

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITO E SUSTENTABILIDADE II

MARCOS LEITE GARCIA

TERRIE R. GROTH

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito e sustentabilidade II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Marcos Leite Garcia; Terrie R. Groth - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-429-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Crescimento. 3. Proteção Ambiental. 4.

Desenvolvimento Sustentável. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO E SUSTENTABILIDADE II

Apresentação

É com muito entusiasmo que apresentamos a coletânea de artigos aprovados no Grupo de Trabalho "Direito e Sustentabilidade II", por ocasião do XXVI Encontro Nacional do CONPEDI, realizado nos dias 19, 20 e 21 de julho de 2017, no Centro Internacional de Convenções do Brasil, na cidade de Brasília. Destacamos e elogiamos os esforços do CONPEDI em trazer esses debates ao seio da pós-graduação stricto sensu em Direito no Brasil. Ademais, certamente que é para nós motivo de satisfação e orgulho poder colaborar em tão importante empreitada.

Os treze trabalhos apresentados no Grupo de Trabalho "Direito e Sustentabilidade II", com variados referenciais teóricos, foram, em nosso ver, o resultado de uma excelente seleção de artigos produzidos no âmbito dos Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito das diversas universidades envolvidas em nossos esforços de melhorar a educação em nosso país.

O reconhecimento da qualidade desses textos que aqui divulgamos e entregamos à Comunidade Acadêmica não foi apenas dos próprios autores e assistentes ao Grupo de Trabalho, mas também e principalmente dos professores que compuseram a coordenação dos trabalhos e que assinam essa apresentação. O tema da sustentabilidade certamente é interdisciplinar e de fundamental importância para a construção de um futuro melhor, não de nosso país, como de toda a humanidade.

Tivemos o privilégio de testemunhar uma variedade de posicionamentos e controvérsias, mas dentro do quadro de respeito ao outro, uma vez todos tiveram uma postura gentil e digna que se espera de acadêmicos. O clima de cooperação, dignidade e respeito foi a marca do Grupo de Trabalho em questão. Assim, durante as discussões, críticas construtivas foram apresentadas e debatidas, o que somente vem sinalizar que os professores e alunos dos Programas envolvidos dignificam e ajudam na construção da qualidade científica da pós-graduação stricto sensu em Direito em nossas latitudes. E não temos dúvida de que o CONPEDI, aprendendo com erros e acertos de sua longa trajetória, tem atendido ao seu principal objetivo de desempenhar o papel fundamental de facilitador dos diversos diálogos de suma importância para a nossa atual sociedade.

Assim sendo, por último destacamos a atualidade e relevância das pesquisas apresentadas, que perpassam por questões sociais, ambientais, consumeristas, de justiça ambiental e

políticas públicas, entre outras, e que caracterizam-se em resumidas contas pela busca de uma sociedade mais justa, mais sustentável, e que seja pautada pela construção de um Direito que realmente venha em um futuro breve diminuir os efeitos de nossas mazelas sociais e encontrar o caminho correto para solucionar as nossas urgentíssimas controvérsias ambientais.

Prof. Dr. Terrie R Groth - Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia - Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI

DESISTÊNCIA DE EMPREENDER E A RECUPERAÇÃO FINANCEIRA DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL: A ESCOLHA QUANTO À MODALIDADE DE PAGAMENTO

WITHDRAWAL OF UNDERTAKING AND THE FINANCIAL RECOVERY OF ENVIRONMENTAL COMPENSATION: THE CHOICE OF THE MODALITY OF PAYMENT

Isabel Camargo Guedes ¹
Bárbara Augusta de Paula Araújo Myssior ²

Resumo

A Constituição Federal dispõe que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é obrigação do Poder Público e da coletividade, consagrou a responsabilidade compartilhada em matéria ambiental. O presente texto analisa a compensação ambiental, instituída pela Lei nº 9.985/2000, modelo de gestão ambiental, diferenciando dano e impacto negativo para justificar a legalidade do instituto. Apresenta-se as formas de pagamento da compensação ambiental, cujo objetivo é demonstrar a possibilidade de restituição dos valores desembolsados na hipótese de desistência da execução do empreendimento. O estudo foi desenvolvido com metodologia jurídico-teórica e raciocínio dedutivo, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Compensação ambiental, Formas de pagamento, Desistência do empreendimento

Abstract/Resumen/Résumé

The Federal Constitution states that ecologically balanced environment is an obligation of the Public Power and of the collectivity, enshrined the shared responsibility in environmental matters. The present text analyzes the environmental compensation, Law 9,985/2000, model of environmental management, differentiating damage and negative impact to justify the legality of the institute. The forms of payment of the environmental compensation are presented, purpose of demonstrating the possibility of repayment of the amounts in the event of abandonment the execution of the project. The study was developed with legal-theoretical methodology and deductive reasoning, with bibliographic and documentary research techniques.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Environmental compensation, Payment methods, Abandonment of the enterprise

¹ Advogada. Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara, pós-graduada em Direito Notarial e Registral pela Faculdade Milton Campos, Bacharel em Direito pela PUC-Minas.

² Mestranda em Direito Ambiental na Escola Superior Dom Helder Câmara. Pesquisadora do CEBID/Dom Hélder Câmara. Pós-graduada em Criminologia pelo IEC - PUC Minas.

1 INTRODUÇÃO

A impossibilidade de recuperação total de bens ambientais afetados por empreendimento justifica o uso de medidas compensatórias como forma de reparação pelo inevitável impacto, em consonância com os princípios gerais do Direito Ambiental, tal como o desenvolvimento ambiental e poluidor-pagador.

Assim, as medidas compensatórias são aquelas destinadas a compensar impactos ambientais negativos, sendo que estes considerados inevitáveis no aspecto que não podem ser mitigados pressupõe a origem da compensação ambiental como instituto indispensável à manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O presente trabalho pretende demonstrar a diferença entre o dano ambiental que advém de uma ação ilícita de um empreendimento, que merece ser reparado, sendo atribuída responsabilidade civil ao causador do mesmo e a compensação ambiental que decorre de ação lícita de empreender.

Para isso, será apresentada a Lei nº 9.985/2000 (Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação-SNUC) que dispõe sobre a compensação ambiental, bem como dispor sobre a natureza jurídica do instituto e o funcionalismo pretendido pelo direito ambiental.

O desenvolvimento sustentável é apresentado como base argumentativa e finalidade a ser atingida para uma melhor qualidade de vida para as presentes e futuras gerações, como fundamento constitucional e ao progresso econômico. Para o trabalho foi utilizada metodologia jurídico-teórica e raciocínio dedutivo, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, para a reflexão acerca dos pontos essenciais envolvidos as formas de pagamento da compensação ambiental e suas influências na hipótese de desistência do empreendimento.

O estudo apresentará como foco central as duas hipóteses de pagamento pelo empreendedor, no âmbito do licenciamento ambiental federal, a direta, mediante execução de melhorias nas unidades de conservação e a indireta, através de pagamento em espécie. Tendo como fundamento estas possibilidades de cumprimento da medida compensatória, analisa-se a desistência de empreender e os modelos viáveis de restituição, concluindo pela necessidade da matéria ser normatizada, mesmo que mediante orientações administrativas.

Estudar tal tema é extremamente importante, pois será demonstrado que a ausência de métodos procedimentais para a restituição dos valores causará enriquecimento sem causa da administração pública e insegurança aos empreendedores quanto a obrigações vultosas decorrentes do licenciamento ambiental.

2 A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL NA LEI Nº 9.985/2000 – Sistema Nacional de Unidades de Conservação

Inicialmente, indispensável é a análise histórica das normas quanto às políticas públicas nacionais voltadas à defesa e prevenção de eventuais impactos ambientais previsíveis e inevitáveis com a instalação de empreendimento economicamente indispensáveis.

A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, e, a partir de então, passou a ser obrigatório o licenciamento ambiental de empreendimentos que tem potencial de causar impactos no meio ambiente.

A partir de então, um dos instrumentos de gestão ambiental disposto na Política Nacional de Meio Ambiente, como ações preventivas afetas ao Estado, a avaliação de impactos ambientais e o licenciamento para a instalação de obras ou atividades potencialmente poluidoras (ARTIGAS, 2011, p. 23).

A legislação pretendia proteger o meio ambiente desde que não causasse óbice ao desenvolvimento econômico, o que se adequou às normas internacionais ambientais. Nesse sentido aponta Romeu Thomé

A necessidade de harmonização entre desenvolvimento econômico, preservação ambiental e equidade social, hoje denominado “desenvolvimento sustentável”, é um dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, o que demonstra a contemporaneidade da norma e sua adequação aos atuais anseios da sociedade. (THOMÉ 2014, p. 175)

É no momento do licenciamento ambiental que o órgão administrativo licenciador toma conhecimento dos impactos que aquela atividade econômica causará no meio ambiente, que poderão ser negativas ou positivas.

Assim, utiliza-se o licenciamento ambiental como meio de apontar quais serão as medidas preventivas a serem adotadas em um empreendimento e, conhecidos os impactos que a atividade acarretará ao meio ambiente o empreendedor deve lançar mão de ações previamente já definidas e que sejam eficientes para mitigar ou, até mesmo, eliminar os impactos negativos ao meio ambiente (ROSSI; BARREIRA, 2016, p. 313).

A Resolução do CONAMA nº 01/1986 estabeleceu os critérios básicos e as diretrizes gerais para o uso e a implementação da Avaliação de Impacto Ambiental (EIA) como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, bem como dispôs quais seriam os empreendimentos sujeitos à apresentação da avaliação.

Salienta Priscila Santos Artigas quanto ao processo de licenciamento ambiental que serão averiguados:

[...]os impactos negativos que serão causados pela implantação e pela operação da atividade ou do empreendimento e, em função desses, estabelecidas as medidas *preventivas, mitigatórias e compensatórias* correspondentes. Vale dizer que, para cada impacto negativo causado no meio ambiente deverá haver uma medida ou medidas administrativas correlatas, podendo ter natureza preventiva (evitando o impacto), mitigatória (diminuindo ou minimizando os efeitos do impacto) ou compensatória (compensando os efeitos do impacto). Pode-se afirmar, pois, que o impacto, não podendo ser prevenido ou evitado, deve-se procurar mitigá-lo ou minimizá-lo e, caso não possa ser prevenido nem mitigado, o mesmo deve ser compensado. (ARTIGAS, 2011, p. 24)

Assim, o empreendimento que seja considerado potencialmente causador de impacto ambiental negativo e que o mesmo não possa ser mitigado, após análise do órgão administrativo licenciador, este apresentará as medidas compensatórias necessárias ao empreendedor para que as respectivas licenças sejam concedidas.

Em 1988 com a Constituição Federal foi estabelecido os parâmetros necessários para a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, estabeleceu ainda sobre espaços territoriais a serem especialmente protegidos¹, recepcionando as normas anteriores quanto ao procedimento de licenciamento ambiental.

Dentre as medidas compensatórias impostas por lei, a compensação ambiental, criada pela Lei nº9.985, de 18 de julho de 2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC, sujeita os empreendimentos causadores de impactos ambientais a apoiar a criação e a manutenção de unidades de conservação, conforme preceituado art. 36, §1º:

Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

§ 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação

¹Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

Assim, “o objetivo da compensação ambiental é, **grosso modo**, compensar uma perda ambiental com um ganho ambiental desejável” (BECHARA, 2009, p. 166, grifo nosso), isso por que a pretensão é que os empreendimentos de significativo impacto e que não seja possível mitigá-lo ou até mesmo eliminá-lo com o emprego das tecnologias atualmente existentes, seja obrigado a apoiar núcleos de conservação de proteção integral. Este apoio se dará através de recursos financeiros.

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. (2009, p.167)

Mister asseverar que, não há que falar em danos ao meio ambiente quando do processo de licenciamento ambiental, pois, os danos ambientais são indesejados e não passíveis de serem licenciados. Salienta Priscila Santos Artigas que do “dano ambiental emergem as responsabilidades civil, administrativa e criminal” (ARTIGAS, 2011, p. 246).

3 NATUREZA JURÍDICA E O FUNCIONALISMOS DA NORMA AMBIENTAL

A definição da natureza jurídica de qualquer instituto jurídico é de suma importância haja vista que em razão disso implicações quanto à incidência de preceitos normativos e princípios são identificados e aplicados a partir de então. Com a compensação ambiental não é diferente.

Nesse sentido, os debates para a identificação da natureza jurídica da compensação são divididos em três correntes, conforme preceitua Priscila Santos Artigas:

A primeira, defendendo a compensação ambiental com natureza jurídica e reparatória; a segunda, sustentando que o instituto nada mais é do que um tributo; e, a terceira, arguindo ser a obrigação uma forma de compartilhamento de despesas entre o Poder Público e os entes empreendedores privados quando se lançam em atividade potencialmente impactante ou com amplas externalidades negativas. (2011, p. 45)

Assim, os doutrinadores que defendem a primeira corrente² apresentam notas argumentativas pautadas na Constituição Federal notadamente no princípio do poluidor-pagador, sendo que a sua razão de existir é puramente reparatória. Nesse sentido, a base desse instituto é a reparação civil, tratando, portanto, de uma forma de indenização pelos danos ambientais que os empreendimentos causarão³.

Com isso, sendo apontado no licenciamento ambiental que uma atividade econômica causará no futuro, um dano que não é possível mitigar pelo empreendedor, deverá indenizar, reparando o dano inevitável. Neste caso se tem uma reparação *ex ante* de um dano futuro.

A verificação da reparação está intrinsecamente vinculada ao princípio da responsabilidade civil preventiva, que atua antes mesmo da incidência do dano propriamente dito. A certeza do dano permite que danos que ainda não ocorreram, mas que têm a ocorrência prevista com razoável grau de probabilidade, também devem ser objeto de reparação.

Essa certeza advém justamente da produção técnica decorrente do processo de licenciamento ambiental que é o EIA/RIMA, instrumento dotado de pareceres e cientificidade que apresentará o alcance do dano, mesmo que futuro, do empreendimento avaliado.

Ocorre, no entanto, que a crítica substancial a esta corrente é que o artigo 927 do Código Civil ao dispor sobre responsabilidade civil estabelece que ocorrerá este instituto quando “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Ora, o caso da compensação ambiental não se enquadraria nessa hipótese, pois ainda sequer ocorreu o dano que poderá ser sujeito de responsabilização.

Além disso, a importância advinda da compensação ou até mesmo a obrigação de fazer (“apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação”) não se vincula ao dano a ser causado, proporcionando uma recomposição efetiva, existindo nexo de causalidade, elemento intrínseco à indenização/reparação de dano.

Já a segunda corrente, que entende ser a compensação ambiental um tributo, pauta sua argumentação no Código Tributário Nacional, pois é uma medida: (i) compulsória;

²Nessa linha, Paulo Affonso Leme Machado. *Direito ambiental brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 865; Erika Bechara. *Licenciamento e compensação ambiental – na lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC)*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 194-205; Marcelo Abelha Rodrigues. Aspectos jurídicos da compensação ambiental do art. 36, § 1.º da Lei Brasileira das Unidades de Conservação (Lei nº 9.985/2000). *Revista de Direito Ambiental*. vol. 46. São Paulo: RT, 2007; e Sandra Clíce de Aquino. A compensação ambiental na legislação brasileira sob o foco do desenvolvimento sustentável das cidades. In: SILVA, Bruno Campos (org.). *Direito ambiental: enfoques variados*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 144. (ARTIGAS, 2011, p. 46)

³A base legislativa para esta argumentação está pautada na Lei federal nº 6.938/1981, especificamente no inciso VII do seu art. 4º: “à imposição ao poluidor e aopredador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, a usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”

(ii)pecuniária, com valor expresso em moeda; (iii) não constitui sanção de ato ilícito, mas, ao contrário, o fato gerador é atividade empresarial lícita; (iv) foi instituída em lei; e (v) far-se-á por atividade administrativa vinculada (ARTIGAS, 2011, p. 58).

Entretanto, os defensores dessa corrente esbarram justamente no rigor do sistema tributário nacional, sendo apresentado por Érika Bechara a seguinte argumentação quanto ao não enquadramento ao conceito de impostos: “diferentemente dos impostos gerais, a receita da compensação ambiental tem aplicação vinculada e, além disso, não é arrecadada pelo Poder Público – este apenas determina e conduz sua aplicação – e nem sempre consiste em pagamento em dinheiro.” (2011, p. 174).

Essa mesma autora chama atenção ao fato de que a compensação ambiental também não se enquadrar nos conceitos de empréstimo compulsório ou de contribuiçõesocial. Quanto aos primeiros tem-se que a compensação ambiental não é restituída ao empreendedor e, principalmente não foi criada para auxiliar a União a lidar com situação de calamidade pública ou guerra, nem por motivo de urgência e de relevante interesse nacional ambiental.

Em se tratando da contribuição social, também não há possibilidade de haver o enquadramento da compensação ambiental a este tipo de tributo, simplesmente pelo fato de não estar prevista na Constituição Federal como tal.

Por fim, a terceira corrente decorre do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, ADI 3.378/DF⁴, que mesmo não sendo o assunto central em discussão afastou a natureza jurídica reparatória da compensação ambiental.

A posição trazida pelo Ministro Ayres Britto apresenta a compensação ambiental como um compartilhamento de despesas exercido neste instituto pelo empreendedor e, em total consonância e cumprimento a dispositivo Constitucional. Assim, estabeleceu que o art. 36 criou uma “forma de compartilhamento das defesas com as medidas oficiais de específica prevenção ante empreendimento de significativo impacto. ”

Esse entendimento é pautado no artigo 225 da Constituição Federal ao dispor que ser de dever do Poder Público e da coletividade a defesa e proteção das presentes e futuras gerações, nesse sentido Artigas dispõe que

⁴Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3.378, proposta pela Confederação Nacional da Indústria – CNI em desfavor do art. 36 e seus §§ 1º, 2º e 3º, todos da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Em 9 de abril de 2008, o STF julgou a ação, decidindo de forma parcialmente procedente pela constitucionalidade da exação, mas alterando a sua base de cálculo (0,5% sobre os custos totais do investimento), para determinar que o montante de recursos a ser destinado como compensação ambiental devesse ser fixado de acordo com o grau de impacto ambiental, sem relação necessária com o custo do Empreendimento.

[...] a tarefa de atuar, preventivamente, deve ser vista como uma *responsabilidade compartilhada*, exigindo uma atuação de todos os setores da sociedade, cabendo ao Estado criar instrumentos normativos e política ambiental preventiva. Outrossim, cabe a todos os cidadãos o dever de participar, influir nas políticas ambientais, evitar comportamentos nocivos ao meio ambiente saudável. (2011, p. 68)

Aqui reside a responsabilidade compartilhada que advém da compensação ambiental.

Essa terceira corrente é a transição da análise puramente da natureza jurídica do instituto para uma verificação sistema e híbrida da compensação ambiental que deságua no funcionalismo ambiental.

Nesse sentido, a ponderação de Artigas se faz indispensável para a demonstração dessa transmutação indissociável dos institutos jurídicos ambientais:

[...] face à complexidade das questões jurídicas suscitadas no mundo moderno, a exegese literal, isolada e excessivamente positivista, deve ser substituída por uma interpretação sistemática que não deixe de considerar a *intervisão*, a *inter-relação*, a *interdependência*, a *organicidade do todo*, além do somatório com os demais princípios e direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico. Por conseguinte, quando se trata de questões econômicas, incluindo a variável ambiental como elemento decisório, não deve haver dúvidas quanto à necessária verificação da *funcionalidade* e, ainda, *sistematização* da análise jurídica. (2011, p. 253-254)

Assim, a aplicação de conceitos ambientais em qualquer esfera e instância a determinado caso contrato, quanto ao seu operador deve se ater ao objetivo a ser alcançado, à funcionalidade intrínseca àquele ato a ser praticado. As bases da análise deverão ter como fim específico a ser atingida a qualidade de vida para as presentes e futuras gerações. As análises que tiverem como lente de aumento esta base proporcionarão serem atingidas as metas do direito ambiental enquanto função.

Nesse mesmo sentido é a marca da *transversalidade* das normas do Direito Ambiental que, incluindo a *interdisciplinaridade*, é uma típica característica dos direitos de terceira geração. Com efeito, diante de sua natureza coletiva edifusa, aliada ao intento promocional dos seus institutos, são marcas que não mais permitem uma separação estanque do direito público e do direito privado e, tampouco, a aplicação isolada de vários conceitos e princípios jurídicos dos inúmeros campos do direito (ARTIGAS, 2011, p. 254).

A mesma autora pondera de forma clara e precisa que

Sendo assim, com o intuito de alcançar seus objetivos de proteção dos recursos naturais – ou, simplesmente, a sua *funcionalidade* – os institutos do Direito Ambiental, ao serem *transversais*, podem emergir com diversas características dos vários ramos do direito e, bem por isso, acabam por ser institutos de difícil enquadramento.

Por conseguinte, as medidas compensatórias, como típico instituto do direito ambiental, procurando equacionar as externalidades negativas – e daí, como dito, a sua funcionalidade –, acabam por emergir em diversos ramos do direito, não podendo, por essa razão, ser conceituadas como subsumindo-se a uma determinada categoria ou a uma específica ‘natureza jurídica’. (ARTIGAS, 2011, p. 256)

4 MODALIDADES DE PAGAMENTO DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL

A Resolução CONAMA 371/2006 estabeleceu as diretrizes quanto ao cálculo, aplicação, aprovação, controle dos gastos advindos da compensação ambiental e o momento do licenciamento ambiental a ser pago.

O órgão licenciador após análise do EIA/RIMA apresentará indicação da unidade de conservação a ser beneficiada, bem como o empreendedor também poderá apresentar sugestões⁵, será estabelecido o percentual que corresponderá à compensação ambiental, o que deverá ocorrer quando da emissão da licença ambiental:

Art. 4º Para efeito do cálculo da compensação ambiental, os empreendedores deverão apresentar a previsão do custo total de implantação do empreendimento antes da emissão da Licença de Instalação, garantidas as formas de sigilo previstas na legislação vigente.

Art. 5º - O percentual estabelecido para a compensação ambiental de novos empreendimentos deverá ser definido no processo de licenciamento, quando da emissão da Licença Prévia, ou quando esta não for exigível, da Licença de Instalação.

§ 1º Não será exigido o desembolso da compensação ambiental antes da emissão da Licença de Instalação.

§ 2º A fixação do montante da compensação ambiental e a celebração do termo de compromisso correspondente deverão ocorrer no momento da emissão da Licença de Instalação. (Resolução CONAMA 371/2006)

Após a realização dos cálculos, o empreendedor é obrigado a assinar o Termo de Compromisso, caso seja particular, ou Convênio na hipótese de órgão público, conforme disposto na Instrução Normativa nº 20, de 22 de novembro de 2011 do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio).

⁵Art. 36, § 2º da Lei nº 9.985: 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. E art. 10 da Resolução CONAMA 371/2006: O empreendedor, observados os critérios estabelecidos no art. 9º desta Resolução, deverá apresentar no EIA/RIMA sugestões de unidades de conservação a serem beneficiadas ou criadas.

O Termo de Compromisso é “instrumento por meio do qual são formalizadas e estabelecidas as condições para o cumprimento, pelo empreendedor, das obrigações de compensação ambiental constantes em licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental” conforme disposto no Art. 2º, I da Instrução Normativa nº 20/2011.

Diante disso, após serem realizadas análises técnicas e jurídicas, o empreendedor é intimado:

Art. 11. Para o cumprimento da compensação ambiental fixada, o empreendedor poderá optar pela execução por meios próprios, podendo, para tanto, utilizar-se de terceiros, inclusive, instituições financeiras, preferencialmente, oficiais, ou ainda depositar em contas escriturais de compensação ambiental junto à CAIXA.

§ 1º No caso em que o empreendedor opte por executar a compensação ambiental por meios próprios, as despesas decorrentes da contratação de terceiros correrão às suas expensas, sendo o empreendedor o único responsável perante o Instituto Chico Mendes.

§ 2º Caso o empreendedor faça opção pelo depósito em contas escriturais de compensação em nome de empreendimento, deverá fazê-lo junto à CAIXA, em conta a ser indicada pelo Instituto Chico Mendes, do valor total de sua obrigação à vista ou em até 04 (quatro) parcelas mensais e sucessivas, devidamente corrigidas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-E - publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE - ou outro índice que venha a substituí-lo, do mês imediatamente anterior ao do depósito. (Instrução Normativa nº 20, de 22 de novembro de 2011)

Desta forma, a compensação ambiental poderá ser cumprida de duas formas: a) aplicação direta pelos obrigados legais e b) depósito por meio de adesão voluntária ao Fundo de Compensações Ambientais gerido pela Caixa Econômica Federal.

A primeira hipótese trata-se de obrigação de fazer, o próprio empreendedor irá executar a compensação ambiental na unidade de conservação, cujas obras, sendo o caso, serão limitadas e estabelecidas no Termo de Compromisso. Assim, os recursos advindos da medida não ingressam nos cofres públicos, a unidade de conservação receberá diretamente do empreendedor o benefício da compensação (BECHARA, 2009, p. 280).

Neste caso, o prazo para cumprimento da obrigação assumida será de 120 (cento e vinte) dias, sendo que tal prazo poderá ser prorrogado por períodos iguais e sucessivos, por decisão do Presidente do Instituto Chico Mendes.

Já no segundo caso é hipótese de obrigação de dar, mediante pagamento do valor estabelecido pelo órgão licenciador que poderá ser pago em até 04 (quatro) parcelas.

Estas duas formas de pagamento são possíveis em empreendimentos cujo licenciamento ocorre em âmbito federal, com regulamentação na Instrução Normativa mencionada. O que de fato chama atenção é para os casos de licenciamento cuja competência

é Estadual e para os casos que esta competência é Municipal, que são em menor número, pois aqui se trata exclusivamente de empreendimento de significativo impacto.

No entanto, a ausência de norma nesse sentido prejudica tanto a vinculação ao fim pretendido pela SNUC, conservação e manutenção das unidades de conservação, quanto a possibilidade de desvio da medida compensatória, aqui como efetivamente gênero que tem como espécie a compensação ambiental.

5 NÃO IMPLEMENTAÇÃO DO EMPREENDIMENTO: ausência de impacto

A compensação ambiental é uma reparação antecipada de prejuízos certos que um empreendimento causará ao meio ambiente, entretanto, o mesmo pode sequer ser viabilizado, por desistência de empreender.

Esta é uma hipótese rara, sabe-se, principalmente em se tratando da realidade brasileira quanto ao lapso temporal do processo de licenciamento, o que tornaria inviável uma desistência de empreender logo após a emissão da licença de instalação. Inobstante tal realidade, há esta hipótese.

A legislação brasileira não trata essa possibilidade, “não existe uma orientação legal expressa sobre a devolução dos recursos já “investidos” pelo proponente do projeto a este título” (BECHARA, 2009, p. 211). Esta mesma autora continua:

De qualquer forma, o bom-senso manda que qualquer valor desembolsado a título de compensação ambiental prévio 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”. (2009, p. 211)

Quanto à primeira parte da citação acima indicada, vislumbramos uma obrigação legal do órgão licenciador e não apenas um “bom senso” quanto à imprescindibilidade da devolução do recurso empregado pelo empreendedor para ter sua licença emitida.

O Código Civil é claro ao estabelecer que valores pagos indevidamente devem ser restituídos sob pena de caracterização de enriquecimento sem causa:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Nesse sentido, ainda que a legislação que trata a matéria não tenha estabelecido a forma da restituição dos valores empregados na unidade de conservação ou pagos pelo empreendedor, dúvida não resta quando a obrigatoriedade da sua devolução.

Ocorre que superado esse primeiro questionamento, indagação pertinente é: como será esta restituição? E, neste momento indispensável é a análise da forma de pagamento da compensação ambiental.

Assim, caso o pagamento tenha sido na modalidade direta, ou seja, o próprio empreendedor realizou obras na unidade de conservação o tratamento deverá ser um, mas caso tenha havido o pagamento em dinheiro diretamente ao gestor das unidades de conservação será outra completamente diversa.

Posto isso, passemos a análise detalhada de cada uma das formas de pagamento e suas hipóteses de devolução.

Preliminarmente, indispensável seja retomado o funcionalismo da SNUC quando instituiu a obrigatoriedade da compensação ambiental: apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação. Mas em uma análise mais detalhada a pretensão da legislação é a preservação, proteção, objetivando a longevidade da biodiversidade dos recursos ambientais.

Por consequência, caso o empreendedor já tenha executado as obras na respectiva unidade de conservação estabelecida no Termo de Compromisso, houve aí o esvaziamento da obrigação, sendo certo que será emitida Certidão de Cumprimento da Compensação Ambiental⁶. Nesta hipótese, caberá ao ICMBio a verificação quanto à execução ou não do que tenha sido fixado, com isso o recurso estará empregado na unidade de conservação.

Diante disso, a desistência quanto à execução do empreendimento gera um problema significativo para o órgão licenciador haja vista não ser possível levantar o recurso empregado na unidade de conservação.

Assim, solução possível, mas não muito viável seria uma “permuta” de obrigações, ou seja, outro empreendedor que também tenha assumido o compromisso de pagar compensação ambiental naquela mesma unidade de conservação que o empreendedor que desistiu da sua obra, receberia em seu benefício a Certidão de Cumprimento de Compensação Ambiental, em contrapartida este receberia a importância equivalente, não do órgão licenciador ou da ICMBio, mas sim do que pretende ter o seu imóvel licenciado.

⁶Em conformidade com o artigo 2º, II da Instrução Normativa nº 20/2011 é o “documento emitido pelo Instituto Chico Mendes que atesta o cumprimento integral ou parcial, pelo empreendedor, das obrigações pactuadas em Termo de Compromisso para Cumprimento de Compensação Ambiental ou das obrigações de compensação decorrentes de instrumentos celebrados anteriormente a esta Instrução Normativa.”

Esta, como dito, é uma hipótese, mas não a mais segura, pois o responsável pelo pagamento será um terceiro. Entretanto, em razão da ausência de legislação para a tutela da matéria, não se vislumbra outra possibilidade a beneficiar o empreendedor.

Possibilidade rechaçada, face à inviabilidade e lapso temporal é a judicialização para ver restituído a importância empregada na unidade de conservação.

Lado outro, caso o pagamento tenha sido realizado em dinheiro, a restituição, a depender do momento da desistência, poderá ser mais ágil, pois em empreendimentos cujo licenciamento seja de responsabilidade dos órgãos federais, o convênio com a Caixa Econômica Federal, as parcelas serão depositadas em conta escriturais dessa instituição.

Desta forma, como a conta está vinculada ao Instituto Chico Mendes e ao empreendimento, até o recurso seja empregado em uma unidade de conservação será possível sua restituição. Por este motivo que anteriormente posicionou-se quanto ao tempo entre o cumprimento da medida e a desistência, pois caso a importância já tenha sido empregada na sua finalidade funcional, o reembolso será apenas no formato anteriormente mencionado.

Outras ponderações de ordem patrimonial também merecem destaque, tais como: se houver início do empreendimento, ou seja, execução, mesmo que mínima, será possível a restituição? Haverá incidências de atualização monetária/reajustamento do valor pago a título de compensação e a data da sua restituição? Se o pagamento foi pago de maneira parcelada, a devolução também assim poderá ser?

Estes são alguns dos questionamentos concretos que poderão advir de um caso concreto e que merece normatização.

6 CONCLUSÃO

A defesa e preservação aomeio ambiente ecologicamente equilibrado é dever compartilhado entre o Poder Público e o particular, coletividade, neste sentido a Lei 9.985/2000 viabiliza a defesa da biodiversidade dos recursos ambientais, instituindo a compensação ambiental com um meio possível e viável a ser atingido os objetivos constitucionais de defesa ao meio ambiente.

Nessa seara, ponderou-se que o dano ambientalé uma lesão ilícita aos recursos ambientais, causando um indesejado prejuízo – ou poluição – ao meio ambiente e/ou a terceiros, prejuízo a ser reparado pelos mecanismos da responsabilidade civil ambiental, inclusive utilizando-se dos meios processuais preventivos. Já o impacto negativo no meio

ambiente é um fato previsto e aceito, exigindo, porém, o seu gerenciamento pelo processo administrativo delícenciamento ambiental.

Por este motivo a defesa da natureza jurídica de indenização para a compensação ambiental não pode prosperar pelo simples fato de não ensejar responsabilidade civil, sendo, portanto, um instituto híbrido de defesa ao meio ambiente.

Com esta qualidade peculiar, a ausência de legislação quanto à forma de restituição ao empreendedor que foi compelido a assumir uma obrigação de compensar o meio ambiente em razão da natureza empreendedora da atividade que exerce, gera insegurança e incerteza quanto à pronta concretização do ônus assumido, ainda mais se levarmos em consideração a atual situação econômica do país.

Parece ser um contra-senso o empreendedor que alcança a tão pretendida licença de instalação desistir da execução da sua atividade, mas na circunstância atualmente vivenciada pela economia e instabilidade política brasileira não se mostra longínqua de concretização.

REFERÊNCIAS

ARTIGAS, Priscila Santos. Direito Econômico e Financeiro. **Contribuição ao estudo das medidas compensatórias em direito ambiental**. Tese Doutorado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-15052013-163336/pt-br.php>>. Acesso em: nov. 2016.

BECHARA, Erika. **Licenciamento e compensação ambiental na lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC)**. São Paulo: Atlas, 2009.

BECHARA, Erika. **A Compensação Ambiental para a implantação de empreendimentos sujeitos ao EIA/RIMA e para empreendimentos dispensados do EIA/RIMA**. Disponível em: <http://www.pos.ajes.edu.br/arquivos/referencial_20120410141815.pdf>. Acesso em: nov. 2016.

BEDRAN, Karina Marcos; MAYER Elizabeth. **A responsabilidade civil por danos ambientais no direito brasileiro e comparado: teoria do risco criado versus teoria do risco integral**. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.10, n.19, p.45-88, Janeiro/Junho de 2013.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Resolução CONAMA nº 001, de 23 de janeiro de 1986. Estabelece os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 fev 1986. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>>. Acesso em: nov. 2016

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Planalto Central. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: out. 2016.

BRASIL. Lei nº. 9.985, 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm>. Acesso em: out. 2016.

BRASIL. Decreto nº. 4.340, 22 de agosto de 2002. Regulamenta artigos da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4340.htm>. Acesso em: out. 2016.

BRASIL. Lei nº. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: nov. 2016.

BRASIL. Decreto nº. 6.848, 14 de maio de 2009. Altera e acrescenta dispositivos ao Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002, para regulamentar a compensação ambiental. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6848.htm>. Acesso em: out. 2016.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Resolução CONAMA nº 371, de 5 de abril de 2006. Estabelece diretrizes aos órgãos ambientais para o cálculo, cobrança, aplicação, aprovação e controle de gastos de recursos advindos de compensação ambiental, conforme a Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza-SNUC e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, n. 067, 06abr.2006, p. 045. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/legislacao/CONAMA_RES_CONS_2006_371.pdf>. Acesso em: nov. 2016

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 10. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NOGUEIRA, Jorge Madeira; SALGADO, Gustavo Souto Maior. **Teorias econômicas e a conservação da natureza: compatíveis? (Natureza da economia e a Economia da natureza)**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/268427870_Teorias_economicas_e_a_conservacao_da_natureza_compativeis_Natureza_da_economia_e_a_Economia_da_natureza>. Acesso em: nov. 2016.

SILVA, Jessica Santos da; RANIERI, Victor Eduardo Lima. **O mecanismo de compensação de reserva legal e suas implicações econômicas e ambientais**. Ambiente & Sociedade, São Paulo, v. XVII, nº 1, p. 115-132, jan.-mar. 2014

SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de Direito Ambiental**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Aspectos jurídicos da compensação ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 46:130-145, 2007.

ROSSI, Camila Cristina de Souza; BARREIRA, Érika Campos. **O princípio do poluidor pagador como fundamento das medidas compensatórias**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/uwg06o62/8uHg9f4L6L9QqGZP.pdf>>2016>. Acesso em: nov. 2016.