRA | Cota de Reserva Ambiental |
| CONAMA | Conselho Nacional do Meio Ambiente |
| DF | Distrito Federal |
| EIA | Estudo de Impacto Ambiental |
| IBVRio | Instituto Bolsa de Valores Ambientais Rio |
| ICMBio | Instituto Chico Mendes de Biodiversidade e Conservação |
| PNMA | Política Nacional do meio Ambiente |
| PSA | Pagamentos por Serviços Ambientais |
| RIMA | Relatório de Impacto Ambiental |
| SNUC | Sistema Nacional de Unidades de Conservação |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| UC | Unidade de Conservação |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 7 |
| CAPÍTULO 1. FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE INERENTES A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL..... | 18 |
| 1.1 Princípio da Prevenção: a compensação do impacto residual | 19 |
| 1.2 Princípio do poluidor pagador e sua relação com a compensação ambiental | 20 |
| CAPÍTULO 2. COMPENSAÇÃO AMBIENTAL..... | 24 |
| 2.1 A Função da Compensação: O Impacto Residual | 25 |
| 2.1.1 A Diferença entre Compensação e Reparação..... | 26 |
| 2.1.2 A Natureza Neutralizadora da Compensação | 28 |
| 2.1.3 A Necessidade de programar objetivos ambientais pela Compensação para que tenha função de Prevenção..... | 29 |
| 2.2 Tipos de Compensação | 30 |
| 2.2.1 Compensação Indenizatória | 30 |
| 2.2.2 Pagamentos por Serviços Ambientais | 33 |
| 2.2.3 mercados de compensação | 35 |
| 2.2.4 Compensação Regulamentar | 37 |
| 2.3 A Compensação Ambiental da Lei N° 9.985 de Junho De 2.000 | 39 |
| CAPÍTULO 3. A NATUREZA JURÍDICA DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL DA LEI DO SNUC | 41 |
| 3.1 A ADI 3.378-6 /DF..... | 41 |
| 3.2 Uma análise com amparo no Direito Tributário..... | 50 |
| 3.3 Natureza Jurídica Administrativa da Compensação Ambiental..... | 56 |
| 4. CONCLUSÃO..... | 60 |
| REFERÊNCIAS | 63 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta o estudo em uma área do direito ambiental pouco explorada são as chamadas medidas compensatórias ou simplesmente compensação ambiental, norma jurídica obrigatória determinada pela Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação nº 9.985 de 2000 (SNUC) quando do licenciamento ambiental de obras causadoras de significativo impacto ao meio ambiente. Instituto de muita controvérsia na doutrina quanto a sua forma de aplicação e natureza jurídica as medidas compensatórias surgiram na busca de equacionar o uso recursos naturais mediante sua escassez. Com objetivo preventivo, segundo Artigas¹ foram criadas para promover a internalização do custo dos impactos ambientais provocados pela atividade do homem em busca de desenvolvimento econômico.

Tendo como função instrumentalizar a neutralização das perdas, essência de qualquer instrumento de compensação, opera no direito ambiental promovendo a prevenção ao contemplar o impacto residual², ou seja, aquele que não foi possível ser evitado ou mitigado e, nesse sentido, compensar não é reparar, tem, pois, função específica e distinta da reparação. Os mecanismos compensatórios englobam uma variedade de situações jurídicas³ decorrentes de várias tipologias de compensação entre elas; a indenizatória, os mercados de compensação, os pagamentos por serviços ambientais e as compensações administrativas ou regulamentares.

Essas compensações atuam como instrumentos capazes de garantir a internalização dos custos ambientais pelo agente causador de impacto ao meio ambiente. Seja por meio de imposição no licenciamento ambiental a partir de uma norma regulamentar ou por meio de iniciativa voluntária dos causadores de poluição, essas medidas têm se mostrado um eficaz instrumento de equilíbrio entre os interesses privados e gerais na busca do desenvolvimento

¹ Como não podia ser diferente – ao emergirem para buscar equacionar a escassez dos recursos naturais, internalizando no processo produtivo os custos com a utilização dos bens ambientais –, as medidas compensatórias acabam por ganhar a atenção do direito, inclusive porque a obrigatoriedade de sua imposição reflete no patrimônio daqueles que pretendem desenvolver projetos empreendedores. Artigas, Priscila Santos Tese de Doutorado (Catálogo USP). Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-15052013-163336/pt-br.php>.

² Utiliza-se impacto, e não dano ambiental, pois o primeiro se insere no âmbito preventivo do direito e o segundo, no âmbito repressivo da responsabilidade civil ambiental. Nesse sentido: LIMA, Gabriela G. Batista. **La compensation en droit de l'environnement: un essai de typologie**. TESE 2014 Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA, Brasília Biblioteca Depositária: Biblioteca João Herculino de Souza Lopes.

³ São situações jurídicas diferentes, às quais são aplicáveis regras de compensação distintas, em função de objetivos distintos. Nesse sentido: LIMA, Gabriela G. Batista. **La compensation en droit de l'environnement: un essai de typologie**. TESE 2014 Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA, Aix-Marseille Université, Biblioteca Depositária: Biblioteca João Herculino de Souza

sustentável. O problema principal enfrentado por essas medidas em nosso ordenamento jurídico diz respeito ao seu enquadramento em uma categoria específica de direito.

Para propor uma solução a este problema esse trabalho parte da análise de que a compensação ambiental possui caráter acentuadamente preventivo à medida que é voltada para o tratamento do impacto residual da atividade poluidora. Sendo que "por impacto residual, entende-se aquele que, mesmo depois de aplicadas todas as condicionantes e medidas mitigadoras no âmbito do licenciamento ambiental, mostrou-se inevitável e inafastável.⁴ Nesse ponto é mister diferenciar dano ambiental e impacto ambiental. O primeiro caracteriza-se como resultado de um ilícito praticado contra o meio ambiente e, portanto, passivo de reparação por meio dos instrumentos de responsabilidade civil. Já o segundo é resultado de uma análise preventiva onde se calcula o impacto, se estabelece parâmetros, limites, condicionantes e medidas compensatórias como requisitos para obtenção da licença. Nesse caso as condicionantes, medidas preventivas e mitigatórias, atuam de modo que o empreendedor internalize os efeitos negativos de sua atividade como requisito para que possa exercê-la.

Para a compreensão desses questionamentos e controvérsias, quais sejam; a natureza jurídica da compensação ambiental da Lei do SNUC a partir do entendimento de sua função preventiva direcionada aos impactos residuais é necessário entender a origem da compensação ambiental. Ao estudarmos a compensação prevista na Lei do SNUC entendemos que a busca de um sentido lógico, razão de ser de uma norma, pode ser facilitada a partir da análise histórica normativa que orienta e inspira a criação da norma atual. Não se trata aqui de não exercer a atividade interpretativa, mas sim de exercê-la fundamentando a interpretação em fatos, motivos políticos e históricos que culminaram na sua criação.

A origem da compensação ambiental na legislação nacional remonta nos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA)⁵ - Lei 6.938, de 31 de agosto de 1.981, que

⁴ LIMA, Gabriela G. Batista **La compensation en droit de l'environnement: un essai de typologie..** TESE 2014 Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA, Brasília Biblioteca Depositária: Biblioteca João Herculino de Souza Lopes.

⁵ Com o objetivo geral – expresso no caput do art. 2.º – de “preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana (...)” (art. 2º, caput), tal política determinou a obrigatoriedade do licenciamento ambiental de empreendimentos que têm o potencial de causar impactos no meio ambiente. Artigas, Priscila Santos Tese de Doutorado (Catálogo USP). Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-15052013-163336/pt-br.php>.

estabelece os instrumentos necessários para a tutela administrativa do meio ambiente⁶ e representa um marco na legislação brasileira⁷ sobre temas ambientais.

O inc. VII do art. 4º da PNMA previa a imposição, ao poluidor e ao predador, a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos. Dessa norma extraímos dois pontos importantes; o primeiro remonta a responsabilização civil pelo dano causado ao meio ambiente quando a norma prevê que o poluidor e o predador são obrigados a recuperar e indenizar os danos causados, responsabilidade consolidada hoje no nosso ordenamento; o segundo diz respeito à obrigação de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos. Esse comando, apesar de não ser ainda a compensação ambiental como a conhecemos, tem nítida relação com a compensação prevista na Lei do SNUC que, em outras palavras, prevê a obrigação de compensação do impacto pelo empreendedor que utiliza os recursos ambientais com fins econômicos.

Quanto ao comando que determina a criação e manutenção de unidades de conservação e o valor piso de no mínimo meio por cento dos custos de implantação do empreendimento a ser pago pelo empreendedor a título de compensação, previstos na lei do SNUC, sua origem remonta originalmente a Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) nº 10 de 1987, que previa, *in verbis*:

Art. 1º Para fazer face à reparação dos danos ambientais causados pela destruição de florestas e outros ecossistemas, o licenciamento de obras de grande porte, assim considerado pelo órgão licenciador, com fundamento no RIMA, terá sempre como um dos seus pré-requisitos, a implantação de uma Estação Ecológica pela entidade ou empresa responsável pelo empreendimento, preferencialmente junto à área.

Art. 2º O valor da área a ser utilizada e das benfeitorias a serem feitas para o fim previsto no artigo anterior, será proporcional ao dano ambiental a ressarcir, e não poderá ser inferior a 0,5% (meio por cento) dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento. (Grifo nosso).

Nota-se, a partir resolução citada, que o conceito de compensação ambiental já ganhava desde 1987 o contorno expresso na Lei do SNUC. Essa resolução exige o pagamento de um

⁶ O objetivo primordial da Política Nacional do Meio Ambiente é, nos termos do art. 2.º da Lei 6.938, de 31.08.1981: “(...) a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no país, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana (...)”. INSTRUMENTOS DE TUTELA ADMINISTRATIVA DO MEIO AMBIENTE Revista de Direito Ambiental | vol. 51/2008 | p. 193 - 231 | Jul - Set / 2008.

⁷ O advento da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981) foi um importante marco na proteção jurídica do meio ambiente no Brasil. Antes de sua criação, havia apenas algumas normas isoladas para a conservação do meio ambiente - mais especificamente de determinados recursos naturais que despertavam interesse econômico. Daniela Vasconcellos Gomes CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SADIO E ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO Revista de Direito Ambiental | vol. 55/2009 | p. 25 - 51 | Jul - Set / 2009 Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental | vol. 1 | p. 805 - 829 | Mar / 2011 | DTR\2009\372

valor mínimo de meio por cento sobre os custos de implantação do empreendimento para fazer face aos danos causados pela atividade. E ainda, a resolução dispõe de uma forma de reparação pela destruição de florestas e outros ecossistemas. Reparação que era um requisito ao licenciamento ambiental e exigido pelos órgãos ambientais com fundamento RIMA em caso de obras de grande porte. Ela pode ser considerada a origem da compensação ambiental prevista na Lei do SNUC, pois esses três aspectos estão presentes na compensação ambiental da Lei do SNUC são eles; o valor mínimo de meio por cento a ser pago a título de compensação sobre os custos de implantação do empreendimento, o comando que estabelece que esse valor seja proporcional ao impacto ambiental causado e por último a obrigatoriedade de sua estipulação ocorrer no licenciamento ambiental de obras de grande porte submetidas ao Relatório de Impacto Ambiental (RIMA).

Outro ponto relevante para o avanço da compensação ambiental antes de sua previsão na Lei do SNUC foi a Declaração do RIO de 1992. Em seu princípio 16 a declaração orientou que os poluidores arcassem com a tomada de medidas que internalizassem os custos ambientais da poluição por eles provocada, *in verbis*:

Princípio 16: As autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais.

Já em 1996, foi publicada a Resolução CONAMA n° 02, que revogava a Resolução 10/87 e sedimentava de forma definitiva o caminho que daria origem ao instituto da compensação ambiental da Lei do SNUC. Podemos destacar dessa resolução a reafirmação do requisito obrigatório de implantação de unidades de conservação a título de compensação a um piso não inferior a meio por cento do total dos custos de implantação do empreendimento e algumas inovações em seus art. 1º, 2º, *in verbis*:

Art. 1º Para fazer face à reparação dos danos ambientais causados pela destruição de florestas e outros ecossistemas, **o licenciamento de empreendimentos de relevante impacto ambiental**, assim considerado pelo órgão ambiental competente com fundamento do EIA/RIMA, **terá como um dos requisitos a serem atendidos pela entidade licenciada, a implantação de uma unidade de conservação de domínio público e uso indireto, preferencialmente uma Estação Ecológica**, a critério do órgão licenciador, ouvido o empreendedor.

§ 1º Em função das características da região ou em situações especiais, poderão ser propostos o custeio de atividades ou aquisição de bens para unidades de conservação públicas definidas na legislação, já existentes ou a serem criadas, ou a implantação de uma única unidade para atender a mais de um empreendimento na mesma área de influência.

§ 2º As áreas beneficiadas dever-se-ão se localizar, preferencialmente, na região do empreendimento e visar basicamente à preservação de amostras representativas dos ecossistemas afetados.

Art. 2º O montante dos recursos a serem empregados na área a ser utilizada, bem como o valor dos serviços e das obras de infraestrutura necessárias ao cumprimento do disposto no artigo 1º, será proporcional à alteração e ao dano ambiental a ressarcir e não poderá ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para implantação do empreendimento. (Grifo nosso)

Não deixaria de citar ainda a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), de alta relevância para a evolução normativa do tema ela estabeleceu o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado⁸ e de forma implícita o princípio do poluidor-pagador, responsável por orientar a internalização dos custos do impacto ambiental aos custos do empreendimento. E ainda, nos §§ 2º e 3º art. 225 da CF/88 há a previsão de que o explorador de recursos minerais terá a obrigação de recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei (§ 2º); e 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 (§ 3º). Do mandamento constitucional é notória a existência do comando legislativo e regulamentar no sentido de obrigar o empreendedor, nesse caso especificamente o de recursos minerais, a custear com seus próprios meios a recuperação ou compensação da área degradada, ou seja, para que possa ter o pleno exercício de sua atividade econômica deve arcar com o ônus ambiental dessa iniciativa.

Somente após 19 anos da PNMA, 12 anos da Constituição Federal e das inúmeras resoluções do CONAMA tratando sobre o tema, foi publicada a Lei nº 9.985 de 18 de julho de 2000 regulamentando o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal instituindo o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Em seu art. 36 a Lei dispôs expressamente sobre a criação, implantação e gestão das unidades de conservação por meio de recursos advindos da compensação ambiental a ser paga pelos empreendedores. O legislador foi assertivo e manteve na lei comandos das resoluções CONAMA previstos anteriormente. Por meio dessa Lei foi criado um sistema de compensação financeira onde o poluidor ao pagar a

⁸ Art. 225 da CRFB/1988: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º - Para assegurar a efetividade deste direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes especialmente protegidos, sendo a alteração e supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies e submetam os animais a crueldade.

compensação ambiental internalizava os custos da poluição. O valor arrecadado seria repassado ao poder público e direcionado especificamente para a manutenção e criação de Unidades de Conservação do grupo de proteção integral. Assim estava prevista a compensação na redação original do art. 36, *in verbis*:

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

§ 2º Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação.

§ 3º Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o caput deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo. (Grifo nosso)

Da leitura do artigo alguns pontos merecem ser destacados; em primeiro lugar no caput do artigo 36 temos a previsão da obrigação legal do empreendedor de obras com significativo impacto ambiental que se submetem ao EIA/RIMA apoiar a implantação do Sistema de Unidades de Conservação. Em seguida, há o comando que estabelece como piso para compensação o valor de meio por cento sobre os custos de implantação do empreendimento. Nesse ponto o legislador ainda deixa a cargo do órgão ambiental o estabelecimento desse valor de acordo com o grau de impacto que será estabelecido por meio do EIA/RIMA. E ainda, merece igual destaque a discricionariedade do órgão ambiental em definir as áreas de conservação a serem beneficiadas pela compensação.

A Lei do SNUC foi regulamentada pelo decreto 4.340 de 2002, em seguida alterada pelo decreto 5.566 de 2005 que entre outros; reafirma a vinculação da compensação ambiental ao disposto no estudo de impacto ambiental e seu respectivo relatório (EIA/RIMA); o decreto ressalta que para o cálculo dessa compensação serão considerados apenas os impactos negativos e não mitigáveis. Desse modo é importante notar que a compensação definida na regulamentação da lei do SNUC terá por objeto o impacto residual. Logo, depois de estabelecidas no procedimento de licenciamento todas as condicionantes e possíveis medidas de controle dos impactos negativos ao ambiente, ainda que a melhor tecnologia ou método

sejam aplicados, o impacto que potencialmente ocorrerá e não há como tomar nenhuma medida mitigadora ou de controle para ser evitado será o objeto da compensação ambiental.

Para administrar a aplicação dos recursos da compensação foi publicado o Decreto 4.340 de 2002 que dispôs sobre a criação das chamadas Câmaras de Compensação Ambiental. Essa Câmara deveria ser criada por meio de órgãos colegiados nas três esferas dos entes federativos – União, Estados e Municípios. Na área Federal foi criada então Câmara Federal de Compensação Ambiental – CFCA, um colegiado de âmbito administrativo vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, por meio da Portaria MMA nº 416, de 3 de novembro de 2010, para atender ao disposto no decreto regulamentador do SNUC. Com caráter supervisor esse colegiado orienta o cumprimento da legislação referente à compensação ambiental de âmbito Federal. Estabelece diretrizes básicas para a aplicação da compensação, agilizando a regulação fundiária das unidades de conservação e a implantação dos planos de manejo, compete ainda avaliar e auditar a metodologia e os procedimentos de cálculo da compensação ambiental e deliberar por meio de resoluções, proposições e recomendações visando o correto cumprimento da legislação ambiental Federal relativa à compensação.

A Câmara Federal de Compensação Ambiental (CFCA) não faz destinação dos recursos da compensação federal, ela é um órgão supervisor dos recursos oriundos dessa compensação. A destinação desses recursos é feita pelo Comitê de Compensação Ambiental Federal – CCAF, criado pela Portaria Conjunta MMA/IBAMA/ICMBio 225/2011 e integrado por membros do MMA, IBAMA e Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio). Esse comitê, com decisões também de âmbito administrativo, delibera sobre a divisão e a finalidade dos recursos oriundos da compensação ambiental federal em duas fases. Na fase de destinação, são estabelecidas as unidades que receberão os recursos. Na de aplicação, o CCAF define a maneira como serão gastos os recursos.

Do exposto observa-se que na compensação ambiental, desde sua origem com sua imposição como um requisito ao licenciamento até o direcionamento de seus recursos pelos órgãos ambientais, todos os atos que a envolvem são em sua essência atos administrativos tomados de modo antecipado aos impactos que ainda serão causados pela atividade empreendedora.

Como a compensação ambiental será determinada antecipadamente e de modo preventivo a partir do impacto previsto em empreendimentos que exigem o EIA/RIMA, o licenciamento ambiental pode ser entendido também como um instrumento de prevenção. Esse entendimento nos aproxima da compreensão da natureza jurídica da compensação prevista na Lei do SNUC. Isso, pois, o licenciamento é em âmbito geral, um instrumento administrativo

preventivo de controle por parte do Estado das ações empreendedoras que podem causar impacto ao meio ambiente. O licenciamento já estava previsto na supracitada PNMA em seu art. 9º, *in verbis*:

Art. 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:

I - O estabelecimento de padrões de qualidade ambiental;

II - O zoneamento ambiental;

III - a avaliação de impactos ambientais;

IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;

[...] (Grifo nosso)

A avaliação de impactos ambientais e o licenciamento ambiental são dois instrumentos administrativos fundamentais na atuação preventiva de defesa do meio ambiente. O corolário dessa evolução normativa que assenta o licenciamento ambiental como um procedimento administrativo é a edição da Lei Complementar nº 140 de 2011. Ela estabelece que em matéria ambiental, para harmonizar as políticas e ações administrativas em prol do meio ambiente, os entes federados podem valer-se, entre outros, de instrumentos econômicos. A Lei avança também no compartilhamento de responsabilidades federativas para uma gama de ações administrativas, que vão além do licenciamento ambiental, cobrindo os diversos aspectos da gestão ambiental. No seu inc. I art. 2º trata de definir o licenciamento ambiental como um procedimento administrativo, conforme a seguir:

Art. 1º Esta Lei Complementar fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas **ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente**, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora.

Art. 2º Para os fins desta Lei Complementar, consideram-se:

I - Licenciamento ambiental: o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental; (grifo nosso)

O licenciamento ambiental é o principal instrumento administrativo que combate as atividades causadoras de impactos ao meio ambiente. Ele é dividido em três tipos; o especial, o comum e o simplificado. De acordo com a Instrução Normativa nº 184/2008 do IBAMA, a depender da complexidade ele terá quatro fases, são elas; Instauração do processo; Licenciamento prévio; Licenciamento de instalação e Licenciamento de operação. Para o recorte desta pesquisa basta o entendimento do tipo especial que é o licenciamento obrigatório

para empreendimentos de significativo impacto ambiental onde surge também a obrigatoriedade da compensação da Lei do SNUC.

No licenciamento especial, dado o alto grau potencial do impacto e degradação ambiental da atividade que se pretende licenciar, seus critérios são muito mais rígidos. Assim, nesse procedimento há uma necessidade maior de informações técnicas e científicas capazes de auxiliar a tomada de decisões pelo órgão ambiental no sentido de conceder a licença requerida. Convém salientar que o conceito de impacto ambiental é de difícil definição pela doutrina, desse modo segundo Vargas “coube ao CONAMA na Resolução 001/1986, listar as atividades cujo licenciamento ambiental dependerá de EIA/RIMA, entre as quais se destacam: portos, aeroportos, ferrovias, estradas de rodagem com duas ou mais faixas, etc.” e continua “[...] quando não prevista no rol do art. 2º da Resolução CONAMA 001/1986, caberá ao empreendedor provar que sua atividade não causa significativo impacto ambiental [...]”⁹.

No entanto, em que pese o ônus de o empreendedor provar que sua atividade não causará significativo impacto ambiental, ao Estado caberá conduzir o processo do licenciamento, promovendo a avaliação estimada do impacto e impondo uma hierarquia das medidas preventivas e mitigadoras e quando ocorrerem impactos não mitigáveis aplicar a compensação ambiental. Em resumo o licenciamento ambiental envolverá; inicialmente as atividades de prevenção de riscos e impactos, ações de redução e medidas de mitigação dos impactos negativos e por fim a compensação dos impactos que não puderam ser evitados ou reduzidos. Nota-se que as medidas compensatórias serão utilizadas depois da mitigação dos impactos, daí o comando do art. 36 da Lei do SNUC se referir a compensação quando ocorrerem ‘impactos negativos não mitigáveis’, nesse sentido cabe uma valiosa lição de Marcela Albuquerque Maciel:

Cabe esclarecer, neste ponto, que o termo mitigação costuma ser utilizado para designar práticas diversas na Europa e nos EUA, o que pode dar ensejo a certa confusão na leitura de textos da doutrina estrangeira. Enquanto, na Europa, mitigar corresponde à minimização e redução de impactos, nos EUA mitigar abrange não só tais ações, mas também as de compensação, aplicando-se os termos mitigação e compensação indistintamente. Já os termos mitigation hierarchy ou mitigation measures referem-se à ideia de que se deve observar a seguinte ordem quanto ao tratamento dos impactos ambientais: a) evitar ou prevenir; b) minimizar ou reduzir; e c) compensar. Assim, a compensação é a última medida adotada na hierarquia das ações mitigatórias em sentido amplo.

⁹ VARGAS, Roni Alvacir. LICENCIAMENTO AMBIENTAL, Revista eletrônica do ministério público de Goiás Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_3/9-Artigo3_Revista24OKeletronica_Layout%201.pdf. Acessado em 13 de junho de 2017.(p.216)

Dados o histórico da compensação e sua íntima relação com o instrumento preventivo de âmbito administrativo representado pelo licenciamento ambiental temos os primeiros fundamentos para compreender os distintos posicionamentos defendidos pelos diversos atores envolvidos na questão da compensação ambiental prevista na Lei 9.985 de 2000 e propor uma solução que atenda de forma eficaz aos problemas apresentados.

Um dos problemas é que no meio jurídico há quem defenda que a compensação possui natureza jurídica reparatória, outros defendem a natureza tributária. Da primeira corrente Solange Teles¹⁰ afirma que a compensação “é uma forma genérica de modalidade de reparação de danos eventualmente provocados ao meio ambiente”. Da segunda, José Domingues¹¹ aponta para a semelhança da compensação do SNUC com os requisitos definidores de tributo estabelecidos no art. 3º do Código Tributário Nacional. Contudo, a interpretação da função da compensação ambiental não é levada em consideração nos apontamentos dessas correntes e essa interpretação é essencial ao entendimento de sua ação preventiva, não tributária e não reparatória.

Não obstante, a falta de entendimento sobre o assunto levou a Confederação Nacional da Indústria ao ajuizamento perante o STF de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI – 3378/DF) em que questiona a compensação da Lei do SNUC. Entre outros argumentos alegou que tal compensação promovia o enriquecimento ilícito do Estado causado pelo encargo ao empreendedor de apoiar a implantação e a manutenção de unidade de conservação do sistema de proteção integral por meio de uma quantia a ser paga a título de indenização antecipada.

No julgamento da ADI 3.378/DF, o STF retirou do texto da lei o piso mínimo de meio por cento, baseado nos custos de implantação do empreendimento a ser pago a título de compensação e estabeleceu que a compensação fosse calculada de acordo com o grau de impacto ambiental identificado no EIA/RIMA tendo como limite meio por cento dos custos totais de implantação do empreendimento. Sobre a natureza jurídica, o Ministro Carlos Britto expôs: “não posso, por mais que me esforce, por mais que seja tentado a votar no sentido da preservação do meio ambiente, imaginar indenização sem dano. E em outro trecho assevera o Ministro que “não é indenização, é um compartilhamento de despesas” e desse modo o STF não se pronunciou sobre sua natureza jurídica.

¹⁰ FERREIRA, Gabriel Luis Bonora, e SILVA, Solange Teles da. Análise dos fundamentos da compensação ambiental: a responsabilidade civil ex ante no direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 44, n. 175, jul./set. 2007, p. 125-137.

¹¹ OLIVEIRA, José Marcos Domingues. A chamada ‘compensação financeira SNUC’. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 133, out. 2006, p. 45.

Dada a celeuma, o objetivo geral da pesquisa é analisar o instituto da compensação ambiental desde seu surgimento até sua aplicação nos dias atuais para que se entenda o panorama legal que originou a questão e a forma como ela se apresenta nos dias atuais. Serão estudados os fundamentos da compensação ambiental, demonstrando onde ela se insere no procedimento de licenciamento ambiental e quais os princípios ambientais aplicáveis a ela. E ainda, visando refutar as supostas naturezas jurídicas para uns tributária, para outros indenizatória e defender sua natureza jurídica administrativa, será apresentado um novo enfoque no estudo das compensações ambientais a partir do estudo de suas tipologias, quais sejam; compensação indenizatória, compensação por serviços ambientais, mercados de compensação e compensação administrativa.

O objetivo específico da pesquisa é demonstrar que a compensação prevista na lei do SNUC possui natureza jurídica administrativa, sendo uma espécie da qual a compensação ambiental é gênero. Para tanto a hipótese será comparada frente aos argumentos que classificam a compensação como tributo e como uma espécie singular de reparação indenizatória. A pesquisa é amparada na legislação correlata, doutrina e jurisprudência sobre o tema.

CAPÍTULO 1 - FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE INERENTES A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL.

Para o entendimento da natureza jurídica da compensação ambiental, serão apresentados como fundamentos de defesa do meio ambiente intrínsecos à compensação os princípios do poluidor pagador e da prevenção. Esse trabalho considera os princípios da Prevenção e do Poluidor-pagador indissociáveis do mecanismo de compensação. Mesmo ainda que se reconheça que outros princípios poderiam ser indicados, o recorte é necessário para o melhor entendimento das questões que envolvem a compensação ambiental.

A compensação ambiental “é um mecanismo financeiro que visa contrabalançar os impactos ambientais ocorridos ou previstos no processo de licenciamento ambiental”¹². Direcionada ao impacto ambiental não mitigável tem seu caráter preventivo fundamentado no Princípio do Poluidor-Pagador e no Princípio da Prevenção. Esses princípios formam a base sobre a qual o direito ambiental foi construído. Eles norteiam a atuação estatal na busca do equilíbrio ambiental e do desenvolvimento sustentável associado ao bem-estar e a segurança da sociedade.

Sobre os princípios ambientais vale citar o pensamento de Cristiane Derani, a autora afirma que eles “dispõem a respeito de algo a ser realizado o mais amplamente possível dentro das relativas possibilidades do direito e dos fatos.”¹³ De uma maneira geral, sobre a importância dos princípios também vale mencionar Ronald Dworkin que afirma que os argumentos sustentam as decisões, e esses argumentos são fundamentados em princípios como forma de se cumprir um padrão que é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.¹⁴ Segundo Mirra os princípios do Direito Ambiental, servem de critério básico e inafastável para a exata inteligência e interpretação de todas as normas que compõem o sistema jurídico ambiental, condição indispensável para a boa aplicação do Direito nessa área.¹⁵

Os princípios são de fundamental relevância na aplicação dos parâmetros jurídicos de um sistema normativo tanto na legislação quanto na interpretação de uma regra. Segundo Mirra, “se da interpretação de uma regra jurídica resultar contradição com os princípios, essa interpretação será incorreta e deverá ser afastada; se uma determinada regra admitir, do ponto

¹² Faria 2008, p.70

¹³ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3ª Edição, São Paulo. 2008 p.24

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 34 e 46.

¹⁵ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Princípios Fundamentais Do Direito Ambiental**. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental | vol. 1 | p. 339 - 360 | Mar / 2011 | DTR\1996\154

de vista lógico, mais de uma interpretação, deverá prevalecer, como válida, aquela que melhor se compatibilizar com os princípios”.

A estruturação da matéria ambiental a partir de princípios ampliou a produção legislativa sobre o tema fundamentando os parâmetros normativos aplicáveis ao caso concreto. Com isso a realidade em constante transformação da questão ambiental foi abrangida com maior eficiência. A partir dos princípios ambientais foram instituídos instrumentos específicos de tutela do meio ambiente como a compensação ambiental.

1.1 Princípio da Prevenção: a compensação do impacto residual

O princípio da prevenção no direito brasileiro encontra-se implícito art. 225, §1º, inciso V, da Constituição Federal. Na acepção lógica do conceito Artigas¹⁶ ensina que “a prevenção recai quando, sabendo-se quais são os efeitos do projeto ou atividade a ser instalada, exigem-se medidas preventivas para evitar ou mitigar as suas usuais consequências deletérias.” Para a autora a prevenção implica um mecanismo antecipatório do modo de desenvolvimento da atividade econômica, mitigando, avaliando e procurando impedir os seus efeitos ambientais negativos. Sobre a ação preventiva cabe ainda a lição acertada de Faria e Noiville que afirmam que “o princípio da prevenção consiste na lógica de se evitar, ou ao menos minorar, um dano conhecido, aplicando-se a casos em que se sabem os efeitos de uma dada atividade.”¹⁷

O melhor exemplo dessa ação preventiva são os instrumentos de Estudo de Impacto Ambiental e o licenciamento ambiental, tendo ambos como objetivo avaliar e administrar os impactos a serem causados por um empreendimento ou atividade potencialmente poluidora. O licenciamento ambiental exerce sua função preventiva ao determinar antecipadamente medidas de compensação a serem tomadas pelo empreendedor em situações de risco concreto, onde há a possibilidade de a atividade humana causar um impacto. Já a compensação será um investimento ambiental que atua preventivamente e de forma antecipada produzindo um saldo positivo que trará equilíbrio ambiental quando se deparar com o impacto negativo não mitigável que será causado pela atividade poluidora licenciada. Frise-se que o impacto não mitigável é

¹⁶ ARTIGAS, Priscila Santos. Contribuição ao estudo das medidas compensatórias em Direito Ambiental. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

¹⁷ MACIEL, Marcela Albuquerque. **COMPENSAÇÃO AMBIENTAL: INSTRUMENTO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA NACIONAL DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO**. Dissertação de Mestrado, Brasília, 2012, Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5775/1/61000220.pdf>. acessado em 10 de junho de 2017.(2011, p.40, 2004, p. 319, apud MACIEL, 2012, p.25):

aquele que ocorre mesmo com o emprego da melhor tecnologia ou da técnica mais apurada e que por ser residual se não compensado será fator de desequilíbrio ambiental.

As condicionantes ambientais ou as medidas usuais de controle ambiental propostos no EIA/RIMA não conseguem atingir todos os impactos da atividade humana no meio ambiente. No entanto, esse impacto por ser previamente conhecido a partir dos estudos do EIA/RIMA permite ao órgão ambiental a imposição do comportamento preventivo ao empreendedor por meio da compensação ambiental. A compensação ambiental por sua vez é preventiva, pois se antecede ao impacto como um atenuante dos seus efeitos negativos.

Resta observar que para o princípio da prevenção ser aplicado de modo pleno, não basta a simples imposição da compensação ambiental. É necessário que esta compensação contenha objetivos claramente ambientais. Isto é diante do caso concreto os recursos oriundos da compensação devem buscar objetivos intrinsecamente ambientais para que se cumpra sua função preventiva¹⁸.

1.2 Princípio do poluidor pagador e sua relação com a compensação ambiental

O princípio do poluidor-pagador foi desenvolvido por inspiração na teoria econômica de que os custos sociais externos que acompanham a produção industrial devem ser internalizados.¹⁹ Ele representa um encargo onde o poluidor compensa os impactos causados por sua atividade internalizando-os nos custos de seu empreendimento. Esse princípio possui o efeito de internalizar as externalidades ambientais negativas. As externalidades negativas decorrem do fato de que certas atividades econômicas utilizam bens ambientais que não possuem preço de mercado e não são contabilizados no processo produtivo gerando um custo social.²⁰

Para esse princípio ser aplicado ele pressupõe a valoração econômica do meio ambiente. A avaliação econômica surge como um mecanismo de mensuração do impacto dos empreendimentos produtivos e favorece a adoção de políticas de uso sustentável fornecendo subsídios técnicos para a exploração racional de bens e serviços ambientais.²¹ O princípio do

¹⁸ Assunto que será aprofundado nos tópicos 2.1.2 e 2.1.3, por agora basta, em tese, demonstrar o caráter preventivo da compensação a partir de sua ação sobre o impacto residual.

¹⁹ Nesse sentido Michel Prieur 2001 p.136 citado por Artigas 2012 p.153.

²⁰ Nesse sentido Juliana Gerent 2006, p. 219, apud Varella 2013 p.49

²¹ OGAWA, William Afonso. Compensação ambiental e unidades de conservação: questões sensíveis e visões econômica e jurídica Brasília – DF Setembro, 2010 Universidade de Brasília – UnB Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação – FACE Departamento de Economia MESTRADO EM GESTÃO ECONÔMICA DO MEIO AMBIENTE. Dissertação de Mestrado.

poluidor pagador faz com que o agente poluidor pague pelos impactos de sua atividade por meio da internalização de seus custos.

Sua relação com a compensação ambiental do SNUC fica evidente, pois a compensação ambiental é um instrumento de controle ambiental onde o custo do impacto não mitigável é calculado previamente no âmbito do EIA/RIMA e fica a encargo do empreendedor. Isto é, o custo do impacto ambiental é internalizado no momento em que passa a ser exigível como requisito para obtenção da licença ambiental. Princípio matriz ao direito ambiental brasileiro o princípio do poluidor pagador corresponde a uma opção civilizatória em que, no lugar de a sociedade assumir o ônus pelos encargos decorrentes das atividades poluentes, é o próprio poluidor que arca com estes custos.²²

O princípio poluidor pagador está presente no item 16 da Declaração do Rio de Janeiro, que prescreve que o empreendedor deve esforçar-se para promover a internalização dos custos de proteção do meio ambiente e o uso dos instrumentos econômicos assumindo assim o custo da poluição. Disso temos que as autoridades nacionais devem esforçar-se para promover a internalização dos custos de proteção do meio ambiente e o uso dos instrumentos econômicos, levando-se em conta o conceito de que o poluidor deve, em princípio, assumir o custo da poluição, tendo em vista o interesse público²³.

Uma leitura desatenta e reducionista do princípio pode levar a um entendimento equivocado do seu significado. Seria reducionismo dizer que o princípio atribuiria um preço à poluição, o que poderia levar ao equívoco de se pensar que se pode “pagar para poluir”. Mas não é essa a função desse princípio. Pois bem, ele não significa a atribuição de preço para a poluição. Quando aplicado por meio de uma medida de compensação ambiental sua essência é prevenir os impactos promovendo a internalização de custos. Do contrário poderíamos afirmar que à atividade poluidora estaria liberada desde que seu preço pudesse ser custeado pelo empreendedor. Isso é contrário a lógica do direito ambiental onde o impacto ambiental não pode, em circunstância alguma, valer a pena ao poluidor. Na lição de Varella temos um excelente esclarecimento da função do princípio do poluidor pagador:

“[...] a ideia primordial do princípio do poluidor-pagador é criar obrigações para o agente poluidor, coibindo e limitando a exploração de atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, com a finalidade de que o agente

²² BIRNFELD, Carlos André Sousa. **O princípio poluidor-pagador e suas potencialidades** – uma leitura não economicista da ordem constitucional brasileira. 2003. 420 f.. Tese (Doutorado em Direito) - Centro de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003.

²³ TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **O direito ambiental e seus princípios informativos** Revista de Direito Ambiental. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil | vol. 7 | p. 111 - 137 | Out / 2011 | DTR\2003\202

causador do dano descubra e empregue técnicas e meios de produção cada vez menos nocivas ao meio ambiente, sob pena de não o fazendo ser compelido a reparar o dano, a pagar multas, além de responder processo administrativo e criminal por danos ao meio ambiente. A máxima neste caso consiste em permitir a exploração do meio ambiente da forma menos onerosa possível, eis que necessária, porém, utilizando-se de cautela e moderação para que as gerações futuras também tenham como atender as suas necessidades.”²⁴

Sendo assim, com intuito também preventivo o princípio do poluidor pagador aplicado na compensação busca a prevenção dos impactos ambientais por meio de ações protetivas estipuladas em âmbito administrativo, ou seja, medidas compensatórias determinadas por um órgão ambiental no procedimento do EIA/RIMA. O poluidor é obrigado a compensar a poluição provocada. A essência do poluidor pagador se fundamenta no princípio da prevenção. O princípio do poluidor-pagador não está fundamentado no princípio da responsabilidade pura e simplesmente, mas no princípio da solidariedade social e na prevenção mediante a imposição da carga pelos custos ambientais aos produtores e consumidores²⁵. O princípio do poluidor-pagador em sua concepção tradicional busca afastar o ônus do custo econômico das costas da coletividade e dirigi-lo diretamente àquele que utiliza os recursos ambientais.

O princípio do poluidor pagador estimula a utilização dos recursos ambientais escassos de modo racional e sua origem pode ser resgatada nas recomendações da OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico que diz que:

“O princípio que se usa para afetar os custos das medidas de prevenção e controle da poluição, para estimular a utilização racional dos recursos ambientais escassos e para evitar distorções ao comércio e ao investimento internacionais, é o designado ‘princípio do poluidor-pagador’. Este princípio significa que o poluidor deve suportar os custos do desenvolvimento das medidas acima mencionadas decididas pelas autoridades públicas para assegurar que o ambiente esteja num estado aceitável. Por outras palavras, o custo destas medidas deveria refletir-se no preço dos bens e serviços que causam poluição na produção ou no consumo.” (Grifo nosso)

É importante ressaltar que o repasse a sociedade da internalização de custos da atividade poluidora por meio, por exemplo, do aumento de preços dos produtos originários dessa atividade é um custo ambiental que não pode de forma alguma ser suportado pela coletividade de modo a fazer valer a pena ao empreendedor o exercício de atividade poluidora. Mas exigir que os produtores deixem de repassar para o consumidor parte dos custos de sua atividade pode também ser dito impossível pela própria dinâmica do sistema capitalista. Por isso o princípio do poluidor pagador não deve ser usado de modo desproporcional, chegando ao ponto

²⁴ VARELLA, Jefferson da Silva. **Os Princípios Do Direito Ambiental No Supremo Tribunal Federal e No Superior Tribunal De Justiça: Prevenção, Precaução e Poluidor-Pagador.**

²⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.33

injustificado de impedir o exercício da atividade econômica ou ao contrário, autorizando qualquer atividade desde que se pague o preço da poluição. A lógica por trás do princípio do poluidor pagador não visa tolerar a poluição mediante um preço, nem se limita a só compensar os danos e impactos causados pela atividade, mas sim, precisamente, tem o efeito de fazer com que o poluidor evite a ocorrência dano e do impacto ambiental sob pena de suportá-lo financeiramente.

Diante do exposto temos que a compensação ambiental é fundamentada no princípio da prevenção e do poluidor pagador. Ela atuará como um instrumento de equilíbrio ambiental ao obrigar o empreendedor a internalizar os custos dos impactos ambientais inevitáveis, residuais e não mitigáveis ao mesmo tempo em que assegura o desenvolvimento econômico. Para entender melhor como se dá essa atuação e as controvérsias envolvidas partimos para o estudo desse instrumento de modo aprofundado no próximo capítulo.

CAPÍTULO 2. COMPENSAÇÃO AMBIENTAL

Como visto anteriormente ao programar políticas públicas ambientais a ação estatal deve obedecer a critérios que assegurem o equilíbrio ambiental de modo a garantir a utilização dos recursos disponíveis e ao mesmo tempo o desenvolvimento econômico. Para isso tem sido usada a compensação ambiental, instrumento que tem em sua essência a busca do meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sadia qualidade de vida de modo preventivo incentivando empresas poluidoras na tomada de medidas de controle da poluição. Nesse sentido, Lima afirma que a compensação busca o equilíbrio entre os lucros e as perdas considerando os objetivos econômicos, ecológicos e sociais numa situação jurídica específica²⁶.

Para Giasson a compensação ambiental é um instrumento mundialmente utilizado para fazer frente a impactos negativos não mitigáveis²⁷. Kiesecker, Villarroya e Barros consideram que a compensação é uma ferramenta para o equilíbrio entre desenvolvimento e conservação. Os mesmos citam elementos chave para um aprimoramento da compensação, a saber:

- A adicionalidade das medidas – que consiste em uma nova contribuição para a conservação da biodiversidade;
- A probabilidade de sucesso – quais as reais possibilidades de o conjunto de ações de compensação alcançar os benefícios de conservação esperados;
- O lapso temporal da adoção das ações de compensação até área compensada atingir o status de conservação da área afetada.

No Brasil nenhuma dessas medidas é obrigatória, nem mesmo a já citada hierarquia de mitigação é procedimento obrigatório no licenciamento ambiental. A adoção desses conceitos poderia trazer ganhos significativos ao processo de compensação ambiental e ao desenvolvimento da matéria ambiental como um todo. Essa diversidade de critérios é observada de uma maneira geral em todos os países que usam a compensação ambiental. Lima ensina que apesar das diferenças na maneira de tratar o ambiente (diferenças em matéria jurídica, política e social, de acordo com o país, o regime, ou as diferentes maneiras de tratar a natureza), a compensação ambiental em diferentes países é um mecanismo de gestão onde o Estado assume um papel administrativo. A sua disposição existe uma diversidade de mecanismos que envolvem o setor privado, o direito e a sociedade criando entre esses atores uma forma de

²⁶ LIMA, Gabriela G.Batista. **La compensation en droit de l'environnement: un essai de typologie..** TESE 2014 Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA, Brasília Biblioteca Depositária: Biblioteca João Herculino de Souza Lopes. p.15)

²⁷ GIASSON, Moara Menta. **A Compensação Ambiental E Os Instrumentos Da Política Nacional De Meio Ambiente.** Lajeado, Dezembro de 2015 Centro Universitário Univates Programa De Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado Em Ambiente e Desenvolvimento (2015, p.64-66)

integração na proteção ambiental que busca por meio da compensação o equilíbrio de interesses entre as partes envolvidas.

2.1 A Função da Compensação: O Impacto Residual

O termo compensação pode nos remeter a ideia de uma perda que foi suprida, ou seja, algo que se perdeu e foi substituído, em outras palavras, compensado. Dessa ideia temos a principal função da compensação; o restabelecimento do equilíbrio ambiental a partir de um bem ambiental equivalente. Nas palavras de Lima “compensar o prejuízo ambiental significa substituir o elemento ambiental danificado por outro equivalente”.²⁸ Nesse ponto o dano a ser compensado representa o impacto residual. Ele será o resquício do impacto causado pela atividade empreendedora, àquilo que restará de impacto mesmo com todas as condicionantes e medidas mitigadoras sendo aplicadas.

Ressalte-se, a compensação não se confunde com a mitigação de impactos, que por sua vez é responsável por minimizar prejuízos se antecedendo ao impacto negativo por meio de ações de controle do fator provocador do impacto.²⁹ A função da compensação ambiental é aliviar os impactos causados pelo impacto residual por meio de promoção de medida que possa equivaler a perda sofrida devido ao impacto ambiental. Ela atuará de modo a aliviar a poluição inevitável e inafastável causada pelo empreendimento. É um bem ambiental equivalente que trará efeitos positivos proporcionais aos efeitos negativos causados pelo impacto ambiental.

Desse modo temos que impacto residual é aquele impossível de ser minimizado ou evitado, as medidas mitigadoras e de controle nesse ponto já foram aplicadas, sendo o impacto residual o que restou. Pois bem, parece contraditório todo o esforço para proteger o bem ambiental, sendo que no final existirá impacto impossível de ser sanado.

No entanto, frise-se, a liberação de uma atividade que cause impacto residual pode não ocorrer se o órgão licenciador considerar que a medida compensatória não será proporcional aos prejuízos causados pelo impacto residual. A compensação não pode trazer de volta o bem ambiental que sofreu o impacto. Ela é um fator de equilíbrio que promove a possibilidade do desenvolvimento econômico aliada ao mínimo impacto possível, sendo que nem esse mínimo

²⁸ LIMA, Gabriela G. Batista. **La compensation en droit de l'environnement: un essai de typologie..** TESE 2014 Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA, Brasília Biblioteca Depositária: Biblioteca João Herculino de Souza Lopes.

²⁹ Segundo Bechara (2007.p.193) as medidas mitigadoras reduzem o impacto negativo sem eliminá-lo, via de regra, por falta de condições técnicas e tecnológicas. Erika Bechara. Uma contribuição ao aprimoramento do instituto da compensação ambiental previsto na lei 9.985/2000. Doutorado em Direito Pontifícia Universidade Católica de São Paulo 2007

será tolerado se na avaliação do órgão ambiental a compensação não puder promover esse equilíbrio.

Para Lima a compensação resolve uma situação de desequilíbrio dos interesses sociais, econômicos e ecológicos entre o ator econômico e a sociedade. A compensação desempenha seu papel ao reequilibrar as perdas causadas pelo impacto residual.³⁰ Nessa mesma linha Sanchez afirma que a compensação ambiental é a substituição de um bem que será perdido, alterado ou descaracterizado, por outro entendido como equivalente.³¹

2.1.1 A Diferença entre Compensação e Reparação

Como visto as medidas compensatórias serão direcionadas aos impactos negativos não mitigáveis de atividades devidamente licenciadas, lícitas. Esses impactos não mitigáveis são previamente conhecidos, previstos e aceitos no processo de licenciamento. Já a reparação, por sua vez, emerge da ocorrência de um dano ambiental, causado por um ato ilícito ou uma omissão que causam efeitos não previstos no licenciamento ambiental, não desejáveis, sujeitos assim a responsabilidade civil.

Se considerar que ambos, impacto e dano, causam efeitos negativos ao meio ambiente poderíamos usá-los como se fossem sinônimos. Contudo se extraí de uma leitura mais atenta que as respostas jurídicas a cada um desses termos é diferente. Artigas afirma que, embora pareça muito clara a diferença entre os conceitos de dano ambiental e impacto negativo no meio ambiente é comum a não distinção desses termos pela doutrina, pela jurisprudência e no âmbito do processo administrativo de licenciamento ambiental. Sendo que não raro um impacto é tratado como se fosse dano e um dano como se fosse impacto³². Aqui a distinção entre impacto e dano é essencial para estabelecer a diferença entre compensação e reparação.

Assim, a reparação ocorre quando há dano. O infrator se submete a reparação por meio da responsabilidade civil objetiva por sua vez fulcrada na teoria do risco. Para Artigas o dano é um fato concreto, algo passado que pode ser verificado sensitivamente pelo homem e equacionado por meio dos mecanismos de responsabilidade civil ambiental objetiva, sendo fato

³⁰ LIMA, Gabriela G.Batista. **La compensation en droit de l'environnement: un essai de typologie**. TESE 2014 Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA, Brasília Biblioteca Depositária: Biblioteca João Herculino de Souza Lopes.

³¹ SÁNCHEZ, L. E. **Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos**. 2ª.Ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013.

³²) ARTIGAS, Priscila Santos. Contribuição ao estudo das medidas compensatórias em Direito Ambiental. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

jurídico ilícito e indesejado.³³ Daí pode se afirmar que o dano poderá ser alvo do gerenciamento de risco do EIA/RIMA ou não, em outras palavras, pode ser resultado de ação ou omissão do empreendedor, bastando para a exigência de reparação a existência do dano e o nexo de causalidade independente de culpa, ou seja, incide a responsabilidade civil objetiva cabendo ainda a responsabilidade administrativa e a criminal.

A esses pressupostos deu-se o nome de teoria do risco. Tais disposições foram incorporadas gradativamente no ordenamento pátrio. Foi estabelecido inicialmente na Lei nº 6.453/1977 que imputava ao operador de atividades de energia nuclear o dever de indenizar os danos provocados sem a necessidade de culpa. Já em 1981 a PNMA dispôs sobre a obrigação do poluidor em reparar os danos causados sem a necessidade de comprovação de culpa bastando o nexo de causalidade e dispôs ainda sobre a solidariedade entre todos os envolvidos. Por fim, o código civil de 2002 contempla em seu art. 927 a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Entendida a resposta jurídica em que cabe a reparação resta agora entender em que âmbito se aplica a compensação.

O dano ambiental, na forma hoje vislumbrada, era um risco consumado de forma indesejada e que determinou a incidência da responsabilidade civil objetiva baseada na teoria do risco e que independentemente da constatação de culpa impôs obrigação de reparar o dano. Quanto à compensação o risco concreto traz em si um conhecimento sobre a probabilidade da sua ocorrência e a magnitude dos seus efeitos. Assim, o risco concreto pode implicar tanto danos ambientais como impactos negativos ao meio ambiente, cujas reações jurídicas são distintas. A possibilidade de mensuração de seus efeitos permite entendê-los como um risco certo.³⁴

Logo, o risco concreto está ligado a compensação à medida que esta será aplicada quando conhecidos os riscos de impacto por meio do EIA/RIMA. Como citado anteriormente, o licenciamento ambiental, sempre que a atividade causar significativo impacto ao meio ambiente, impõe condicionantes ambientais, em outras palavras, exigências necessárias para atenuar os efeitos negativos da atividade. Temos então que o alvo da compensação – os impactos negativos não mitigáveis, previstos no EIA/RIMA, representam o ônus ambiental da atividade que será implantada. Para se equivaler a essa perda inevitável usas-se à compensação

³³ ARTIGAS, Priscila Santos. Contribuição ao estudo das medidas compensatórias em Direito Ambiental. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

³⁴ Nesse sentido ARTIGAS, Priscila Santos. Contribuição ao estudo das medidas compensatórias em Direito Ambiental. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

ambiental e frisa-se, ela será imposta não por via judicial como a reparação, mas por via administrativa no âmbito do licenciamento ambiental.

Completa a lição o entendimento de Artigas que afirma serem absolutamente diversos os conceitos de dano ambiental e de impacto negativo no meio ambiente, à medida que não se pode falar em dano quando à frente de processos de licenciamento de empreendimento lícitos e desejados, em que se gerenciam, na verdade, impactos negativos necessários para a sua implantação. E completa a autora que para o dano ambiental emerge as responsabilidades civil, administrativa e criminal; para o impacto negativo no meio ambiente, por sua vez, decorrem as medidas compensatórias impostas por meio do licenciamento ambiental³⁵.

2.1.2 A Natureza Neutralizadora da Compensação

A compensação ambiental, como vista, busca restabelecer o equilíbrio por meio de algo que seja equivalente ao bem ambiental degradado. Nesse sentido, embora medidas de compensação não devam substituir ações afirmativas de redução das ameaças a sua adoção será utilizada para evitar um saldo negativo no passivo ambiental. Os impactos negativos de um projeto passarão por avaliação para adoção de medidas para evitá-los e/ou reduzi-los e os impactos residuais deverão ser alvo de medidas de compensação com valor equivalente atingindo-se zero perda líquida do passivo ambiental. Nesse ponto temos o que podemos chamar de função neutralizadora da compensação ambiental.

Essa função é característica intrínseca do próprio significado da palavra compensar, que em língua portuguesa pode significar contrabalancear uma perda ou um inconveniente. Só se compensa algo que representa um desequilíbrio, buscando-se então o restabelecimento do equilíbrio. Sobre isso Lima ensina que o conceito de compensação, tem como sentido usual, a noção de equilíbrio entre um efeito negativo e um efeito positivo, de maneira a neutralizar a perda pela produção de um lucro de natureza similar. Seria um regresso ao estado de equilíbrio pela compensação de uma perda. Assim, para o direito a compensação representa uma técnica que permite neutralizar perdas relativas a uma variedade de situações jurídicas³⁶.

No entanto, a compensação se não for direcionada ao meio ambiente, a medida compensatória não cumpre a sua função neutralizadora. Faiad cita como exemplo do mau uso

³⁵) ARTIGAS, Priscila Santos. Contribuição ao estudo das medidas compensatórias em Direito Ambiental. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

³⁶) LIMA, Gabriela G. Batista. **La compensation en droit de l'environnement: un essai de typologie**.. TESE 2014 Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA, Brasília Biblioteca Depositária: Biblioteca João Herculino de Souza Lopes

da verba destinada à compensação ambiental a utilização de recursos para o pagamento do contrato de manutenção de veículos do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio). O autor ainda diz que incorreu no mesmo erro o próprio Comitê de Compensação Ambiental Federal (CCAF) ao aprovar a destinação a uma unidade de Conservação (UC) do Rio de Janeiro de verba de compensação ambiental para aplicação em serviço de manutenção de veículos/embarcações e na compra de combustível³⁷.

Mesmo com as necessidades inerentes ao exercício das atividades dos órgãos ambientais, com seus já escassos recursos, a compensação quando direcionada a uma atividade que não seja estritamente ambiental deixa de cumprir sua função neutralizadora. Para que essas práticas saibam-se comuns, não desvirtuem a compensação é necessário o estabelecimento de objetivos ambientais que tenham a função de prevenção. Esses objetivos serão estudados no tópico a seguir.

2.1.3 A Necessidade de programar objetivos ambientais pela Compensação para que tenha função de Prevenção

No entendimento de que a prevenção é a melhor política de defesa do meio ambiente, ao compensar uma perda ambiental, a finalidade a ser considerada deve ser a prevenção. O princípio da prevenção, que indica a prioridade que deve ser dada às medidas que evitem o nascimento de danos ambientais e que contribuam para a redução ou eliminação das causas de ações que alterem a qualidade do meio ambiente³⁸. Estabelecer objetivos ambientais no processo de compensação é essencial para a promoção preventiva da defesa do meio ambiente.

A obrigação de compensar deve ser direcionada adequadamente a partir do estabelecimento de objetivos ambientais a serem alcançados. Em outras palavras, compensar a perda sofrida pelo meio ambiente ecológico no processo de desenvolvimento econômico não deve significar apenas uma atribuição de valor monetário ao meio ambiente ou um mero custo ambiental que deve ser internalizado pelo empreendedor em seu processo produtivo. Se assim fosse

³⁷ INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS DA AMAZÔNIA - INPA PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM GESTÃO DE ÁREAS PROTEGIDAS NA AMAZÔNIA Contribuição para a melhoria dos critérios de destinação da compensação ambiental federal. PAULO JARDEL BRAZ FAIAD MANAUS – AMAZONAS JUNHO DE 2015

³⁸ Nesse sentido TORRES, Ricardo Ezequiel. **Compensação ambiental** - Análise da natureza jurídica do instituto e seu enquadramento nas classificações de ingressos públicos segundo a decisão do STF na ADI 3378. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 22 Mar. 2016. Disponível em: www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-ambiental/334564-compensacao-ambiental-analise-da-natureza-juridica-do-instituto-e-seu-enquadramento-nas-classificacoes-de-ingressos-publicos-segundo-a-decisao-do-stf-na-adi-3378. Acesso em: 28 Jun. 2017

teríamos uma mercantilização da questão ambiental, ou seja, uma atribuição de valores ou preços que permitiriam o ato de poluir. Sabe-se que os impactos não mitigáveis alvo da compensação, representam o limite do que é tolerável como impacto ao meio ambiente. Isto, pois a existência de impactos não mitigáveis pode ser limite intransponível mesmo que se proponha a compensação ambiental não há, por exemplo, como se compensar a extinção de exemplares da fauna e flora.

Os objetivos ambientais preventivos na compensação equilibram os interesses econômicos dos empreendedores com interesses gerais da coletividade priorizando a preservação do meio ambiente. Com eles as medidas compensatórias podem ser direcionadas a evitar o esgotamento dos recursos naturais por meio do uso indevido da compensação. Assim, não se prospera a aceção de que para poluir basta pagar, atitude que levaria à destruição do meio ambiente e do próprio processo produtivo que conta com recursos ambientais escassos.

2.2 Tipos de Compensação

Por se tratar de matéria relativamente nova no Direito Ambiental, existe certa falta de consenso a respeito dos tipos de compensação existentes, isso tanto no direito ambiental pátrio como nas fontes de direito internacional. A respeito disso, nesse tópico abordaremos as tipologias de compensação a partir da proposta de Gabriela Garcia B. Lima Segundo a autora para um melhor entendimento do instituto da compensação sua abordagem poderá ser feita inicialmente por duas vias; como norma sanção (obrigatórias) e como norma incentivadora (voluntárias).

A primeira, norma sanção, abarca duas tipologias; a Compensação Indenizatória - reparação jurídica por dano ou ameaça de dano, e a Compensação Regulamentar - aplicada no bojo do licenciamento ambiental com natureza jurídica administrativa. Na segunda via; como norma incentivadora; temos os Pagamentos de Serviços Ambientais (PSA) e os Mercados de Compensação ambos voluntários ³⁹.

2.2.1 Compensação Indenizatória

³⁹ LIMA, Gabriela G. Batista. **La compensation en droit de l'environnement: un essai de typologie..** TESE 2014 Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA, Brasília Biblioteca Depositária: Biblioteca João Herculino de Souza Lopes.

A compensação indenizatória é uma das formas de compensação existentes no direito ambiental. É classificada como norma sanção, pois a indenização paga pelo agente poluidor faz parte da sanção aplicada pela lei. Com natureza jurídica na seara de um direito civil esse tipo de compensação só ocorre depois de acontecido o dano ambiental (*ex post facto*) possuindo, portanto, um caráter repressivo. Ela será exigível, por exemplo, nos casos de catástrofes ambientais provocados por derramamento de óleo no mar ou estouro de barragens e atuará na busca de reparação do dano pela indenização e correção da conduta humana. É uma compensação clássica.

No sistema jurídico brasileiro a defesa do meio ambiente contra ilícitos que promovem poluição é assegurada na seara da responsabilidade civil objetiva, onde o autor do dano responde por ele independente de culpa. A tutela civil do meio ambiente parte do seu entendimento como um direito fundamental, difuso e essencial a qualidade de vida e nosso ordenamento jurídico pode ser extraído do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 que institui a política nacional do meio ambiente⁴⁰:

§ 1º - 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. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Do mesmo modo na Lei de ação civil há disposições sobre a tutela civil do meio ambiente, artigos 1º e 3º da Lei n. 7.347/85:

Art. 1º - Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - Ao meio ambiente;

II - Ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - A qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

V - Por infração da ordem econômica e da economia popular.

[...]

Art. 3º - A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Do exposto extrai-se que a indenização por ilícito que promova perdas ambientais é importante mecanismo na defesa do meio ambiente. Contudo, ocorre quando da constatação do prejuízo ambiental indenizável posteriormente ao fato por meio da reparação de danos.

⁴⁰ BRASIL. LEI Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acessado em 29/06 de 2017

No entanto, para Lima, em uma perspectiva inovadora, analisando a indenização por impactos ambientais em um sentido geral, fundamentada em estudos de caso internacionais, afirma que a indenização pode ser usada para reparar ou para compensar o prejuízo irreparável. Nas palavras da autora:

A utilização da compensação pode compreender a função de reparar ou a função de compensar o prejuízo irreparável. Neste sentido, é necessário compreender que a exigência de indenização varia, indo da reparação do prejuízo ambiental à sua compensação como tal, ou seja, à sua substituição. Dependendo da forma como a obrigação de compensar foi estabelecida, a compensação pode ser sinônima de reparação ou pode ser vista como uma forma diferente de reparação, e representar uma compensação como tal. A diferença reside na existência de critérios diferentes para uma e para a outra. A compensação que consiste em reparar prejuízo será utilizada num sentido amplo. Os pedidos de compensação para prejuízos ambientais, como no assunto da Fundação do Trail, seriam um exemplo.⁴¹

Como exemplo dessa abordagem, onde a indenização assume o caráter compensatório, a autora cita os comandos das Diretivas 2004/35/CE sobre a responsabilidade ambiental e afirma que sua ocorrência dependerá do regime jurídico e da forma como ele aborda a responsabilidade ambiental. Sendo que o caráter compensatório da indenização geralmente ocorre quando a responsabilidade ambiental é dividida em três etapas; primeiro ocorre à reparação do prejuízo, depois a minimização dos efeitos do prejuízo e por último a compensação do prejuízo que subsiste mesmo depois de reparado e minimizado, pois não foi alcançada sua reparação integral.

Em que pese ter sido paga a indenização como reparação pelo impacto causado, às dificuldades de calcular o valor do bem ambiental tem como consequência o não alcance integral do impacto. Isso ocorre, por exemplo, no caso de danos contínuos ao longo do tempo onde seus efeitos serão sentidos por gerações e necessitam assim de um mecanismo que compense esses efeitos no decorrer do tempo. Segundo Lima (2014) um exemplo de compensação indenizatória ocorre na compensação das perdas por catástrofes ambientais que é da competência normalmente do Estado, que pode melhorar a sua aplicação por meio de medidas preventivas e pela atribuição desta obrigação de compensar aos seguros privados.

Sabe-se que os litígios ambientais são altamente complexos, pois envolvem áreas distintas do conhecimento como a economia, direito, ciências naturais e sociais, dessa complexidade surgem às dificuldades de se propor soluções que atendam a todas as variáveis que o dano ambiental atinge. Tal perspectiva inovadora da compensação merece destaque,

⁴¹ LIMA, Gabriela G. Batista. **La compensation en droit de l'environnement: un essai de typologie**. TESE 2014 Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA, Brasília Biblioteca Depositária: Biblioteca João Herculino de Souza Lopes.

apesar de ser pouco aceito na doutrina nacional, pois propõe um mecanismo compensatório que visa atingir um dano residual que ocorreria posteriormente a reparação. Por conseguinte, a regulamentação desse tipo de compensação significaria um aprimoramento da resposta estatal à complexidade que envolve a defesa do meio ambiente.

2.2.2 Pagamentos por Serviços Ambientais

Segundo Lima os PSA – pagamentos por serviços ambientais, são a expressão mais ambiental da compensação, pois são mecanismos de pagamento relativos às ações de conservação da natureza. Representam uma estratégia que visa melhorar a eficácia jurídica da proteção da natureza, graças à utilização de um conjunto dos regulamentos e um instrumento incentivador que seria o pagamento pelos serviços ambientais⁴².

Os pagamentos por serviços ambientais (PSA) surgem de uma visão mais ampla das respostas do direito para demandas ambientais altamente complexas. Nesse sentido ⁴³ afirma que essas questões demandam mecanismos de incentivos positivos fiscais, tributários e creditícios – que tem ganhado destaque na seara ambiental, sobretudo a partir da concepção do princípio do protetor recebedor ao agregar retorno econômico aos “protetores” do meio ambiente com a promoção de mecanismos adequados. Sua essência está em oferecer direta ou indiretamente algum incentivo ao agente que adotou voluntariamente uma conduta ambiental positiva.

Por tratar-se de mecanismo novo alguns críticos apontam, entre outros, o fato de que os pagamentos por serviços ambientais ocuparem um lugar que deveria ser do Estado. Isto, pois cabe ao Estado garantir direitos legalmente previstos relativos ao desenvolvimento ecológico equilibrado e não ao particular que deveriam estar usufruindo destes como um direito de cidadania.⁴⁴ Em que pese às críticas, a CF/1988 assegura no caput do art. 225 que tanto ao poder público quanto a coletividade se impõe o dever de preservar o meio ambiente. O que não pode ocorrer é a reparação de dano por meio de prestação de serviços ambientais. O dano deve ser

⁴² LIMA, Gabriela G. Batista. **La compensation en droit de l'environnement: un essai de typologie..** TESE 2014 Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA, Brasília Biblioteca Depositária: Biblioteca João Herculino de Souza Lopes.

⁴³ Uma Análise Sistêmica Do Princípio Do Protetor –Recebedor Na Institucionalização De Programas De Compensação Por Serviços Ambientais. HUPFFER, Haide M. WEYERMÜLLER, William G e WACLAWOVSKY, André R. Universidade Feevale (Pró-Reitoria de Inovação e Pesquisa), 93510-250 Novo Hamburgo - RS, Brasil. Disponível em: Ambiente & Sociedade. Campinas v. XIV nº1 p. 95-114 jan.-jun. 2011

⁴⁴ BORN; TALOCCHI (2002, apud HUPFFER, Haide M. WEYERMÜLLER, William G e WACLAWOVSKY, André R. 2011. p.10) HUPFFER *et al* (2011)

reparado por quem deu causa, não se permitindo desse modo que o pagamento por serviços ambientais se confunda com a recuperação imposta o causador de danos ao meio ambiente.

Na esteira de exemplos de práticas de pagamentos por serviços ambientais no Brasil temos o caso do ICMS ecológico. Esse incentivo tem origem na arrecadação do ICMS, um tributo arrecadado pelos Estados (art. 155, inciso II, da Constituição Federal), que repassam 25% dessa arrecadação aos Municípios, segundo os critérios estabelecidos no art. 158, inciso IV e parágrafo único, incisos I e II, da CF. A constituição estabelece que parte desse tributo pode ser repassado aos Municípios pelos Estados por meio de Lei estadual. O ICMS ecológico surge como uma forma dos Estados de estimular os Municípios as práticas ambientalmente sustentáveis. Como o critério para o pagamento deve ser a voluntariedade, os Municípios que aderirem às práticas ambientais sustentáveis serão premiados ao receber uma maior parcela⁴⁵ de ICMS.

Outro exemplo de PSA no Brasil é o Projeto Juma. Segundo Danielle de Ouro Mamed⁴⁶, trata-se de um projeto de Redução de Emissões do Desmatamento e Degradação (REDD) desenvolvido na Reserva de Desenvolvimento Sustentável (RDS) do Juma. O Projeto trabalha, basicamente, com Pagamentos por Serviços Ambientais, realizados através do Programa Bolsa Floresta que objetiva uma compensação financeira para os serviços prestados pelas populações tradicionais e indígenas do Amazonas: a conservação das florestas. A autora assevera que alguns questionamentos são feitos a respeito da compatibilidade de políticas que norteiam tais programas em face das leis ambientais já existentes. No caso da Reserva do Juma, por se tratar de uma Reserva de Desenvolvimento Sustentável (RDS) já há legalmente a obrigação de manutenção da integridade florestal, independente de contraprestação econômica.

Neste exemplo temos que os pagamentos por serviços ambientais podem gerar questionamentos uma vez que a determinação legal prévia de defesa do meio ambiente não deveria permitir o pagamento por uma atitude conservacionista já exigida por lei. De todo modo o pagamento por serviços ambientais é uma inovação no direito ambiental e representa alternativa a compensação regulamentar se mostrando promissor por obedecer a uma lógica econômica onde a ação de quem não polui, mas preserva será compensada financeiramente. Por ser de adesão voluntária essa compensação ocorre quando é incentivada por uma norma que

⁴⁵ BORN; TALOCCHI (2002, apud HUPFFER, Haide M. WEYERMÜLLER, William G e WACLAWOVSKY, André R. 2011. p.10) ob.cit.

⁴⁶ PLANETA VERDE. Direito e mudanças climáticas [recurso eletrônico]: Pagamento por Serviços Ambientais, fundamentos e principais aspectos jurídicos / Paula Lavratti, Guillermo Tejeiro, organizadores. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2013; (Direito e Mudanças Climáticas; 6) 149p. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/down.php?arq=1507publicacao.pdf&pasta=admin_publicacoes>. Acessado em 06/07/2017

estabeleça uma lógica de mercado na prática ambientalmente sustentável, mas para o sucesso de sua implantação é necessário a ação Estatal como regulador da ação humana na natureza e incentivador de sua preservação.

2.2.3 mercados de compensação

Outro instrumento de controle da intervenção humana na natureza, alternativa a compensação regulamentar, ocorre por meio dos mercados de compensação. Esse tipo de compensação tem a função de equilibrar as perdas pela mitigação in natura via mercado de créditos, tem adesão voluntária e não obrigatória e visa também o incentivo da iniciativa privada na conservação do meio ambiente por meio de uma lógica de mercado.

Essa compensação ocorre na compra de um crédito que representa um meio ambiente qualquer preservado por quem tem a obrigação de cumprir a determinação da norma sanção de compensação regulamentar. Os bancos de compensação a servidão ambiental e cota de Reserva Legal e os chamados serviços de conservação ambiental são bons exemplos de mercado de compensação.

Para Lima estes mercados são criados para acrescentar eficácia jurídica ambiental na obrigação de compensar criando uma nova via para se chegar à execução da compensação⁴⁷. Neles o destinatário da norma ambiental pode comprar um crédito que representa a atividade de conservação da natureza, ou assinar um contrato de servidão sobre a conservação, ou outro tipo de contrato, ao invés vez de instaurar ele mesmo esta nova atividade que representa a compensação dos efeitos residuais da sua primeira atividade.

Assim, como os pagamentos por serviços ambientais, nos mercados de compensação há a busca de um equilíbrio entre os custos das atividades econômicas com o encargo da proteção ambiental. Os exemplos de mercados de compensação vão variar conforme o país e a resposta normativa dada pelo sistema jurídico, mas todos têm em comum uma flexibilização do cumprimento da proteção jurídica ambiental. Não são mercados propriamente ditos, mas fazem parte de estratégia de Estado para flexibilizar uma obrigação, visando aperfeiçoar o seu

⁴⁷ LIMA, Gabriela G.Batista. **La compensation en droit de l'environnement: un essai de typologie**.. TESE 2014 Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA, Brasília Biblioteca Depositária: Biblioteca João Herculino de Souza Lopes.

cumprimento com uma lógica de mercado. Esses créditos podem ser comprados por atores públicos ou privados que têm a obrigação ou não de compensar as suas atividades.⁴⁸

Por ser de adesão voluntária a compensação por meio do mercado de créditos de compensação apresenta função flexibilizadora de determinada obrigação ambiental, pois o empreendedor poderá optar ou não pelo seu uso comprando os créditos que eles produzem ao preservarem áreas ambientais.

Como exemplo desse mercado os Estados Unidos é o pioneiro. No seu modelo os créditos de compensação ficam à disposição de modo similar à compra em balcão, pelos sistemas de *mitigating banking*, que armazena créditos representativos de ações de restauração ou proteção ambiental. Existe também um sistema de crédito para restaurações, o “Sistema Nacional de Recuperação de Crédito”, o “Acres para a América”, programa de voluntariado dirigido pela Walmart, entre outros. No Brasil, uma forma parecida de « mercado de compensação » existe, que é o instituto da Servidão Florestal. A Servidão é representada pela Cota de Reserva Ambiental- CRA, e consiste nas áreas de excedentes de Reserva Legal e Área de Proteção Permanente, segundo o Código Florestal, art.13, §1º; art. 15, §2º, entre outros. O sistema é similar à compra e venda de créditos americana e francesa na medida em que uma CRA representa um crédito que pode ser comprado por alguém que precisa regular sua Reserva Legal, por exemplo.

Outro exemplo nacional desse tipo de mercado é o Instituto Bolsa de Valores Ambientais Rio - IBVRio. O Instituto IBVRio é uma organização com a missão de promover o uso de mecanismos de mercado para facilitar o cumprimento de leis ambientais e apoiar a economia verde no Brasil. O IBVRio usa instrumentos de mercado para a promoção de meios de negociação efetiva de ativos ambientais.⁴⁹

Desses exemplos percebemos a utilização de uma lógica de mercado envolvendo atores privados e públicos onde o objetivo é a compra e venda da obrigação de compensar. Esta pode ser negociada por contrato, pela compra de um crédito ou por último, por uma via de mercado.⁵⁰ Esses exemplos mostram o quanto a flexibilização das regras ambientais de modo a abarcar diversos instrumentos de controle são importantes para a eficácia jurídica da compensação ambiental e assim da promoção do desenvolvimento sustentável.

⁴⁸ RGSOSC. 18º Congresso brasileiro de Direito Ambiental Teses de estudantes de pós-graduação / PhD and Master student's papers. Disponível em: <<https://rgsgsc.files.wordpress.com/2013/11/licenciamento-etica-e-sustentabilidade.pdf>>. Acessado em 06/07/2017

⁴⁹ BVRIO. Sobre BVRIO. Disponível em: <<http://www.bvrio.org/sobre-bvrio/>>. Acessado em:06/07/2017

⁵⁰ LIMA, Gabriela G.Batista. **La compensation en droit de l'environnement: un essai de typologie..** TESE 2014 Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA, Brasília Biblioteca Depositária: Biblioteca João Herculino de Souza Lopes

2.2.4 Compensação Regulamentar

A compensação regulamentar⁵¹ segundo Lima está associada à perspectiva tradicional de construção normativa de direito do meio ambiente. Nessa perspectiva o Estado centraliza as ações em defesa do meio ambiente com mecanismos de mandamento e controle, sanções e obrigações que impõe aos particulares o dever de compensar. Para a autora a compensação regulamentar enquadra as medidas de compensação exigidas dos empreendedores quando da avaliação dos prejuízos que serão causados pela atividade econômica.

Lima ao tratar das diversas formas como a compensação regulamentar é conhecida internacionalmente, aponta que podem ser designadas de uma maneira geral como regras de compensação, de minimização, de alívio e de mitigação, variando de acordo com o regime jurídico⁵². No Brasil, a palavra compensação tem sido predominantemente usada sem distinção entre a palavra compensação ambiental ou medidas compensatórias. Inovando esse entendimento Artigas afirma que afinal, são várias as medidas compensatórias, podendo-se dizer que a compensação ambiental é espécie do gênero medidas compensatórias, de maneira que a análise dos fundamentos, pressupostos e modos de implementação devem ser avaliados e compreendido sem seu conjunto.⁵³

A compensação regulamentar é geralmente exigida durante as fases do licenciamento ambiental e não há uma definição precisa do termo sendo chamadas de medidas compensatórias ou de compensação ambiental de modo indiscriminado. A aplicação desse instituto ocorre *ex ante facto*, seu intuito, portanto é preventivo. Por ser regulamentar essa compensação faz parte de um conjunto de regras que se desobedecidas culminam em infração. Essa compensação promove uma racionalização da intervenção humana no meio ambiente equilibrando ganho e

⁵¹ Para Lima o termo “regulamentar” visa identificar uma situação jurídica: refere-se à uma compensação de tipo tradicional, normalmente obrigatório no processo para avaliar a regularidade, a legitimidade e a importância de uma atividade. A medida compensatória é um instrumento de racionalização da ação humana que visa corrigir os efeitos nocivos de uma infração ambiental. A racionalização atua como uma condição de efetividade da norma. LIMA, Gabriela G.Batista. **La compensation en droit de l'environnement: un essai de typologie**. TESE 2014 Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA, Brasília Biblioteca Depositária: Biblioteca João Herculino de Souza Lopes

⁵² Sendo que na China, é exigido que o dono da obra tome medidas para evitar e minimizar o prejuízo. A lei chinesa para o estudo de impacto não indica a presença de uma compensação, mas esta pode fazer parte das medidas tomadas para minimizar impacto. No Canadá, a medida que tem o efeito de compensar é chamada medida de atenuação. Nos Estados Unidos chamam este tipo de medida “compensatória de mitigação”. Na França, são medidas de compensação, nesse sentido; LIMA, Gabriela G.Batista. **La compensation en droit de l'environnement: un essai de typologie**. TESE 2014 Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA, Brasília Biblioteca Depositária: Biblioteca João Herculino de Souza Lopes

⁵³ ARTIGAS, Priscila Santos. Contribuição ao estudo das medidas compensatórias em Direito Ambiental. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.)

perda seja por meio da substituição *in natura* de área vegetal suprimida ou de modo *ex situ*⁵⁴ com uma compensação financeira pelo impacto não mitigável a depender do mandamento regulamentar no caso concreto.

No Brasil a expressão compensação ambiental consolidou-se com o significado de apoiar a criação ou manutenção de unidades de conservação, conforme previsto na Lei do Snuc que será estuda em um tópico próprio. Isso não afasta as medidas de compensação por impactos não mitigáveis, encontradas em outros dispositivos legais no país. Medidas que também são tratadas no âmbito do licenciamento ambiental como as encontradas na Lei da Mata Atlântica e no Código Florestal, ambos tratando da reposição de áreas cuja vegetação foi suprimida com autorização do Estado.⁵⁵ O significativo impacto ambiental submetido ao licenciamento por meio da elaboração de um estudo de impacto ambiental (EIA) está presente em ambas as legislações.

O tipo de prejuízo pelo qual a compensação regulamentar existe é normalmente um prejuízo residual, aquele que ele não é possível de evitar ou minimizar. Esta racionalização pode tomar, assim, a forma da compensação numa lógica a três etapas (evitar, minimizar e compensar). Distinguindo-se da compensação indenizatória porque não se confunde com reparar. Reparar supõe o restabelecimento do bem, enquanto a compensação regulamentar supõe a impossibilidade da reparação embora compense.⁵⁶

As propostas de compensação regulamentares, portanto, exigidas por lei, deverão ser explicitadas no momento do licenciamento em que se constatar o impacto não mitigável. A lógica desse tipo de compensação é alcançar saldos ambientais positivos diante do saldo

⁵⁴ LIMA, Gabriela G.Batista. **La compensation en droit de l'environnement: un essai de typologie**. TESE 2014 Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA, Brasília Biblioteca Depositária: Biblioteca João Herculino de Souza Lopes

⁵⁵No Código Florestal, Lei nº 12.651, de 2012, os artigos 7º e 33 trazem a obrigação de recuperação ou recomposição de áreas suprimidas, cujos excertos são transcritos a seguir: Art. 7º A vegetação situada em Área de Preservação Permanente deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado. § 1º Tendo ocorrido supressão de vegetação situada em Área de Preservação Permanente, o proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título é obrigado a promover a recomposição da vegetação, ressalvados os usos autorizados previstos nesta Lei. (BRASIL, 2012) (grifado) e Art. 33. As pessoas físicas ou jurídicas que utilizam matéria-prima florestal em suas atividades devem suprir-se de recursos oriundos de: (...) III - supressão de vegetação nativa autorizada pelo órgão competente do Sisnama; (...) § 1º São obrigadas à reposição florestal as pessoas físicas ou jurídicas que utilizam matéria-prima florestal oriunda de supressão de vegetação nativa ou que detenham autorização para supressão de vegetação nativa. (...) § 4º A reposição florestal será efetivada no Estado de origem da matéria-prima utilizada, mediante o plantio de espécies preferencialmente nativas, conforme determinações do órgão competente do Sisnama. (BRASIL, 2012) (grifado) GIASSON, Moara Menta. **A Compensação Ambiental E Os Instrumentos Da Política Nacional De Meio Ambiente**. Lajeado, Dezembro de 2015 Centro Universitário Univates Programa De Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado Em Ambiente e Desenvolvimento

⁵⁶ LIMA, Gabriela G.Batista. **La compensation en droit de l'environnement: un essai de typologie**. TESE 2014 Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA, Brasília Biblioteca Depositária: Biblioteca João Herculino de Souza Lopes

negativo que será causado pelo impacto ambiental. A partir dessa lógica foi estabelecida a compensação ambiental da Lei nº 9.985 que será estudada a seguir.

2.3 A Compensação Ambiental da Lei Nº 9.985 de junho de 2.000

A cobrança da compensação ambiental em processos de licenciamento de empreendimentos de significativo impacto ambiental teve início com a Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA em 1987. Segundo Artigas (2012) a imposição da compensação ambiental por meio de resoluções de um órgão ambiental gerou inúmeras controvérsias na esfera jurídica, em suma, seus opositores sustentavam que a cobrança da exação, por ser de ordem financeira, estaria evidentemente reservada à lei, não podendo mera resolução criar uma obrigação pecuniária⁵⁷.

Assim a lei do SNUC foi elaborada como uma resposta para esses questionamentos. Ela é um marco na legislação ambiental brasileira à medida que institui um mecanismo agora legal de compensação financeira para contrabalançar o impacto ambiental negativo não mitigável causado pelos empreendimentos. Em seu texto, no art. 36, que será estudado com profundidade no próximo tópico, a lei prevê originalmente que caberia ao empreendedor a compensação do impacto não mitigável causado a partir de um valor estabelecido em no mínimo meio por cento dos custos totais previstos para a instalação do empreendimento.

Segundo Artigas a partir da edição da lei são três os seus requisitos ensejadores para a imposição da compensação: (i) o Estudo de Impacto Ambiental e o respectivo Relatório - EIA/RIMA, demonstrando a significância do impacto ambiental; (ii) o trâmite do licenciamento ambiental; e (iii) a existência de impactos negativos e não mitigáveis.

Alguns pontos dessa compensação geram muitos questionamentos pelos atores envolvidos no processo de licenciamento ambiental, setor produtivo, meio acadêmico e doutrina a ponto de se discutir a constitucionalidade do art. 36 da lei por meio da ADI 3.378/DF. Os principais questionamentos trazidos pela ADI foram; I) a violação pela compensação do princípio da legalidade; II) a violação do princípio da harmonia e independência dos poderes; III) violam o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade; e IV) a indenização prévia, sem prévia mensuração e comprovação da ocorrência de dano, pode configurar enriquecimento sem causa pelo Estado. Dado isso até o presente momento a referida ação objeto de pronúncia

⁵⁷ ARTIGAS, Priscila Santos. Contribuição ao estudo das medidas compensatórias em Direito Ambiental. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

em julgado do Supremo Tribunal Federal de 2008, está no presente em fase de análise de embargos, carecendo de pronunciamento final.

O instituto de compensação previsto na Lei do SNUC ainda carece de uma base doutrinária forte que estabeleça um consenso sobre sua natureza jurídica e as formas de aplicação. Assim, no próximo capítulo, será feita uma análise dos principais pontos da decisão tomada pelo STF na ADI 3.378/DF, bem como a tentativa de resolução de um dos pontos não elucidados na decisão do STF, mas que pode contribuir substancialmente para a resolução das controvérsias envolvendo a matéria, qual seja; a natureza jurídica da compensação ambiental.

CAPÍTULO 3. ADI 3.378/DF E A NATUREZA JURÍDICA DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL DA LEI DO SNUC

3.1 A ADI 3.378-6 /DF

A ADI 3.378 representa o maior nível de discussão em que chegaram os questionamentos a respeito da compensação ambiental. Nessa ação o STF se posicionou pela constitucionalidade da compensação ambiental do SNUC mas em relação a sua natureza jurídica apenas elenca alguns princípios norteadores da compensação limitou-se a denominar o instituto, a partir de uma análise funcional, como uma compensação compartilhamento. Assim, neste capítulo apresentaremos os principais argumentos levantados pelos autores da ação e os principais trechos dos votos determinantes para a decisão final do tribunal em declarar constitucional o instituto da compensação e estabelecer como valor máximo para sua aplicação o limite de meio por cento sobre os custos totais do empreendimento.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.378/45 foi proposta pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), em 16 de dezembro de 2004, tendo por objeto o art. 36 da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. O pedido de declaração de inconstitucionalidade da norma fundamentou-se em quatro premissas básicas: a) violação ao princípio da legalidade; b) violação ao princípio da harmonia e independência dos poderes; c) violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade; e d) enriquecimento sem causa pelo Estado.⁵⁸

Quanto à primeira premissa os autores alegaram que o disposto no §1º do art. 36 continha evidente violação ao princípio da legalidade (art. 5º, II da CRFB/1988) à medida que a fixação dos recursos da compensação era atribuída ao órgão ambiental, e seria uma indevida delegação do Legislativo ao Executivo do poder criar novas obrigações e deveres ao administrado. Isto, pois somente a lei, em sentido formal, poderia criar deveres e obrigações, limitando o direito individual da parte. A tese foi vencida, pois para o Supremo não havia violação ao princípio da legalidade, já que era a própria lei nº. 9.985/2000 que previa o modo de financiar os gastos preventivos por meio da compensação e não o órgão ambiental que apenas executava o previsto na lei.⁵⁹

⁵⁸MACIEL, Marcela Albuquerque. Compensação ambiental: instrumento para a implementação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. 2015. P. 114.

⁵⁹ STF. Petição inicial ADI,3378,p.4. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.js?seqobjetoincidente=2262000>>. Acesso em: 01/07/2017.

Quanto à segunda premissa, tese que defendia haver violação do princípio da harmonia e independência dos Poderes, também não foi aceita, pois não se caracterizava delegação do Legislativo para o Executivo do poder de legislar o exercício e a liberdade da propriedade das pessoas, criando obrigações e deveres, sem estabelecer qualquer *standard*, critério ou parâmetro básico para direcionar a sua ação. No caso era a própria lei que estabelecia obrigações e deveres e caberia ao Executivo apenas fixar o quantum da compensação, previamente prevista em dispositivo legal.⁶⁰

A terceira premissa que alegava ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Alegavam ser irrazoável que no âmbito do processo de licenciamento somente seria deferida a licença se os impactos negativos fossem eliminados ou mitigados. Para os autores isso retira suporte jurídico que respalda a cobrança da compensação ambiental; o segundo fundamenta-se na alegação de que a base de cálculo para a apuração do montante da compensação – custo total previsto para a implantação do empreendimento – penaliza injustamente aqueles que mais investiram em equipamentos e tecnologia de proteção ambiental, não representando medida do dano ambiental que se pretende indenizar ou reparar, ou mesmo os recursos ambientais utilizados ou impactados pelo empreendimento. Para os autores o empreendedor que mais investiu em tecnologia para superar os potenciais impactos seria penalizado, pois esse custo, que intuitivamente é muito alto, era considerado na base de cálculo da compensação.

A primeira tese que não prosperou, pois só o fato do empreendimento ser passível de causar significativo impacto é pressuposto para a realização do EIA que por sua natureza exige medidas mitigadoras e a liberação da licença está condicionada ao cumprimento desse requisito, além disso, a compensação direcionava-se aos impactos não mitigáveis, ou seja, em última análise os impactos não só existiram após aplicação de medidas mitigadoras. E a segunda não se justificava, pois, o fato de investir em tecnologia reduziria o valor da compensação, pois essa seria calculada proporcionalmente ao impacto causado, logo um menor impacto menor valor de compensação.

Quanto à quarta premissa, o alegado enriquecimento sem causa do Estado, fundamentava-se no fato de que a pretensa indenização se efetuava antes da certeza da ocorrência do dano. Assim, foi pedida cautelar sob o argumento de que a compensação do

⁶⁰ STF. *Adi 7778/DF* Principais peças do processo judicial, inclusive inteiro teor do Acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2262000>>. Acesso em: 01/07/2017

SNUC traria onerosidade para o setor da indústria.⁶¹ A tese não foi aceita pelo STF, à medida que a compensação não foi tratada como uma reparação por dano ambiental, mas como um compartilhamento de despesas entre o poder público e os empreendedores causadores de poluição densificando o princípio do poluidor pagador previsto na Constituição Federal.

Sem se aprofundar vale destacar o posicionamento da AGU – Advocacia Geral da União e da PGR – Procurador Geral da república. O Advogado Geral Da União se posicionou pela improcedência do pedido. Alegou que a questão está em consonância com o princípio do poluidor-pagador disposto no art. 225, §§ 2º e 3º da CF/88 especialmente quanto ao seu caráter preventivo. O Procurador-Geral da República, também se posicionou pela improcedência dos pedidos entendendo não haver delegação legislativa de matéria referente à criação de obrigações ou deveres aos administrados. Isso porque, a norma impugnada determina apenas a obrigação do empreendedor de destinar recursos para a compensação do impacto ambiental decorrente de sua atuação, o que será mensurado pelo órgão licenciador, já que não passível de fixação legal prévia.

O Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás (IBP) como *amicus curiae* alegou que o dispositivo do art. 36 viola os princípios da legalidade, razoabilidade, da proporcionalidade, da harmonia e da independência dos poderes, bem como da isonomia tributária. Observa-se que nesse ponto a entidade questionou a natureza jurídica da compensação ambiental. Defendendo o caráter tributário do instituto, que poderia ser caracterizado como contribuição de intervenção no domínio econômico, estando vinculada ao montante despendido pelo empreendedor na instalação do negócio. Como tributação ambiental, seria necessária uma emenda constitucional para a sua criação ou, ao menos, uma lei complementar, não sendo a lei ordinária suficiente para instituí-la.

Tendo o feito ido a julgamento na sessão de 14 de junho de 2006 o Relator Ministro Carlos Ayres Britto votou pela improcedência do pedido. Em seu voto o Ministro menciona o trato de elevadíssima conta que a Constituição Federal tem com o meio ambiente. Para o relator, inspirado na opção política da CF, o legislador criou a compensação como uma forma de compartilhamento de despesas com as medidas oficiais de específica prevenção frente empreendimentos de significativo impacto ambiental.

Não haveria então ofensa ao princípio da legalidade, pois a lei previu o modo de financiamento os gastos da espécie, nem ofensa à separação dos poderes, pois a lei não tratava de delegação de delegação da tarefa de criar obrigações. Em seu voto expôs que os limites de

⁶¹ STF. Principais peças do processo judicial, inclusive inteiro teor do Acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2262000>>. Acesso em: 01/07/2017

atuação do órgão ambiental na fixação do valor da compensação eram condicionados aos dados técnicos do EIA, proporcional ao impacto e sujeitos a revisão judicial caso o órgão licenciador excedesse seus limites. Discorreu sobre a compensação ser adequada a defesa do meio ambiente para essa e para novas gerações e que não haveria outro instrumento adequado para tal e o encargo seria compensado pelo benefício do meio ambiente ecologicamente equilibrado.⁶²

Desse posicionamento é importante notar que o relator trata a compensação ambiental como único instrumento adequado para compensar o meio ambiente de impactos não mitigáveis. Segundo Paulo Affonso Leme Machado o pagamento ou a contribuição pecuniária criada não atinge todos os campos em que possam incidir os efeitos da atividade a ser licenciada, pois a poluição das águas e da atmosfera, a poluição sonora, a poluição do solo, através de rejeitos e de agrotóxicos não estão abrangidas na compensação a ser paga. Isso porque o pagamento a ser efetuado pelo empreendedor será destinado somente às unidades de conservação. Para a autora o voto condutor do relator ao afirmar em diversos pontos que a compensação ambiental deveria ser proporcional a todos os significativos impactos ambientais acaba por levantar o questionamento ao STF de que então a partir dessa pronúncia não se poderá cobrar mais qualquer outra forma de compensação dos impactos não mitigáveis, mesmo as legais, sob a possibilidade de haver um *bis in idem*.⁶³

Importante notar ainda, que o ministro relator não se pronunciou a respeito da natureza jurídica da compensação ambiental levantada pelo *amicus curiae*. Optou assim por apontar a funcionalidade da compensação ambiental, qual seja promover um compartilhamento das despesas decorrentes da poluição entre o empreendedor e o poder público. O Ministro denominou-a de compensação-compartilhamento e afirmou que ela densificava o princípio do poluidor pagador. Seria um mecanismo de assunção da responsabilidade social dos custos ambientais da atividade econômica. Para Maciel ao desvincular a compensação da existência efetiva de dano ambiental não adere também as discussões quanto à responsabilidade civil antecipada ou por dano futuro.⁶⁴

Na sequência do julgamento, o Ministro Marco Aurélio solicitou vista dos autos, tendo sido retomado seu julgamento em abril de 2008. O Ministro acolheu o pedido formulado

⁶² STF. Voto do Relator na ADI nº3. 378, p.247-251 Principais peças do processo judicial, inclusive inteiro teor do Acórdão. disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2262000>>. Acessado em: 01/07/2017

⁶³ ARTIGAS, Priscila Santos. Contribuição ao estudo das medidas compensatórias em Direito Ambiental. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

⁶⁴ MACIEL, Marcela Albuquerque. Compensação ambiental: instrumento para a implementação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. 2015. p. 38

integralmente, ou seja, a inconstitucionalidade do art. 36 da Lei nº 9.985/2000 em toda sua integralidade. Seu entendimento partiu da ótica da responsabilidade civil ambiental que no seu entender exigiria a para a compensação a ocorrência efetiva do dano. Quanto ao princípio do poluidor pagador, asseverou o Ministro que sua nomenclatura se refere a algo concreto e efetivo, isto é, —haver, no caso, atuação poluidora. Considerou o fato de que permitir ao órgão realizar o cálculo do valor da compensação significa uma verdadeira carta em branco nas mãos do administrador, não havia um teto para esse cálculo apenas um piso mínimo. Entendeu que a fixação do valor da compensação a partir dos custos totais do empreendimento afastaria o nexo de causalidade entre o dano e o desembolso do empreendedor.⁶⁵

O Ministro Ricardo Lewandowski registrou que a obrigatoriedade de reparar os danos apurados pelo EIA/RIMA estaria em conformidade com os princípios constitucionais do poluidor-pagador e da função social da propriedade. Esclareceu que o princípio do poluidor-pagador é expressão de uso corrente no direito ambiental, inclusive no direito comparado, e não criação do Procurador-Geral da República em seu parecer, como afirmara o Ministro Marco Aurélio. Sugeriu, considerar inconstitucional a expressão “não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para implantação do empreendimento”, que consta do §1º, do art. 36 da Lei, mantendo a frase subsequente “sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.”

O Ministro Joaquim Barbosa votou pela improcedência do pedido, questionando apenas o fato de não ter sido estipulado na lei um percentual máximo a ser custeado pelo empreendedor. Em seu voto deu interpretação conforme, para manter a norma em vigor e o dispositivo atacado, de modo que o percentual de meio por cento fosse adotado como piso e teto. Justificou-se que a retirada do piso mínimo tiraria o parâmetro estabelecido pela lei ao administrador.

O ministro Menezes de Direito, em seguida, afirmou que em seu entendimento a compensação não possui natureza indenizatória, mas compensatória com vistas a preservar o meio ambiente de significativos impactos ambientais e submeteu ao pleno a de conhecer parcialmente a procedência do pedido e, conhecendo nesta parte, declarar a inconstitucionalidade por redução de texto. Com isso esclareceu que o que seria retirado corresponderia à obrigatoriedade de ser sempre meio por cento do custo do empreendimento, bem como a ideia do percentual, podendo ser outro critério, a ser fixado pelo órgão competente.

⁶⁵ STF. Voto do Relator na ADI nº3. 378, p.247-251 Principais peças do processo judicial, inclusive inteiro teor do Acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2262000>>. Acessado em: 01/07/2017

O Ministro leu como ficaria a redação do dispositivo questionado; “o montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade, sendo fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental”.⁶⁶ À referida proposta aderiram os seguintes Ministros: Carlos Britto, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Celso de Mello e Gilmar Mendes, sendo vencidos os votos de Joaquim Barbosa e Marco Aurélio Melo de modo que o julgado restou assim ementado:

EMENTA: 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 compostura 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. (Grifo nosso)

Do teor do julgado destaca-se a fundamentação da compensação da lei do SNUC no princípio do poluidor pagador. Para o supremo a compensação ambiental relaciona-se a vertente preventiva desse princípio ao impor o que a corte definiu como uma compensação-compartilhamento de despesas. Nesse contexto a leitura do acórdão permite inferir que o Supremo reconhece que a responsabilidade dos custos ambientais das atividades econômicas, ou seja, as externalidades negativas geradas pelos empreendimentos deveriam ser internalizadas por meio da compensação ambiental amparada pela vertente preventiva do princípio do poluidor pagador. Ressalte-se que nos termos da decisão essa compensação só

⁶⁶ STF. Voto do Relator na ADI nº3. 378, p.247-251 Principais peças do processo judicial, inclusive inteiro teor do Acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2262000>>. Acessado em: 01/07/2017

poderá ser imposta no âmbito do procedimento administrativo de licenciamento ambiental com valor fixado pelo órgão ambiental de acordo com o impacto causado.

Apesar de a decisão ser considerada positiva, em se tratando do aprimoramento da defesa do meio ambiente, alguns pontos não foram bem elucidados. Isso suscitou a interposição de embargos de declaração pela presidência da República que entre outros questionava; a omissão quanto aos efeitos da decisão, se *ex nunc*, a partir do trânsito em julgado ou que seus efeitos fossem reconhecidos a partir de seis meses após o trânsito em julgado; a necessidade de esclarecer se a expressão “custos totais previstos para instalação do empreendimento” permaneceria como parâmetro para definir o valor da compensação. Já a CNI alegou que a nova redação do § 1º do art. 36 não seria autoaplicável e que a declaração de inconstitucionalidade somente tenha eficácia a partir de 12 meses do trânsito em julgado ou da publicação de uma nova regulamentação. O julgamento dos embargos não ocorreu até o término deste trabalho.

Não bastasse toda a insegurança em torno do tema para a surpresa dos setores envolvidos na discussão em 14 de maio de 2009, foi publicado o Decreto nº 6.848, visando regulamentar o cálculo e a cobrança da compensação ambiental. O ponto mais polêmico do Decreto, Segundo Maciel é a limitação do valor da compensação em no máximo 0,5% do custo do empreendimento — excetuando-se os custos indicados no § 3º do art. 31 —, conforme metodologia estabelecida no art. 31-A e seu anexo.⁶⁷

Neste trabalho adotamos o entendimento de que se o Supremo Tribunal Federal determinou que a compensação ambiental devesse ser calculada proporcionalmente ao impacto ambiental não mitigável causado, exclui-se então a fórmula antiga baseada em meio por cento dos custos totais do empreendimento. Com isso, a inconstitucionalidade do decreto seria idêntica a declarada anteriormente pelo STF na Lei do SNUC. O questionamento sobre a nova metodologia de cálculo do Decreto nº 6.848 adotando os parâmetros retirados pelo Supremo culminou na interposição da Reclamação nº 8465 pelas Organizações não-governamentais Instituto Socioambiental e Amigos da Terra. Contudo, a liminar foi indeferida pelo Ministro Relator, Marco Aurélio, conforme decisão prolatada em 10 de novembro de 2009.

Com o julgamento da ADI 3.378/DF pelo STF e a declaração de constitucionalidade da compensação, mesmo com todas as controvérsias envolvidas, o Brasil se equipara internacionalmente a outros casos promissores da aplicação da compensação ambiental, talvez de forma não plena ainda, pois o feito carece de trânsito em julgado e alguns pontos precisam ser elucidados. O reconhecimento de um instrumento compensatório, firmado no princípio do

⁶⁷ MACIEL, Marcela Albuquerque. Compensação ambiental: instrumento para a implementação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. 2015. p.128.

usuário pagador, compartilhando os custos negativos causados pela poluição com os causadores dela é uma vitória significativa na luta pelo desenvolvimento sustentável.

Ao tratar a compensação ambiental como uma compensação compartilhamento dos custos sociais do empreendimento o STF considerou em sua decisão apenas a análise funcional da norma compensatória. No entanto, a nosso ver também afastou a natureza jurídica indenizatória ou mesmo tributária defendidas pelas principais correntes que se debruçam sobre o tema. Esse posicionamento reflete a dificuldade de se definir uma natureza jurídica para um instrumento tão complexo quanto a compensação ambiental.

Neste trabalho partimos do pressuposto que a compensação da lei do SNUC é apenas uma das possibilidades de compensação existentes. Sendo assim o gênero compensação ambiental engloba a espécie compensação do SNUC debatida pelo STF. Considerando assim a compensação como um gênero que tem por finalidade a função preventiva do dano ambiental este trabalho classifica a compensação ambiental do SNUC como uma compensação administrativa onde os órgãos ambientais se responsabilizam de aplicá-la no âmbito do procedimento administrativo do EIA/RIMA.

Esse posicionamento parte do conhecimento das tipologias de compensação ambiental apresentados por Gabriela Gomes Batista Lima que, repisando o conceito já apresentado, estão divididas em dois grupos; a compensação obrigatória e a compensação voluntária. Na voluntária temos os PSA e os Mercados de Compensação. Já a obrigatória, compreende a compensação indenizatória regida pelas regras de reparação civil e a regulamentar onde como subtipo temos a compensação do SNUC. As compensações regulamentares por serem obrigatórias, exigem instrumentos de mandamento e controle por parte do Estado. Como a resposta jurídica desses instrumentos de mandamento e controle varia de acordo com cada sistema a diversidade de respostas jurídicas dadas às compensações regulamentares criam um ambiente de questionamentos sobre sua eficácia, eficiência e legalidade.

A compensação ambiental prevista na Lei 9.985 de 2000 gerou várias discussões em redor das suas disposições e sua aplicação, em especial sua natureza jurídica e a sua constitucionalidade como visto anteriormente. Tais controvérsias tem sido objeto de discussão há mais de 15 anos desde que entrou em vigor a cobrança da compensação. A falta de consenso quanto tema ao refletem os posicionamentos contraditórios que tem sido dado pelos doutrinadores quando vão se manifestar sobre o tema. No entanto, vale citar aqui que a apesar de toda a controvérsia, existe na doutrina um incipiente movimento com o entendimento de que é possível que a compensação ambiental não tenha uma natureza jurídica estanque. O antes

notório defensor de uma natureza jurídica tributária da compensação ambiental, Edis Milaré,⁶⁸ se pronuncia da seguinte forma:

Diante do posicionamento do Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da ADI nº 3.378- DF e avaliando melhor o tema, acabamos por compreender, conforme detida análise realizada por Priscila Santos Artigas, que a compensação ambiental se trata de espécie do gênero medidas compensatórias, as quais podem ter naturezas jurídicas diversas. (...) E, especificamente em relação à compensação ambiental da Lei do SNUC, lhe assiste razão ao defender que se trata, da mesma forma que compreendeu o STF no julgamento da ADIn 3378, de exação sem uma natureza jurídica específica, mas que está cunhada em um objetivo, ou em uma funcionalidade, qual seja, o compartilhamento de despesas.(...)Nesse sentido acabamos por modificar posição anterior sobre a natureza tributária da compensação ambiental, na linha preconizada pela autora: “Por conseguinte, embora logicamente construídas, vê-se que ficam superadas as teorias que pretenderam enquadrar a compensação ambiental – e, por consequência, todas as medidas compensatórias – em uma categoria jurídica estanque, vinculada a um determinado ramo do direito. Isso ocorre, como se verá logo a seguir, pois, ao tratar de regras protetoras do meio ambiente, é preciso, de um lado, focar na sua funcionalidade e não sua natureza jurídica, e, por outro lado, não se pode mais conceber a sua fixação neste ou naquele ramo do direito. Na verdade, as normas ambientais, buscando alcançar os seus objetivos, ou meramente a sua funcionalidade, atravessam, como uma linha diagonal, praticamente todos os ramos do direito e, daí a sua característica de transversalidade”.

A já citada complexidade que envolve o direito ambiental convém lembrar aqui a integração e transdisciplinaridade das várias áreas do saber humano no trato das questões de direito ambiental, aliadas a falta de enfoque doutrinário consolidado sobre o tema compensação ambiental permite avaliar que para o Supremo Tribunal Federal em sua decisão no julgamento da ADI 3378 foi difícil o acerto em todos os termos da decisão tomada. Isso, pois o STF não estabeleceu em sua decisão uma base de cálculo segura que relacionasse a perda ambiental com o valor a ser pago pelo empreendedor. O valor do impacto ambiental negativo ou da privação ambiental deve ser medido pelo custo de sua recomposição, não pelo custo do empreendimento econômico ou da intervenção. A base de cálculo deve ser a perda ambiental, devendo estar em conexão com esta, e não com o custo do empreendimento⁶⁹.

Ao afirmar genericamente que a compensação ambiental era uma forma de compartilhamento de despesas entre o poder público e os agentes poluidores o enfoque foi na funcionalidade que o direito estava a exercer no caso em questão. Com esse posicionamento do STF a controvérsia não foi totalmente resolvida, de modo que os embargos de declaração opostos contra a referida decisão solicitam entre outros o posicionamento do pretório excelso quanto à natureza jurídica da compensação.

⁶⁸ MILARÉ Edis. Direito do Ambiente. 8ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 1614p.

⁶⁹ ACHKAR, AZOR EL ET AL., A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL DA LEI Nº 9.985/00: Fundamentos e Natureza Jurídica. Florianópolis 2008 Dissertação p. 98

Nesse sentido Artigas ensina que a busca pela natureza jurídica das medidas compensatórias não pretende encontrar um conceito estanque para esse instituto. Na verdade, grande parte das discussões sobre a natureza jurídica perdeu sua justificativa maior com a crescente presença do Estado na vida econômica, ou seja, com a superação do liberalismo. Isso porque essas categorias, tais como a de natureza jurídica, foram basicamente elaboradas para um sistema baseado no direito privado e com mínima intervenção do Estado.⁷⁰

De todo modo, para este trabalho, a natureza jurídica da compensação ambiental, será abordada como um mecanismo que visa assegurar a estabilidade jurídica das relações entre o poder público e seus administrados. Não se pretende estabelecer um mecanismo estanque, mas consideradas as características da exação imposta pela Lei do SNUC, deve ser considerado que a compensação ambiental está intimamente relacionada com o dano residual.

Repisando o conceito seria o dano que persiste no meio ambiente como um impacto impossível de ser evitado. É o dano que, mesmo após a aplicação de todas as medidas preventivas propostas no EIA/RIMA, não será evitado. Atente-se ao fato de que esse dano deverá ser previsto no procedimento de licenciamento ambiental, ou seja, após constatada a sua existência futura será estabelecido o valor da compensação ambiental e só após pagar esse valor que a licença ambiental do empreendimento será concedida. Disso temos que esse dano é socialmente aceito, o poder público faz um balanço discricionário e decide que esse dano pode ser suportado desde que seu ônus seja direcionado ao empreendedor. Desse entendimento a tese de sua natureza jurídica neste trabalho não permite enquadrá-lo como uma espécie de tributo ou uma indenização como será visto adiante.

3.2 Uma análise com amparo no Direito Tributário.

A corrente que defende ser a compensação ambiental um tributo, parte da premissa de que o princípio do poluidor-pagador não implica apenas ações reparatórias. Erika Bechara defende que se considerarmos a internalização das externalidades negativas, o referido princípio pode ser aplicado como fundamento para, por exemplo, instituir uma política pública extrafiscal ou, ainda, exigir medidas mitigadoras e compensatórias no decorrer do processo de licenciamento ambiental.⁷¹

⁷⁰ ARTIGAS, Priscila Santos. Contribuição ao estudo das medidas compensatórias em Direito Ambiental. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

⁷¹ Nesse sentido, citando José Marcos Domingues, Artigas menciona a decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região de Brasília/DF que, através de liminar concedida pelo Desembargador Federal Catão Alves (nos autos de Agravo de Instrumento nº 2005.01.00.060479-0/DF), limitou em 0,5% a aplicação do percentual referente à

Um dos argumentos citados pela doutrina em defesa da tese da inconstitucionalidade do art. 36 da Lei do SNUC é a sua pretensa natureza jurídico-tributária. A autora cita os principais defensores dessa corrente de autores de direito tributário e ambiental que defendem ser a compensação um instrumento jurídico de natureza tributária, são eles; Ricardo Berzosa Saliba, Sérgio Guerra e José Marcos Domingues, e de direito ambiental Édis Milaré e Paulo de Bessa Antunes.⁷²

A compreensão do posicionamento desses autores passa pela simples leitura do art. 3º do Código Tributário Nacional. Nesse artigo encontramos a definição de tributo, *in verbis*;

Art.3º 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.

Assim o entendimento da compensação da lei do SNUC como tributo se subsume ao conceito do art. 3º do Código Tributário Nacional - CTN, na medida em que é obrigação compulsória; pecuniária, com valor expresso em moeda; não constitui sanção de ato ilícito, mas, ao contrário, o fato gerador é atividade empresarial lícita; foi instituída em lei; e far-se-á por atividade administrativa vinculada.

A decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no Agravo de Instrumento interposto pela Associação Brasileira de Concessionárias de Energia Elétrica contra o indeferimento de liminar em mandado de segurança impetrado (também por esta entidade) em face do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais – IBAMA para afastar a cobrança da compensação ambiental afirmava que pela análise do art. 36, §1º, da Lei nº 9.985/2000, 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.⁷³

compensação ambiental, instituída pela Lei nº 9.985/2000. O Desembargador Catão Alves abriu importante precedente ao conceder a liminar, considerando, em síntese, que, a natureza jurídica da compensação ambiental é tributária, de modo que a Lei nº 9.985/2000, ao estabelecer que o seu percentual será definido pelo órgão ambiental licenciador, sem limitá-lo ou delinear como será feita a sua gradação, fere o art. 97, inciso IV do Código Tributário Nacional, como também o Princípio da Legalidade, que impõem que apenas lei em sentido estrito pode fixar as alíquotas de tributos, “não sendo possível sua imposição ao alvedrio da autoridade administrativa”. A referida decisão foi suspensa por força de pedido de Suspensão de Segurança no 2.875, proposto pelo IBAMA perante o e. Supremo.

⁷² MACIEL, Marcela Albuquerque. Compensação ambiental: instrumento para a implementação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. 2015.

⁷³ BECHARA, Erika. Uma contribuição ao aprimoramento do instituto da compensação ambiental previsto na lei 9.985/2000. Doutorado em Direito Pontifícia Universidade Católica de São Paulo 2007.

A compensação ambiental prevista na Lei do SNUC sustenta José Marcos Domingues, é um tributo:

Interessante notar a identidade de circunstâncias em que a Compensação SNUC se vê preconizada no Direito Positivo pátrio, substituindo por pecúnia o dever material (prestação in natura) de criação e manutenção de uma unidade de conservação, a imprimir-lhe no nascedouro, filosófica e etiologicamente, a natureza jurídica essencialmente tributária. Mesmo que se admita por amor à argumentação que a exigência de apoio não seria necessariamente de aporte financeiro direto ao Tesouro, mas de bens entregues ou de serviços custeados pelo empreendedor, ainda assim a Compensação SNUC (valorada em no mínimo 0,5% do custo do empreendimento) recai na definição de tributo do CTN (...), onde precisamente a lei complementar tributária contempla como tributo valor exigido do administrado em troca de bens ou serviços que, com o seu dinheiro, o Estado adquiriria ou contrataria. Tomar compulsoriamente dinheiro do particular, ou tomar-lhe compulsoriamente bens ou serviços de valor equivalente sem indenização, estranha doação obrigatória, configura exatamente o mesmo: transferência (ou ‘desembolso’, como afinal confessa o parágrafo 1º do art. 5º da Resolução CONAMA nº 371/2006) compulsória de patrimônio privado ao setor público, isto é, tributo.⁷⁴

Do exposto, uma visão mais estreita ainda foi lançada pelo autor. Nessa perspectiva para Domingues a natureza jurídica tributária se justificaria mesmo que se considerasse o dever material de se implantar uma unidade de conservação. O autor enquadra a obrigação de apoio para a criação e manutenção de unidades de conservação como uma tomada compulsória de valores que significaria, em última análise, uma espécie de transferência de patrimônio privado ao setor público. Essa forma de tributação apontada pelo autor de fato existe. A compensação ambiental da Lei do SNUC, ao incorporar como obrigação principal uma obrigação de fazer (apoiar a implantação e a manutenção de uma unidade de conservação), é uma prestação ou tributo in natura (ou facere). As obrigações materiais como forma de tributação, de acordo Aliomar Baleeiro, pelo menos excepcionalmente, ainda hoje se verifica a requisição pura e simples das ‘coisas e serviços súditos’. De igual modo, Ulhôa Canto, também entende que, ‘embora excepcional a arrecadação em espécie, não é elemento definicional da obrigação tributária que assim não possa ser’.⁷⁵

A tributação *in natura* segundo Alfredo Becker citado por Domingues, já foi muito utilizada e é uma tipificação que hoje se justifica diante da maior crise socioeconômica possível, não sendo “estranhável, nem teratológico, que modernamente haja uma expansão, em variedade e importância, dos tributos *in natura* e *in labore*. Esta expansão não será alternativa aos tributos pecuniários, porém integrativa”. E continua esse autor: “Os tributos pecuniários continuarão

⁷⁴ DOMINGUES, José Marcos. O Supremo Tribunal Federal e a Compensação Do SNUC - ADI 3.378 - DF. Revista Direito GV, v. 5, n. 1, Jan -Jul. 2009, p.125 -146.

⁷⁵ DOMINGUES, José Marcos. A chamada compensação financeira do SNUC. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 133, out. 2006

sempre a ter importância muito maior que os tributos *in natura* ou *in labore*; entretanto, o que se observa é que estes últimos sairão do estado embrionário e perderão a aparência de confisco ou de entidade jurídica rara e enigmática ou de instrumental jurídico tributário que deveria ser arquivado em museus.”⁷⁶

O mesmo doutrinador ao sustentar a pertinência da inserção de prestações *in natura* no âmbito da obrigação tributária discorrendo que regras jurídicas fundamentais que os devem reger e disciplinar, conferindo-lhes segurança e certeza às suas órbitas jurídicas, estão no Direito Tributário”, porque, entre outras razões, e no ponto de interesse: O dever jurídico de prestação em dinheiro é dever de dar determinada quantidade de unidade ideal de valor conduzida (ou incorporada) pelo dinheiro. Por sua vez, este dever jurídico de prestação em dinheiro pode não ser originário, mas derivado da transformação de um dever, originariamente *in natura* ou *in labore* (...) o conteúdo jurídico da prestação será sempre o mesmo: um prestar, isto é, um ato positivo (*facere*) ou um ato negativo (*non facere*) do sujeito passivo da relação jurídica. (...) O objeto da prestação é que poderá variar segundo o critério da Política Fiscal; esta poderá escolher (mediante criação de regra jurídica.) Em lugar do dinheiro, um outro bem (ex.: imóvel) ou um serviço pessoal. Aliás, (...), a prestação em dinheiro não deixa de ser também uma prestação *in natura*: unidade ideal de valor.

Diante do exposto a conclusão de que a compensação se enquadra em uma espécie de tributo é muito tentadora. Principalmente se comparado o instituto da compensação com o instituto alemão relatado por “Wilfried Kluth, que menciona que certa lei da Renânia do Norte-Westfalia prevê que o causador de degradação ambiental realiza em outro lugar medidas compensatórias de proteção da natureza ou tratamento paisagístico, como a plantação de sebes e árvores. Se isso não é possível ou resulta insuficiente, prevê o pagamento de prestações pecuniárias que se designam como tributos compensatórios por danos à natureza. Segundo o autor, o Tribunal Federal do Contencioso Administrativo alemão ‘qualifica o tributo compensatório de ‘tributo especial com características próprias’’, como no caso da Lei de Baden Wurtemberg.”⁷⁷

Apesar da ótica apresentada e dos casos internacionais alguns aspectos assentados no direito nacional sobre o do conceito de tributo merecem ser analisados antes de enquadrar a compensação como tal. Segundo Bechara considerando que o ordenamento jurídico conhece

⁷⁶ DOMINGUES, José Marcos. A chamada compensação financeira do SNUC. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 133, out. 2006. p.48-49.

⁷⁷ ARTIGAS, Priscila Santos. Contribuição ao estudo das medidas compensatórias em Direito Ambiental. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

três tipos de tributos – impostos, taxa (de polícia e de serviço) e contribuição de melhorias – a doutrina que entende ser a compensação ambiental um tributo, deve se esforçar para enquadrá-la em uma dessas categorias.⁷⁸

A autora parte sua análise do sistema de classificação binária proposto por Sacha Calmon Navarro Coelho, que divide os tributos em NÃO VINCULADOS (impostos gerais, impostos restituíveis – os empréstimos compulsórios - e impostos especiais ou finalísticos – as contribuições sociais, interventivas e corporativas) e VINCULADOS (taxas de serviços e de polícia, contribuições de melhoria e contribuições previdenciárias, estas últimas pagas pelos segurados proporcionalmente aos seus ganhos).

Após discorrer sobre os impostos a autora conclui que se um dos traços mais marcantes dos impostos gerais é a sua aplicação livre, nas prioridades definidas pelo Poder Público, que sequer precisam guardar qualquer relação com o fato gerador do imposto, jamais a compensação ambiental poderia ser tomada como um imposto geral, tendo em vista a vinculação legal de sua receita às unidades de conservação exatamente a característica que falta aos impostos gerais, por impedimento constitucional. Além disso, enquanto a receita dos impostos ingressa nos cofres públicos, os recursos da compensação ambiental são aplicados diretamente nas unidades de conservação pelo empreendedor – quando muitos ingressam no Fundo de Compensação Ambiental, criado em 2006 pelo Ministério do Meio Ambiente e Caixa Econômica Federal, mas continua destinado a unidade de conservação. Portanto, receita da compensação ambiental tem aplicação vinculada, não é arrecadada pelo Poder Público assim é diferente dos impostos gerais.

Quanto aos impostos substituíveis encontrados no art. 148 da constituição com o nome de empréstimos compulsórios, a compensação ambiental não tem essa natureza jurídica, pois eles destinados à para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência. Já os impostos finalísticos formam uma categoria que não podem ser afetados a qualquer finalidade, devem respeitar a lei orçamentária.

A exceção a esse comando é a do art. 167, inc. IV ou nos arts. 149 e 195 da CF (e outros que lhes acompanhem, como, p. ex., os arts. 239 e 240), ou seja, não podem ser afetados se não tiver por escopo o atendimento de uma das seguintes finalidades: (i) financiamento da saúde e ensino e algumas outras atividades sociais, expressamente previstas na Constituição; (ii) financiamento da seguridade social; (iii) intervenção no domínio econômico ou (iv) interesse de categorias profissionais ou econômicas.

⁷⁸ BECHARA, Erika. Uma contribuição ao aprimoramento do instituto da compensação ambiental previsto na lei 9.985/2000. Doutorado em Direito Pontifícia Universidade Católica de São Paulo 2007, p.197.

Segundo Bechara a compensação ambiental, embora afetada a uma finalidade específica – a receita derivada da compensação será inteiramente aplicada nas unidades de conservação –, não deve ser considerada um imposto especial ou finalístico porque não foi instituída com vistas ao financiamento da saúde, educação e seguridade social ou à intervenção no domínio econômico, muito menos ao atendimento de categoria profissional ou econômica.⁷⁹

Quanto a CIDE, alguns doutrinadores asseguram ser esse o melhor enquadramento quanto à espécie de tributo que se pode relacionar a compensação ambiental. Sérgio Guerra assevera que o art. 149 da Constituição autoriza a União Federal a editar leis criando programas de estímulo ao desenvolvimento de setores da economia nos quais a intervenção estatal seja necessária; e nesses programas se enquadra a defesa ao meio ambiente, vislumbrada como princípio da ordem econômica constitucional (art. 170, inciso VI), assim expõe Sérgio guerra:

A União Federal está autorizada a editar leis que criem programas de estímulo ao desenvolvimento de setores da economia nos quais a intervenção estatal seja necessária, como poderia ser o caso da preservação ambiental, instituída como subprincípio de temperamento da ordem econômica constitucional (art. 170, VI), nos casos de licenciamentos de empreendimentos de significativo impacto ambiental. Cumpre asseverar que o antes mencionado art. 149 da Constituição Federal revela os três elementos básicos necessários à instituição da CIDE, quais sejam: (a) a utilização desse instrumento como meio de intervenção e regulação da livre iniciativa; (b) a limitação do grupo atingido pela exação; e (c) os princípios constitucionais a que está submetida. Nessa ordem de considerações expostos acima, é justo destacar que no plano constitucional, a instituição de uma contribuição de intervenção no domínio econômico propriamente dita deve ter como base um setor econômico que esteja, de algum modo, em desconformidade com os princípios da ordem econômica prevista no art. 170 da Constituição Federal. A bem da verdade, a denominada compensação ambiental instituída pelo art. 36 da Lei nº 9.985/2000, tem por objetivo principal estimular comportamentos compatíveis com a preservação do meio ambiente, o que deveria ser efetivado através da cobrança de espécie de tributo que se ajuste à atividade econômica em questão.⁸⁰

Em relação à compensação ambiental ser uma CIDE, Artigas assevera que é uma relação estreita à medida que se uma categoria de empreendimentos, cujo conjunto se integra por causar *significativos impactos no meio ambiente*, formando por isso um setor econômico específico capaz de afrontar o princípio da ordem econômico acima apontado, legitima-se a intervenção do Estado a exigir a contribuição estampada no referido dispositivo constitucional⁸¹.

No entanto, ainda que o ato de compensação ambiental possa ser entendido como uma intervenção estatal na ordem econômica, ou seja, um dos requisitos para considerá-la uma

⁷⁹ BECHARA, Erika. Uma contribuição ao aprimoramento do instituto da compensação ambiental previsto na lei 9.985/2000. Doutorado em Direito Pontifícia Universidade Católica de São Paulo 2007, p.204

⁸⁰ GUERRA, Sérgio. Compensação ambiental nos empreendimentos de significativo impacto. In: Direito ambiental: visto por nós advogados. Coord. Mário Werneck et al. Belo Horizonte: Del Rey, 2005;

⁸¹ ARTIGAS, Priscila Santos. Contribuição ao estudo das medidas compensatórias em Direito Ambiental. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. p. 67.

CIDE, a CIDE só se justifica se os recursos por ela gerados forem usados numa atividade interventiva⁸², fora o fato de que a CIDE é matéria objeto de reserva de lei complementar conforme prescreve o art. 146, III, 'a', da Constituição Federal. Mesmo se superado este último requisito a implantação de Unidades de Conservação, destinação final dos recursos da compensação, não é uma atividade interventiva, pois se trata, em verdade, do cumprimento de uma meta política ou de um dever constitucional, não atendendo então ao requisito essencial da CIDE quanto a destinação final dos recursos.

Superada a questão que aponta a natureza jurídica tributária para a compensação ambiental resta-nos estudar a proposta de Gabriela G.Batista Lima, que entende que a compensação ambiental possui natureza administrativa. Essa proposta classifica a compensação ambiental em quatro tipologias compensatórias, sendo a regulamentar a que compreende a compensação ambiental da lei do SNUC, passaremos ao seu aprofundamento no próximo tópico⁸³.

3.3 Natureza Administrativa da Compensação Ambiental.

O entendimento da natureza jurídica administrativa da compensação ambiental da lei do SNUC deve ser precedido pela classificação de tal instituto como uma compensação regulamentar. As compensações regulamentares são instrumentos de racionalização da ação humana que visam corrigir os efeitos nocivos de uma infração ambiental. A racionalização atua como uma condição de efetividade da norma jurídica. Saliente-se que essa racionalização consiste em um instrumento de gestão ambiental.

A compensação regulamentar é organizada no âmbito tradicional da norma ambiental, ou seja, o das normas obrigatórias, nascidos de uma relação de mandamento e controle, entre o Estado e o empreendedor. Com enfoque da abordagem tradicional, a compensação pressupõe, para o exercício da atividade poluente pelo particular, uma relação de subordinação legal aos preceitos normativos preventivos estabelecidos pelo órgão ambiental no âmbito do EIA/RIMA.

Artigas diz que é oportuno destacar que o licenciamento ambiental funciona como um típico mecanismo de comando e controle, podendo, ainda, ser o processo capaz de realizar uma

⁸² Mesmo considerando a compensação ambiental uma espécie da CIDE, com efeito, ao seria considerada uma tentativa oblíqua para a instituição de uma CIDE (ou contribuição de intervenção ambiental), sua criação deveria estar prevista na Carta da República e, ainda, respeitar a todos os princípios constitucionais tributários, o que não ocorre na hipótese.

⁸³ LIMA, Gabriela G.Batista. **La compensation en droit de l'environnement: un essai de typologie..** TESE 2014 Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA, Brasília Biblioteca Depositária: Biblioteca João Herculino de Souza Lopes

eficaz gestão do meio ambiente. Dessa forma, é meio para serem aplicadas outras medidas de comando e controle (como a fixação de padrões de emissão de poluentes líquidos ou gasosos, a implantação de novas tecnologias, as restrições de edificação etc.), permitindo a sua fiscalização. Em outras palavras, incluem-se nessas medidas de comando e controle os mecanismos preventivos do direito ambiental entre eles a compensação ambiental.⁸⁴

Como um mecanismo de comando e controle a compensação, representa uma forma de racionalização da ação humana em busca da correção dos efeitos nocivos provocados pela atividade poluidora ao meio ambiente. Desse modo, essa correção significa a já citada internalização das externalidades ambientais negativas numa acepção clara de aplicação preventiva do direito ambiental.

Artigas ensina que “o Estado, ao impor a internalização dos custos pelo uso dos recursos naturais, o faz com a tarefa de manter o equilíbrio”.⁸⁵ Para a autora a compensação se relaciona com o princípio da prevenção à medida que tem papel geral de prevenir prejuízos ao homem. Há na compensação a característica preventiva, ou seja, a antecipação das ações que previnem o risco, racionalizando a forma como se dará o impacto ao meio ambiente. Nesse sentido Maciel ao discordar sobre a natureza reparatória da compensação completa que a compensação do SNUC não objetiva 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.⁸⁶

A Lei do SNUC estabelece que a liberação das licenças ambientais esteja condicionada ao pagamento da compensação que ocorrerá no âmbito do EIA/RIMA. Assim, desde que cumpridas todas as outras exigências previstas no licenciamento ambiental, bastaria o pagamento da compensação prevista no licenciamento para a liberação da atividade. Nesse ponto os órgãos ambientais estatais, a partir dos limites normativos estipuladas na Lei do SNUC, atuam como verdadeiros gestores do equilíbrio entre os interesses particulares dos empreendedores, que desejam ter sua atividade econômica assegurada, e os interesses gerais da sociedade. Sociedade que, apesar de ter interesses em um pleno desenvolvimento econômico,

⁸⁴ ARTIGAS, Priscila Santos. Contribuição ao estudo das medidas compensatórias em Direito Ambiental. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

⁸⁵ Nesse sentido Artigas completa que o mercado, sem imposição de limites – consoante dito em linhas anteriores –, certamente prosseguiria aproveitando-se ao máximo dos recursos da natureza e, ao mesmo tempo, procurando um custo mínimo [...] para alcançar suas metas de lucro, o que exige demasiada competitividade e, sobretudo, diante da economia globalizada, cada vez com mais rapidez no processo produtivo e mercantil.

⁸⁶ MACIEL, Marcela Albuquerque. Compensação ambiental: instrumento para a implementação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. 2015.

também almeja plena qualidade de vida que só é possível com o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Lima ensina que a compensação ambiental na modalidade regulamentar, por possuir a função de compensar os prejuízos residuais na busca do equilíbrio entre interesse econômico e interesses gerais, promove uma eficácia econômica responsável por balancear os lucros e perdas. Essa eficácia pode ser facilmente percebida na compensação ambiental da lei do SNUC. Nela o empreendedor custeará as perdas sofridas pelo ambiente a partir da valoração deste por meio do EIA/RIMA.⁸⁷

Ao menos nesse ponto a decisão do STF na ADI 3.378/DF, que compreendeu a compensação da Lei do SNUC como um compartilhamento de despesas, focada na sua função, fundamentada no princípio do poluidor pagador, este a significar um mecanismo de assunção da responsabilidade social pelos custos ambientais da atividade econômica foi muito feliz. Nesse sentido Artigas menciona:

Ademais como nunca será possível que essa internalização seja plena (por dificuldades de valoração dos custos dos bens ambientais e por obstáculos do próprio mercado), haverá um déficit necessário de externalidades negativas que serão inevitavelmente assumidas pelo Poder Público e, em última instância, por toda a coletividade. A Constituição Federal realmente introduziu uma obrigação compartilhada pelo Poder Público e pelos empreendedores em relação aos custos pela utilização dos recursos naturais no processo produtivo. Dessa forma, o STF se saiu bem ao compreender a compensação ambiental (frise-se: que é uma de tantas medidas compensatórias existentes) como uma forma de compartilhamento de despesas, pois, ao fim e ao cabo, essas despesas (ou custos pela utilização dos recursos naturais na cadeia produtiva) são realmente divididas entre aqueles que produzem os bens de consumo e toda a coletividade⁸⁸.

Ante o exposto, é notória a natureza jurídica administrativa da compensação ambiental. Para essa conclusão há de se classificar a compensação do SNUC como uma das espécies/tipos de compensação regulamentar propostas por Lima, com viés instrumental de comando e controle, originada a partir de uma lei, sendo que sua imposição aos particulares é uma competência delegada aos órgãos administrativos ambientais no âmbito do procedimento administrativo do EIA/RIMA. Não obstante a natureza administrativa, a compensação do SNUC é um instrumento econômico, disposto em uma política ambiental com vistas a equilibrar os ganhos e as perdas do processo de desenvolvimento econômico ao promover a internalização de custos ambientais pelo empreendedor.

⁸⁷ LIMA, Gabriela G.Batista. **La compensation en droit de l'environnement: un essai de typologie**. TESE 2014 Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA, Brasília Biblioteca Depositária: Biblioteca João Herculino de Souza Lopes

⁸⁸ ARTIGAS, Priscila Santos. Contribuição ao estudo das medidas compensatórias em Direito Ambiental. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

Desse ponto temos que a decisão do STF centrou-se apenas na funcionalidade da compensação. Ela que representa um verdadeiro compartilhamento de custos advindos dos efeitos negativos do impacto residual. No entanto, para que a questão tenha uma resolução que promova a segurança jurídica e garanta a eficácia da aplicação da norma o Supremo terá que se manifestar sobre sua natureza jurídica. Espera-se que isso aconteça no julgamento dos embargos que atacam a decisão referida.

Ademais, superadas as hipóteses de enquadrar a compensação como uma espécie de tributo, e esclarecido o posicionamento desta pesquisa quanto à natureza jurídica administrativa da compensação ambiental, para o presente trabalho, restam também superadas a tese de que a compensação ambiental possui natureza jurídica de reparação indenizatória *ex ante*, defendida por autores como Solange Teles da Silva⁸⁹ e Erika Bechara.

São argumentos que sustentam essa tese: (I) O ordenamento jurídico brasileiro não abarca uma indenização antecipada. Sobre o tema, o Ministro Carlos Britto expôs em seu voto na ADI 3.378: “não posso, por mais que me esforce, por mais que seja tentado a votar no sentido da preservação do meio ambiente, imaginar indenização sem dano. Para ocorrer a indenização reparatória é exigido o nexo de causalidade que só é obtido com o dano ambiental efetivo, ocorre que a compensação do SNUC se antecede ao impacto que ela irá provocar; (II) Em que pese ser a responsabilidade civil ambiental uma responsabilidade objetiva, não depende de culpa ou de ilicitude da conduta, a compensação do SNUC decorre de uma imposição administrativa legal como requisito para a liberação de uma licença ambiental e não de uma sanção administrativa, civil ou penal contra uma infração do particular.

⁸⁹ FERREIRA, Gabriel Luis Bonora Vidrih. Análise dos fundamentos da compensação ambiental: a responsabilidade civil *ex ante* no direito brasileiro. **id/496907**, 2007.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho tinha por objetivo inicial apresentar a compensação ambiental e todas as polêmicas em torno da questão para posteriormente, a partir do cenário apresentado, propor a natureza jurídica administrativa deste instituto. Para isso foi necessário apresentar uma nova abordagem no cenário nacional sobre as tipologias de compensação existentes. Logo, definir a natureza jurídica administrativa da compensação ambiental, objetivo maior deste trabalho, foi uma questão lógica de coerência argumentativa diante do que foi exposto.

Nesse sentido, a compensação ambiental prevista na Lei do SNUC, ressalvadas as polêmicas que envolvem a questão, tem se mostrado um importante mecanismo de defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Isso, pois ao garantir que os impactos residuais não mitigáveis tenham uma compensação, a lei cria uma fonte de recursos que equilibram as perdas sofridas com o impacto residual à medida que financiam a criação e manutenção de unidades de conservação. Esse tipo ação em prol do meio ambiente, antes financiado pelos escassos recursos advindos do poder público, o que em tese dificultava as ações conservacionistas, conta agora com uma valiosa fonte de financiamento.

Conforme visto, para que a compensação seja eficaz é necessário que se estabeleçam objetivos estritamente ambientais na aplicação de seus recursos. Cabe aqui a crítica ao fato de que os recursos da compensação, como demonstrado anteriormente, têm financiado atividades meramente administrativas dos órgãos ambientais, prática que anula seu efeito neutralizador. Efeito só alcançado quando o impacto negativo é compensado com o investimento dos recursos da compensação diretamente e estritamente no meio ambiente.

A classificação da compensação da lei do SNUC como de natureza jurídica administrativa, é um enfoque pouco explorado no cenário nacional. Este enfoque visa contribuir para resolução da celeuma em torno da questão. A proposta apresentada por Gabriela Gomes Batista Lima que classifica a compensação da lei do SNUC como uma compensação regulamentar se coaduna perfeitamente com a função do Poder Executivo, nesse caso representado pelos órgãos ambientais, de executar no caso concreto e baseado na Lei a aplicação de limitações e obrigações ao particular para o exercício de suas atividades. A natureza jurídica administrativa da compensação ambiental reflete o regime jurídico administrativo. Por isso para ter seu empreendimento licenciado, o particular deve cumprir sua obrigação de pagar a compensação imposta no âmbito do procedimento administrativo de licenciamento ambiental.

Essa classificação completa o sentido que se dá ao ato de licença ambiental, aqui entendido como o ato administrativo final do procedimento de licenciamento ambiental, relacionado a um tipo de discricionariedade técnica. Assim, como instrumento contido no procedimento administrativo de licenciamento ambiental, a compensação ambiental reflete a aplicação das prerrogativas da administração no que tange o juízo de conveniência e oportunidade e ao primado do interesse público no âmbito do licenciamento.

Sempre que se deparar com a necessidade de aplicar a compensação ambiental a administração pública decidirá entre preservar o meio ambiente sem nenhuma alteração ou intervenção e não conceder o licenciamento ambiental do empreendimento ou, conceder a licença ambiental e tolerar uma alteração que produzirá efeitos ambientais negativos decorrentes dos impactos residuais, condicionada ao pagamento da compensação. Nesse caso, com o pagamento da compensação e a consequente liberação da licença ambiental, a administração pública fez uma análise de custo benefício onde a necessidade de preservação ambiental, mesmo com desenvolvimento econômico do empreendimento, deve ser tratada como prioridade com o impacto residual compensado.

A compensação é um instrumento preventivo do direito ambiental. Ela decorre do princípio do poluidor pagador, que por sua vez permite onerar o poluidor pelo impacto que será causado ao impor o custo pela parte não mitigável, ou seja, o impacto residual, ela promove seu efeito neutralizador de perdas. Com isso na compensação o balanço entre impactos positivos e negativos chega-se a situação em que as perdas sofridas podem equivaler a zero se comparadas com os ganhos promovidos. Ressalte-se, essa equação só será alcançada com o estabelecimento de objetivos estritamente ambientais na aplicação dos recursos da compensação.

A respeito dos posicionamentos divergentes sobre a natureza jurídica da compensação ambiental, especificamente aquele que atribuíra à natureza jurídica indenizatória, a diferença entre impacto ambiental e dano ambiental não permite que a compensação seja de natureza jurídica indenizatória. O dano ambiental como visto anteriormente, decorre de uma ação ou omissão, que é ato ilícito e independentemente de culpa será passível de indenização nas regras do Direito Civil.

Na compensação não há que se falar em dano ou ato ilícito, mas sim em um impacto decorrente de uma ação lícita que possui saldo ambiental negativo. Impacto que é previsto por meio do EIA/RIMA antes que aconteça condicionando a concessão da licença ao pagamento da compensação. A compensação ambiental não é uma reparação/indenização ex ant, ela é aplicação de uma regulamentação baseada em lei que impõe aos órgãos ambientais que condicionem a liberação da licença ambiental a uma solução para o impacto não mitigável, de

forma preventiva. Não se fala aqui em indenização por danos provocados por ato ilícito do empreendedor, mas sim de uma compensação que diminuirá os efeitos negativos de uma atividade econômica no meio ambiente.

Quanto ao fato de não possuir natureza jurídica tributária, a obrigatoriedade de enquadrar a compensação ambiental em um tipo específico de tributo enfraqueceu as teses apresentadas. Especificamente sobre seu enquadramento como uma CIDE, proposta que nos pareceu mais próximo do êxito em demonstrar a natureza tributária, restou apontado que os critérios constitucionais que permitem a instituição de uma CIDE não estão atendidos; a CIDE só se justifica se os recursos por ela gerados forem usados numa atividade interventiva e a implantação de Unidades de Conservação, não é uma atividade interventiva, a CIDE é matéria objeto de reserva de lei complementar conforme prescreve o art. 146, III, 'a', da Constituição Federal. Dado isso, aceitar que a compensação possui natureza tributária de CIDE é aceitar a inconstitucionalidade material da compensação. Isso porque a lei que institui a compensação ambiental e a própria finalidade da exação não atende aos requisitos constitucionais de uma CIDE.

Uma decisão do STF no sentido de declarar que a compensação ambiental possui natureza jurídica tributária, parece ser improvável. À medida que o instituto da compensação ambiental já foi declarado constitucional a sua classificação como de natureza jurídica tributária pelo STF geraria um quadro maior de insegurança jurídica.

Diante do exposto, há de se concluir que a compensação ambiental representa a busca de equilíbrio, impondo ao agente poluidor a obrigação de compensar os impactos ambientais decorrentes das atividades licenciadas no EIA/RIMA. Seu viés preventivo se associa ao princípio do poluidor-pagador que impõe ao agente causador de poluição a obrigação de internalizar os custos da poluição que só será aplicável aos impactos ambientais residuais dentro de sua função neutralizadora. Não é uma indenização, muito menos um tributo. Por fim, uma solução que promova segurança jurídica para a controvérsia, proposta trazida por este trabalho, deve passar pelo entendimento da compensação da lei do SNUC como uma norma regulamentar obrigatória, instrumento de comando e controle por parte do Estado, com natureza jurídica administrativa.

REFERÊNCIAS

- ACHKAR, Azor El et al. A compensação ambiental da Lei No 9.985/00: fundamentos e natureza jurídica. 2008.
- ARTIGAS, Priscila Santos. **Contribuição ao estudo das medidas compensatórias em Direito Ambiental**. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.
- BECHARA, Erika et al. Uma contribuição ao aprimoramento do instituto da compensação ambiental previsto na Lei 9.985/2000. **São Paulo: PUC-SP**, 2007.
- BIRNFELD, Carlos André Sousa et al. O princípio poluidor-pagador e suas potencialidades: uma leitura não economicista da ordem constitucional brasileira. 2003.
- BRASIL. LEI Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.
- BVRIO. Sobre BVRIO. Disponível em: <<http://www.bvrrio.org/sobre-bvrrio/>>. Acessado em:06/07/2017
- DE BESSA ANTUNES, Paulo. **Direito ambiental**. Editora Lumen Juris, 2008.
- DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. 3ª Edição, São Paulo. 2008
- DOMINGUES, José Marcos. A chamada “compensação financeira SNUC”. **Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo**, n. 133, p. 43-66, 2006.
- DOMINGUES, José Marcos. O Supremo Tribunal e a Compensação SNUC. A ADI 3.378-DF. **Revista Direito GV**, v. 5, n. 1, p. 125-146, 2009.
- DWORKIN, Ronald; FAEDRICH, Nelson Boeira. **Levando os direitos a sério**. martins fontes, 2002.
- FERREIRA, Gabriel Luis Bonora Vidrih. Análise dos fundamentos da compensação ambiental: a responsabilidade civil ex ante no direito brasileiro. id/496907, 2007.
- GIASSON, Moara Menta. **A compensação ambiental e os instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente**. 2016. Dissertação de Mestrado.
- GUERRA, Sérgio. Compensação ambiental nos empreendimentos de significativo impacto. In: Direito ambiental: visto por nós advogados. Coord. Mário Werneck et al. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- LEUZINGER, Márcia Dieguez. CUREAU, Sandra. Direito ambiental. Série Universitária. 2013.

LIMA, Gabriela G.Batista. **La compensation en droit de l'environnement: un essai de typologie**. TESE 2014 Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA, AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ, France, Brasília, Biblioteca Depositária: Biblioteca João Herculino de Souza Lopes.

MACIEL, Marcela Albuquerque. **Compensação ambiental: instrumento para a implementação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação**. 2015.

MILARÉ Édis. **Direito do Ambiente**. 8ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente. **Revista de direito ambiental**, v. 4, n. 15, p. 61-80, 1999.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, v. 2, p. 50-66, 1996.

OGAWA, William Afonso. **Compensação ambiental e unidades de conservação: questões sensíveis e visões econômicas e jurídica**. 2011.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues. A chamada 'compensação financeira SNUC'. **Revista Dialética de Direito Tributário**, nº 133, out. 2006.

RGSGSC. 18º Congresso brasileiro de Direito Ambiental Teses de estudantes de pós-graduação / PhD and Master student's papers. Disponível em: <<https://rgsgsc.files.wordpress.com/2013/11/licenciamento-etica-e-sustentabilidade.pdf>>. Acessado em 06/07/2017

SÁNCHEZ, L. E. **Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos**. 2ª.Ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013.

STF. **Adi 7778/DF Principais peças do processo judicial, inclusive inteiro teor do Acórdão**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2262000>>. Acesso em: 01/07/2017

STF. **Petição inicial ADI,3378,p.4**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.js?seqobjetoincidente=2262000>>. Acesso em: 01/07/2017.

STF. **Voto do Relator na ADI nº3. 378, p.247-251 Principais peças do processo judicial, inclusive inteiro teor do Acórdão**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2262000>>. Acessado em: 01/07/2017

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. O direito ambiental e seus princípios informativos. **Revista de direito ambiental**, n. 30, p. 155, 2003.

VARELLA, Jefferson da Silva. Os princípios do direito ambiental no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça: prevenção, precaução e poluidor-pagador. 2014.

VARGAS, Roni Alvacir. LICENCIAMENTO AMBIENTAL, Revista eletrônica do ministério público de Goiás Disponível em:
<http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_3/9-Artigo3_Revista24OKeletronica_Layout%201.pdf.> Acessado em 13 de junho de 2017.