

ERIKA BECHARA

**Licenciamento e
Compensação Ambiental na
Lei do Sistema Nacional das
Unidades de Conservação (SNUC)**

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. – 2009



© 2009 by Editora Atlas S.A.

Capa: Roberto de Castro Polisel
Composição: Lino-Jato Editoração Gráfica



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Bechara, Erika

Licenciamento e compensação ambiental na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC) / Erika Bechara. -- São Paulo : Atlas, 2009.

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-5633-8

1. Áreas protegidas – Brasil 2. Compensação ambiental 3. Desenvolvimento sustentável 4. Direito ambiental 5. Gestão ambiental 6. Licenças ambientais – Brasil 7. Meio ambiente 8. Política ambiental – Leis e legislação – Brasil 9. Projetos de conservação (Recursos naturais) – Brasil 10. Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Brasil) I. Título.

09-07833

CDU-34:502.7:35.0781.1(81)(094)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Licenciamento e compensação ambiental : Leis : Sistema Nacional de Unidades de Conservação : Direito ambiental 34:502.7:35.0781.1(81)(094)

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Impresso no Brasil/Printed in Brazil



Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)
01203-904 São Paulo (SP)
Tel.: (0_11) 3357-9144 (PABX)
www.EditoraAtlas.com.br

4

Compensação no Direito Ambiental

4.1 Conceito de compensação

No Direito Ambiental, o termo *compensação* é utilizado em várias situações e, em cada uma delas, para designar institutos distintos, embora, no mais das vezes, próximos.

Esta proximidade se deve ao fato que a compensação, no Direito Ambiental, em todas as suas facetas, tem por finalidade primordial fazer com que uma atividade degradadora ou poluidora que afete negativamente o equilíbrio ambiental, por agredir algum de seus elementos corpóreos ou incorpóreos, ofereça uma contribuição para afetá-lo positivamente, melhorando a situação de outros elementos corpóreos e incorpóreos que não os afetados.

E nessa ótica, o termo é usado no Direito Ambiental com total correspondência ao seu sentido semântico, conforme se extrai das várias definições da palavra *compensação* nos dicionários da língua portuguesa:

No *Dicionário Houaiss da língua portuguesa* compensação é:

“1. ato ou efeito de estabelecer ou de restabelecer o equilíbrio entre duas coisas que se complementam ou que são antagônicas; 2. qualidade ou estado de igual; paridade, equilíbrio.”¹

¹ Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=compensa%E7%E3o>>. Acesso em: 30 set. 2006.

Nessa mesma linha, consta do *Novo Aurélio século XXI* que compensar é:

“1. Estabelecer equilíbrio entre; contrabalançar, equilibrar; 2. Reparar o dano, o incômodo etc., resultante de: contrabalançar, contrapesar.”²

Se, portanto, compensar significa “suprir, com um peso ou valor equivalente, algo que se danificou, tirou ou subtraiu”,³ é possível adiantar que o sentido jurídico do instituto da compensação, no Direito Ambiental, tem por escopo “aliviar” as consequências de um prejuízo causado ao meio ambiente por intermédio de um benefício ambiental que, em termos valorativos, tenha um significado e um “tamanho” muito próximo ao da perda.

4.2 As várias facetas do instituto da compensação na legislação ambiental brasileira

O instituto da compensação é bastante conhecido da legislação ambiental brasileira, embora não seja tratado por ela sob uma única visão ou modalidade.

Pode-se então partir da compensação ambiental *lato sensu* – que engloba todas as medidas de substituição de um bem danificado por outro de valor equivalente – para diversas modalidades específicas de compensação.

Como esposaremos nos próximos tópicos, a compensação, via de regra, é posterior ao dano não evitado. E é imposta ao causador desse dano apenas nas hipóteses de irreversibilidade da lesão, *i.e.*, de recomposição do bem danificado.

Situações há, porém, em que a lei exige uma compensação antes mesmo da concretização do dano ambiental – é sobre essa espécie de compensação que trataremos neste trabalho.

Para que possamos conhecer as características de cada uma das modalidades de compensação hoje contempladas pelo Direito Ambiental e assim deixar ainda mais clara a identidade própria da compensação ambiental *ex ante*, objeto deste trabalho, discorreremos sobre os aspectos principais de todas elas, a saber: (i) compensação por dano ambiental irreversível; (ii) compensação para supressão de Área de Preservação Permanente (APP); (iii) compensação de Reserva Legal; (iv) compensação para supressão de Mata Atlântica; e (v) compensação para implantação de empreendimentos causadores de significativo impacto ambiental.⁴

² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, p. 512.

³ MILARÉ, Edis; ARTIGAS, Priscila Santos. *Compensação ambiental: questões controvertidas*, p. 101.

⁴ Vale conhecer a classificação sugerida por Carlos Teodoro José Hugueneu Irigay, que divide a compensação *lato sensu* em **judicial** e **extrajudicial** e subdivide esta última em compensação **administrativa** (fixada em ajustamento de conduta administrativo e fixada em procedimento de licenciamento ambiental) e compensação **legal** (por danos em áreas de preservação permanente, de áreas de Reserva Legal e *stricto sensu* – esta última, a prevista na Lei do SNUC) (*Compensação ambiental: solução ou confusão?*, p. 205).

1
ações
is das
bien-
uma
o am-
ereça
utros
idên-
lavra
duas
1 es-
cesso

4.2.1 Compensação por dano ambiental irreversível

Na há dúvidas que o esforço da política ambiental, inspirada pelo princípio da prevenção, volta-se todo ao escopo de evitar alterações adversas do meio ambiente, “pois, assim, não haveria degradação da qualidade ambiental e as condições propícias à vida não seriam afetadas”.⁵

Contudo, seu intento nem sempre é conseguido, e, muitas vezes, por uma gama de razões (acidentes imprevisíveis, omissão na fiscalização, licenciamento viciado etc.), danos ambientais são causados.

Uma vez causado um dano ambiental (*rectius*: lesão a direito da vítima/coletividade), o responsável será obrigado a repará-lo, conforme estabelece o art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981 – aliás, a responsabilidade civil do causador do dano nem constitui uma regra exclusiva do Direito Ambiental, sendo um verdadeiro postulado geral do Direito.⁶

A reparação do dano é, como bem colocado por Álvaro Luiz Valery Mirra, um meio de obter a cessação ou a diminuição de um prejuízo⁷ ou uma forma de reconduzir a vítima ao estado em que se encontrava antes da produção do dano⁸ ou, agora nas palavras de Fischer, citado por Aguiar Dias, um sucedâneo, com o papel de “provocar um novo estado de coisas que se aproxime o mais que for possível da situação frustrada, daquela situação, isto é, que, segundo os cálculos da experiência humana e as leis da probabilidade, seria a existente”.⁹

Tem-se com isso que, em caso de dano ambiental, o objetivo da reparação é o de recompor o ambiente lesado para findar o prejuízo e, dessa forma, restituir às vítimas da lesão – a coletividade – a situação de equilíbrio e qualidade ambiental anterior ao dano.

Álvaro Luiz Valery Mirra enxerga na reparação uma forma de compensação, mesmo quando a reparação busca o retorno ao *status quo ante*. Isso porque, comungando da mesma opinião de Marie-Ève Roujou de Boubée, entende que o dano, qualquer que seja, uma vez ocorrido, torna-se inafastável e irreversível, “não se conseguindo jamais, na prática, fazê-lo desaparecer totalmente”,¹⁰ de sorte que “a imposição de medidas destinadas à cessação do dano, em verdade,

⁵ SAMPAIO, Francisco José Marques. *Evolução da responsabilidade civil e reparação de danos ambientais*, p. 197.

⁶ No Direito Privado, encontramos a responsabilidade civil do causador do dano no art. 927 do Código Civil (art. 1.516 do Código Civil de 1916); no Direito Público, ela está no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, no Sistema de Defesa do Consumidor ela se encontra nos arts. 12, 14, 18 ss do Código de Defesa do Consumidor – só para citar as mais conhecidas.

⁷ *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, p. 303.

⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 306.

⁹ *Apud* DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 982.

¹⁰ *Ob. cit.*, p. 306.

não p
sa lin
comp

A
mate
vítim
cífic
statu

I
form
por
com
ou,
men
de c
veri
pari

4.2

ten
me
se
ne
às

pu
m

—
11

12

cu

a

fi

d

1

1

não pode suprimi-lo completamente: dele permanecem traços e sequelas".¹¹ Na linha de raciocínio, tudo que se ofereça à vítima do dano será uma forma compensá-la, mas nada significará o retorno exato ao estado anterior.

A despeito desse entendimento e de concordarmos que, do ponto de vista material, qualquer forma de reparação consiste numa tentativa de compensar a vítima pelo mal sofrido, preferimos dizer que a "compensação" é um tipo específico de reparação, que não se confunde com reparação *in natura* ou retorno *status quo ante*.

Isso porque vislumbramos a reparação, do ponto de vista jurídico, sob três formatos distintos: **reparação *in natura*** (ou reparação específica), **reparação por equivalente** (que a doutrina costuma chamar de compensação ambiental ou compensação ecológica) e **reparação pecuniária** (ou compensação em dinheiro ou, como é mais chamada, indenização), devendo eles ser aplicados sucessivamente, um na impossibilidade de utilização do outro (ressalvadas as hipóteses de cumulação da reparação *in natura* com compensação ou indenização, quando verificado o dano ambiental *interino*, que engloba o período que a reparação leva para "fazer efeito", ou seja, para trazer de volta o estado anterior).¹²

4.2.1.1 Reparação *in natura*

Provocado um dano ambiental, o causador deverá repará-lo *in natura*, entendida aqui a reparação *in natura* como o retorno ao *status quo ante* – ou pelo menos a uma situação muito próxima da anterior, *i.e.*, aquela que encontraríamos se o dano não tivesse ocorrido.¹³ Por ser a melhor forma de mitigar os efeitos nefastos do dano, a reparação específica deve sempre ser adotada em preferência às demais formas de reparação do dano.¹⁴

Segundo José de Sousa Cunhal Sendim, a restauração natural não se afere, pura e simplesmente, pela reconstituição da situação material existente anteriormente ao dano mas

"pela reintegração do estado-dever afectado, ou seja, pela recuperação da capacidade funcional ecológica e da capacidade de aproveitamento huma-

¹¹ Idem, *Ibidem*, mesma página.

¹² Sobre referida cumulação, Silvana L. Henkes explica que "a indenização pode ser cumulada com a reparação/compensação, haja vista a supressão temporária dos bens ambientais, os quais afetaram o equilíbrio ecológico e a sadia qualidade de vida e/ou privarão a coletividade de sua fruição" (Os novos contornos da tutela jurídica na sociedade de risco: dano ambiental futuro e risco de dano, p. 95).

¹³ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ob. cit., p. 307.

¹⁴ CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. A compensação ambiental diante de danos irreparáveis, p. 285.

da pelo princípio
rsas do meio am-
iental e as condi-

s vezes, por uma
io, licenciamento

ito da vítima/co-
estabelece o art.
ausador do dano
o um verdadeiro

iz Valery Mirra,
u uma forma de
dução do dano⁸
sucedâneo, com
o mais que for-
ndo os cálculos
te".⁹

a reparação é o
ma, restituir às
idade ambiental

compensação,
isso porque, co-
entende que o
e irreversível,
almente",¹⁰ de
s, em verdade,

aração de danos

o no art. 927 do
art. 37, § 6º, da
rts. 12, 14, 18 ss

no do bem natural determinada pelo sistema jurídico, o que pressupõe a recuperação do estado de equilíbrio dinâmico do sistema ecológico afetado, *i.e.*, da sua capacidade de autorregeneração e de autorregulação”.¹⁵

Assim, não basta reconstruir o bem danificado para se ter concretizado o retorno ao *status quo ante*, mas devolver-lhe a sua qualidade, funcionalidade e equilíbrio anterior. Do contrário, correríamos o risco, *p. ex.*, de reputar restaurado *in natura* um imóvel de valor histórico demolido e posteriormente reconstruído, com materiais novos, com uma engenharia diversa e sem a carga histórica de outrora. A réplica ali estaria materialmente, mas sem o mesmo valor cultural.

Quanto ao valor a ser aplicado pelo degradador na restauração do bem lesado, cumpre rechaçar, de plano, qualquer teto, *i.e.*, valor máximo. Isso porque é incontrastável que a reparação por danos ambientais deve ser integral. Se ela custar pouco, sorte do empreendedor. Mas se custar muito, ainda assim deverá o empreendedor suportar esse ônus. Nenhum exagero ou abuso há nesta afirmação. Haveria, sim, se estivéssemos falando de uma multa administrativa ou penal, visto terem elas um caráter eminentemente punitivo e, nestes casos, a falta de um teto poderia significar uma punição ilimitada. Mas a responsabilidade civil, antes de punir, quer é socorrer as vítimas. E o socorro só será adequado, como deseja o ordenamento jurídico vigente, se o dano for reparado *in totum*.

Corroborando este ponto de vista, José Rubens Morato Leite admite que, por vezes, a reparação integral do dano superará a capacidade financeira do degradador. E arremata que, apesar disso, “a eventual aniquilação da capacidade econômica do agente não contradiz o princípio da reparação integral, pois este assumiu o risco de sua atividade e todos os ônus inerentes a esta”.¹⁶

Conquanto preferível, nem sempre é técnica e materialmente possível o retorno ao estado anterior. No entanto, o fato de o dano ser tecnicamente irreversível não liberará o degradador de dar uma contribuição à coletividade para compensá-la pelo mal causado, com o qual, inclusive, ela terá que conviver por um longo período, quiçá para sempre.

Nesse sentido, vale a colocação do magistrado Álvaro Luiz Valery Mirra:

“os danos ambientais podem, até, em certas hipóteses, ser *irreversíveis*, sob o ponto de vista ambiental e ecológico, mas não serão nunca *irreparáveis*, sob o ponto de vista jurídico. Uma compensação pecuniária ou *in natura*

¹⁵ *Responsabilidade civil por danos ecológicos*, p. 51.

¹⁶ *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, p. 224. Para driblar o problema do alto custo da reparação para o empreendedor e do alto risco do meio ambiente ser reparado apenas parcialmente, o autor sugere a adoção de seguros, como mecanismo auxiliar no ressarcimento integral do dano ambiental bem como a exigência de outras garantias, como um depósito ou fiança prestados pela empresa ou, ainda, a responsabilização pessoal dos sócios do pessoa jurídica empreendedora (*Ibidem*, p. 224-225).

o",¹⁵

o re-
equi-
do in
com
rora.

a le-
rque
ela
verá
ma-
nal,
um
ates
ja o

que,
de-
ade
ste

re-
re-
ra
or

ob
is,
ra

na
lo
ti-
to
ia

Daí se falar em danos ambientais irreversíveis e, conseqüentemente, em compensação ecológica¹⁸ e compensação pecuniária (indenização), que abordaremos nos dois tópicos seguintes – estas, não se perca de vista, só poderão ser invocadas diante da impossibilidade técnica de restituição do ambiente destruído.

Repetindo, para que jamais se esqueça: apenas quando “não for possível reabilitar o bem lesado, deve-se proceder a sua substituição por outro funcionalmente equivalente ou aplicar a sanção monetária com o mesmo fim de substituição”.¹⁹

4.2.1.2 Reparação por equivalente (ou compensação ecológica)

A reparação por equivalente ou compensação ecológica consiste no oferecimento de um benefício ou ganho ecológico às vítimas da lesão ambiental irreversível – coletividade –, para contrabalançar a perda sofrida.

Embora a compensação ecológica não restitua o próprio bem lesado, restituirá um outro que, por alguma razão, encontrava-se deteriorado, ou melhorará uma situação ambiental existente ou, ainda, propiciará mecanismos para impedir novas lesões ao entorno. Pode se traduzir, p. ex., na descontaminação de um rio degradado (cujo degradador seja desconhecido e não possa, dessa forma, ser chamado a responder pelo dano, ou no caso de se tratar de degradação natural, sem intervenção humana) ou na doação de equipamentos para órgãos ambientais para fins de otimização da fiscalização e monitoramento das atividades poluidoras ou, também, no desenvolvimento de atividades de educação ambiental (publicações, palestras etc.) com vistas à conscientização da população sobre a importância de proteger o meio ambiente.

Como os parâmetros da compensação ecológica não estão normatizados, os órgãos administrativos e judiciários são obrigados a usar de discricionariedade

¹⁷ Ibidem, p. 307-308.

¹⁸ Nem sempre a reparação *in natura* é suficiente para a solução do dano ambiental. Por vezes, para que a reparação se dê de forma integral, é preciso cumulá-la com uma indenização ou compensação. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, p. ex., autorizou referida cumulação, no julgamento da Ap. Civ. 70010991073, contra um Município que praticava disposição irregular dos resíduos sólidos urbanos (mais precisamente em Área de Preservação Permanente), partindo do princípio de que, mesmo condenado o réu a reparar a área, jamais haverá uma completa satisfação do ambiente, havendo outros efeitos negativos do dano que o retorno ao aparente estado anterior não apagará. “E, quanto a eles, impõe-se acolher o pedido correspondente, pois toda reparação há de ser a mais integral possível.” O réu foi condenado, portanto, a reparar a área e a pagar uma indenização pelos danos que não comportam reparação *in natura*, ou seja, irreparáveis (TJRS, 4ª Cam. Civ., Rel. Des. Araken de Assis, j. em 24. ago. 2005, v.u.).

¹⁹ LEITE, José Rubens Morato. Ob. cit., p. 212.

bom senso no estabelecimento das medidas compensatórias, sempre orientados pelos princípios e normas ambientais e pela melhor doutrina.

Mas que se parta, sempre, do princípio de que a compensação terá que proporcionar um benefício AMBIENTAL e não qualquer benefício SOCIAL. Estamos com Marcos Destefenni, portanto, quando assevera que "a compensação deve ser ecológica, isto é, dano ao patrimônio natural deve ser compensado com um benefício ao patrimônio natural e não com uma providência que não reverta em benefício do meio ambiente. Por exemplo, não se compensa um dano a uma área de preservação permanente com a construção de um hospital, embora seja extremamente relevante a construção do hospital".²⁰

O promotor paulista Filippe Augusto Vieira de Andrade e Maria Aparecida Alves Villar Gulin²¹ relatam duas situações em que a compensação ecológica foi aplicada: numa delas, um armador responsável por lançamento de esgoto *in natura* de navio ao mar firmou termo de ajustamento de conduta com o Ministério Público de São Paulo no qual foi-lhe imposto o dever de compensar os danos correspondentes mediante doação de 100 (cem) metros lineares de boias de contenção para prevenir e conter vazamentos semelhantes; na outra, uma empresa loteadora assumiu judicialmente a compensação dos danos causados pelo empreendimento mediante a doação de área equivalente à irrecuperavelmente degradada, revestida de vegetação do mesmo ecossistema atingido e de uma verba para ser destinada à aquisição de veículos, equipamentos e sede para órgãos fiscalizadores estadual e municipal.

A promotora da comarca de Santos/SP, Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz, relata a aplicação de medidas compensatórias a um empreendimento que permitiu um vazamento de amônia líquida nas dependências da empresa, causando poluição atmosférica e incômodos à população. Como se tratava de dano irreversível ao ar atmosférico, exigiu-se da empresa, em compensação, a doação de equipamentos referentes ao controle das emissões de amônia à CETESB, instituição responsável pelo controle da poluição no Estado de São Paulo, que, por sua vez, devem auxiliá-la a prevenir e controlar episódios como aquele.²²

O também promotor Fernando Reverendo Vidal Akaoui²³ opina que a compensação ambiental pode se dar, v.g., pela doação de um veículo ao órgão ambiental (que lhe permitirá intensificar sua ação fiscalizadora),²⁴ pela doação de

²⁰ *A responsabilidade civil ambiental e as formas de reparação do dano ambiental: aspectos teóricos e práticos*, p. 192.

²¹ A compensação como forma de reparação por danos causados ao meio ambiente, p. 203.

²² *Ob. cit.*, p. 285.

²³ Reserva Particular do Patrimônio Natural: considerações acerca da possibilidade de sua instituição em áreas públicas e importância como medida de compensação por danos causados ao meio ambiente, p. 208.

²⁴ A doação de equipamentos básicos e essenciais deve ser estabelecida, como forma de compensação ambiental, com bastante cautela e critério, já que são obrigações mínimas do Poder Público.

uma área vizinha a uma unidade de conservação com o dobro da metragem da que foi degradada, para integração dos ecossistemas, e pela transformação de um imóvel privado em Reserva Particular do Patrimônio Natural (RPPN), "pois, tanto os gastos relativos à compra da área ou destinação de área própria como reserva, como os deveres de manutenção da mesma estarão a cargo do poluidor, desonerando o Estado de manter mais uma Unidade de Conservação, em que pese os atributos existentes naquela área fossem suficientes a ensejar a participação estatal".²⁵

Mesmo estando ajustado que a reparação por equivalente deve consistir em uma compensação ambiental – e não qualquer outro tipo de compensação –, ainda é preciso definir os critérios que estabelecerão o benefício ambiental a ser proporcionado por esse sucedâneo, destacando-se, *prima facie*, dois critérios principais, o *geográfico* e o da *identidade*.

Uma linha doutrinária é da opinião que a compensação ecológica somente poderá ser implementada no mesmo ecossistema e sempre o mais próximo possível do dano causado, usando o critério *geográfico* como definidor da compensação.

Filiado a esta primeira corrente, José Rubens Morato Leite observa que "o valor obtido com a compensação deve ser destinado primordialmente ao local afetado, pois é neste onde ocorrem os impactos negativos à natureza. As medidas compensatórias aplicadas no local afetado beneficiam tanto o meio ambiente como toda a comunidade prejudicada".²⁶

Claramente adepta da segunda corrente, a promotora Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz²⁷ defende que a compensação deve guardar relação com o bem ambiental lesado, mediante a recomposição de um outro bem ambiental semelhante ao degradado, p. ex., o reflorestamento de uma área para compensar o desmatamento de outra, utilizando o critério da *natureza do dano* (ou da *identidade do bem lesado*) como definidor da compensação.

José de Sousa Cunhal Sendim, também partidário do critério da *natureza do dano*, ao definir a compensação ecológica, restringe-a à "*substituição dos bens naturais lesados por outros funcionalmente equivalentes, ainda que situados num local diferente*".²⁸

Do contrário, corremos o risco de ver o particular equipando o Estado, o que beira o irrazoável. Uma sugestão que apresentamos é que a doação de bens e equipamentos (carros, computadores etc.) venha sempre acompanhada de uma ação direta pró-ambiente ou recuperação/reconstituição de área degradada, e não isoladamente, pois, dessa forma, ela seria meramente um *plus* e não o "todo" da compensação.

²⁵ Ibidem, p. 210.

²⁶ *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, p. 215.

²⁷ Ob. cit., p. 285.

²⁸ Ob. cit., p. 51.

De nossa parte, pensamos que a reparação por equivalente deve se dar na área de influência do dano – área em que os efeitos do dano se fazem sentir de forma direta, que pode extravasar para além de um Município ou mesmo de um Estado – e, preferentemente, em um bem de natureza semelhante ao bem danificado.

Assim, entendemos que a conjugação dos critérios *geográfico* e da *identidade do dano* (ou da *natureza do dano*), na escolha do bem ou procedimento a ser adotado como forma de reparação por equivalente, aumenta as chances de mitigação dos efeitos nefastos da lesão e canaliza o benefício para a população diretamente afetada.

4.2.1.3 Reparação pecuniária (ou compensação financeira)

O termo *compensação pecuniária* é pouco empregado pela doutrina, haja vista a preferência pelo termo *indenização*. No entanto, forçoso reconhecer que a indenização é, por óbvio, uma espécie de compensação, uma forma de contrabalançar uma perda patrimonial²⁹ ou extrapatrimonial com uma quantia em dinheiro.

A indenização por danos ambientais consiste no pagamento em dinheiro ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, previsto no art. 13 da Lei 7.347/1985³⁰ e regulado no âmbito federal pela Lei 9.008/1995 (condenações em ações coletivas processadas na Justiça Federal) e no âmbito do Estado de São Paulo, onde é chamado de Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, pela Lei 6.536/1989 (condenações em ações coletivas processadas na Justiça Estadual). Os recursos destinados ao FDDD serão aplicados em bens, projetos e atividades relacionados aos direitos difusos em geral, sejam eles ambientais, do consumidor, da ordem econômica, da ordem urbanística etc.

Nesse sentido, reza o art. 1º, § 3º, da Lei 9.008/1995 que os recursos arrecadados pelo FDDD serão aplicados: (i) na recuperação de bens; (ii) na promoção de eventos educativos e científicos; (iii) na edição de material informativo especificamente relacionado com a natureza da infração ou do dano causado, e (iv) na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas de meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor

²⁹ Analisando mais a fundo, vê-se que, muitas vezes, a indenização de perdas patrimoniais nada mais é do que o retorno à situação financeira anterior, ou seja, a recomposição do patrimônio da vítima, de modo a não se constituir uma forma de compensação mas de recomposição. No caso, por exemplo, de uma colisão de trânsito com avarias no veículo: o pagamento do valor do conserto não se afigura, aqui, uma compensação mas a própria reconstituição do bem, o retorno ao seu estado anterior. Só seria compensação se, além do conserto do automóvel o responsável pagasse um valor específico para compensar a desvalorização decorrente da avaria.

³⁰ “Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.”

artís
outrque
imp
repetóri
mor
feri
e coimp
saçã
raçã
indpela
em
um
bien—
31]
mod
art.
com
pare
blic
siçã
suas
cabe
a aq32
mer
o in-
(Ob
imp
func
de r33
com
te e
e m34
35

artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, ordem econômica e quaisquer outros interesses difusos e coletivos.³¹

É cediço que a reparação *in natura* deve, obrigatoriamente, anteceder qualquer outra medida reparadora, ou, melhor dizendo, compensatória. Apenas na impossibilidade de se valer deste tipo de reparação, é que se poderá invocar a reparação por equivalente ou pecuniária.³²

O ordenamento jurídico brasileiro, todavia, não estabelece de forma peremptória uma ordem de preferência entre a compensação ecológica e a compensação monetária (indenização), mas a razoabilidade tem determinado que aquela é preferível a esta, até porque a primeira está em melhores condições de trazer de volta, e com mais celeridade, o equilíbrio ecológico e a qualidade do meio ambiente.³³

Elida Seguin defende de forma aguerrida esta ordem, dizendo que, diante da impossibilidade de recuperação do ambiente lesado, deve ser buscada a compensação ecológica e "só depois de superadas estas duas possibilidades de recuperação integral do bem ou substituição do bem ambiental é que se pode falar em indenização".³⁴

Fernando Reverendo Vidal Akaoui³⁵ também deixa claro seu posicionamento pela aplicação primeira da reparação por equivalente, seja porque a indenização em dinheiro é, em geral, precedida de uma batalha para verificação do *quantum*, uma vez que os valores ambientais não são de fácil cálculo (a compensação ambiental pode ser, como de fato é com frequência, ajustada extrajudicialmente, sem

³¹ Marcelo Abelha Rodrigues critica a possibilidade de recursos do FDDD serem vertidos para a modernização administrativa dos órgãos públicos, por vislumbrá-la em desacordo com a gênese do art. 13 da LACP (*Ação civil pública e meio ambiente*, p. 316). De fato, não se afigura aceitável que a compensação pecuniária por um dano ambiental se transforme em computadores e veículos. Não parece que a lei esteja a autorizar a modernização da estrutura básica e essencial dos órgãos públicos - esta é uma responsabilidade direta do Estado. A modernização deverá estar ligada à aquisição de equipamentos especificamente relacionados à área de atuação do órgão e à otimização de suas atividades, os quais, apesar disso, são um *plus* ao órgão e não um equipamento básico. Assim, cabe a compra ou montagem de um laboratório de medições da poluição atmosférica, mas não cabe a aquisição de um auditório para a realização de reuniões e palestras.

³² Filipe Augusto Vieira de Andrade e Maria Aparecida Alves Villar Gulin afirmam peremptoriamente que a irrecuperabilidade parcial ou total do meio ambiente adversamente afetado constitui o indispensável pressuposto de procedibilidade, condição *sine qua non*, da compensação ambiental. (Ob. cit., p. 202-203). Na mesma linha, Marcos Destefenni coloca que "a reparação específica é imperativa, só devendo ser substituída por indenização pecuniária ou por compensação se houver fundamento para tanto, lembrando que o único fundamento aceitável é a impossibilidade técnica de restauração ou sua absoluta inviabilidade" (Ob. cit., p. 189).

³³ Se considerarmos que um dos principais objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente é compatibilizar desenvolvimento econômico-social "com preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico" (art. 4º, inc. I, da Lei 6.938/1981), fica nítido que as medidas que mais e melhor protegem estes bens são as preferidas pelo ordenamento jurídico.

³⁴ Ob. cit., p. 407.

³⁵ Ob. cit., p. 208.

os percalços e delongas do processo judicial), seja porque os fundos para os quais o dinheiro é revertido, além de serem, muitas vezes, inoperantes, acabam suportando ações em prol de toda sorte de interesses difusos e não apenas ambientais.

Marcos Destefenni parece compartilhar da opinião dos doutrinadores acima citados, asseverando que a “compensação é uma forma melhor de se reparar o dano ao patrimônio natural, se comparada à indenização”.³⁶

Não podemos deixar de corroborar essa doutrina porque, de fato, a reconstrução imediata de um bem ambiental deteriorado, respeitados os critérios geográfico e da identidade do bem lesado, serve muito mais à coletividade prejudicada do que o pagamento de um valor ao FDDD que, apenas após um certo período de tempo, é que será utilizado em prol do ecossistema e sem garantias de que beneficiará a coletividade diretamente afetada e algum bem da mesma natureza do danificado.

Não estamos, com isso, aniquilando a indenização. De fato, esse entendimento poderia transparecer pelo fato de que, materialmente, sempre caberá reparação por equivalente, o que roubaria o espaço da reparação em dinheiro. Contudo, por falta de previsão legal obrigando a compensação ecológica antes da compensação pecuniária, acreditamos que aquela decorrerá, via de regra, de acordo (judicial ou extrajudicial) entre as partes, *i.e.*, entre Ministério Público ou órgão ambiental e causador do dano. Por consequência, não havendo acordo, seguir-se-á para a decisão judicial, a qual redundará ou na reparação *in natura* ou na indenização, haja vista a dificuldade do magistrado subsidiar uma sentença impondo uma compensação ecológica ao réu.

4.2.2 *Compensação para supressão de Área de Preservação Permanente (APP)*

O Código Florestal de 1965 (Lei 4.771/1965) transformou as “florestas protetoras” do Código de 1934 em “Áreas de Preservação Permanente” – as APPs.

As florestas protetoras eram aquelas que, por sua localização, destinavam-se a conservar o regime das águas, evitar erosão das terras pela ação dos agentes naturais, fixar dunas, auxiliar a defesa das fronteiras, assegurar condições de salubridade pública, proteger sítios em razão de sua beleza e asilar espécimes raros da fauna indígena.³⁷

De igual forma, a vegetação das Áreas de Preservação Permanente objetivam, precipuamente, a proteção do solo e dos corpos d’água, estando essa sua razão de ser muito bem explicada na Exposição de Motivos do Ministro da Agricultura para o anteprojeto de lei do atual Código Florestal:

³⁶ Ob. cit., p. 192.

³⁷ Art. 4º do Decreto 23.793/1934.

“Assim como certas matas seguram pedras que ameaçam rolar, outras protegem fontes que poderiam secar, outras conservam o calado de um rio que poderia deixar de ser navegável, etc. São restrições impostas pela própria natureza ao uso da terra, ditadas pelo bem estar social. Raciocinando desse modo os legisladores florestais do mundo inteiro vêm limitando o uso da terra sem cogitar de qualquer desapropriação para impor essas restrições ao uso. Fixam-na em suas leis, como um vínculo imposto pela natureza e que a lei nada mais faz do que declará-lo inexistente. A função protetora da floresta não é restrição indenizável, mas decorrência da própria natureza que preparou terras mais úteis e outras menos.”³⁸

O Código Florestal vigente define a Área de Preservação Permanente como

“área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas” (art. 1º, § 2º, inc. II, com a redação dada pela Medida Provisória 2.166-672001).

As APPs podem ser *legais* (*ope legis*, criadas pela própria lei) ou *administrativas* (criadas por ato do Executivo).

As APPs constituídas por força de lei são as áreas previstas no art. 2º do Código Florestal, localizadas ora às margens ou ao redor dos corpos d’água, ora em topos de morro, montes, montanhas e serras, ora nas encostas, ora nas restingas, ora, ainda, em áreas de alta declividade ou altitude.³⁹ Pelo caráter generalizante

³⁸ Nessa mesma linha, o engenheiro florestal Sérgio Ahrens comenta que, ao proteger as florestas naturais existentes no território nacional, o Código Florestal “também protege os solos (contra a erosão) e as águas das nascentes, cursos d’água, lagos e lagoas (contra o assoreamento com sedimentos resultantes da erosão). Por esse motivo foi estabelecida, por lei, a figura das ‘Florestas e demais formas de vegetação natural de Preservação Permanente’ e que devem estar localizadas em locais denominados Áreas de Preservação Permanente (APP’s)”. (Sobre o manejo florestal sustentável de uso múltiplo: proteger a fauna para conservar as florestas, p. 3. Disponível em: <<http://amda.org.br/assets/files/manejoflorestalsustentavel.doc>>. Acesso em: 20 abr. 2008).

³⁹ “Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:

- 1 – de 30 (trinta) metros para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura;
- 2 – de 50 (cinquenta) metros para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;
- 3 – de 100 (cem) metros para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;
- 4 – de 200 (duzentos) metros para os cursos d’água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

do art. 2º, tem-se que em qualquer lugar do território nacional onde houver tais acidentes geográficos, haverá uma área de APP, independentemente de qualquer ato declaratório específico do Poder Público. Já as APPs constituídas por ato do Executivo são as áreas que, enquadradas em alguma das hipóteses indicadas no art. 3º do Código Florestal, adquirem este *status* por ato do Presidente da República, dos Governadores dos Estados ou dos Prefeitos municipais.⁴⁰

Pelas relevantes funções que cumprem, as Áreas de Preservação Permanente devem estar permanentemente recobertas de vegetação. Daí por que a lei é tão contundente em impedir a supressão da mata que as recobre, excepcionando apenas as situações de utilidade pública e interesse social, tal como definidas pelo Código Florestal (com a redação dada pela Medida Provisória 2.166-67, de 24 de agosto de 2001) e pela Resolução CONAMA 369/2006,⁴¹ e a supressão eventual e de baixo impacto ambiental.⁴²

Por **utilidade pública** deve-se entender, nos termos do art. 1º, § 2º, inc. IV do Código Florestal e art. 2º, inc. I, da Resolução CONAMA 369/2006: (a) atividades de segurança nacional e proteção sanitária; (b) obras essenciais de infra-

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

- b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;
- c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados 'olhos d'água', qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura;
- d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;
- e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45º, equivalente a 100% na linha de maior declive;
- f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;
- g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;
- h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação."

⁴⁰ "Art. 3º Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas:

- a) a atenuar a erosão das terras;
- b) a fixar as dunas;
- c) a formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;
- d) a auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares;
- e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico;
- f) a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção;
- g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas;
- h) a assegurar condições de bem-estar público."

⁴¹ Esta resolução foi editada com o objetivo de disciplinar os casos excepcionais de utilidade pública, interesse social e baixo impacto ambiental, possibilitadores da intervenção ou supressão de vegetação em APP.

⁴² Não se aplicam aqui as hipóteses de utilidade pública descritas no Decreto-lei 3.365/1941 nem as hipóteses de interesse social previstas na Lei 4.132/1962, as quais só podem ser invocadas para justificar a desapropriação de imóveis públicos e privados.

houver tais
le qualquer
por ato do
dicadas no
e da Repú.

ermanente
a lei é tão
pcionando
definidas
166-67, de
supressão

2º, inc. IV
: (a) ativi-
s de infra-

a 600 (seis-

se seja a sua

% na linha

faixa nunca

ação."

las por ato

utilidade
supressão

1941 nem
adas para

estrutura destinadas aos serviços públicos de transporte, saneamento e energia; (c) atividades de pesquisa e extração de substâncias minerais, outorgadas pela autoridade competente, exceto areia, argila, saibro e cascalho; (d) implantação de área verde pública em área urbana; (e) pesquisa arqueológica; (f) obras públicas para implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e de efluentes tratados; (g) implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e de efluentes tratados para projetos privados de aquicultura, desde que não exceda a 5% (cinco por cento) da APP impactada localizada na posse ou propriedade, obedeça aos critérios e requisitos previstos e não comprometa a função ecológica da área; e (h) demais obras, planos, atividades ou projetos previstos em resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA).

Por **interesse social**, deve-se entender, consoante o art. 1º, § 2º, inc. V do Código Florestal e o art. 2º, inc. II da Resolução CONAMA 369/2006: (a) atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa, tais como: prevenção, combate e controle do fogo, controle da erosão, erradicação de invasoras e proteção de plantios com espécies nativas, conforme resolução do CONAMA; (b) atividades de manejo agroflorestal ambientalmente sustentável praticadas na pequena propriedade ou posse rural familiar, que não descaracterizem a cobertura vegetal nativa ou impeçam sua recuperação e não prejudiquem a função ambiental da área; (c) regularização fundiária sustentável de área urbana; (d) atividades de pesquisa e extração de areia, argila, saibro e cascalho, outorgadas pela autoridade competente; e (e) demais obras, planos, atividades ou projetos definidos em resolução do CONAMA.

Por **supressão eventual e de baixo impacto ambiental** deve-se entender, conforme estabelecido pelo art. 11 da Resolução CONAMA 369/2006: (a) abertura de pequenas vias de acesso interno e suas pontes e pontilhões, quando necessárias à travessia de um curso de água, ou à retirada de produtos oriundos das atividades de manejo agroflorestal sustentável praticado na pequena propriedade ou posse rural familiar; (b) implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e efluentes tratados, desde que comprovada a outorga do direito de uso da água, quando couber; (c) implantação de corredor de acesso de pessoas e animais para obtenção de água; (d) implantação de trilhas para desenvolvimento de ecoturismo; (e) construção de rampa de lançamento de barcos e pequeno ancoradouro; (f) construção de moradia de agricultores familiares, remanescentes de comunidades quilombolas e outras populações extrativistas e tradicionais em áreas rurais da região amazônica ou do Pantanal, onde o abastecimento de água se dê pelo esforço próprio dos moradores; (g) construção e manutenção de cercas de divisa de propriedades; (h) pesquisa científica, desde que não interfira com as condições ecológicas da área, nem enseje qualquer tipo de exploração econômica direta, respeitados outros requisitos previstos na legislação aplicável; (i) coleta de produtos não madeireiros para fins de subsistência e produção de mudas, como sementes, castanhas e frutos, desde que eventual e respeitada a legislação específica a respeito do acesso a recursos genéticos;

(j) plantio de espécies nativas produtoras de frutos, sementes, castanhas e outros produtos vegetais em áreas alteradas, plantados junto ou de modo misto; (k) outras ações ou atividades similares, reconhecidas como eventual e de baixo impacto ambiental pelo Conselho Estadual de Meio Ambiente.⁴³

Além de condicionar a supressão da vegetação das APPs às hipóteses de utilidade pública e interesse social ou, ainda, ao corte eventual e de baixo impacto ambiental, o Código Florestal exige, nos dois primeiros casos (utilidade pública e interesse social), a demonstração de inexistência de alternativa técnica e locacional^{44, 45} e a adoção de medidas mitigadoras e compensatórias – isso sem contar algumas novas exigências, veiculadas pela Resolução CONAMA 369/2006, a saber: atendimento às condições e padrões aplicáveis aos corpos d'água, averbação de Reserva Legal, inexistência de risco de agravamento de processos como enchentes, erosão ou movimentos adicionais de massa rochosa (art. 3º) e, no caso de supressão de baixo impacto ambiental, limitação da área a ser suprimida a 5% (cinco por cento) da APP impactada, localizada na posse ou propriedade (art. 11, § 2º), a qual não poderá comprometer as funções ambientais destes espaços, especialmente: (a) a estabilidade das encostas e margens dos corpos de água; (b) os corredores de fauna; (c) a drenagem e os cursos de água intermitentes; (d) a manutenção da biota; (e) a regeneração e a manutenção da vegetação nativa; e (f) a qualidade das águas (art. 11, § 1º).

Sobre a necessidade da adoção de medidas compensatórias para supressão de vegetação em APP, reza o Código Florestal:

“Art. 4º A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.

[...]

⁴³ Antes mesmo da edição da Resolução CONAMA 369/2006, o Estado de São Paulo já previa as situações de baixo impacto ambiental, no Decreto 49.566/2005.

⁴⁴ Paulo Affonso Leme Machado não hesita em afirmar que o interessado deve provar a não existência de outras alternativas para o projeto, “pois sem essa prova o pedido obrigatoriamente deverá ser indeferido.” (*Direito ambiental brasileiro*, p. 726).

⁴⁵ Mesmo não o dizendo claramente, o *caput* do art. 4º do Código Florestal deixa subentendido que a demonstração de inexistência de alternativa técnica e locacional para o empreendimento proposto em APP é exigível apenas para supressão justificada pela utilidade pública ou pelo interesse social. A Resolução CONAMA 369/2006, procurando dar mais clareza a essa disposição, dispõe que referida demonstração não é obrigatória nas hipóteses de supressão de baixo impacto ambiental, cabendo ao órgão exigi-la caso a caso. Eis o teor do § 3º do art. 11: “O órgão ambiental competente poderá exigir, quando entender necessário, que o requerente comprove, mediante estudos técnicos, a inexistência de alternativa técnica e locacional à intervenção ou supressão proposta.”

§ 3º O órgão ambiental competente poderá autorizar a supressão eventual e de baixo impacto ambiental, assim definido em regulamento, da vegetação em área de preservação permanente.

§ 4º O órgão ambiental competente indicará, previamente à emissão da autorização para a supressão de vegetação em área de preservação permanente, as medidas mitigadoras e compensatórias que deverão ser adotadas pelo empreendedor” (redação dada pela Medida Provisória 2.166-67, de 24 de agosto de 2001).

É certo, portanto, que se a supressão da vegetação das APPs for absolutamente necessária, ela será autorizada pelo órgão ambiental competente⁴⁶ – é um ônus que a coletividade terá que suportar. Contudo, o ônus terá que ser o menor possível (por meio das medidas mitigadoras) e, demais disso, terá que ser compensado de alguma forma (por meio das medidas compensatórias) – já que a retirada (de parte) dessa vegetação faz presumir um dano ambiental,⁴⁷ passível de reparação. Aliás, em nosso entender, a lei estabeleceu, *in casu*, uma presunção absoluta de dano ambiental, pois não abriu espaço algum para o proprietário/possuidor da área demonstrar a desnecessidade ou o descabimento da medida compensatória. Havendo supressão, haverá obrigatoriamente a compensação.

Se o Código Florestal foi claro sobre o condicionamento da supressão de vegetação de APP à adoção, dentre outras, de medidas compensatórias, não foi ex-

⁴⁶ A despeito da APP ser, nos termos do art. 225, § 1º, inc. II, da CF, uma espécie de espaço territorial especialmente protegido e deste dispositivo constitucional exigir lei em sentido formal para a supressão e alteração de espaço com esta qualificação, entendemos que a autorização para corte da vegetação de preservação permanente pode se dar na esfera administrativa, independentemente de lei específica. Em nosso sentir, lei será exigida para a supressão do espaço em si e não de exemplares arbóreos existentes no espaço. Nesse sentido já se manifestou o STF, no âmbito da ADI 3540, promovida pelo Procurador-Geral da República, com vistas à suspensão do art. 4º do Código Florestal que, por seu turno, concede ao órgão ambiental a prerrogativa de autorizar o corte em APP. Em julho de 2005, o então Presidente do STF, Ministro Nelson Jobim, concedeu liminar para suspender os efeitos do dispositivo legal mencionado mas em setembro do mesmo ano, o Plenário, por maioria de votos, não ratificou a liminar, sob o seguinte argumento: “Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. É lícito ao Poder Público – qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) – autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III)” O processo ainda aguarda o julgamento final.

⁴⁷ Segundo Annelise Monteiro Steigleder, “a utilização das áreas de preservação permanente tem caráter extremamente excepcional, presumindo-se o dano ambiental daí decorrente, já que as funções biológicas desempenhadas por tais espaços territoriais serão, inafastavelmente, comprometidas” (Medidas compensatórias e a intervenção em áreas de preservação permanente, p. 4).

plícito sobre a modalidade e especificidade de tais medidas, deixando uma ampla discricionariedade ao órgão ambiental quando da sua fixação no caso concreto.

A Resolução CONAMA 369/2006 buscou suprir esse silêncio, estabelecendo, em seu art. 5º, § 2º:

“As medidas de caráter compensatório de que trata este artigo consistem na efetiva recuperação ou recomposição de APP e deverão ocorrer na mesma sub-bacia hidrográfica, e prioritariamente:

I – na área de influência do empreendimento, ou

II – nas cabeceiras dos rios.”

Esta norma delimita, então, a medida compensatória a ser imposta pelo órgão ambiental ao sujeito interessado na supressão de vegetação de preservação permanente (e, portanto, causador de um dano ambiental presumido): ela deve consistir na recuperação de uma outra área de preservação permanente, localizada na mesma sub-bacia hidrográfica e, preferencialmente, na área de influência do projeto ou nas cabeceiras dos rios.

Em nosso sentir, agiu bem a Resolução CONAMA 369/2006 ao tirar a vagueza do Código Florestal e restringir a compensação a um recurso ambiental da mesma natureza daquele que sofreu o prejuízo (critério da *identidade* ou da *natureza* do dano, explorado por nós no tópico 4.2.1.2). Em outras palavras, o dano causado a uma APP será compensado por uma iniciativa em prol de uma, também, APP. E também agiu bem ao aproximar geograficamente a medida compensatória da área do dano, determinando que a recuperação de uma outra APP se dê na mesma sub-bacia hidrográfica. Com isso, a comunidade sobre a qual a supressão da APP repercutirá de forma direta é a mesma que será recompensada pela perda.

Com tudo quanto foi dito sobre a compensação para supressão de vegetação localizada em APP, exsurge evidente que esta constitui um tipo específico de compensação, no Direito Ambiental, não coincidente, porém, com a compensação ambiental objeto deste trabalho, regulada pela Lei do SNUC.

4.2.3 Compensação de Reserva Legal

Na definição dada pelo Código Florestal, Reserva Legal é a

“área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas” (art. 1º, § 2º, inc. III, com a redação dada pela Medida Provisória 2.166-67/2001).

Cuida-se, em verdade, de uma parte do imóvel rural, que pode variar de 20% a 80% da propriedade, conforme a região em que estiver localizado, que deve ser averbada no registro do imóvel e, então, colocada sob um regime especial, que impede seja a vegetação submetida a corte raso,⁴⁸ embora possa ser objeto de exploração econômica sob a forma de manejo florestal sustentável e de quaisquer outros usos que não impliquem a supressão total da cobertura vegetal da área.⁴⁹

⁴⁸ A definição de corte raso dado pela Portaria Normativa do (extinto) IBDF 302/84 é usada até hoje. Trata-se do "tipo de corte em que são derrubadas todas as árvores ou de parte ou de todo um povoamento florestal, deixando o terreno momentaneamente livre da cobertura arbórea".

⁴⁹ Sobre a Reserva Legal, dispõe o art. 16 do Código Florestal, com redação dada pela Medida Provisória 2.166-67/2001: "As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo:

I - oitenta por cento, na propriedade rural situada em área de floresta localizada na Amazônia Legal;

II - trinta e cinco por cento, na propriedade rural situada em área de cerrado localizada na Amazônia Legal, sendo no mínimo vinte por cento na propriedade e quinze por cento na forma de compensação em outra área, desde que esteja localizada na mesma microbacia, e seja averbada nos termos do § 7º deste artigo;

III - vinte por cento, na propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizada nas demais regiões do País; e

IV - vinte por cento, na propriedade rural em área de campos gerais localizada em qualquer região do País.

§ 1º O percentual de reserva legal na propriedade situada em área de floresta e cerrado será definido considerando separadamente os índices contidos nos incisos I e II deste artigo.

§ 2º A vegetação da reserva legal não pode ser suprimida, podendo apenas ser utilizada sob regime de manejo florestal sustentável, de acordo com princípios e critérios técnicos e científicos estabelecidos no regulamento, ressalvadas as hipóteses previstas no § 3º deste artigo, sem prejuízo das demais legislações específicas.

§ 3º Para cumprimento da manutenção ou compensação da área de reserva legal em pequena propriedade ou posse rural familiar, podem ser computados os plantios de árvores frutíferas ornamentais ou industriais, compostos por espécies exóticas, cultivadas em sistema intercalar ou em consórcio com espécies nativas.

§ 4º A localização da reserva legal deve ser aprovada pelo órgão ambiental estadual competente ou, mediante convênio, pelo órgão ambiental municipal ou outra instituição devidamente habilitada, devendo ser considerados, no processo de aprovação, a função social da propriedade, e os seguintes critérios e instrumentos, quando houver:

I - o plano de bacia hidrográfica;

II - o plano diretor municipal;

III - o zoneamento ecológico-econômico;

IV - outras categorias de zoneamento ambiental; e

V - a proximidade com outra Reserva Legal, Área de Preservação Permanente, unidade de conservação ou outra área legalmente protegida.

[...]

§ 6º Será admitido, pelo órgão ambiental competente, o cômputo das áreas relativas à vegetação nativa existente em área de preservação permanente no cálculo do percentual de reserva legal,

a ampla
creto.
ecendo,
nsistem
rrer na

elo ór-
rvação
a deve
caliza-
uência

a va-
iental
ou da
ras, o
uma,
i com-
a APP
qual a
nsada

tação
com-
sação

exce-
dos
icos,
flora
sória

Para as propriedades sem Reserva Legal, o comando legal original era no sentido de determinar aos proprietários o reflorestamento da área correspondente, ao longo de 30 (trinta) anos, à razão de 1/30 por ano.⁵⁰

Ante a dificuldade de implementar medida deste jaez, em virtude de uma altíssima resistência dos proprietários rurais, aliada à tímida fiscalização pelos órgãos ambientais, o Código Florestal acabou sofrendo uma flexibilização para prever a compensação de Reserva Legal por outras áreas com vegetação nativa, nas hipóteses em que a restauração da área no próprio imóvel seja inviável ou muito difícil.

A flexibilização foi introduzida no ordenamento jurídico pela Medida Provisória 1.605-30/1998⁵¹ e aperfeiçoada, posteriormente, pela sua sucessora Medida Provisória 2.166-67/2001,⁵² que alterou o art. 44 do Código Florestal, nos termos que seguem:

desde que não implique em conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo, e quando a soma da vegetação nativa em área de preservação permanente e reserva legal exceder a:

- I – oitenta por cento da propriedade rural localizada na Amazônia Legal;
- II – cinquenta por cento da propriedade rural localizada nas demais regiões do País; e
- III – vinte e cinco por cento da pequena propriedade definida pelas alíneas 'b' e 'c' do inciso I do § 2º do art. 1º.

§ 7º O regime de uso da área de preservação permanente não se altera na hipótese prevista no § 6º.

§ 8º A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código.

[...]

§ 11. Poderá ser instituída reserva legal em regime de condomínio entre mais de uma propriedade, respeitado o percentual legal em relação a cada imóvel, mediante a aprovação do órgão ambiental estadual competente e as devidas averbações referentes a todos os imóveis envolvidos.”

⁵⁰ Essa era a disposição da Lei 8.171/1991, a Lei da Política Agrícola: “Art. 99. A partir do ano seguinte ao de promulgação desta lei, obriga-se o proprietário rural, quando for o caso, a recompor em sua propriedade a Reserva Florestal Legal, prevista na Lei nº 4.771, de 1965, com a nova redação dada pela Lei nº 7.803, de 1989, mediante o plantio, em cada ano, de pelo menos um trinta avos da área total para complementar a referida Reserva Florestal Legal (RFL) [...]; § 2º O reflorestamento de que trata o caput deste artigo será efetuado mediante normas que serão aprovadas pelo órgão gestor da matéria.”

⁵¹ Nesta Medida Provisória, a compensação era menos abrangente: “Art. 44, § 4º. Em se tratando de reserva legal a ser instituída em áreas já comprometidas por usos alternativos do solo, o proprietário poderá optar, mediante aprovação do órgão federal de meio ambiente, pela sua compensação por outras áreas, desde que pertençam aos mesmos ecossistemas, estejam localizadas dentro do mesmo Estado e sejam de importância ecológica igual ou superior a da área compensada.”

⁵² Não é por outra razão que José Heder Benatti e Liana da Silva Rodrigues afirmam que “a ideia da compensação parte do pressuposto de que a recuperação da cobertura vegetal da propriedade desprovida de Reserva Legal pode ter um custo muito alto, conseqüentemente, é mais prudente estimular a proteção florestal de áreas que ainda possuem tal vegetação” (Cobertura vegetal na propriedade privada e o conceito da redução compensada, p. 128).

“Art. 44. O proprietário ou possuidor de imóvel rural com área de floresta nativa, natural, primitiva ou regenerada ou outra forma de vegetação nativa em extensão inferior ao estabelecido nos incisos I, II, III e IV do art. 16, ressalvado o disposto nos seus §§ 5º e 6º, deve adotar as seguintes alternativas, isoladas ou conjuntamente:

I – recompor a reserva legal de sua propriedade mediante o plantio, a cada três anos, de no mínimo 1/10 da área total necessária à sua complementação, com espécies nativas, de acordo com critérios estabelecidos pelo órgão ambiental estadual competente;

II – conduzir a regeneração natural da reserva legal; e

III – compensar a reserva legal por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia, conforme critérios estabelecidos em regulamento.

[...]

§ 4º Na impossibilidade de compensação da reserva legal dentro da mesma microbacia hidrográfica, deve o órgão ambiental estadual competente aplicar o critério de maior proximidade possível entre a propriedade desprovida de reserva legal e a área escolhida para compensação, desde que na mesma bacia hidrográfica e no mesmo Estado, atendido, quando houver, o respectivo Plano de Bacia Hidrográfica, e respeitadas as demais condicionantes estabelecidas no inciso III.

§ 5º A compensação de que trata o inciso III deste artigo, deverá ser submetida à aprovação pelo órgão ambiental estadual competente [...]”.

À vista dos transcritos dispositivos legais, a compensação de Reserva Legal pode ser definida como a implantação da Reserva Legal fora da propriedade do sujeito da obrigação – benefício concedido apenas aos proprietários que comprovem não ter suprimido vegetação nativa de sua propriedade, sem autorização do órgão competente, após 14 de dezembro de 1998, conforme preceitua o art. 44-C do Código Florestal.⁵³

Além da compensação de Reserva Legal mediante a aquisição de outra área, com a mesma extensão, no mesmo ecossistema, na mesma microbacia ou, em situações extremas, na mesma bacia hidrográfica (área essa que será averbada na matrícula do imóvel como Reserva Legal), a Medida Provisória instituiu três outras formas de compensação: uma mediante a aquisição, pelo proprietário, e posterior doação, ao Poder Público, de área inserida em unidades de conservação

⁵³ “Art. 44-C. O proprietário ou possuidor que, a partir da vigência da Medida Provisória nº 1.736-31, de 14 de dezembro de 1998, suprimiu, total ou parcialmente florestas ou demais formas de vegetação nativa, situadas no interior de sua propriedade ou posse, sem as devidas autorizações exigidas por Lei, não pode fazer uso dos benefícios previstos no inciso III do art. 44.”

localizadas no mesmo ecossistema e mesma microbacia que, de acordo com a Lei 9.985/2000 (Lei do SNUC), devam ser criadas em áreas públicas ou, se criadas em áreas privadas, devam ser desapropriadas (seu objetivo, a toda evidência, é auxiliar a política de regularização fundiária das unidades de conservação), outra mediante o arrendamento de áreas de terceiros, por estes colocadas, voluntariamente, sob regime de *servidão florestal* ou de *reserva legal* (além do percentual exigido por lei) e a terceira pela aquisição, pelo proprietário, de títulos representativos de Reserva Legal – chamados Cotas de Reserva Florestal (CRF) – emitidos para as áreas de florestas colocadas sob regime de *servidão florestal* pelos respectivos proprietários, áreas essas não coincidentes com a Reserva Legal obrigatória ou com as Áreas de Preservação Permanente.

A primeira dessas medidas vem prevista no art. 44, § 6º, do Código Florestal:

“Art. 44, § 6º O proprietário rural poderá ser desonerado das obrigações previstas neste artigo, mediante a doação ao órgão ambiental competente de área localizada no interior de unidade de conservação de domínio público, pendente de regularização fundiária, respeitados os critérios previstos no inciso III do *caput* deste artigo” (redação dada pela Lei 11.428/2006).⁵⁴

A segunda e a terceira medidas vêm detalhadas no § 5º do art. 44 e nos arts. 44-A e 44-B, do mesmo diploma legal:

“Art. 44, § 5º A compensação de que trata o inciso III deste artigo, deverá ser submetida à aprovação pelo órgão ambiental estadual competente, e pode ser implementada mediante o arrendamento de área sob regime de *servidão florestal* ou *reserva legal*, ou aquisição de cotas de que trata o art. 44-B.”

“Art. 44-A. O proprietário rural poderá instituir *servidão florestal*, mediante a qual voluntariamente renuncia, em caráter permanente ou temporário, a direitos de supressão ou exploração da vegetação nativa, localizada fora da *reserva legal* e da área com vegetação de preservação permanente.

§ 1º A limitação ao uso da vegetação da área sob regime de *servidão florestal* deve ser, no mínimo, a mesma estabelecida para a Reserva Legal.

§ 2º A *servidão florestal* deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, após anuência do órgão ambiental estadual competente, sendo vedada, durante o prazo de

⁵⁴ A redação original previa a desoneração do proprietário pelo período de 30 (trinta) anos e permitia que as áreas doadas ao Poder Público estivessem inseridas, também, em algumas unidades de conservação de uso sustentável, desde que as mesmas devessem pertencer ao domínio público: “O proprietário rural poderá ser desonerado das obrigações previstas neste artigo, mediante a doação ao órgão ambiental competente, de área localizada no interior de Parque Nacional ou Estadual, Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva Biológica ou Estação Ecológica pendente de regularização fundiária, respeitados os critérios previstos no inciso III deste artigo.”

sua vigência, a alteração da destinação da área, nos casos de transmissão a qualquer título, de desmembramento ou de retificação dos limites da propriedade.”

“Art. 44-B. Fica instituída a Cota de Reserva Florestal – CRF, título representativo de vegetação nativa sob regime de servidão florestal, de Reserva Particular do Patrimônio Natural ou reserva legal instituída voluntariamente sobre a vegetação que exceder os percentuais estabelecidos no art. 16 deste Código.

Parágrafo único. A regulamentação deste Código disporá sobre as características, natureza e prazo de validade do título de que trata este artigo, assim como os mecanismos que assegurem ao seu adquirente a existência e a conservação da vegetação objeto do título.”

Para que o proprietário consiga compensar a Reserva Legal faltante em sua propriedade pelos dois mecanismos acima citados, é preciso que algum outro proprietário institua servidão florestal em seu imóvel, em áreas livres de ônus florestais (excluídas, portanto, as APPs e a Reserva Legal obrigatória), ou aumente a sua Reserva Legal obrigatória, e, em seguida, arrende a área da servidão ou o excedente da Reserva Legal ou emita Cotas de Reserva Florestal para venda. Em suma, a compensação, aqui, sempre dependerá da iniciativa de um terceiro.

As quatro modalidades de compensação de Reserva Legal acima destacadas têm uma finalidade muito próxima da compensação ambiental tratada na Lei 9.985/2000 mas, como se verá adiante, cada uma delas tem sua exigibilidade vinculada a fatos diversos.

4.2.4 Compensação para corte e supressão de vegetação do Bioma Mata Atlântica

Seguindo a linha do Código Florestal, na passagem que disciplina a supressão de vegetação das APPs, a Lei 11.428/2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, exige uma compensação como condição para seu corte e supressão, na forma descrita no art. 17, *in verbis*:

“Art. 17. O corte ou a supressão de vegetação primária ou secundária nos estágios médio ou avançado de regeneração do Bioma Mata Atlântica, autorizados por esta Lei, ficam condicionados à compensação ambiental, na forma da destinação de área equivalente à extensão da área desmatada,⁵⁵

⁵⁵ Muito tempo ficamos a nos perguntar o que quer dizer “destinar área equivalente à extensão da área desmatada”. Destinar para quê? Para quem? Nossa sensação sempre foi de que o desejo da lei era (ou só poderia ser) destinar uma área a uma proteção especial, impassível de corte, enfim, a um novo *status* de preservação. Do contrário, a tal da “destinação” não traria benefícios para compensar a perda. Quer nos parecer que o Decreto 6.660/2008 tentou elucidar a questão, afirmando:

com as mesmas características ecológicas, na mesma bacia hidrográfica, sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica, e, nos casos previstos nos arts. 30 e 31, ambos desta Lei,⁵⁶ em áreas localizadas no mesmo Município ou região metropolitana.

§ 1º Verificada pelo órgão ambiental a impossibilidade da compensação ambiental prevista no *caput* deste artigo, será exigida a reposição florestal, com espécies nativas, em área equivalente à desmatada, na mesma bacia hidrográfica, sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica.

§ 2º A compensação ambiental a que se refere este artigo não se aplica aos casos previstos no inciso III do art. 23 desta Lei⁵⁷ ou de corte ou supressão ilegais.”

“Art. 32. A supressão de vegetação secundária em estágio avançado e médio de regeneração para fins de atividades minerárias somente será admitida mediante:

I – licenciamento ambiental, condicionado à apresentação de Estudo Prévio de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA, pelo empreendedor, e desde que demonstrada a inexistência de alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto;

II – adoção de *medida compensatória* que inclua a recuperação de área equivalente à área do empreendimento,⁵⁸ com as mesmas características ecológicas, na mesma bacia hidrográfica e sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica, *independentemente do disposto no art. 36 da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000.*”⁵⁹

“A área destinada na forma de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 26, poderá constituir Reserva Particular do Patrimônio Natural, nos termos do art. 21 da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, ou servidão florestal em caráter permanente conforme previsto no art. 44-A da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965 – Código Florestal.” Melhorou sobremaneira, mas ainda acreditamos que uma afirmação mais segura e direcionada espantaria-dúvidas como a ora esposada, no sentido de dizer que a destinação de área deve/só pode se dar sob uma das duas formas registradas na norma: RPPN ou servidão florestal. O termo empregado (*podará*) ainda passa uma ideia de alternativa e não de obrigação.

⁵⁶ Referidos dispositivos cuidam da supressão de mata atlântica para fins de loteamento e edificação nas regiões metropolitanas e áreas urbanas.

⁵⁷ Este dispositivo permite o corte, a supressão e a exploração de vegetação secundária em estágio médio de regeneração pelo pequeno produtor rural e populações tradicionais para o exercício de atividades ou usos agrícolas, pecuários ou silviculturais imprescindíveis à sua subsistência e de sua família, ressalvadas as áreas de preservação permanente e, quando for o caso, após averbação da reserva legal, nos termos do Código Florestal.

⁵⁸ Parece-nos aqui que o legislador obrou em erro ao se referir à “área do empreendimento”, dado que o correto seria referir-se à “área desmatada”. Isso porque a área do empreendimento pode ser maior do que a área de Mata Atlântica suprimida.

⁵⁹ Detalharemos melhor este aspecto no tópico 5.9.

Cumprе informar que o Decreto 6.660/2008, que regulamenta a Lei 11.428/2006, instituiu uma nova modalidade de compensação ambiental para supressão de Mata Atlântica – decreto inspirado pelo Código Florestal, que a criou primeiramente, no intuito de compensar a ausência de Reserva Legal de propriedades rurais. Trata-se da doação, ao Poder Público, de área equivalente (em tamanho) no interior de unidade de conservação de domínio público, pendente de regularização fundiária, localizada na mesma bacia hidrográfica, no mesmo Estado e, sempre que possível, na mesma microbacia hidrográfica (art. 26, inc. II).

Aqui também se opera uma presunção de dano ambiental por conta da supressão de vegetação pertencente ao bioma Mata Atlântica, já tão dizimado pelas atividades econômicas e sociais, desde o longínquo período do descobrimento.⁶⁰

Os esforços da lei, em realidade, são para evitar supressão de Mata Atlântica, diminuindo as hipóteses legais autorizadoras da prática.⁶¹ Contudo, quando

⁶⁰ O *Atlas dos remanescentes florestais da Mata Atlântica*, fruto de uma parceria firmada entre a Fundação SOS Pró-Mata Atlântica e o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), vem, desde 1990, acompanhando a evolução do desmatamento e recuperação do Bioma Mata Atlântica. De acordo com este estudo, restam cerca de 7% da extensão original de Mata Atlântica no território nacional. Disponível em: <<http://www.sosma.org.br/index.php?section=project&action=listProjects>>. Acesso em: 15 fev. 2007.

⁶¹ A Lei da Mata Atlântica estabelece que “os novos empreendimentos que impliquem o corte ou a supressão de vegetação do Bioma Mata Atlântica deverão ser implantados preferencialmente em áreas já substancialmente alteradas ou degradadas” (art. 12), sendo que o corte e a supressão de **vegetação primária** somente serão autorizados em caráter excepcional, quando necessários à realização de obras, projetos ou atividades de utilidade pública, pesquisas científicas e práticas preservacionistas, mediante apresentação de EPIA/RIMA (art. 20); o corte, a supressão e a exploração da **vegetação secundária em estágio avançado** de regeneração somente serão autorizados em caráter excepcional, quando necessários à execução de obras, atividades ou projetos de utilidade pública, pesquisa científica e práticas preservacionistas (art. 21), quando necessários para o desenvolvimento de atividades minerárias, sempre que demonstrada a inexistência de alternativa técnica e locacional (art. 32) e, também, nos perímetros urbanos aprovados até a data de início de vigência da Lei, a qual somente será admitida, para fins de loteamento ou edificação, no caso de empreendimentos que garantam a preservação de vegetação nativa em estágio avançado de regeneração em no mínimo 50% (cinquenta por cento) da área total coberta por esta vegetação e atendido o disposto no Plano Diretor do Município e demais normas urbanísticas e ambientais aplicáveis (art. 21 e 30, inc. I); o corte, a supressão e a exploração da **vegetação secundária em estágio médio de regeneração** somente serão autorizados em caráter excepcional, quando necessários à execução de obras, atividades ou projetos de utilidade pública ou de interesse social, pesquisa científica e práticas preservacionistas, quando necessários ao pequeno produtor rural e populações tradicionais para o exercício de atividades ou usos agrícolas, pecuários ou silviculturais imprescindíveis à sua subsistência e de sua família, ressalvadas as áreas de preservação permanente e, quando for o caso, após averbação da reserva legal, nos termos do Código Florestal (art. 23), quando necessários para o desenvolvimento de atividades minerárias, sempre que demonstrada a inexistência de alternativa técnica e locacional (art. 32) e também para fins de loteamento ou edificação, sendo que nos perímetros urbanos aprovados até a data de início de vigência da Lei, os empreendimentos deverão garantir a preservação de vegetação nativa em estágio médio de regeneração em no mínimo 30% (trinta por cento) da área total coberta por esta vegetação e nos perímetros urbanos delimitados após a data de início de vigência da Lei, os empreendimentos deverão garantir a manutenção de ve-

bacia hidrográfica,
e, nos casos pre-
vizadas no mesmo

da compensação
posição florestal,
na mesma bacia
hidrográfica.

ção se aplica aos
rte ou supressão

avançado e mé-
ente será admi-

de Estudo Pré-
l – EIA/RIMA,
de alternativa

ação de área
aracterísticas
el na mesma
36 da Lei n.º

stituir Reserva
ulho de 2000,
º 4.771, de 15
mos que uma
tido de dizer
norma: RPPN
iva e não de

ento e edifi-

ria em está-
o exercício
tência e de
averbação

nto”, dado
o pode ser

necessária a supressão, a compensação se faz obrigatória, independentemente de qualquer comprovação de desequilíbrio ambiental efetivo. O dano, repita-se, é presumido.

Demais disso, a compensação obrigatória mediante destinação (*rectius* = preservação) ou recuperação de área em extensão equivalente impede que ocorra uma redução da cobertura vegetal do bioma. Os metros quadrados ou hectares suprimidos num local significarão os mesmos metros quadrados e hectares protegidos ou replantados em outros.

4.2.5 Compensação por serviços ambientais

Mesmo inexistente uma norma de cunho geral tratando da compensação por serviços ambientais – também chamada de pagamento ou prêmio por serviços ambientais⁶² –, fato é que este instituto já está contemplado na legislação brasileira, ainda que sob outra designação.

Os serviços ambientais são as funções exercidas pelos ecossistemas que garantem o equilíbrio ecológico e possibilitam a vida e a qualidade de vida na Terra, tais como regulação de processos climáticos, sequestro de carbono, controle de erosão, regulação do fluxo hídrico, manutenção de paisagens, biodiversidade etc.

getação em estágio médio de regeneração em no mínimo 50% (cinquenta por cento) da área total coberta por esta vegetação (art. 23 e 31, §§ 1º e 2º). Em todas as hipóteses acima previstas, deverá ser observada a vedação constante do art. 11: “O corte e a supressão de vegetação primária ou nos estágios avançado e médio de regeneração do Bioma Mata Atlântica ficam vedados quando:

I – a vegetação:

- a) abrigar espécies da flora e da fauna silvestres ameaçadas de extinção, em território nacional ou em âmbito estadual, assim declaradas pela União ou pelos Estados, e a intervenção ou o parcelamento puserem em risco a sobrevivência dessas espécies;
- b) exercer a função de proteção de mananciais ou de prevenção e controle de erosão;
- c) formar corredores entre remanescentes de vegetação primária ou secundária em estágio avançado de regeneração;
- d) proteger o entorno das unidades de conservação; ou
- e) possuir excepcional valor paisagístico, reconhecido pelos órgãos executivos competentes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA;

II – o proprietário ou posseiro não cumprir os dispositivos da legislação ambiental, em especial as exigências da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, no que respeita às Áreas de Preservação Permanente e à Reserva Legal.”

⁶² Essa ausência ainda é sentida no âmbito da legislação federal. Mas justiça seja feita ao Estado do Amazonas, que, ao criar o Bolsa Floresta, na Lei da Política Estadual de Mudanças Climáticas – Lei 3.135/2007 –, referiu-se textualmente ao pagamento por serviços ambientais, a conferir: “Para a implementação da Política Estadual de que trata esta lei, ficam criados os seguintes Programas: [...] Programa Bolsa Floresta, com o objetivo de instituir o pagamento por serviços e produtos ambientais às comunidades tradicionais pelo uso sustentável dos recursos naturais, conservação, proteção ambiental e incentivo às políticas voluntárias de redução de desmatamento” (art. 5º, inc. II).

É sabido que muitos proprietários privados garantem ou otimizam a prestação de serviços ambientais, adotando práticas conservacionistas ou simplesmente deixando de intervir de forma perturbadora no "trabalho" executado pela natureza. Por estarem desenvolvendo ações ou praticando certas abstenções que geram benefícios a um sem-número de pessoas, entende-se que devem ser compensados ou premiados de alguma forma.

Na preleção de Rubens Harry Born e Sergio Talocchi, a compensação por serviços ambientais tem

"como principal objetivo transferir recursos ou benefícios da parte que se beneficia para a parte que 'ajuda' a natureza a produzir ou manter os seres vivos e as condições que garantem os processos ecológicos de que necessitamos [...]. Enfim, trata-se de um estímulo concreto para alguns segmentos da sociedade realizarem algo que é de interesse vital para toda a população".⁶³

Nessa esteira, uma hipótese clássica de compensação por serviços ambientais seria o pagamento feito por agências de turismo a populações tradicionais que habitam florestas, como forma de compensá-las pela não adoção de práticas produtivas que redundem na destruição deste patrimônio natural – este, o grande chamariz das expedições turísticas promovidas pelas agências. O pagamento tem o condão de estimular tais populações a desenvolverem práticas compatíveis com a proteção florestal (pois, do contrário, deixarão de receber o benefício) e também de lhes dar um alento pelo fato de se absterem de desenvolver atividades impactantes na área, que poderiam, porém, lhes dar um bom retorno financeiro.

Não nos cabe neste trabalho discutir as formas de compensação ou premiação por serviços ambientais nem mesmo dissecar as inúmeras polêmicas que orbitam o tema (tais como a polêmica da remuneração a quem "presta" serviços ambientais simplesmente porque assim forçado pela lei e a da mensuração do valor dos serviços ambientais). Mas cabe-nos, por absoluta pertinência, distinguir este tipo de compensação da compensação ambiental *ex ante* – nosso tema central.

De plano, cumpre posicionar a compensação por serviços ambientais dentro dos princípios ambientais. Este instituto está amparado no **princípio do protetor-recebedor**, que prega que quem protege o meio ambiente em benefício da coletividade (local, regional, nacional e até internacional) "merece" ser recompensado ou recompensado por isso.

O princípio do protetor-recebedor em nada se parece com o princípio do poluidor-pagador (que, de seu turno, fundamenta a compensação ambiental), pois um prevê o repasse de benefícios a quem protege o meio ambiente, o outro exige cuidados e reparações de quem danifica ou pode danificar o meio ambiente.

⁶³ Compensações por serviços ambientais: sustentabilidade ambiental com inclusão social, p. 29.

Dito de outro modo, enquanto a compensação por serviços ambientais remunera aquele que não causa um dano ambiental ou que propicia um ganho ambiental, a compensação ambiental exige uma remuneração daquele que causa um dano ambiental.

Assim, evidente que a compensação por serviços ambientais não se identifica com a compensação ambiental de que cuida a Lei no SNUC.

4.2.6 Compensação para implantação de empreendimento causador de impacto ambiental significativo

Uma sexta modalidade de compensação prevista na legislação ambiental brasileira é a devida pelo empreendedor em razão de atividade potencial e significativamente degradadora que queira desenvolver, a qual provocará impactos ambientais negativos não elimináveis e não mitigáveis pela tecnologia disponível. Trata-se da chamada "compensação ambiental prévia" (ou compensação ambiental *ex ante* ou, ainda, compensação ambiental antecipada), regulada pela Lei 9.985/2000, que institui o Sistema Nacional das Unidades de Conservação.

Por se tratar do tema central deste trabalho, furtaremos-nos de abordá-lo nesta oportunidade, para aprofundarmo-nos no assunto nos próximos capítulos.

5

Compensação Ambiental na Lei 9.985/2000 (SNUC)

5.1 Breve histórico

A compensação ambiental decorrente da implantação de empreendimento causador de significativo impacto ambiental foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Resolução CONAMA 10/1987, a qual, quase dez anos depois, foi revogada e substituída pela Resolução CONAMA 02/1996.

De início, a compensação ambiental tinha um alcance menor do que o atual, sendo exigida apenas dos empreendimentos que pudessem destruir florestas e outros ecossistemas (e não o meio ambiente como um todo, deixando de lado, p. ex., meio ambiente cultural e do trabalho), em favor da implantação de uma estação ecológica (e não das unidades de conservação do grupo de proteção integral):

“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 prerequisites, a implantação de uma Estação Ecológica pela entidade ou empresa responsável pelo empreendimento, preferencialmente junto à área” (art. 1º, Resolução CONAMA 10/1987).¹

¹ Paulo Nogueira-Neto, um dos responsáveis pela criação da compensação ambiental, quando ocupava o cargo de direção da antiga Secretaria Especial de Meio Ambiente (SEMA), criada em 1973 e transformada, duas décadas depois, no Ministério do Meio Ambiente, narra, em entrevista

A Resolução sucessora ampliou o objeto da compensação ambiental, permitindo que os recursos desembolsados pelo empreendedor a esse título fossem aplicados em outras unidades de conservação públicas de proteção integral (*recitius*: uso indireto) que não, exclusivamente, as estações ecológicas:

“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 no 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” (art. 1º, Resolução CONAMA 02/1996).

A resistência dos empreendedores à compensação ambiental, à época, era grande, sob o argumento de que obrigações deste jaez, ante o princípio da legalidade, só poderiam ser instituídas por lei, não por ato infralegal como uma Resolução do CONAMA.²

De qualquer forma, a relutância em aceitar a compensação ambiental pelo argumento do desrespeito ao princípio da legalidade não mais se sustenta desde a aprovação da Lei 9.985/2000 (institui o Sistema Nacional das Unidades de Conservação – SNUC), haja vista ter este diploma legal – lei em sentido formal – regulado o instituto da compensação,³ nos seguintes termos:

“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 respecti-

concedida à agência de notícias ambientais O Eco: “Quando o Ministro Aureliano Chaves, que sempre gostou de meio ambiente, estava no Ministério de Minas e Energia, conversei com ele sobre a necessidade da compensação ambiental. Disse que quando se constrói uma hidrelétrica, todas as pessoas que têm bens na região afetada são compensadas. Mas a floresta que foi destruída não recebe nada e deveria existir uma compensação para plantio ou aquisição de uma nova floresta. Ele concordou e eu levei a questão para o Conama, que ampliou o conceito não só para hidrelétricas, mas para outras coisas que pudessem ter impacto negativo sobre a natureza. O problema é que as resoluções do Conama não têm força de lei” (O senhor da história, de 29 abr. 2006. Disponível em: <<http://arruda.rits.org.br/oeco/servlet/newstorm.ns.presentation.NavigationServlet?publicationCode=6&pageCode=71&textCode=16589>>. Acesso em: 20 abr. 2008).

² Em defesa da constitucionalidade das Resoluções CONAMA 10/1987 e 02/1996, sob o argumento de que ambas estavam amparadas na Lei 6.938/1981 e na Constituição Federal, regramdo mecanismo de reparação de danos ambientais: MELO, Ana Alice Moreira de. *Compensação ambiental*, p. 25 ss.

³ Oportuno mencionar que o próprio Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela constitucionalidade da compensação ambiental regulada pela Lei do SNUC, no julgamento da ADIN 3378/DF (j. 2008) proposta pela Confederação Nacional da Indústria, ressalvando apenas as disposições desta lei que estabelecem o cálculo do valor da compensação, conforme será abordado no tópico 5.10.

vo relatório – EIA/RIMA,⁴ 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.”

A regulamentação deste artigo veio pelo Decreto 4.340, de 22 de agosto de 2002 (posteriormente alterado pelo Decreto 6.848, de 14 de maio de 2009) e pela Resolução do CONAMA 371, de 5 de abril de 2006 (que, inclusive, revogou expressamente a Resolução CONAMA 02/1996), cumprindo mencionar também os atos normativos baixados pelo Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), com vistas à criação e implantação da Câmara de Compensação Ambiental (Portaria 7, de 19 de janeiro de 2004, e Portaria 44, de 22 de abril de 2004) e à gestão da compensação ambiental (Instrução Normativa 47-N, de 31 de agosto de 2004) e, mais recentemente, o ato conjunto baixado pelo Ministério do Meio Ambiente, IBAMA e Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, para a criação e regulação da Câmara Federal de Compensação Ambiental (Portaria Conjunta 205, de 17 de julho de 2008), integrada por representantes do governo e também do setor empresarial e da sociedade civil organizada.

Nem todo esse aparato legal, porém, logrou pacificar as questões mais tormentosas da compensação ambiental, que vão desde a sua natureza jurídica até a fixação do valor e destinação dos recursos dela decorrentes. Nosso desafio, agora,

⁴ Uma das maiores preocupações em se saber quais empreendimentos devem ou não apresentar EPIA/RIMA é que, no critério adotado atualmente pela Lei 9.985/2000, só se cogita a exigência da compensação ambiental daqueles empreendimentos de significativo ambiental que, no procedimento de licenciamento ambiental, devem promover o EPIA/RIMA. *Contrariq sensu*, os empreendimentos dispensados do EPIA/RIMA não precisam se preocupar com a compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei do SNUC.

é enfrentar algumas dessas questões, tentando, dentro do possível, contribuir para afastar esse "incômodo", que, no fundo, é o grande responsável pela resistência que ainda se opõe ao instituto.

5.2 Conceito

Como vimos no tópico 2.2.5, alguns impactos ambientais de obras e atividades a serem instaladas são inafastáveis, porque tecnologia não há para fazê-lo, mas, por outro lado, o empreendimento causador desses impactos afigura-se absolutamente relevante ou estratégico para o país, para a coletividade e, muitas vezes, até para o meio ambiente – a ponto de justificar o seu desenvolvimento mesmo assim.

Se, por um lado, a necessidade deste empreendimento justifica o seu desenvolvimento, não consegue, por outro, justificar que a coletividade suporte integralmente os danos ambientais dele decorrentes. Por isso, em casos como tais, algo precisa ser feito para reduzir o ônus gerado ao meio ambiente e aos titulares do direito ao equilíbrio ambiental – e aí, como bônus, apresenta-se a compensação ambiental.

A compensação ambiental é o instrumento que impõe aos empreendimentos causadores de impactos ambientais significativos e não mitigáveis/não elimináveis pela melhor tecnologia conhecida no momento, o dever de apoiar, com recursos financeiros, a criação e implantação de unidades de conservação de proteção integral, como forma de contrabalançar os danos ambientais resultantes de tais atividades econômicas e industriais.

O objetivo da compensação ambiental é, *grosso modo*, compensar uma perda ambiental inevitável com um ganho ambiental desejável. Assim, a atividade que afeta o equilíbrio ambiental em uma ponta melhora a sua condição em outra.

Naturalmente, esse mecanismo não quer afrontar, diminuir ou substituir o princípio da prevenção, que preconiza a eliminação, pela tecnologia disponível, dos possíveis impactos ambientais negativos de uma obra ou atividade. Por isso, que ninguém entenda que a compensação ambiental foi criada para autorizar toda sorte de poluição e impactos negativos ao meio ambiente.

Como Paulo Affonso Leme Machado, defendemos que "o pagamento a ser feito pelo empreendedor não é um salvo-conduto para poluir ou para danificar o meio ambiente".⁵

Equivale dizer que a compensação ambiental não existe para dispensar o empreendedor de tomar todas as medidas possíveis para mitigar ou eliminar os impactos negativos de sua atividade, haja vista que, mais uma vez nas palavras

⁵ *Direito ambiental brasileiro*, p. 791.

de Paulo Affonso Leme Machado, “no momento em que é admitida a inevitabilidade de um certo grau de dano, passa-se a examinar como é possível minorá-lo ou mitigá-lo”,⁶ sendo que “sempre que os danos forem mitigáveis, cabe à administração definir as medidas capazes de reduzi-los ao mínimo indispensável”.⁷

Daí se concluir que, para se aplicar a compensação ambiental, é preciso primeiro constatar a impossibilidade técnica ou social de extirpação dos possíveis impactos ambientais negativos pois, enquanto houver possibilidade de eliminação de tais impactos, em cumprimento ao princípio da prevenção, a **eliminação terá que ser promovida**. Aquilo que não puder ser eliminado será compensado (e, claro, apenas nos casos em que se classifique o empreendimento como necessário ou indispensável. *Contrario sensu*, empreendimentos não necessários ou não indispensáveis sequer serão autorizados, não havendo que se cogitar, para eles, a compensação ambiental de que ora se fala.

5.2.1 Compensação ambiental, medidas preventivas e medidas mitigadoras: distinção

Para completar o conceito de compensação ambiental, mister confrontar este instituto com outros instrumentos utilizados em prol do meio ambiente, em face de empreendimentos poluidores: as medidas preventivas e mitigadoras de danos ambientais.

Os mais desavisados podem se sentir tentados a inserir a compensação ambiental no mesmo conceito das medidas preventivas de danos e/ou das medidas mitigadoras.

No entanto, a compensação não é nem medida preventiva nem medida mitigadora de impacto ambiental negativo. Aliás, tão distinta ela é que só terá lugar onde as medidas preventivas e mitigadoras não puderem ser implementadas.

As medidas preventivas são aquelas que visam obstar a ocorrência de um dano ou de um impacto ambiental negativo, mediante a adoção de instrumentos ou procedimentos que eliminem qualquer ameaça nesse sentido. A poluição dos corpos d'água, por exemplo, pode ser evitada mediante o prévio tratamento dos esgotos domésticos e industriais.

As medidas mitigadoras, de seu turno, são as que reduzem o impacto negativo sem, contudo, eliminá-lo – via de regra por falta de condições técnicas e tecnológicas. Dessa forma, alguma interferência no ambiente o empreendimento ainda causará, mas será bem menos relevante do que se nenhuma medida mitigadora fosse adotada. O plantio de determinadas culturas no substrato de florestas nativas, como, p. ex., o cacau plantado na Mata Atlântica – sistema de cultivo

⁶ Ibidem, mesma página.

⁷ Ibidem, mesma página.

conhecido como “cabruca” –, mitiga os efeitos do desmatamento já que não se pratica o corte raso da floresta.⁸

A compensação ambiental, como expusemos anteriormente, tem um escopo bem delineado e inconfundível com o escopo das medidas preventivas e mitigadoras de danos, qual seja: compensar um impacto ambiental que a obra ou atividade inevitavelmente causará durante a sua instalação ou operação, satisfazendo alguma outra necessidade do ambiente.

Diferentemente das medidas preventivas e mitigadoras, portanto, a compensação ambiental é invocada diante da inexistência de tecnologia, instrumentos ou procedimentos adequados a prevenir, evitar os impactos ambientais, ou mesmo reduzi-los. Os impactos que não se puder eliminar, sequer reduzir, é que serão compensados.

A diferenciação feita por Marília Passos Torres de Almeida é esclarecedora:

“Quando da análise do EIA/RIMA do empreendimento de significativo impacto ambiental, há o esclarecimento de que determinados danos são possíveis de ser evitados e/ou minimizados, para os quais se adotam as *medidas mitigadoras e de controle ambiental*; enquanto que outros danos não são possíveis de ser mitigados, para os quais são cabíveis as *medidas compensatórias*.

Ora, as medidas mitigadoras são aquelas capazes de diminuir os impactos – ou mesmo a sua gravidade – previstos pela implantação do empreendimento, *não compensando danos*.”⁹

As medidas preventivas, as mitigadoras e a compensação ambiental podem ser – e via de regra são – exigidas concomitantemente nos empreendimentos causadores de degradação ambiental significativa, desde que não se refiram ao mesmo impacto, visto que, se um determinado impacto for evitado (pela medida preventiva), não haverá o que ser compensado. Sim, porque o fundamento da compensação é um “mal” causado; não havendo o “mal”, não haverá, em consequência, o fundamento da compensação.

É bem verdade que a aplicação de tais medidas deve seguir uma ordem sucessiva: em primeiro lugar verificam-se os impactos negativos que podem ser

⁸ Pelo sistema de cultivo suprarreferido, o cacauzeiro é mantido sob o sombreamento de árvores nativas da Mata Atlântica, o que ocorre pela eliminação do sub-bosque da mata nativa e a manutenção do estrato dominante e codominante da floresta. É bem verdade que o sistema compromete a diversidade de flora e fauna contida nos estratos inferiores da floresta, mas, ainda assim, traz benefícios: manutenção de corredores de fauna e fluxo gênico entre remanescentes, proteção dos recursos hídricos, manutenção da fertilidade do solo etc.

⁹ Compensação ambiental na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação – Lei 9.985/2000, p. 319-320.

eliminados, seguindo-se depois para os impactos que não podem ser eliminados por inteiro mas podem ser minorados e, por fim, para aqueles que não podem ser eliminados nem minorados – os inevitáveis. Onde houver impacto eliminável, o empreendedor terá que eliminá-lo como medida de prevenção de danos; onde houver impacto reduzível, ele terá que reduzi-lo, visando causar o menor desequilíbrio ambiental possível; e onde houver impacto inafastável, terá que compensá-lo para aliviar a perda sofrida – e isso, frise-se, já com insistência, desde que o órgão licenciador entenda que a atividade deve ser realizada apesar de seus impactos inafastáveis; se, pelo contrário, entender que é caso de impedir a atividade, por óbvio que a compensação não será devida.

5.3 Natureza jurídica

A natureza jurídica de um instituto revela a que regime jurídico – normas e princípios – ele se submete. Daí a importância de encontrarmos a natureza jurídica da compensação ambiental.

Os estudiosos da compensação ambiental ora a definem como tributo, ora como um preço público exigido em função do princípio do usuário-pagador, ora como reparação “prévia” ou “antecipada” de danos ambientais futuros, em decorrência do princípio do poluidor-pagador.

Filiamo-nos a este último grupo. Mas, antes de justificarmos nosso entendimento, buscaremos contra-argumentar as duas primeiras correntes, expondo o porquê de não enxergarmos a compensação ambiental como um tributo tampouco como um preço público, até para maior clareza do posicionamento final.

Cumpra apenas mencionar que o Supremo Tribunal Federal chegou a discutir a natureza jurídica da compensação ambiental no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade interposta pela Confederação Nacional da Indústria – ADIN 3378/DF – mas, como não era exatamente esse o objeto da ação, não se deteve na pacificação do entendimento. O Ministro Carlos Ayres Brito atrelou o instituto ao princípio do usuário-pagador, afastando o seu caráter indenizatório e firmando se tratar de um “compartilhamento de despesas”; o Ministro Menezes Direito também não vislumbrou caráter indenizatório na compensação ambiental mas, sim, caráter compensatório; o Ministro Marco Aurélio a enxergou como indenização prévia (e, por isso, a reputou inconstitucional) e o Ministro Ricardo Lewandowski a identificou como reparação de danos, em conformidade com os princípios do poluidor-pagador, da precaução e da antevisão (por este último, justificando reparação de danos ainda não concretizados).¹⁰ **Nenhum dos ministros participantes do julgamento, porém, chegou a tratar a compensação ambiental como um tributo ou um preço público.**

¹⁰ ADIN 3378/DF j. 9.4.2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 14 jul. 2008.

O aludido dispositivo parece tratar da compensação ambiental *ex ante*. Dizemos “parece” porque ele não faz referência explícita à Lei do SNUC e sabemos que o fato do termo *compensação ambiental* ser por vezes utilizado de forma ampla e genérica, para abrigar todos os tipos de reparação compensatória de danos ambientais, pode gerar alguma controvérsia com relação à extensão deste artigo.

De qualquer forma, no que diz respeito à compensação ambiental *ex ante*, que, insistimos, é um ônus e não um dever, a sanção em tela só fará sentido nas hipóteses em que a compensação ambiental for exigida de forma parcelada e o empreendedor, iniciando a implantação do projeto mediante o desembolso de parte do valor estabelecido, desistir do empreendimento depois de já ter gerado danos, em “valor” superior aos valores já desembolsados.

5.4 A justiça da reparação antecipada

Ninguém contesta a justiça da reparação dos danos ambientais causados por uma obra ou atividade, ainda que ela alcance valores elevados e pesados para o empreendedor. Afinal, como bem lembra Paulo Affonso Leme Machado, “a atividade poluente acaba sendo uma apropriação pelo poluidor dos direitos de outrem, pois na realidade a emissão poluente representa um confisco do direito de alguém em respirar ar puro, beber água saudável e viver com tranquilidade”.¹¹²

E quando a reparação de danos ambientais se dá antes mesmo que eles ocorram? Polêmica ainda há, mas nos propomos a dissipá-la.

Vejamos, então.

“A compensação ambiental antecipa possíveis cobranças por danos ambientais”, aduz Paulo Affonso Leme Machado,¹¹³ no que fazemos coro absoluto.

Para alguns, soa estranha e inaceitável a reparação antecipada porque, por seu intermédio, repara-se um dano que sequer se causou. Daí perguntam “Por que antecipar?”. Não se deve responder uma pergunta com outra mas, neste caso, bem que caberia emendar: “Por que esperar?”

Sim, pois se os estudos ambientais já identificaram os impactos que o empreendimento causará em sua implantação e operação, por que aguardar que eles realmente ocorram para daí então se buscar uma reparação – decerto reparação por equivalente ou pecuniária pois, se o impacto não podia ser mitigado no licenciamento ambiental, provavelmente não poderá ser reparado *in natura*.

Além disso, é estratégico exigir antecipadamente a compensação: sem adiantar a reparação, o empreendedor não obterá as licenças e não levará adiante o empreendimento. Ou seja, se não compensar previamente, também não causará

¹¹² Ob. cit., p. 336.

¹¹³ Ob. cit., p. 788.

lesão ambiental alguma. Deixando-se para depois, causado o impacto, é bem provável que o empreendedor reúna todas as suas forças para se esquivar de sua responsabilidade, utilizando dos mais variados expedientes processuais para retardar o quanto possível a sua condenação civil.¹¹⁴

Sendo assim, estamos com Marcelo Abelha Rodrigues,¹¹⁵ quando defende a razoabilidade e proporcionalidade da reparação dos danos futuros, principalmente para poupar a coletividade dos pesados ônus que adviriam da reparação posterior – esta, portanto, em nosso sentir, deve ser deixada apenas para os casos de danos imprevistos.

De fato, poder-se-ia argumentar que “não se pode determinar a reparação de algo que não se sabe se efetivamente irá ocorrer” – e é justamente por conta disso que a responsabilidade civil só pode ser invocada se verificada a ocorrência de um dano, e não de mera suposição de dano.

Por outro lado, já vimos que não se incompatibiliza com essa premissa a reparação de danos futuros, desde que certos quanto a sua existência.

A compensação ambiental, determinada antes da implantação da atividade e antes da concretização do dano, é exigida com base na forte e sólida identificação de uma lesão ambiental, cuja ocorrência está prevista para ocasião futura. Assim, não tem lugar, *in casu*, a dúvida sobre a eventual efetivação do dano, pois a sua concretização é certa. Logo, não se está determinando a reparação de algo que não se sabe se efetivamente irá ocorrer; logo, não se está impondo uma medida injusta e sem causa ao empreendedor.

5.5 Compensação ambiental prévia e danos ambientais posteriores

Como os impactos ambientais irreversíveis apurados no licenciamento ambiental, para fins de estabelecimento da compensação ambiental, decorrem de forte e sustentável *previsão*, ou de uma bem embasada *conjectura* em razão dos elementos técnicos colhidos – afastando-se, via de consequência, do plano meramente hipotético –, é possível que não se consiga antever, neste procedimento, toda a extensão e a diversidade dos impactos negativos do empreendimento, os quais se revelarão apenas no decorrer do desenvolvimento da atividade licenciada.

Na hipótese de impactos ambientais não previstos no licenciamento ambiental (e, portanto, não compensados de forma antecipada) concretizarem-se posteriormente ou mesmo na hipótese de acidentes ambientais igualmente não

¹¹⁴ Não estaríamos sendo justos se afirmássemos que o propósito de escapar da responsabilidade ambiental está em todos os empreendedores. Muitos buscam equacionar suas pendências de pronto, firmando com os órgãos legitimados termo de ajustamento de conduta ambiental (TAC), assumindo deveres e obrigações de interrupção da atividade lesiva e de recuperação ambiental.

¹¹⁵ *Aspectos jurídicos da compensação ambiental*, p. 136.

antevistos neste procedimento, poderá o empreendedor livrar-se da reparação ou indenização em virtude de já haver pago a compensação ambiental, nos termos determinados pelo art. 36 da Lei 9.985/2000?

Somente uma resposta negativa é que pode ser dada a esta indagação.

Como já advertimos neste trabalho, a compensação ambiental não representa um passe livre para a poluição ou degradação ambiental, como se o empreendedor, ao investir um determinado valor em unidades de conservação para, assim, obter as licenças ambientais, estivesse adquirindo o direito de desenvolver suas atividades em desacordo com a legislação ambiental.

Dessa forma, ainda que o empreendedor pague a compensação ambiental prévia, deverá cuidar para que seu empreendimento não cause nenhum impacto ou dano além daquele previamente detectado e, de certa forma, tolerado pelo órgão ambiental pelo fato de inexistir meios de evitá-lo. Se não o fizer e “novos” impactos e danos ao ambiente decorrerem de sua atividade, responderá por eles,¹¹⁶ sem que isso implique *bis in idem* – mesmo porque esses “novos” impactos e danos sequer chegaram a ser compensados previamente.¹¹⁷

A corroborar este entendimento, Alexandre Camanho de Assis obtempera:

“Parece evidente que o dano somente pode ser estimado, considerando que, ordinariamente, esta avaliação é feita previamente ao início da atividade. Assim, o pagamento da compensação ambiental não afasta o dever de pagar pelos danos causados na exata proporção destes, podendo o empreendedor ser chamado a reparar o dano sempre que, a despeito de já ter

¹¹⁶ Responderá mediante reparação *in natura*, indenização ou compensação por equivalente. Esta reparação, indenização ou compensação, contudo, não será a mesma compensação ambiental prevista no art. 36 da Lei do SNUC.

¹¹⁷ A questão não passou despercebida de Paulo Affonso Leme Machado que, questionando se o pagamento da compensação ambiental poderia ser levado em conta no caso de uma condenação pecuniária futura, numa ação civil pública, coloca sua posição: “Se o recurso pago pelo empreendedor tiver sido destinado, ainda que parcialmente, à reconstituição de um ‘bem lesado’, essa parte do recurso merecerá ser computada quando do cálculo do pagamento. É uma medida de equidade. Mas se o objeto da ação civil pública não tiver relação direta com a criação ou manutenção de uma unidade de conservação não é razoável que haja compensação entre os valores pagos quando do licenciamento ambiental e os a pagar, em razão da decisão judicial” (*Direito ambiental brasileiro*, p. 792). Ousamos discordar do grande mestre do Direito Ambiental. Isso porque defende ele que, se a ação judicial objetivar a reparação de um dano total ou parcialmente já reparado com os recursos da compensação ambiental, estes valores deverão ser abatidos do valor final da indenização. O entendimento é lógico. Entretanto, não nos parece que ele terá aplicação no caso em tela, haja vista que os recursos da compensação ambiental não reverterão à reconstituição do bem lesado pelo próprio empreendimento, já que a compensação tem como fundamento justamente a impossibilidade de reconstituição. Significa dizer que não haverá situação em que os valores desembolsados em compensação ambiental coincidirão com os valores destinados à reparação do bem lesado pelo empreendimento. Não havendo coincidência, não haverá o abatimento de um na apuração do outro.

pagado a compensação ambiental, remanescer um passivo ambiental que lhe possa ser creditado.”¹¹⁸

Sem destoar, Heline Sivini Ferreira apregoa que

“o empreendedor ficará sujeito, independentemente da obrigação imposta pela Lei 9.985/00, à responsabilização civil nos casos em que se constatar a existência de danos que excedam àqueles já mitigados por meio da compensação ecológica”.¹¹⁹

E para reforçar que este é o entendimento doutrinário majoritário, trazemos à colação mais um extrato, este da lavra de Marcelo Abelha Rodrigues,¹²⁰ que sustenta o cabimento de uma nova responsabilização do empreendedor, referente a danos não previstos e não indenizados ou compensados no momento da concessão da licença, nos termos do art. 225, § 3º, da Constituição Federal.

Por outro lado, desnecessário explicar que os danos ambientais antevistos no licenciamento ambiental e **devidamente compensados** na ocasião não serão novamente objeto de reparação quando vierem a se concretizar. Do contrário, o empreendedor estaria reparando duas vezes a mesma lesão ambiental – o que contraria os princípios basilares até mesmo de um sistema protetivo rigoroso, como é o sistema ambiental.

Mais uma vez as palavras de Marcelo Abelha Rodrigues se fazem oportunas para o reforço de nossos argumentos:

“Não pode o empreendedor sofrer *bis in idem* e ser responsabilizado duas vezes pela compensação do mesmo dano, ou seja, antes e depois de ele ter ocorrido. Por isso mesmo, se for incitado a compensar os impactos ambientais antevistos no licenciamento ambiental, e deles se desincumbir, então não poderá ser acionado civilmente a pagar por aquilo compensado quando, no momento que operar a sua atividade, ocasionar um dano previsto. Neste caso, poderá alegar em sua defesa a extinção dessa obrigação resarcitória, valendo-se da compensação já exercida como defesa substancial (exceção substancial).”¹²¹

Assim, o fato da compensação ambiental referir-se a impactos ambientais não mitigáveis, detectados antes mesmo de sua ocorrência, gera duas consequências básicas:

- (i) os impactos previstos no licenciamento ambiental e já compensados pelo empreendedor nos termos do art. 36 da Lei do SNUC não pode-

¹¹⁸ A compensação ambiental como fonte de custeio de unidades de conservação, p. 163.

¹¹⁹ Compensação ecológica: um dos modos de reparação do dano ambiental, p. 64.

¹²⁰ Aspectos jurídicos da compensação ambiental, p. 138.

¹²¹ *Ibidem*, mesma página.

rão ser objeto de ação civil pública por danos ambientais, sob pena *et*
bis in idem;

- (ii) os impactos ambientais causados pelo empreendimento, após sua
implantação, não coincidentes com os previstos anteriormente, no
licenciamento ambiental, serão reparados integralmente, sem que
valor pago a título de compensação ambiental os diminua, tampouco
os elimine.

5.5.1 Inexistência de conflito entre a compensação ambiental *ex ante* e a reparação *in natura* a posteriori

A máxima do Direito Ambiental é que, causado o dano ambiental, o empreen-
dedor deve repará-lo *in natura*, ou seja, reconstituir o ambiente lesado, promo-
vendo o retorno ao *status quo ante*.

Na primorosa lição de Edis Milaré, temos que

“A modalidade ideal – e a primeira que deve ser tentada, mesmo que mais
onerosa – de reparação do dano ambiental é a reconstituição ou recupera-
ção do meio ambiente lesado, cessando-se a atividade lesiva e revertendo-
se a degradação ambiental. É, pois, imperioso que o aplicador da lei atente
para esta constatação, já que não são poucas as hipóteses em que ‘não
basta indenizar, mas fazer cessar a causa do mal, pois um carrinho de di-
nheiro não substitui o sono recuperador, a saúde dos brônquios, ou a boa
formação do feto’.

[...]

A regra, pois, é buscar-se, por todos os meios razoáveis, ir além da ressarci-
bilidade (indenização) em sequência ao dano, garantindo-se, ao contrário,
a fruição do bem ambiental. Aquela [...] não consegue recompor o dano
ambiental. O valor econômico não tem o condão – sequer por aproximação
ou ficção – de substituir a existência e fruição do meio ambiente ecologi-
camente equilibrado.”¹²²

Por conta disso, em nenhum momento é oferecida ao poluidor a alternativa
de OU recuperar o ambiente lesado OU compensar/indenizar os danos causados.
Havendo possibilidade de recuperação da qualidade ambiental, o empreendedor
está obrigado a fazê-lo, sem poder optar por uma indenização ou reparação por
equivalente. A compensação por equivalente e a pecuniária (*rectius*: indenização)
só terão lugar diante da impossibilidade material de reversão do impacto negati-
vo, mediante a recomposição do equilíbrio ambiental outrora existente.

¹²² Tutela Jurídico-civil do ambiente, p. 31.

A compensação ambiental criada pela Lei do SNUC não afronta o preceito acima disposto, pois não invalida a ordem preestabelecida para lidar com os danos ambientais. Aliás, ela sequer interfere na questão da reparação (posterior) dos danos, salvo quando se estiver buscando a reparação de danos que já foram compensados previamente.

Na realidade, a compensação ambiental *ex ante* é aplicada em fase distinta da reparação *in natura*, indenizatória ou por equivalente, de modo que com elas não se choca. Melhor dizendo, é aplicada numa fase anterior, em que os danos sequer foram causados.

Com efeito, poder-se-ia argumentar que, ao se antecipar aos danos, a compensação ambiental não estaria dando chances para uma futura reparação *in natura*. Há que se entender, porém, que a compensação *ex ante* não é exigida porque se quer abrir mão da reparação *in natura*, mas porque se antevê que não será possível, mais adiante, a reparação *in natura*.

Assim, o que o art. 36 da Lei 9.985/2000 faz é se antecipar a um dano ambiental inevitável e irreversível, devidamente constatado no licenciamento ambiental, para impor, desde logo, uma compensação – mesmo porque não será possível exigir, mais adiante, depois da concretização do impacto negativo, a reversão ao quadro anterior, ou seja, a reparação *in natura*.

Por isso, discordamos de Paulo de Bessa Antunes quando reputa inconstitucional o art. 36 da Lei do SNUC, sob o argumento de que referido dispositivo fere o § 3º do art. 225 da Constituição Federal “ao abandonar o conceito de recuperação de danos ambientais e substituí-lo por uma compensação aleatória que não guarda relação de causa e efeito entre a atividade a ser desenvolvida e a compensação pretendida”.¹²³

A compensação ambiental regulada pela Lei 9.985/2000 não abandona o conceito de reparação *in natura* dos danos ambientais, pois cada qual incide sobre um tipo específico de dano e em uma distinta fase do empreendimento: a primeira, antes mesmo da implantação do empreendimento, sobre danos ainda não concretizados mas devidamente previstos e considerados irreversíveis (os quais, por isso mesmo, não poderão ser reparados *in natura* futuramente); a segunda, após a implantação ou operação do empreendimento, sobre os danos concretos e reversíveis. Por isso a compensação ambiental prévia e a reparação *in natura* não colidem, pois uma não toma o lugar da outra.

Continua prevalecendo, portanto, o entendimento de que os danos ambientais não evitados devem, em primeiro lugar, ser remediados e não simplesmente compensados ou indenizados. O SNUC, portanto, não afetou esse verdadeiro dogma do Direito Ambiental com a criação da compensação ambiental prévia.

¹²³ Imposto vestido de verdê. Disponível em: <<http://www.dannemann.com.br/site.cfm?app=show&dsp=pba16&pos=5.15&lng=pt>>. Acesso em: 25 nov. 2006.

5.6 Reparação antecipada e desistência do empreendimento

A reparação antecipada traz benefícios à coletividade, que se vê compensada por um prejuízo (inafastável) antes mesmo de sua concretização, mas traz um risco ao empreendedor – remoto, é verdade –, caso venha a desistir de realizar o empreendimento, após o pagamento de parte ou de toda a compensação ambiental: o risco de perder uma quantia significativa, que momentos antes desembolsou para compensar um dano que não chegará a causar.

A legislação atual não trabalha com a hipótese de “não realização do empreendimento que já pagou a compensação ambiental”, de forma que não existe uma orientação legal expressa sobre a devolução dos recursos já “investidos” pelo proponente do projeto a este título.

De qualquer forma, o bom-senso manda que qualquer valor desembolsado a título de compensação ambiental prévia seja restituído ao empreendedor na hipótese de desistência ou não-realização da obra ou atividade, pois a retenção de tais recursos, pelo órgão ambiental gestor das unidades de conservação beneficiárias, configuraria um “ganho sem causa”.

É bem verdade que, a depender da fase em que se opere a desistência ou cancelamento do empreendimento, a restituição dos valores adiantados não será integral. Isso porque a compensação ambiental contempla os impactos negativos não mitigáveis ocorrentes desde os primeiros passos da implantação até (e durante) a operação do empreendimento. Assim, se, na data da desistência do projeto, intervenções e construções iniciais ou intermediárias já tiverem sido realizadas, causando uma parte dos impactos ambientais negativos IRREVERSÍVEIS previstos no licenciamento ambiental, o valor da compensação *ex ante* a eles correspondente deverá ser subtraído do montante global da restituição. Afinal, a interrupção do projeto não trará de volta o equilíbrio ambiental perdido por força das obras preliminares de instalação.

A propósito, cumpre salientar que em alguns projetos a maior parte dos danos ambientais é provocada na fase de instalação, ficando poucos impactos para a fase posterior, de operação. É o caso, *v.g.*, dos empreendimentos hidrelétricos, que, na implantação, inundam povoados e áreas ambientalmente relevantes, com prejuízos às comunidades locais e à biodiversidade (flora e fauna), afetam o regime dos rios, dentre outros expressivos impactos negativos.

Sendo certa e justa a restituição dos recursos gastos pelo empreendedor na compensação ambiental de empreendimento não finalizado, resta averiguar como se operacionalizará essa devolução.

Não é uma questão de simples solução. Sim, porque, via de regra, os recursos da compensação ambiental não são repassados para o órgão ambiental, mas são “transformados” em bens e serviços necessários e úteis às unidades de conservação, custeados diretamente pelo empreendedor. Significa dizer que o órgão

C não afronta o preceito ecida para lidar com os da reparação (posterior) o de danos que já foram

licada em fase distinta de modo que com elas erior, em que os danos

par aos danos, a com- a futura reparação *in x ante* não é exigida orque se antevê que

cipar a um dano am- o no licenciamento mo porque não será acto negativo, a re-

do reputa inconsti- referido dispositivo ar o conceito de pensação aleatória r desenvolvida e a

não abandona o la qual incide so- endimento: a pri- danos ainda não rsíveis (os quais, nte); a segunda, anos concretos e io *in natura* não

danos ambien- o simplesmen- sse verdadeiro ental prévia.

site.cfm?app=sh

ambiental não tem em seu poder os recursos desembolsados pelo empreendedor, para poder, pura e simplesmente, restituí-los. Tirá-los de seu parco orçamento? Inimaginável...

Uma medida possível seria que se utilizassem recursos da compensação ambiental de um outro empreendimento (localizado na mesma área/região das unidades de conservação já beneficiadas) para recompor o patrimônio do empreendedor desistente.

Neste caso, o novo empreendimento poderia “aproveitar” a compensação ambiental já desembolsada pelo desistente. Dessa forma, não forneceria bens e serviços para as unidades de conservação escolhidas como destinatárias da compensação, mas valores em moeda, para serem entregues ao titular do empreendimento cancelado. Este, como se percebe, não teria a devolução dos recursos de imediato mas, também, não precisaria buscar em juízo o seu direito, que, decerto, seria reconhecido após “bons” anos de litígio. Entretanto, a falta de previsão legal para tal medida é, hoje, um forte, talvez intransponível, empecilho para sua aplicação.

Há que se considerar, contudo, que a dificuldade encontrada na devolução dos recursos da compensação ambiental poderia ser mitigada nas hipóteses em que o empreendedor optasse por repassar tais valores ao “Fundo de Compensação Ambiental”, criado por iniciativa do Ministério do Meio Ambiente e da Caixa Econômica Federal, em 2006 (*vide* tópico 5.12.2.2), ao invés de executar diretamente as obrigações da compensação ambiental. Pelo menos com relação aos recursos ainda não utilizados, a restituição seria menos traumática: bastaria que se encerrasse a conta específica do empreendimento abortado, e se lhe devolvesse o dinheiro em caixa. No tocante aos recursos já vertidos em bens e serviços, reportamo-nos às dificuldades levantadas no parágrafo anterior.

5.7 Exigibilidade

De acordo com o art. 36 da Lei 9.985/2000, a compensação ambiental será exigida nos procedimentos de licenciamento ambiental de empreendimentos causadores de impacto ambiental significativo, assim considerados pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo prévio de impacto ambiental e respectivo relatório – EPIA/RIMA.

Tem-se, portanto, que, a compensação ambiental só será exigida nos procedimentos de licenciamento ambiental e, ainda assim, naqueles em que o empreendimento, em razão da magnitude do seu potencial degradador, estiver sujeito ao estudo prévio de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ao meio ambiente – EPIA/RIMA.¹²⁴

¹²⁴ Paulo de Bessa Antunes opina que, pelo fato do art. 36 da Lei do SNUC determinar a aplicação dos recursos da compensação ambiental exclusivamente em unidades de conservação, tal norma

Sendo assim, é da maior relevância a verificação dos empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental e, mais do que isso, sujeitos à realização do EPIA/RIMA, porque potencialmente causadores de impacto ambiental significativo. Encontrando-se tais empreendimentos, encontrar-se-ão também – pelo menos à luz da legislação atual – os “devedores” da compensação ambiental.

Tendo em vista que já discorremos, no Capítulo 3, sobre as obras e atividades que, para funcionarem legalmente, necessitam se submeter ao licenciamento ambiental e sobre as que, dentre essas, necessitam instruir o licenciamento ambiental com o EPIA/RIMA, prescindível repetirmo-nos neste trecho.

Todavia, não podemos deixar de destacar algumas características dos empreendimentos abraçados pelo art. 36 da Lei do SNUC, embora não referidas expressamente por este dispositivo legal. Isso porque a falta de alusão, na lei, a determinados aspectos objetivos e temporais de tais empreendimentos pode induzir os incautos à exclusão indevida, de algumas obras e atividades, da incidência da compensação ambiental.

Dessa forma, adiantamos: estão sujeitos à compensação ambiental os empreendimentos: (i) causadores de impactos ambientais significativos, previstos no EPIA/RIMA; (ii) lícitos; (iii) públicos e privados; (iv) geradores de impactos positivos. Além disso, a compensação ambiental pode se estender aos (i) empreendimentos ampliados ou modificados e (ii) empreendimentos já instalados e em operação – estes últimos, apenas em situações específicas.

5.7.1 Empreendimentos causadores de impactos ambientais significativos, previstos no EPIA/RIMA

Vimos que, por força de lei, a compensação ambiental está adstrita aos empreendimentos causadores de impactos significativos em cujo licenciamento ambiental seja produzido EPIA/RIMA.

Contrario sensu,⁷ estão excluídos da compensação ambiental antecipada os empreendimentos que, apesar de estarem submetidos ao licenciamento ambiental, não estão submetidos ao EPIA/RIMA, face ao seu reduzido ou menor impacto – estes subsidiarão o órgão ambiental com estudos ambientais outros.

⁷ só é aplicável quando o projeto a ser licenciado – de alguma forma – causar impacto sobre uma das unidades de conservação da região. Se assim não fosse, seria totalmente destituída de sentido a existência de medidas mitigadoras e compensatórias, pois estas seriam transformadas em verdadeiros impostos sobre a implantação de projetos utilizadores de recursos ambientais” (*Direito ambiental*, p. 610). Se bem compreendemos o autor, ele está sustentando que se um empreendimento causador de impacto significativo (portanto sujeito ao EPIA/RIMA) não afetar unidade de conservação, não será devida a compensação ambiental prevista no art. 36 da Lei 9.985/2000. Não compactuamos com esse entendimento, como deixamos evidente em diversos trechos desta obra. Não importa se o empreendimento afetará unidade de conservação, mas sim que ele danificará o meio ambiente de modo irreversível.

E, embora estejamos tratando neste tópico de hipótese de exigibilidade da compensação, é importante dedicarmos alguns parágrafos para esta hipótese de não exigibilidade – a qual, vale dizer, desperta em muitos estudiosos a sensação de tratamento diferenciado e injusto para danos ambientais de mesma natureza: inevitáveis.

5.7.1.1 Exclusão, *contrario sensu*, de empreendimentos não sujeitos ao EPIA/RIMA

Ao tratarmos da reparação por danos ambientais, fincamos o entendimento de que a regra geral veiculada pelo art. 225, § 3º, da CF e art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981 é a da responsabilidade civil *pós-dano*, cabendo, porém – e perfeitamente –, a criação de exceções a esta regra, ou até mesmo de uma nova regra geral, no sentido de determinar uma responsabilidade civil *antecipada*, pelos danos futuros e certos.

Nessa direção caminhou a Lei 9.985/2000, ao obrigar o proponente de empreendimentos causadores de impactos significativos, sujeitos ao EPIA/RIMA, ao desembolso de um valor a título de compensação ambiental *ex ante*.

O instituto jurídico em tela, já destacamos, representa um enorme benefício à política ambiental, pois antecipa a reparação do dano que se sabe ocorrerá em breve, melhorando as condições do meio ambiente antes mesmo que elas se deterioresem. Por isso os defensores do meio ambiente o recebem de braços abertos (apesar de algumas críticas quanto aos mecanismos de implementação da medida).

Mesmo sendo um instrumento bem-vindo, não podemos, só por isso, utilizá-lo em todos os procedimentos de licenciamento ambiental, pois, não há dúvidas, o texto do art. 36 da Lei 9.985/2000 está a exigir a compensação ambiental prévia apenas dos empreendimentos sujeitos ao EPIA/RIMA ou, em outras palavras, de empreendimentos potencialmente causadores de impacto ambiental significativo.

Por isso, segundo observado por Marília Passos Torres de Almeida, “outros estudos ambientais, tais como Relatório Ambiental Preliminar (RAP), Análise Preliminar de Risco, Projeto de Controle Ambiental etc., não são aptos a gerar a obrigação de compensação ambiental prevista na Lei do SNUC”.¹²⁵

É bem verdade que o art. 31 do Decreto 4.340/2002 buscou aumentar a amplitude do instituto, prescrevendo ao órgão ambiental licenciador que fixasse o grau de impacto ambiental, para fins de apuração da compensação ambiental, a partir de “estudos ambientais” – e não EPIA/RIMA – realizados no licenciamento.

¹²⁵ Ob. cit., p. 315-316.

Como, porém, o regulamento de uma lei não pode criar deveres e obrigações, muitos doutrinadores, como Paulo Affonso Leme Machado, reputavam inconstitucional a redação original do art. 31 do Decreto 4.340/2002, que deveria ter repetido os termos da Lei 9.985/2000, dizendo que o grau de impacto ambiental seria verificado “a partir de estudo prévio de impacto ambiental”.¹²⁶

Por esse motivo, o art. 31 do citado Decreto foi ajustado, posteriormente, para determinar que o estabelecimento do grau de impacto de empreendimento sujeito a compensação ambiental seja apurado “a partir de estudo prévio de impacto ambiental e respectivo relatório – EIA/RIMA” realizados quando do processo de licenciamento ambiental (redação dada pelo Decreto 5.566/2005 e mantida pelo Decreto nº 6.848/2009).

No entanto, parece-nos que, ainda que pelo meio errado, o art. 31 original teve uma boa intenção em promover a inclusão, no mecanismo da compensação ambiental, dos danos “deixados de fora”, i.e., dos danos causados por empreendimentos não causadores de impactos negativos significativos, porém, ainda assim, causadores de impactos negativos.

Se a ideia da compensação é “oferecer algo em troca” de danos irreparáveis constatados previamente à implantação do empreendimento, tanto faz se o empreendimento está sujeito ou não ao EPIA/RIMA – importa, isso sim, que o órgão ambiental detecte a inevitabilidade de algum dano no licenciamento ambiental de obra ou atividade. É a inevitabilidade dos danos ambientais que deve determinar a compensação, não o porte do empreendimento ou os estudos aos quais ele ficará condicionado no licenciamento ambiental.

Por isso, Fernanda Viana de Carvalho, sobre as dúvidas ainda existentes quanto à vinculação da compensação ambiental aos empreendimentos sujeitos ao EPIA/RIMA, com a exclusão daqueles sujeitos a outros estudos, coloca seu entendimento de que “não foi esta a intenção do legislador, que nem mesmo reproduziu tal pressuposto no Decreto 4.340/2002”.¹²⁷ E complementa que “qual-

¹²⁶ Seus argumentos, esposados antes da edição do Decreto 5.566/2005, que modificou o indigitado art. 3º do Decreto 4.340/2002: “Os estudos ambientais podem ser ‘relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco’, como se vê na Resolução CONAMA 237/1997. Entendo como inconstitucional e ilegal esse artigo do decreto, pois, ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ (art. 5º, II, CFC), e os decretos devem ser expedidos para a ‘fiel execução’ das leis (art. 84, IV, da CF). Ora, a Lei 9.985/2000, em seu art. 36, é expressa em dizer que o empreendimento de significativo impacto ambiental é constatado pelo ‘Estudo Prévio de Impacto Ambiental e respectivo relatório EIA/RIMA’. A lei aplica a própria Constituição Federal (art. 225, § 1º, IV). Dessa forma, os ‘estudos ambientais’ não são aptos a gerar obrigação da compensação ambiental” (*Direito ambiental brasileiro*, 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 764, nota de rodapé).

¹²⁷ Compensação ambiental: considerações sobre a experiência de Minas Gerais na implementação da Lei do SNUC, p. 338.

quer estudo que possa comprovar e quantificar o dano ambiental não passível de mitigação poderá ensejar a obrigação de sua compensação”.¹²⁸

Os motivos de sua fala são absolutamente compreensíveis mas, em nosso sentir, o art. 36 da Lei do SNUC não autoriza interpretação ampliada.

Pois bem, se não podemos exigir a compensação ambiental prévia da Lei do SNUC, senão na hipótese prevista no art. 36, que remédio temos para os impactos inevitáveis de todos os demais empreendimentos?

É absolutamente comum que os órgãos ambientais licenciadores, na impossibilidade de exigência da compensação ambiental do art. 36 da Lei 9.985/2000, exijam dos empreendedores medidas compensatórias pontuais, para contrabalançar os impactos de danos específicos – sobre elas, falaremos de forma mais detalhada no tópico 5.9.

Nessa linha, embora concorde que empreendimento não sujeito ao EPIA/RIMA não se submete à compensação ambiental da Lei do SNUC, Marília Passos Torres de Almeida pontua que ele não fica “isento de realizar a compensação ecológica, uma vez que se verifique que dele decorrerão danos ao meio ambiente que não poderão ser reparados de forma adequada”.¹²⁹

É o que também asseguram Paula da Rin Souza e Lia D. Chagas Dornelles:

“importa ressaltar que, apesar de a Lei do SNUC só tratar da compensação ambiental para os casos de ‘empreendimentos de significativo impacto ambiental’, a obrigação de reparação ambiental não se restringe a esses casos, persistindo sempre que uma atividade ou empreendimento causar dano ou utilizar bem ambiental de forma que não possa ser recuperado ou recomposto.

Nesses casos, a obrigação de compensar não será efetuada de acordo com as determinações específicas contidas na Lei do SNUC. Por exemplo, se para implantação de um empreendimento considerado de pequeno impacto, for imprescindível a destruição de determinada parcela de um ecossistema, mesmo que diminuta, sendo impossível qualquer medida mitigatória, de recuperação ou recomposição, essa utilização, destruição do recurso ou dano ambiental causado deverá ser indubitavelmente compensada”.¹³⁰

Ocorre que, se analisarmos melhor a legislação ambiental, não existe uma “regra geral” que autorize medidas compensatórias específicas – que, observando bem, nada mais são do que medidas de responsabilidade civil *antecipada* –, havendo, quando muito, disposições específicas para certos tipos de intervenções

¹²⁸ Ibidem, mesma página.

¹²⁹ Ob. cit., p. 316.

¹³⁰ Parecer/AGU/PGF/IBAMA/PROGE nº 286, de 20 de junho de 2003, p. 5.

no ambiente, como, p.ex., para supressão de vegetação de APP (cf. tópico 4.2.2) e para supressão de vegetação do bioma mata atlântica (cf. tópico 4.2.4).¹³¹

As medidas compensatórias, portanto, acabam sendo estabelecidas, via de regra, com base em princípios e normas gerais, as quais, contudo, não parecem contemplar este tipo de mecanismo compensatório antecipatório, mas apenas os mecanismos de prevenção e mitigação dos danos, e, naturalmente, os de recomposição do ambiente lesado. E isso coloca o órgão ambiental em situação de penosa fragilidade.

Para que a omissão do art. 36 da Lei 9.985/2000 quanto aos empreendimentos sujeitos a outros estudos ambientais que não o EPIA/RIMA não sirva de argumento para libertá-los de qualquer reparação de danos antecipada, urge que a lei seja ampliada para contemplá-los neste ou em algum novo mecanismo de compensação prévia.

Afinal, ainda não encontramos os motivos da exclusão de tais empreendimentos do sistema da compensação ambiental antecipada, se, mesmo dispensados do EPIA/RIMA, podem, eventualmente, causar danos ambientais não mitigáveis ou inevitáveis.

Por conta disso, somos da opinião de que o art. 36 da Lei do SNUC deveria ser revisto para englobar em suas disposições todos os empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental, causadores de impactos ambientais negativos e **inafastáveis**, ainda que desdobrando a compensação ambiental em dois tipos: uma aplicável aos empreendimentos causadores de impactos significativos, sujeitos ao EPIA/RIMA (é a compensação que já existe), outra aplicável aos demais empreendimentos sujeitos a outros estudos ambientais. No primeiro caso, os recursos da compensação seriam destinados às Unidades de Conservação; no segundo caso, a outros benefícios ambientais igualmente importantes, a serem definidos casuisticamente (com base em critérios técnicos, por óbvio) pelo órgão ambiental.

5.7.2 Empreendimentos lícitos

Há, ainda, quem não aceite que atividades lícitas, ou seja, desenvolvidas dentro dos preceitos legais, possam ser chamadas a responder por eventuais danos que venham causar – principalmente se os danos por elas causados forem, de certa forma, “autorizados” por lei ou decisão administrativa (obviamente, emitida em cumprimento à lei). Daí o dilema: é cabível a reparação de danos causados por atividades lícitas? E de danos “autorizados”?

¹³¹ Não descartamos, naturalmente, a possibilidade de algumas normas estaduais preverem medidas compensatórias de forma geral ou específica. Mas, não nos sendo possível, neste trabalho, a análise de todas as normas ambientais estaduais, restringimo-nos a tecer comentários sobre as normas federais.

A dúvida se deve ao pensamento arraigado de alguns de que a responsabilidade civil atinge apenas as práticas ilícitas – como se o dever de reparar os danos perpetrados contra terceiros fosse uma simples punição do agressor e não um mecanismo de amparo à vítima.¹³²

No campo da responsabilidade civil objetiva, contudo, não há espaço para controvérsia desse jaez, uma vez que impera o entendimento de que a licitude da atividade é irrelevante para a imposição do dever de reparar os danos dela decorrentes. Assim, o dever reparatório decorre, única e simplesmente, da existência de um dano e do nexo de causalidade ligando esse dano ao sujeito/atividade.

Atividades lícitas podem causar danos, tanto quanto as ilícitas. Por isso, a reparação não deve ser estabelecida a partir da ilicitude da atividade, mas da ilicitude do próprio dano – afinal, o dano “jurídico” tem sempre um caráter ilícito mesmo quando gerado por atividade não ilícita, daí por que até mesmo os danos “autorizados”, como, p.ex., os decorrentes da desapropriação, estão sujeitos à reparação. É o que Roberto Senise Lisboa chama de “um ato lícito que se torna ilícito pelo resultado”.¹³³

Em sucintas palavras, o fato de uma atividade lesiva ser lícita e autorizada por quem de direito não é o bastante para exterminar o direito das vítimas de não sofrer a lesão dela advinda.

Oportuna, para a situação em apreço, é a lição de Francisco José Marques Sampaio:

“Quando a norma jurídica estabelece a obrigação de responder civilmente por determinado dano como decorrência do exercício de atividade por si só capaz de provocá-lo, ainda que sem infração a qualquer dispositivo legal, a sanção imposta pela norma está justificada pela violação ao dever jurídico que todos têm de não causar dano a outrem.” (g.n.)¹³⁴

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam que, nada obstante a aparência paradoxal do dever de indenizar ao lado da licitude da atividade, “essa contradição é apenas aparente, porque a conduta pode ser lícita, visando satis-

¹³² José Marcos Domingues, por exemplo, de um lado defende que a compensação ambiental é um imposto inominado e, de outro, rechaça a sua natureza jurídica indenizatória visto que ela “não é devida em relação à prática de um ato ilícito” (*Direito tributário e meio ambiente*, p. 219). Em seu pensar, “no caso de empreendimentos licenciados não se cogita nem de violação de um direito, nem de ilicitude, nem consequentemente de dano ambiental. Trata-se de perda ambiental, inevitável, não mitigável, gerada pela ação lícita do empreendedor, objeto de licenciamento administrativo ambiental, após sopesamento dos interesses em jogo à luz dos princípios do desenvolvimento econômico e da preservação ambiental, garantidor de desenvolvimento sustentável, com as limitações decorrentes do estado da arte tecnológico e dos constrangimentos naturais que condicionam a vida humana. De sorte que não se pode falar aqui de indenização de dano” (*Ibidem*, p. 219-220).

¹³³ *Responsabilidade civil nas relações de consumo*, p. 37.

¹³⁴ *Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente*, p. 36.

fazer um interesse coletivo ou qualificado de pessoa jurídica de direito privado, mas, ao mesmo tempo, pode não ser justa no que respeita à justiça comutativa ou distributiva”.¹³⁵

E selam esse posicionamento citando Karl Larenz, cujo entendimento é o de que

“o fundamento desse dever de indenizar não reside, nesses casos, nem na responsabilidade por um ato contrário a um direito próprio ou alheio, já que a atividade está conforme o direito porque permitida, nem na imputação de um determinado risco de coisa ou de empresa, mas na exigência de uma justiça comutativa de que aquele que tem defendido seu interesse em detrimento do direito alheio, conquanto de maneira autorizada, tem de indenizar o prejudicado que teve de suportar a perturbação de seu direito”.¹³⁶

Todas essas lições explicam a coerência da exigência da reparação dos danos ambientais causados por empreendimentos devidamente licenciados pelo órgão de meio ambiente. E isso se aplica tanto à reparação *a posteriori* como à reparação *ex ante*/compensação ambiental.

A atividade devidamente licenciada é, a princípio, lícita, pois, acredita-se, o órgão ambiental apurou todos os seus impactos negativos potenciais e exigiu as condicionantes necessárias a sua eliminação e/ou redução, enquadrando-a nas determinações legais.

Mesmo estando devidamente licenciada, é possível que cause danos acidentais ou propositais. Em isso ocorrendo, a sua responsabilização é certa pois a atividade lícita gerou danos “ilícitos” – ou, melhor dizendo, lesões ao direito da coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Daí a ponderada conclusão do Prof. Paulo Affonso Leme Machado, de que

“a licença ambiental não libera o empreendedor licenciado de seu dever de reparar o dano ambiental. Essa licença, se integralmente regular, retira o caráter de ilicitude administrativa do ato, mas não afasta a responsabilidade civil de reparar. A ausência de ilicitude administrativa irá impedir a própria Administração Pública de sancionar o prejuízo ambiental; mas nem por isso haverá irresponsabilidade civil”.¹³⁷

A situação não muda quando os danos ambientais são conhecidos desde antes da concessão das licenças cabíveis ao empreendimento degradador. Conhecidos e, por razões de interesse público, tolerados. Dito empreendimento é tão lícito quanto aquele cujos danos, à época do licenciamento, eram ignorados pelo órgão licenciador. A diferença é que, neste último, os danos, por serem desconhe-

¹³⁵ Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental, p. 282.

¹³⁶ Ibidem, p. 282-283.

¹³⁷ Direito ambiental brasileiro, p. 352.

cidos, não foram autorizados e no primeiro, sendo conhecidos, foram tolerados, com a contrapartida de uma compensação ambiental.¹³⁸ Mas, em ambas as situações, os danos provocados ferem direitos da coletividade e, ferindo-os, sujeitam os respectivos poluidores à reparação integral. Um, porém, a pagará após a concretização do dano, o outro, antes mesmo disso.

Resta-nos concluir, à vista de todas as colocações supradestacadas, que não há incompatibilidade alguma na exigência da reparação de danos de uma atividade devidamente licenciada (atividade lícita) e cujos danos foram antevistos e, face à necessidade do empreendimento, “autorizados” pelo órgão ambiental licenciador.

5.7.3 Empreendimentos públicos e privados

Não apenas as atividades e os empreendimentos privados estão obrigados à compensação prévia dos impactos ambientais não evitáveis, mas também os públicos.

Ainda que a Lei 9.985/2000 não o diga expressamente, nem mesmo seu decreto regulamentador, o sexto considerando da Resolução CONAMA 371/2006, lembrou-se de incluir desde logo o Poder Público como empreendedor sujeito à compensação ambiental:

“Considerando que os empreendedores públicos e privados se submetem às mesmas exigências no que se refere à compensação ambiental [...]” (g.n.)

Não poderia ser diferente, pois o fato de um empreendimento ser público não o torna menos agressivo ao meio ambiente, nem menos impactante.¹³⁹ Se empreendimentos públicos, como, v.g., estradas, hidrelétricas e aeroportos, podem causar impactos ambientais irreversíveis e não mitigáveis, devem compensar a coletividade da mesma forma que o faz um empreendimento privado.

A prática confirma tais afirmações, dando-nos inúmeros exemplos de empreendimentos públicos que, no licenciamento ambiental, sofreram a exigência

¹³⁸ Por entendermos que os danos jurídicos são sempre ilícitos, ainda que provocados por atividades lícitas, devidamente licenciadas, é que julgamos precipitada a afirmação de que a compensação ambiental não constitui sanção por ato ilícito (MELO, Ana Alice Moreira de. Ob. cit., p. 40). De fato, o objetivo da compensação não é punir o agente degradador, e sim dar uma recompensa às vítimas do dano ambiental. No entanto, a compensação parte do princípio, sim, de que o dano causado pela atividade é ilícito, embora ela mesma, atividade, não o seja, porque devidamente autorizada pelo órgão ambiental. Ora, se a lesão não fosse ilícita, ou seja, se não violasse direito de outrem, nem mesmo configuraria um dano jurídico e tampouco obrigaria o seu causador à reparação.

¹³⁹ Sérgio Luis Mendonça Alves se vale de bons elementos para afirmar que “o Estado-administração, por atos comissivos ou omissivos, é o nosso maior poluidor”, naturalmente aí abarcando não só o Estado que atua em atividades industriais mas o Estado licenciador, fiscalizador etc. (*Estado poluidor*, p. 214).

da compensação ambiental. Apenas para citar alguns deles: pela construção da Usina Termelétrica de Três Lagoas, no Estado do Mato Grosso do Sul, com custos avaliados em R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais), a Petrobras S.A. desembolsou R\$ 7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil reais) – ou 1,5% dos custos totais – aplicados no Parque Nacional da Serra da Bodoquena e Parque Municipal de Três Lagoas; pelo Centro Experimental Aramar, no Estado de São Paulo, a Marinha do Brasil desembolsou R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) – 0,5% dos custos do empreendimento, avaliados em R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) – destinados à Floresta Nacional de Ipanema, Estação Ecológica Tupiniquins e Reserva Particular do Patrimônio Natural Centro de Vivência com Natureza; e a Eletronuclear, pelo Depósito Intermediário de Rejeitos Radioativos DIRR III, destinou R\$ 88.250,00 (oitenta e oito mil, duzentos e cinquenta reais) – 0,5% do custo do empreendimento, de R\$ 17.650.000,00 (dezessete milhões, seiscentos e cinquenta mil reais) – para a Estação Ecológica de Tamoios, o Parque Nacional da Serra da Bocaina, a APA Caiuru e a APA Tamoios.¹⁴⁰

5.7.4 Empreendimentos geradores de impactos positivos

É sabido que, a despeito de seu potencial poluidor, os empreendimentos promovem inúmeros impactos positivos, como a geração de empregos, o aquecimento da economia e o fornecimento de bens imprescindíveis à vida moderna (matéria-prima para as construções e bens de consumo, energia, telefonia, malha viária, produtos tecnológicos etc.).

Os impactos positivos, contudo, não enfraquecem a exigibilidade da compensação ambiental, tampouco têm o condão de gerar um abatimento em seu valor.

O que fazem os impactos positivos é, isso sim, justificar a realização do empreendimento APESAR dos impactos negativos a ele atrelados. Ou seja, antes de indeferir, de pronto, um empreendimento causador de danos ambientais inevitáveis, o órgão ambiental sopesará todos os seus benefícios (*rectius*: impactos positivos) e, se concluir que eles justificam ou contrabalançam os prejuízos, aprovará o projeto, sob a condição de compensação prévia desses danos.

5.7.5 Empreendimentos ampliados ou modificados

A exigibilidade da compensação ambiental não está adstrita aos procedimentos de licenciamento ambiental para instalação de *novos* empreendimentos, haja vista poder ser exigida também no licenciamento ambiental para ampliação ou modificação de empreendimentos já existentes.

¹⁴⁰ Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/compensacao/index.php?id_menu=385>. Acesso em: 25.11.2006.

Isso porque a parte ampliada ou modificada do empreendimento é uma nova estrutura, geradora de novos impactos negativos – tanto é que, por expressa disposição da Lei 6.938/1981, art. 10,¹⁴¹ a ampliação (e, implicitamente, a modificação) devem ser submetidas ao licenciamento ambiental e, eventualmente, ou seja, quando puderem gerar impactos significativos, à apresentação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto ao Meio Ambiente.

De qualquer forma, há que se observar, na imposição de compensação ambiental para ampliação e modificação de empreendimento, a mesma condição vigente para implantação: a nova estrutura do empreendimento deve ser causadora de impacto ambiental significativo e estar sujeita ao EPIA/RIMA. Logo, se a ampliação ou modificação for inexpressiva ou causadora de baixo impacto ambiental e, por essa razão, o seu licenciamento ambiental prescindir do EPIA/RIMA, não será ela submetida à compensação ambiental prevista na Lei 9.985/2000 (o que não significa que estará automaticamente dispensada de outras medidas compensatórias específicas).

A Resolução CONAMA 371/2006 confirma essa posição, ao dispor, em seu art. 6º, que

“Nos casos de licenciamento ambiental para a ampliação ou modificação de empreendimentos já licenciados, sujeitas a EIA/RIMA, que implique em significativo impacto ambiental, a compensação será definida com base nos custos da ampliação ou modificação.”

A conclusão obrigatória a que se chega é que a preocupação da lei é garantir a compensação dos danos ambientais decorrentes do empreendimento, sejam eles gerados na fase de sua implantação, sejam eles decorrentes de sua ampliação, sejam eles, ainda, resultantes de alguma modificação relevante de estrutura ou do processo produtivo, sem o aumento das instalações.

5.7.6 Empreendimentos já instalados ou em operação

A realidade nos mostra diversos empreendimentos hoje em funcionamento que não foram submetidos ao pagamento da compensação ambiental *ex ante*. Uns porque foram instalados antes mesmo que a compensação fosse introduzida no ordenamento jurídico pela Resolução CONAMA 10/1987, outros porque foram instalados sem sequer passarem pelo licenciamento ambiental prévio – que é o procedimento no qual a compensação ambiental tem lugar.

¹⁴¹ “A construção, instalação, *ampliação* e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do SISNAMA, e do IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.”

Quanto a estes procedimentos, indaga-se: o órgão de meio ambiente pode e/ou deve exigir-lhes, agora, a compensação ambiental *ex ante*? Para responder a esse questionamento, mister tecermos algumas considerações preliminares.

De pronto, afirmamos que a compensação ambiental *ex ante* não é exigida de todos os empreendimentos com potencial poluidor, nem é exigida a qualquer tempo.

Vejamos o que isso quer dizer.

Com relação à responsabilidade civil por danos (já) causados ao meio ambiente, a Constituição Federal (art. 225, § 3º) e a Lei 6.938/1981 (art. 14, § 1º) dão a ordem, em caráter geral: todo aquele que causar um dano ambiental deve responder por ele, independentemente de culpa. Nota-se que a regra que tais comandos normativos veiculam é a da responsabilidade civil **pós-dano**.

Já com relação à responsabilidade civil por danos futuros, a Lei 9.985/2000, mesmo embasada nos dois dispositivos citados, não foi igualmente genérica: determinou a compensação ambiental *ex ante* em situações específicas. Por outra ótica: a Lei do SNUC não disse que, toda vez que se identificar um dano ambiental futuro, ele deverá ser reparado previamente; diz que os danos previamente identificados no licenciamento ambiental de empreendimentos sujeitos a EPIA/RIMA terão que ser reparados antecipadamente.

Com essa revelação de aspectos essenciais da compensação ambiental exigida pelos danos irreversíveis identificados (ou esperados) antes de sua concretização, passamos a ter por princípios:

- (i) **a sua exigência se dará previamente à implantação do empreendimento causador de degradação ambiental.** Fosse ela exigida após a implantação do empreendimento, como, por exemplo, no licenciamento corretivo ou na renovação da licença de operação, ela, como regra, teria por base um dano ambiental já ocorrido, mas percebido apenas após a implantação da obra ou atividade. Neste caso, como se vê, não se teria a compensação ambiental de que trata a Lei 9.985/2000, prévia, mas sim a reparação ambiental "posterior", preconizada pelo art. 225, § 3º, da Constituição e pelo art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981. E que, diferentemente da compensação *ex ante*, não seria revertida em prol de unidades de conservação mas, sim, em prol de outros bens ambientais deteriorados (reparação por equivalente) ou do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (reparação *in pecunia*);
- (ii) **não poderá ser cogitada senão no licenciamento ambiental e quando o mesmo tiver por objeto um empreendimento causador de impacto significativo, sujeito a EPIA/RIMA.** Essa característica reforça que o órgão ambiental não poderá exigir a compensação ambiental *ex ante* fora do licenciamento ambiental, e tampouco em todos os procedimentos de licenciamento ambiental. Em consequência, se o

órgão ambiental detectar, em fiscalização de rotina, que o empreendimento em funcionamento causará um dano no futuro, não poderá invocar o art. 36 da Lei do SNUC para impor-lhe, desde logo, uma compensação ambiental *ex ante*. Terá, portanto, que buscar outras medidas preventivas desse dano no ordenamento jurídico ambiental.

Sem contradizer o que foi exposto nos parágrafos anteriores, entendemos que não desvirtuaria o instituto da compensação ambiental a sua exigência *a posteriori*, ou seja, após a implantação do empreendimento (embora não após o próprio dano), em situações excepcionais, conforme detalharemos a seguir.

5.7.6.1 Empreendimentos instalados antes da obrigatoriedade da compensação ambiental *ex ante*

No tópico anterior, chegamos à conclusão inevitável de que a compensação *ex ante* deverá anteceder a instalação do empreendimento e ser exigida apenas nas situações encartadas no art. 36 da Lei do SNUC, mediante o preenchimento dos seguintes requisitos: (a) existência de um procedimento de licenciamento ambiental; (b) o empreendimento licenciado deve ser causador de impactos ambientais significativos; e (c) deve estar sujeito ao EPIA/RIMA.

Visto isso, cabe-nos marcar um posicionamento sobre a exigência da compensação ambiental dos empreendimentos instalados antes da Resolução CONAMA 10/1987 (primeiro diploma legal a exigí-la, mas com abrangência menor do que na Lei 9.985/2000).

Em primeiro lugar, não nos parece que a *ratio legis* do art. 36 da Lei do SNUC, assim como das duas resoluções CONAMA que disciplinaram a compensação ambiental prévia (10/1987 e 02/1996), seja a de retroagir, para alcançar todos os empreendimentos em curso, licenciados no passado. Ora, se todas essas normas colocaram a compensação ambiental como CONDIÇÃO para o licenciamento, clara está a sua intenção de alcançar apenas os novos empreendimentos (ou ampliações e modificações, que não deixam de constituir uma "novidade"), bem dizendo, os novos licenciamentos.

Ainda que assim não fosse, outros motivos impediriam a cobrança da compensação *ex ante* desses empreendimentos.

Se eles foram instalados após o regular licenciamento ambiental, a compensação ambiental prévia não lhes será exigida, por uma razão simples: a compensação tem lugar nos procedimentos de licenciamento ambiental e, aqui, o procedimento de licenciamento ambiental (assim como o EPIA/RIMA) já se esgotou, já cumpriu seu papel e se findou (e há muito tempo).

A reclamação de uma compensação ambiental, em casos como os quais, restaria por desvirtuar o próprio instituto, haja vista que configuraria uma nova

modalidade de compensação prévia, exigida em oportunidade outra que não a do licenciamento ambiental – portanto, não prevista na Lei 9.985/2000 e em qualquer outro diploma legal.

Antes de encerrarmos o assunto, cumpre trazer à colação uma posição diversa da nossa, defendida por Ana Alice Moreira de Melo¹⁴² em sua dissertação de mestrado. Para ela, os empreendimentos licenciados e em operação, com as respectivas licenças ambientais, antes da Lei 9.985/2000, deverão pagar uma compensação ambiental quando da renovação da Licença de Operação. Este também é o entendimento de Paula da Rin de Souza e Lia D. Chagas Dornelles.¹⁴³

De fato, não descartamos a hipótese de que, na renovação da Licença de Operação, sejam percebidos alguns dos impactos ambientais irreversíveis que o empreendimento gerará (ainda não gerou). Mas a renovação da LO não constitui um procedimento de licenciamento ambiental, tampouco nesta fase de revisão do empreendimento é feito um EPIA/RIMA para indicar a significância de tais impactos. Além disso, a exigência da compensação ambiental a esta altura significaria muito mais a aplicação *retroativa* da lei do que a aplicação *imediate*.

Não se entenda, porém, que a não exigência da compensação ambiental de empreendimentos nas condições acima indicadas (instalados antes da obrigatoriedade legal da compensação ambiental) constitua um favor ou um agrado ao empreendedor, mesmo porque, com tal dispensa, ele não ficará desonerado de reparar ou indenizar os danos causados pela obra ou atividade. Só não o fará nos moldes previstos no art. 36 da Lei 9.985/2000, mas mediante a reconstituição do ambiente lesado ou, se tecnicamente impossível, mediante uma compensação por equivalente ou o pagamento de uma indenização ao FDDD.

Dessas obras e atividades, portanto, só deverá ser exigida a compensação ambiental antecipada em caso de ampliação ou modificação causadoras de impacto significativo, conforme tópico 5.7.5, pois, aí sim, terá início um “novo” licenciamento ambiental.

5.7.6.2 Empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental corretivo

A partir das premissas gerais sobre a exigibilidade da compensação ambiental, insculpidas no início do tópico anterior, podemos ingressar na discussão sobre a incidência da compensação ambiental *ex ante* sobre empreendimentos submetidos ao licenciamento ambiental corretivo, ou seja, executado após a implantação e, eventualmente, após o início da operação da obra ou atividade.

No tópico 3.2.1, vimos que o licenciamento corretivo pode se aplicar tanto aos empreendimentos instalados em uma época em que não havia lei exigindo o

¹⁴² Ob. cit., p. 81.

¹⁴³ Parecer/AGU/PGF/IBAMA/PROGE nº 286, de 20 de junho de 2003, p. 18-19.

licenciamento ambiental prévio, como aos empreendimentos que, desdenhando a lei que o exigia, foram implantados sem as licenças ambientais correspondentes – esses, sempre bom repisar, apenas em casos excepcionais e devidamente justificáveis.

Estamos diante de quadros distintos, embora ambos sujeitos ao licenciamento “posterior”. E estas distinções refletirão na exigibilidade da compensação ambiental: ela poderá incidir sobre o segundo, mas não sobre o primeiro.

5.7.6.2.a Instalados antes da obrigatoriedade do licenciamento ambiental

Não é incomum encontrarmos empreendimentos potencialmente poluidores que operam sem as licenças ambientais exigíveis, pelo fato de terem sido implantados antes da introdução do licenciamento ambiental obrigatório em nosso ordenamento jurídico (o que se deu, no âmbito federal, a partir de 1980, com as Leis 6.803/1980 e 6.938/1981).

Se foram instalados antes da obrigatoriedade do licenciamento ambiental, com maior razão o foram antes da obrigatoriedade da compensação ambiental *ex ante*, criada em 1987.

Só esse dado já seria suficiente para se lhes aplicar a mesma medida preconizada no tópico anterior, qual seja, desobrigá-los da compensação ambiental prévia. É uma questão lógica (e de igualdade): se todo empreendimento implantado antes da instituição da compensação ambiental prévia está liberado de pagá-la e se todo empreendimento implantado antes da obrigatoriedade do licenciamento ambiental foi implantado antes da instituição da compensação ambiental, logo, todo empreendimento implantado antes da obrigatoriedade do licenciamento ambiental está liberado de pagar a compensação ambiental prévia.

Todavia, a situação está a merecer algumas explicações adicionais. Isso porque o argumento utilizado para excluir da compensação ambiental as obras e atividades implantadas antes da criação legal deste instituto foi o de que faltaria um dos requisitos exigidos pela Lei 9.985/2000: o procedimento de licenciamento ambiental (e o correspondente EPIA/RIMA).

Ora, se estamos falando de licenciamento corretivo, estamos falando de licenciamento ambiental (ainda que com a supressão de certas etapas, porque absolutamente impertinentes, como, p.ex., a da licença prévia e licença de instalação). Sendo assim, estamos preenchendo um dos requisitos do art. 36 da Lei do SNUC.

Por essa razão, cumpre-nos adicionar outro argumento contra a exigibilidade da compensação ambiental dos empreendimentos submetidos ao licenciamento corretivo, quando este tiver por fundamento a ausência de lei obrigando ao licenciamento quando de sua implantação.

A compensação ambiental não quer ser apenas prévia ao dano, embora esta seja sua característica principal. Ela quer, também, ser prévia ao próprio desenvolvimento do empreendimento causador do dano, ela quer ser a condição *sine qua non* para a instalação da atividade poluidora. Daí afirmarmos que a compensação ambiental *ex ante* não pode ser cobrada a qualquer momento em que se verifique a iminência de um dano. Esse "momento" tem que coincidir com o licenciamento ambiental PARA IMPLANTAÇÃO DE NOVO EMPREENDIMENTO (ou de nova estrutura, no caso de ampliação ou modificação).

No caso do licenciamento corretivo, o momento da implantação de NOVO empreendimento já passou. Este licenciamento, portanto, buscará apenas amoldar um empreendimento já existente às normas e padrões ambientais vigentes (fisso sim é aplicação *imediate* da lei ambiental, pois adequar o empreendimento "daqui para a frente" não implica retroatividade da lei).

E mais uma vez insistimos que a inexigibilidade de compensação ambiental *ex ante*, *in casu*, não significa inexigibilidade de reparação pelos danos ambientais que a atividade porventura tenha causado.

A verdade é que a nenhum empreendimento assiste o direito de degradar - nem mesmo aos empreendimentos implantados há décadas, quando o licenciamento ambiental e a compensação ambiental sequer haviam sido criados. Tanto é verdade que a doutrina aceita, sem grandes questionamentos, que o dano ambiental é imprescritível, podendo ter sua reparação exigida do degradador a qualquer tempo.¹⁴⁴

Resultado disso é que não haverá possibilidade e oportunidade alguma para que o causador de um dano se exima de repará-lo.

5.7.6.2.b Instalados sem o licenciamento ambiental obrigatório

Os empreendimentos instalados sem as licenças ambientais exigíveis à época da instalação estão em situação ilegal e devem, o mais breve possível, buscar a regularização (a qual, contudo, nem sempre será possível).

¹⁴⁴ O tema é bem elucidado por Nelson Nery Jr e Rosa Maria B.B. de Andrade Nery: "Não se aplica a pretensão de indenização do dano ambiental, o regime da prescrição relativa a direito de propriedade. [...] A prescrição é instituto criado para apenar o titular do direito pela sua inércia no não exercício desse direito. Como os direitos difusos não têm titular determinável, não seria correto transportar-se para o sistema da indenização dos danos causados ao meio ambiente o sistema individualístico do Código Civil, apenando, dessa forma, toda a sociedade, que, em última *ratio* é a titular ao meio ambiente sadio" (Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental, p. 291). No mesmo sentido, Sérgio Luís Mendonça Alves apregoa que nada justifica um tratamento típico do Direito Privado na defesa do direito ao meio ambiente, "devendo todos considerá-lo imprescritível, como única alternativa para proteção da vida em todas as suas formas" (*A prescrição no direito ambiental brasileiro*, p. 414).

Posto isso, serão submetidos ao licenciamento corretivo. E, diferentemente das situações abordadas nos dois tópicos anteriores, serão submetidos ao pagamento de uma compensação ambiental prévia, caso fique demonstrado que são geradores de impactos ambientais significativos.

A princípio, poder-se-ia questionar a coerência desta assertiva, visto que firmamos, há pouco, o entendimento de que a compensação ambiental deve ser sempre prévia à instalação do empreendimento.

Não mudamos nossa opinião.

Ocorre que, do ponto de vista jurídico, a instalação de empreendimentos sem as licenças ambientais exigíveis não deveria nunca ter existido, sendo lícito pressupor, por essa razão, uma equiparação, para os efeitos legais, entre os empreendimentos irregulares e os empreendimentos ainda não instalados. Pensamento diverso deste criaria uma vantagem odiosa para os infratores da lei, que veriam na fuga do licenciamento ambiental prévio uma excelente oportunidade para fugirem também da compensação ambiental *ex ante*: instalariam suas obras e atividades sem as licenças ambientais obrigatórias e buscariam regularizá-las posteriormente, sem o pesado ônus da compensação ambiental prévia, pelo simples fato de que, estando o empreendimento implantado, a compensação não teria mais lugar. Corroborar tal argumento seria premiar a atuação ilegal... e que belo prêmio!

A Lei 9.985/2000 não faz nenhuma menção aos empreendimentos implantados sem as licenças ambientais exigíveis, silenciando, assim, sobre a incidência da compensação ambiental em situações semelhantes.

O art. 34 do Decreto 4.340/2002, de seu turno, determina que os empreendimentos não licenciados busquem a sua regularização, *induzindo* ao entendimento de que neste licenciamento corretivo ou retificador será exigida a compensação ambiental *ex ante* (não tão *ex ante* assim...):¹⁴⁵

“Art. 34. Os empreendimentos implantados antes da edição deste Decreto e em operação sem as respectivas licenças ambientais deverão requerer, no prazo de doze meses a partir da publicação deste Decreto, a regularização junto ao órgão ambiental competente mediante licença de operação corretiva ou retificadora.”

José Eduardo Ramos Rodrigues¹⁴⁶ enxerga neste dispositivo a concessão de uma verdadeira anistia aos poluidores, em colisão frontal com a Lei dos Crimes Ambientais que tipifica como crime, no art. 60, a conduta de “construir, reformar,

¹⁴⁵ Com efeito, esta conclusão é *induzida* porque o art. 34 não faz referência alguma à compensação ambiental. Todavia, ele se encontra no Capítulo VIII – Da compensação por significativo impacto ambiental. E não teria sentido ele tratar do licenciamento corretivo exatamente no capítulo da compensação *ex ante*, se não quisesse atrelar uma coisa à outra.

¹⁴⁶ *Sistema nacional de unidades de conservação*, p. 133.

ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes". Sendo crime, descabida qualquer regularização. Entretanto, já justificamos juridicamente, no tópico 3.2.1, a possibilidade de regularização destes empreendimentos, sem prejuízo de sua responsabilização no campo penal, administrativo e civil. Por isso, não nos parece esteja o art. 34 anistiando os poluidores mas sim trazendo-os a uma situação de legalidade, sem perdoar e sem deixar de punir a ilegalidade outrora cometida.

Apenas para constar uma outra crítica ao art. 34, dessa vez em sentido diametralmente oposto à crítica acima esposada e também oposta ao nosso posicionamento, Sérgio Guerra insurge-se contra a exigência da compensação ambiental dos empreendimentos instalados e com licença de operação em vigor antes da edição da Lei 9.985/2000, sob o argumento de que a compensação só deve ser exigida na fase de implantação. Chega até mesmo a questionar a constitucionalidade do art. 34 do Decreto 4.340/2002, acima transcrito – e não parece excepcionar da reputada inconstitucionalidade nem mesmo as situações em que a implantação e operação de empreendimento seu deu ao arripio da lei:

“pode-se inferir que não estariam sujeitos às medidas compensatórias os empreendimentos com licença de operação em vigor quando da publicação do aludido diploma legal. [Lei 9.985/2000]

Neste particular, é de se asseverar que o art. 34 do Decreto 4.340/02, que estabeleceu o prazo de doze meses, a partir de sua publicação, para que os empreendimentos já implantados e em operação, providenciem a regularização junto ao órgão ambiental competente mediante licença corretiva ou retificadora, isto é, sujeitando-se às novas regras sobre compensação ambiental, pode ter a sua constitucionalidade discutida”.¹⁴⁷

Todavia, a contrariar este entendimento temos a decisão do Desembargador Federal Catão Alves, do TRF da 1ª Região, que, relatando o Agravo de Instrumento nº 2005.01.00.060479-0/DF, interposto pela Associação Brasileira de Concessionárias de Energia Elétrica em face do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA), manifestou:

“De outro lado, lúdima a cobrança da compensação ambiental prevista no art. 34 do Decreto nº 4.340/2002 porque sua fixação se dá no momento do licenciamento ambiental. Logo, para os empreendimentos que, apesar de implantados antes da sua vigência, ainda não haviam regularizado a licença, cabe a exigência da exação.”¹⁴⁸

¹⁴⁷ Compensação ambiental nos empreendimentos de significativo impacto, p. 135.

¹⁴⁸ Não ignoramos, é claro, que para este julgador a compensação ambiental é um tributo, de modo que a sua conclusão foi orientada pela natureza jurídica (que ele defende ser) do instituído em comento. No entanto, a lógica do argumento serve também àqueles que, como nós, sustentam ser

Veja-se, por fim, que os empreendimentos a que se recusar o licenciamento corretivo, por serem incorrigíveis, naturalmente não serão chamados a cumprir a compensação ambiental nos termos do art. 36 da Lei 9.985/2000. Mas, se causaram danos ambientais quando de sua instalação ou pelo tempo que operaram, serão forçados a repará-los integralmente, com base na regra geral da responsabilidade civil pós-dano do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981 e do art. 225, § 3º, da Constituição Federal.

5.8 Danos reparáveis pela compensação ambiental

Demonstramos no tópico 2.2.5 que as alterações ambientais causadas pelas atividades potencialmente degradadoras podem ser de três ordens: (i) juridicamente irrelevantes; (ii) juridicamente relevantes porém toleráveis; e (iii) juridicamente relevantes e intoleráveis.

Quanto às *alterações ambientais juridicamente irrelevantes*, embora possam até gerar alguma repercussão negativa no ambiente, não são consideradas danosas, por serem de reduzida intensidade, facilmente absorvíveis pelo meio ambiente e, ao mesmo tempo, serem consideradas absolutamente normais e inerentes à vida em sociedade. E se não são consideradas danosas, do ponto de vista jurídico, não são indenizáveis.

Sobre as lesões ambientais não indenizáveis, porque juridicamente irrelevantes, Danny Monteiro da Silva ensina que

“Nem toda alteração desfavorável para o meio ambiente, do ponto de vista ecológico, será necessariamente uma lesão juridicamente tutelada. De fato, existem alterações provocadas ao ambiente tidas como socialmente necessárias e que acarretam desequilíbrios ecológicos, mas que são acobertadas por uma certa tolerância jurídico-social, desde que respeitados determinados padrões e normas técnicas previamente estabelecidas.”¹⁴⁹

Mas, então, é possível que o próprio ordenamento jurídico imponha à coletividade o dever de suportar certas lesões, sem qualquer indenização? Sim. O Direito exige que as pessoas em geral suportem, em determinadas situações e dentro dos limites da razoabilidade, certos prejuízos ou incômodos, razão pela qual não são eles – prejuízos e incômodos – considerados “danos indenizáveis”. Ou seja, em hipóteses tais, as supostas “vítimas” não têm o direito de não sofrer o prejuízo. Por mais que sofram o prejuízo ou o incômodo, não terão sofrido a violação de qualquer direito e não serão compensadas por isso.

a compensação ambiental uma medida de reparação de danos: a compensação ambiental é exigida no licenciamento ambiental e os empreendimentos irregulares, ainda que tardiamente, submetem-se ao licenciamento ambiental.

¹⁴⁹ Ob. cit., p. 83, nota de rodapé.