

ERIKA BECHARA

**UMA CONTRIBUIÇÃO AO APRIMORAMENTO DO INSTITUTO DA
COMPENSAÇÃO AMBIENTAL PREVISTO NA LEI 9.985/2000**

DOUTORADO EM DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

2007

ERIKA BECHARA

**UMA CONTRIBUIÇÃO AO APRIMORAMENTO DO INSTITUTO DA
COMPENSAÇÃO AMBIENTAL PREVISTO NA LEI 9.985/2000**

Tese apresentada à Banca
Examinadora da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, como exigência
parcial para obtenção do título de
Doutor em Direito das Relações Sociais
sob a orientação da Prof^a Dr^a Consuelo
Yatsuda Moromizato Yoshida

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
2007

BANCA EXAMINADORA

**A quem dedicar este trabalho se não a meus pais, Badih e Vandinha, sempre
tão torcedores e sempre meu porto seguro?**

AGRADECIMENTOS

Muitas pessoas me acompanharam nesta “fase” de elaboração de tese, umas auxiliando-me nas pesquisas, algumas raciocinando comigo e ajudando na construção e adoção de posicionamentos, outras estimulando-me com discursos encorajadores, outras simplesmente me dando colo nos momentos mais tensos. Todas essas contribuições me fizeram produzir este trabalho e, por isso, devo meus sinceros agradecimentos a todos vocês, queridos amigos, familiares e professores.

Minha orientadora Consuelo Y. M. Yoshida: foi além da orientação. Depositou mais confiança em mim do que eu mesma! E revelou-se uma amiga fantástica.

Minhas melhores inspirações jurídicas: Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Sérgio Luis Mendonça Alves, Nelson Nery Jr., Rosa Nery, Paulo Affonso Leme Machado, Edis Milaré, Marcelo Abelha Rodrigues, Valentina Jungman, Patrícia Miranda Pizzol, Rita de Vincenzo, Gilberto e Vladimir Passos de Freitas, Daniel Fink, Álvaro Mirra, Antonio Herman Benjamin, Liliana Rossit, Eduardo Szazi, Enrico Soffiatti, Eldis e Elci Camargo, Fernando Fernandes da Silva, Guilherme Purvin de Figueiredo, Marcelo Buzaglo Dantas, Marcelo Sodré, José Carlos Freitas, Teresa Cristina de Deus, Carlos Eduardo Delgado, Flávio Paneque, Lúcia Reisewitz, Laura Martins Maia de Andrade, Adriana Diaféria, Hamilton Alonso Jr., André Geraldês e tantos outros.

Meus “pequenos” amores: Giovanni, Giulinha e Natália.

Minhas alegrias: o maninho William, Dani, a “grande” família Bechara, Salviatti, Caram, Arcaro e Carvalho de Moura, a equipe de talentosos profissionais da PUC/SP e da SSB Advogados e os meus amigos do coração (Laura, Mauro, Dri, Mika, Má, André(s), Gu, Cê, Marcos, Mestre, Cuca, Maysa, Suy, Cris, Claudinha, Vini, Ali, Fá, Edu, Will, Fê, Ramaz, Cau, Titi, Alê, Nena, Luiz, tantos, tantos...). Adorados!

Minha “pesquisadora”: Paula Jimenez Ventura dos Santos.

“Já falei de um pedacinho de terra que tenho na Mantiqueira. Muita coisa bonita, do jeito mesmo que a natureza fez, sem o auxílio do homem: um regato de água cristalina que desce do alto da serra, por entre pedras, samambaias, avencas, brincos de princesa, formando cachoeiras e remansos gelados. Campos nos quais as flores agrestes brotam onde querem. E enormes pinheiros do Paraná, araucárias, de casca rugosa onde crescem bromélias. Ali a gente sente a solidariedade entre a beleza e a vida. O que é vivo é belo, o que é belo é bom para a vida.

Há também um morro de terra ruim, tão ruim que até o capim protesta. Olhei para ela, a terra, e pensei em dar uma mãozinha. Seria bonito se aquele cerrado um dia se transformasse numa mata de araucárias. E comecei a sonhar.

Como pouco entendo dessas coisas, tratei de consultar as pessoas entendidas do lugar. Não aprovaram. As araucárias levam muito tempo para crescer. Era provável que eu nem mesmo vivesse o bastante para vê-las crescidas. E mesmo que eu as visse crescidas, não poderia cortá-las. As araucárias são protegidas pela lei. Cortar uma dessas árvores é crime. Assim, todo o meu trabalho e a minha espera resultariam em nada. Pois é sabido que só se planta uma árvore para cortá-la depois. Somente uma árvore cortada pode ser vendida. Somente as árvores cortadas se transformam em dinheiro. Negócio mais lucrativo é plantar eucaliptos: crescem rápido e dão três cortes. Um eucalipto plantado é melhor que dinheiro no banco. Percebi que não me entenderam. Por isso não disse nada. Morávamos em mundos diferentes. Eu era um ser da floresta, ser sem pressa, onde o tempo passa devagar. Tem de ser assim, porque a vida é vagarosa.

Veja o caso das sequóias, árvores que levam mil anos para crescer. É certo que a natureza não pensou no mesquinho tempo dos homens, ao fazê-las brotar. Ela só deve ter tido sonhos de beleza distante - tão distante que só apareceria em sua plena exuberância depois que tudo o que estava vivo naquele momento tivesse morrido. A vida não tem lugar para utilidade rápida. Se os seus pensamentos fossem curtos como os nossos, não haveria sequóias, por demorarem demais para crescer, nem avencas, samambaias, musgos, bromélias, flores do campo, borboletas e beija-flores, por serem inúteis. Não circulam pelo mundo dos bancos e dos bons negócios. Então, servem para quê? Para nada. Só para existir do jeito como são, espetáculo colorido e perfumado para um corpo que se sente feliz só de ver e cheirar.

Mas os meus conselheiros pensavam pensamentos aprendidos do dinheiro e do lucro que, segundo se diz, é de onde a salvação há de vir. O mundo será salvo quando as coisas vivas se transformarem em dinheiro - como as árvores cortadas.

Assim funciona a cabeça dos ativos empresários. E não estou me referindo a vilões e corruptos. Refiro-me àqueles que pensam com a imaginação dos negociantes japoneses e com o rigor comercial dos banqueiros suíços... No seu mundo de negócios não há lugar nem para a beleza inútil nem para o tempo lento da vida. Tudo deve ser transformado em lucro. Essa é a razão por que um eucalipto a ser cortado em três anos é infinitamente mais importante que uma araucária a não ser cortada daqui a cinqüenta anos.

[...].

Por isso não tenho esperanças. As araucárias estão condenadas. As florestas estão condenadas. A beleza está condenada. A vida está condenada. Mas, a despeito disso, vou mesmo é plantar minhas araucárias, na louca esperança de que, quem sabe, um dia o poder será de novo dado à vida.”

Rubem Alves
Araucária e Eucaliptos

RESUMO

Em nome do princípio do desenvolvimento sustentável, todas as obras e atividades potencialmente causadoras de degradação ambiental devem se adequar aos padrões ambientais vigentes, com vistas a eliminar seu potencial degradador ou pelo menos reduzi-lo, tanto quanto permita a tecnologia e o conhecimento científico disponíveis.

A tecnologia e o conhecimento sobre eliminação e redução de danos ambientais, contudo, não alcançam toda a gama de projetos e empreendimentos. Mesmo assim, a “necessidade” de tais projetos e empreendimentos pode exigir a sua realização, apesar dos impactos ambientais desfavoráveis, não elimináveis e não mitigáveis.

Neste caso, os impactos terão que ser contrabalançados pelo empreendedor, para que o comprometimento do direito fundamental à salubridade do meio ambiente, decorrente da atividade “necessária”, seja compensado com um benefício ambiental, de forma a diminuir uma perda com um ganho e, assim, restabelecer a situação de equilíbrio.

Guiado por esta premissa o legislador criou o instituto da **compensação ambiental**, atualmente disciplinado pela Lei 9.985/2000. Trata-se de mecanismo voltado a compensar os danos ambientais de uma dada obra ou atividade, identificados já no licenciamento ambiental - portanto previamente à implantação do empreendimento degradador.

Por se tratar de um mecanismo cercado de polêmica e questionamentos até mesmo sobre sua constitucionalidade, a sua aceitação no mundo jurídico depende da compreensão de todos os aspectos a ele relacionados e, eventualmente, de uma revisão de seu regime jurídico.

O presente trabalho se propõe a uma análise minuciosa da natureza jurídica da compensação ambiental e de seu regramento legal para, ao final, dissipar as dúvidas e as resistências infundadas e, quanto às fundadas, sugerir o aprimoramento da disciplina legislativa atual do instrumento, para conformá-lo aos preceitos constitucionais e dar-lhe plena aplicabilidade.

ABSTRACT

On behalf of the principle of the sustainable development, all workmanships and activities that potentially cause environmental degradation must be adjusted to effective environment standards, aiming to eliminate its degrading potential or at least mitigate it, as much as permitted by available technology and scientific knowledge.

The technology and knowledge on elimination and reduction of environmental damage, however, do not reach all the array of projects and activities. Even so, the "need" of executing such projects and activities can demand their accomplishment despite environment impacts which can not be eliminated or mitigated.

In this in case that, such impacts will have to be counterbalanced by the entrepreneur, so that the commitment to the basic right to the environmental health, as a result of "the needed" activity, to be either compensated with an ambient benefit, so that it reduces a loss with a profit, thus reaching a balance situation.

Guided for this premise the legislator created the institute of environmental compensation, currently ruled by Law 9.985/2000. It is about the mechanism to compensate environmental damages of one given to workmanship or activity, identified in the environment licensing - therefore previous to the implantation of the degrading activity.

Because it is a mechanism surrounded of controversy and questionings even with regards to its constitutionality, its acceptance in the legal world depends on the understanding of all the aspects related to it, and, eventually, of a revision of its legal regimen.

The present work intends to analyse the details of legal nature of environmental compensation and its legal framework for, at the end, eliminate doubts and baseless resistance and, as for the based doubts suggest the improvement of legal rule of the instrument, to conform it to constitutional premises and give it full applicability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO	17
2 IMPACTO, POLUIÇÃO E DANO AMBIENTAL SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO E DO POLUIDOR-PAGADOR	24
2.1 Princípios ambientais	24
2.1.1 Princípio do desenvolvimento sustentável.....	26
2.1.2 Princípio da prevenção	38
2.1.3 Princípio da precaução.....	43
2.1.4 Princípio do poluidor-pagador.....	48
2.2 Conceito de impacto, poluição e dano ambiental.....	57
2.2.1 Impacto ambiental	57
2.2.2 Poluição	63
2.2.3 Dano ambiental	70
2.2.3.1 Objeto e sujeito passivo do dano ambiental	72
2.2.3.2 Classificação do dano ambiental segundo sua amplitude..	74
2.2.3.2.a Dano ambiental: lesão ao bem jurídico <i>qualidade ambiental</i>	79
2.2.3.2.b Dano por intermédio do meio ambiente: lesão a bens individuais.....	80
2.2.3.3 Classificação do dano ambiental segundo seus efeitos.....	83
2.2.3.3.a Efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais do dano jurídico	84
2.2.3.3.b Efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais do dano ambiental.....	85
2.2.3.4 Caracterização do dano ambiental: anormalidade e gravidade	95

2.2.3.4.a Os limites de tolerância na definição da anormalidade e gravidade do prejuízo ambiental.....	99
2.2.3.4.b Padrões e limites legais inadequados	101
2.2.4 Danos ambientais evitáveis e inevitáveis	103
2.2.5 Danos ambientais juridicamente toleráveis e juridicamente intoleráveis	104
3 O CONTROLE DOS EMPREENDIMENTOS POTENCIALMENTE CAUSADORES DE IMPACTOS E DANOS AMBIENTAIS PELO LICENCIAMENTO AMBIENTAL E PELA AVALIAÇÃO DE IMPACTOS AMBIENTAIS	110
3.1 Controle dos empreendimentos potencialmente causadores de impactos negativos, poluição e danos ambientais	110
3.2 Licenciamento ambiental.....	111
3.2.1 Licenciamento ambiental corretivo	114
3.2.2 Natureza jurídica do licenciamento ambiental	121
3.2.3 Obras e atividades sujeitas ao licenciamento ambiental.....	124
3.2.4 Etapas do licenciamento ambiental	125
3.3 Avaliação de impactos ambientais	128
3.3.1 Estudos ambientais	131
3.3.2 Estudo Prévio de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto ao Meio Ambiente – EPIA/RIMA.....	132
3.3.2.1 Empreendimentos sujeitos à realização do EPIA/RIMA: apenas os causadores de degradação ambiental significativa	136
3.4 Direito do empreendedor à obtenção das licenças ambientais diante da avaliação de impactos ambientais favorável.....	144
3.4.1 Ato vinculado e ato discricionário	145
3.4.2 Licença e autorização.....	146
3.4.3 Licença ambiental: natureza híbrida de ato vinculado e ato discricionário.....	150
4 COMPENSAÇÃO NO DIREITO AMBIENTAL	158
4.1 Conceito de compensação.....	158
4.2 As várias facetas do instituto da compensação na legislação ambiental brasileira.....	159
4.2.1 Compensação por dano ambiental irreversível	160

4.2.1.1	Reparação <i>in natura</i>	162
4.2.1.2	Reparação específica (ou compensação ecológica) .	165
4.2.1.3	Reparação pecuniária (ou compensação financeira) .	168
4.2.2	Compensação para supressão de Área de Preservação Permanente (APP)	171
4.2.3	Compensação de Reserva Legal	178
4.2.4	Compensação para corte e supressão de vegetação do Bioma Mata Atlântica.....	183
4.2.5	Compensação para implantação de empreendimento causador de impacto ambiental significativo.....	185
5	COMPENSAÇÃO AMBIENTAL NA LEI 9.985/2000	187
5.1	Histórico	187
5.2	Conceito	189
5.2.1	Compensação ambiental, medidas preventivas e medidas mitigadoras: distinção.....	191
5.3	Natureza jurídica	194
5.3.1	Tributo	194
5.3.1.1	Imposto.....	197
5.3.1.1.a	Impostos gerais.....	198
5.3.1.1.b	Impostos restituíveis	200
5.3.1.1.c	Impostos afetados a uma finalidade	201
5.3.1.2	Taxa.....	215
5.3.1.2.a	Taxa de polícia.....	215
5.3.1.2.b	Taxa de serviço.....	217
5.3.1.3	Contribuição de melhoria	219
5.3.2	Preço público.....	220
5.3.2.1	A cobrança de preço público na implementação do princípio do usuário-pagador.....	221
5.3.3	Reparação de danos ambientais futuros	226
5.3.3.1	Reparação de danos futuros e responsabilidade civil.	232
5.4	A justiça da reparação antecipada	238
5.5	Compensação ambiental prévia e danos ambientais posteriores.....	240
5.5.1	Inexistência de conflito entre a compensação ambiental prévia e a reparação <i>in natura a posteriori</i>	243

5.6	Reparação antecipada e desistência do empreendimento	246
5.7	Exigibilidade	248
5.7.1	Empreendimentos lícitos	250
5.7.2	Empreendimentos públicos e privados.....	253
5.7.3	Empreendimentos geradores de impactos positivos.....	255
5.7.4	Empreendimentos ampliados ou modificados.....	255
5.7.5	Empreendimentos já instalados ou em operação.....	256
5.7.5.1	Empreendimentos instalados antes da obrigatoriedade da compensação ambiental <i>ex ante</i>	259
5.7.5.2	Empreendimentos sujeitos ao licenciamento corretivo	261
5.7.5.2.a	Instalados antes da obrigatoriedade do licenciamento ambiental	261
5.7.5.2.b	Instalados sem o licenciamento ambiental obrigatório.....	264
5.8	Danos reparáveis pela compensação ambiental	267
5.8.1	Danos ao meio ambiente e danos por intermédio do meio ambiente.....	272
5.8.2	Danos futuros	273
5.8.3	Danos certos	274
5.8.4	Danos agravadores da lesão ambiental	275
5.8.5	Danos ambientais patrimoniais e extrapatrimoniais	277
5.9	Compensação ambiental <i>ex ante</i> e medidas compensatórias específicas: impossibilidade de cumulação	277
5.10	Valor	282
5.10.1	Base de cálculo	283
5.10.2	Percentual	287
5.11	Destinação	294
5.11.1	Prioridades na aplicação dos recursos.....	298
5.11.2	Escolha das Unidades de Conservação beneficiárias.....	301
5.12	Execução.....	305
5.12.1	Momento.....	305
5.12.2	Modalidades	307
5.12.2.1	Direta	307

5.12.2.2 Por adesão ao Fundo de Compensações Ambientais (FCA)	309
6 CONTRIBUIÇÃO PARA O APERFEIÇOAMENTO DO INSTITUTO DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL, QUANTO À EXIGIBILIDADE, VALOR, ABRANGÊNCIA E DESTINAÇÃO, CONSIDERANDO SUA NATUREZA JURÍDICA DE REPARAÇÃO PRÉVIA POR DANOS AMBIENTAIS INEVITÁVEIS E JURIDICAMENTE TOLERÁVEIS.....	312
6.1 Necessidade de ampliação dos critérios de exigibilidade da compensação ambiental.....	312
6.1.1 Inadequação do critério atual	312
6.1.2 Proposta	316
6.2 Necessidade de adequação do valor da compensação ambiental.....	317
6.2.1 Inadequação do critério atual	318
6.2.2 Proposta	321
6.3 Necessidade de direcionamento de parte dos recursos da compensação ambiental para o meio ambiente cultural e artificial afetados pelo projeto.....	322
6.3.1 Inadequação do critério atual	322
6.3.2 Proposta	324
6.4 Necessidade de vinculação dos recursos da compensação ambiental à área afetada pelo empreendimento/área de influência do projeto.....	326
6.4.1 Inadequação do critério atual	326
6.4.2 Proposta	330
CONCLUSÃO	332
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	334

INTRODUÇÃO

“...parasita da natureza, a espécie humana não conseguiria sobreviver sem sua anfitriã, o que a obriga a buscar com ela uma relação simbiótica, em vez de continuar a explorá-la de modo predador, que chega à destruição” (Ignacy Sachs)¹

A qualidade de vida do ser humano – direito almejado por todos e garantido pela Constituição Federal – depende da coexistência de diversos bens e valores, dentre eles o desenvolvimento econômico, social e cultural e o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

É na harmonia desses bens e valores, portanto, que devem estar alicerçados os modelos econômicos atuais. Devem eles buscar adequar a fruição dos bens pela sociedade, sem comprometer a higidez do ambiente. Em outras palavras, disciplinar as atividades econômicas – e a sua característica intrínseca marcada pela disputa de bens pelos indivíduos e grupos – segundo condições que permitam o não esgotamento e a renovação constante dos recursos ambientais.

Nesse sentido, a função do Direito – e mais precisamente do Direito Ambiental – é criar e disponibilizar aos governos e à sociedade instrumentos de mitigação e/ou eliminação dos efeitos lesivos da degradação ambiental.

Alguns empreendimentos, obras e atividades, contudo, não conseguem impedir todos os impactos negativos deles derivados, porque esbarram, principalmente, em limitações tecnológicas. Não obstante, tamanha a sua importância para o

¹ Qual desenvolvimento para o século XXI? In: BARRÈRE, Martine. (coord). Terra: patrimônio comum: a ciência a serviço do meio ambiente e do desenvolvimento. São Paulo: Nobel, 1992, p. 119.

atendimento de demandas básicas da coletividade, que deverão ser realizados mesmo assim.

Portanto, é certo dizer, por um lado, que determinados empreendimentos, obras e atividades terão sua implantação autorizada apesar de gerarem impactos ambientais inevitáveis e irreversíveis. Por outro lado, é ainda mais certo dizer que terão que “compensar” os prejuízos causados ao equilíbrio ambiental.

Para realizar esse preceito, foi criado o instituto jurídico da **compensação ambiental**, atualmente disciplinado pela Lei 9.985, de 18 de julho de 2000 – Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação. Este instrumento impõe aos empreendimentos causadores de impactos ambientais não mitigáveis o dever de repará-los mediante concessão de um bem ou benefício ambiental equivalente ao perdido. E, frise-se, tal reparação se dará antes mesmo da ocorrência do dano ambiental, já no licenciamento ambiental – inclusive, a compensação é condição *sine qua non* para a outorga das licenças ambientais correspondentes.

Justamente por ser um instrumento ligado a danos ambientais “tolerados” (embora nem um pouco desejados), ele proporciona algumas polêmicas que alimentam um acirrado debate jurídico ora sobre a sua legitimidade enquanto instrumento “autorizador” de poluição, ora sobre a sua natureza jurídica (tributo ou reparação de danos?), ora sobre a falta de critérios seguros e adequados para o cálculo de seu valor, ora, ainda, sobre a sua destinação.

Por entendermos, porém, que a compensação ambiental é um importante aliado para a compatibilização entre desenvolvimento e meio ambiente, propomo-nos neste trabalho a enfrentar algumas dessas polêmicas na tentativa de esclarecê-las e dissipá-las para, em seguida, avaliar se o instituto em questão está adequadamente disciplinado na legislação em vigor e, ao final, propor um eventual aperfeiçoamento de seu regime jurídico, caso isso se faça necessário para permitir a sua aplicação

prática, com justiça e respeito aos direitos da coletividade ao desenvolvimento e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A fim de alcançar tal desígnio, partimos de alguns pressupostos básicos constantes da Teoria Geral do Direito Ambiental e também percorremos outros ramos do Direito afins.

Assim é que iniciamos com a abordagem de quatro relevantes princípios do Direito Ambiental – desenvolvimento sustentável, prevenção, precaução e poluidor-pagador - os quais nos permitem compreender a demanda coletiva (inafastável) pelo desenvolvimento econômico e social, sem prejuízo da manutenção do equilíbrio ambiental, a necessidade de se tolerar certos impactos ambientais inevitáveis e irreversíveis e a obrigatoriedade de se buscar uma forma de compensar a coletividade pelas perdas decorrentes dessa “manifestação de tolerância”.

Como a compensação ambiental é sempre exigida no bojo do licenciamento ambiental, vimo-nos obrigados a relatar os aspectos mais relevantes deste procedimento – e, naturalmente, apenas os aspectos diretamente relacionados ao mecanismo compensatório em apreço.

Para apreendermos a natureza jurídica da compensação ambiental, detectamos os mais relevantes posicionamentos doutrinários – para uns tributos, para outros preço público e para outros tantos, como nós, reparação de danos futuros - e debruçamo-nos sobre cada um de seus aspectos, até encontrarmos elementos que afastassem a natureza jurídica tributária ou de preço público do instituto e lhe enquadrassem na natureza jurídica de *reparação de danos ambientais futuros*.

E para verificarmos a adequação entre as regras atuais do instituto e a sua natureza jurídica de instrumento de reparação de danos futuros, discorreremos sobre a sua exigibilidade, valor (base de cálculo e percentual) e destinação e, encontradas as

incongruências, remetemo-nas ao capítulo final, no qual nos pusemos a justificar a inadequação do preceito e a propor alternativas para a sua conformação.

Os fundamentos dos entendimentos, conclusões e propostas esposados neste trabalho encontram-se no ordenamento jurídico brasileiro, na doutrina e nas decisões de nossos tribunais, sobre meio ambiente e Direito Ambiental. E também, como não poderia deixar de ser, em outras fontes científicas relacionadas ao meio ambiente, de outras áreas do conhecimento que não propriamente jurídicas, tais como a economia e a ciência ambiental.

1 DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Num esforço histórico sobre a evolução do Direito Ambiental no mundo, o saudoso Prof. Guido Fernando Silva Soares assevera que desde 1960 os Estados estavam se movimentando em favor de uma regulamentação global do meio ambiente², tendo o Direito Internacional do Meio Ambiente conseguido sua “certidão de maturidade plena”³ em 1972, na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, na Suécia, da qual resultou o importante documento intitulado “Declaração sobre o Meio Ambiente Humano”⁴. Esta declaração, ainda nas palavras do Mestre, “pode ser considerada como um documento com a mesma relevância para o Direito Internacional e para a Diplomacia dos Estados que teve a Declaração Universal dos Direitos do Homem”⁵

Vinte anos depois, em junho de 1992, mais de 170 países se reuniram no Rio de Janeiro, na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – a maior conferência realizada no âmbito da ONU até então⁶ - para reafirmar e firmar novas premissas para uma política ambiental global. Deste encontro mundial resultaram diversas Convenções, como a Convenção sobre a

² Destaca, dentre as quais, o Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares (Genebra, 1968), a Convenção de Viena sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares (Viena, 1963) o Tratado da Bacia do Prata (Brasília, 1969), a Convenção Africana para a Conservação da Natureza e Recursos Naturais (Argel, 1968) e sua correlativa Convenção europeia para Proteção de Animais durante Transporte Internacional (Paris, 1968) e a Convenção Internacional para a Conservação do Atum e Afins (Rio de Janeiro, 1966).

³ Direito Internacional do Meio Ambiente, p. 50.

⁴ Vale frisar que o evento também inspirou a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA.

⁵ *Ibidem*, p. 53.

⁶ BARBIERI, José Carlos. Desenvolvimento e meio ambiente: as estratégias de mudanças da Agenda 21, p. 13.

Diversidade Biológica e a Convenção sobre Mudanças Climáticas, a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento⁷ e a Agenda 21⁸.

Desde o evento de Estocolmo, no Brasil e no mundo, as leis ambientais têm se tornado mais rigorosas para bem proteger o meio ambiente – e não só para as presentes gerações mas também para as futuras⁹, que herdarão as boas e as más condições em que deixarmos o planeta. E já muitos avanços decorreram destas

⁷ As Declarações Internacionais não têm força de lei para os países signatários, como o têm as convenções e tratados ratificados internamente. Mesmo assim, têm uma força extraordinária na elaboração e aplicação das normas ambientais. A esse respeito, professa Álvaro Luiz Valery Mirra: "Costuma-se afirmar que essas Declarações de Princípios oriundas de Conferências Internacionais não estão incluídas entre as fontes tradicionais do Direito Internacional e não são obrigatórias para os países membros da Organização que as adotou; assertivas estas, aliás, rigorosamente corretas. Diz-se também que em razão disso esses textos internacionais não têm aquela imperatividade jurídica própria dos tratados e convenções internacionais, não sendo, na terminologia do direito das gentes, mandatários, o que é igualmente exato.

Todavia, isso não quer dizer que essas declarações de princípios não têm nenhuma relevância jurídica. Não significa que elas não possam ser consideradas, senão como uma nova fonte do Direito Internacional, ao menos como uma nova técnica de criar regras jurídicas internacionais. O fato de não serem mandatárias não pode levar à conclusão de que as declarações internacionais de princípios não exercem nenhuma influência na evolução, na interpretação e na aplicação do direito interno dos países-membros da Organização Internacional que as concebeu.

Em primeiro lugar, há que se considerar que um determinado Estado, ao aderir a uma Organização Internacional, o faz voluntariamente e por isso passa a aceitar um certo número de obrigações decorrentes de seu ingresso na entidade. Há, dessa forma sempre um engajamento inicial do Estado aos fins e propósitos da organização. Assim, quando o Estado procede em conformidade com certa diretriz traçada pelos órgãos da entidade, na realidade ele nada mais está fazendo do que obedecer ao tratado constitutivo da Organização, sobretudo na hipótese em que ele participa da formulação dessa diretriz em uma Conferência Internacional.

[...]

Em segundo lugar, não se pode negar a influência que as Declarações de Princípios exercem sobre as normas jurídicas, tanto no plano internacional, quanto no plano da ordem jurídica interna.

Com efeito, dentro de uma visão tradicional, pode-se dizer com Alexandre Kiss que toda formulação jurídica comporta dois momentos básicos: a) primeiro, aquele em que um determinado valor é reconhecido pela sociedade como digno de proteção; b) segundo, aquele em que as normas jurídicas intervêm para instrumentalizar a proteção desse novo valor reconhecido.

As declarações internacionais de princípios correspondem precisamente a esse primeiro momento da formulação jurídica exposto [...] E é importante salientar que, na prática, toda a formação das normas jurídicas subsequentes, de direito internacional e de direito interno, passa então, normalmente, a levar em consideração tais princípios declarados" (Fundamento do Direito Ambiental no Brasil, p. 15).

⁸ A Agenda 21 tece as diretrizes, medidas e políticas que devem ser realizadas pelos Estados no século XXI, em busca do desenvolvimento sustentável. Trata-se, como explica Guido Fernando Silva Soares, um instrumento de *soft law*, i.e, ato normativo que "cria obrigações menos impositivas aos Estados (portanto, acompanhados de sanções brandas, com o objetivo de se tornar mais suscetíveis de adoção pelos Estados)..." (A proteção internacional do meio ambiente, p. 66).

⁹ Trata-se do **princípio da solidariedade intergeracional**, que deve ser respeitado "seja porque a ética nos obriga a deixar aos nossos descendentes um mundo com os recursos necessários a uma vida saudável, seja porque a Carta Magna assim o determina." (FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais, p. 239)

novas e vigorosas leis, por conta das ações, abstenções e cautelas praticadas, porque por elas determinadas.

Em nosso país, aponta-se como marco legal¹⁰ do Direito Ambiental a Lei 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, internalizando uma série de princípios reconhecidos na Declaração de Estocolmo, de 1972.

Na Constituição Federal de 1988 - e pela primeira vez em sede constitucional - o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi reconhecido como direito fundamental, essencial à sadia qualidade de vida¹¹ (art. 225, *caput* da CF) e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III da CF).¹²

¹⁰ O termo “marco legal” não é aqui utilizado como “lei primeira”, visto que antes de 1981 outras leis de proteção dos recursos naturais já haviam sido editadas, tais como o Código Florestal (Lei 4.771/1965), a Lei de Proteção à Fauna (Lei 5.197/1967) e a Lei do Zoneamento Industrial (Lei 6.803/1980). Mas a Lei 6.938/1981 trouxe “novos ares” e uma nova filosofia à defesa do meio ambiente, daí a termos como marco legal. Antonio Herman Benjamin, mesmo sem referi-la como marco legal da proteção ambiental no Brasil, enfatiza que foi a Lei 6.938/1981 que deu início à fase holística, em que o meio ambiente passou a ser protegido de maneira integral, isto é, “como sistema ecológico integrado (resguardam-se as partes a partir do todo), com autonomia valorativa (é, em si mesmo, bem jurídico) e com garantias de implementação (=facilitação do acesso à justiça)”, de modo que só a partir desta lei “verdadeiramente começa a proteção ambiental como tal no Brasil, indo o legislador além da tutela dispersa, que caracterizava o *modelo fragmentário* até então vigente...” (Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro, p. 17)

¹¹ A despeito da inexistência de uma definição legal de qualidade de vida, só podemos entendê-la como um item que agrega valor positivo à vida humana, no sentido de lhe atribuir condições ótimas de saúde, segurança e bem-estar. Segundo José de Ávila Aguiar Coimbra, “é de se notar que esse conceito impreciso, que vem se firmando num clima de certo alvoroço, requer implicitamente uma conotação positiva, como se, ao falar de qualidade-de-vida, ela devesse ser *necessariamente* boa e corresponder às aspirações universais. Na verdade, ao se falar de Meio Ambiente e desenvolvimento, ninguém colocará como parâmetro de qualidade a ser atingida um índice negativo; seria negar uma aspiração óbvia de todo ser humano e da própria sociedade. Decorre, então, naturalmente que qualidade-de-vida venha a traduzir expectativa, uma exigência sentida, indissociável de índices positivos e sempre crescentes, sempre pra melhor (...) Qualidade de vida é o somatório de todos os fatores positivos, ou ao menos de parte significativa, que determinado meio reúne para a vida humana em consequência da interação Sociedade-Meio Ambiente, e que condiciona a vida como fato biológico, de modo a atender às suas necessidades somáticas e psíquicas, assegurando índices qualitativos adequados ao nível de vida que se leva e do meio que a envolve” (O Outro Lado do Meio Ambiente, p.72).

¹² Marcos Destefenni é enfático em relacionar meio ambiente e dignidade: “Uma das mais evidentes e preocupantes ofensas à dignidade da pessoa humana decorre da agressão ao meio em que o ser humano vive e em que se relaciona. Assim sendo, o dano ambiental é uma das maiores afrontas à dignidade da pessoa humana” (A responsabilidade civil ambiental e as formas de reparação do dano ambiental: aspectos teóricos e práticos, p. 134). No mesmo sentido: FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro, p. 15.

É dizer que o Texto Maior endossa o entendimento de que não há como se garantir uma vida humana com qualidade e dignidade se o ambiente que a abriga não gozar de salubridade e equilíbrio.

Basta ver os efeitos perniciosos das mais variadas formas de poluição na saúde e bem-estar físico e psíquico das pessoas. Ora é a poluição das águas causando doenças de veiculação hídrica e esgotando o próprio recurso ambiental, colocando a humanidade sob o risco de escassez, ora é a poluição atmosférica ameaçando-nos com o efeito estufa e o conseqüente aquecimento global, com a chuva ácida, com a destruição da camada de ozônio e com doenças respiratórias, ora a poluição sonora provocando surdez, stress, angústia e insônia, ora a poluição visual gerando depressão e perda dos referenciais.

Por isso Maria Isabel de Matos Rocha teoriza que o meio ambiente sadio, responsável pela qualidade de vida, é pressuposto dos demais direitos fundamentais:

“Só os que tiverem vida com qualidade e saúde poderão exercitar os demais direitos de personalidade e políticos. Se não houver esse meio ambiente saudável, ficarão prejudicados o direito à igualdade, à família, à moradia, ao trabalho, à intimidade e à vida privada. E se formos a uma favela e virmos dez pessoas numa família morando num barraco de um só cômodo, saberemos com certeza que não têm uma vida sadia, e têm prejudicado todos os seus outros direitos. Onde está a sua saúde, sem [tratamento de] esgoto nem água? Que intimidade ou privacidade pode haver? Que família será esta?”¹³

O reflexo e a importância do meio ambiente equilibrado para a vida digna são de tal envergadura, que justificam a rigorosa legislação ambiental de controle da poluição e degradação ambiental de que hoje dispomos – alguns chegam, com exagero, até a reputá-la impeditiva do crescimento econômico¹⁴, em virtude de seu rigor para com as atividades degradadoras.

¹³ Reparação de danos ambientais, p. 132-3.

¹⁴ o próprio presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, colocou as questões ambientais como um verdadeiro entrave ao desenvolvimento do país. A matéria publicada no Estadão Online, no dia 23 de novembro de 2006, intitulada “Índios, MP e ambientalistas são entraves para o País, diz Lula”,

Sem desmerecer, porém, o aparato legal construído pelos países nas Declarações e Tratados Internacionais e em suas leis internas, fato é que a conservação da qualidade ambiental depende, também, de uma mudança do modo de ser, pensar, trabalhar, produzir, consumir e viver da Humanidade¹⁵, ou seja, de uma nova postura, de uma nova ética ambiental, como esclarece José Renato Nalini, em já conhecida obra sobre o tema:

“Formar uma consciência ambiental ética, contudo, mostra-se como única alternativa para viabilizar a vida num planeta sujeito a tantas degradações. Uma ética ambiental que inverta a pretenciosa concepção de que a natureza é apenas meio e os objetivos do homem o único fim. Mostra-se urgente a revitalização de valores éticos quais a bondade e a solidariedade, com incidência também sobre a natureza.”¹⁶

E complementa sua lição dizendo ser necessário inverter-se a *equação de êxito*:

“Uma idéia de felicidade fundada na posse de bens materiais e na exaltação do próprio eu é a *felicidade narcisista*. Os outros aparecem numa consideração secundária e instrumental, possuindo valor enquanto *servam* para o desenvolvimento de minha própria felicidade e bem-estar. Nessa visão nova, os outros são parceiros tripulantes

causou enorme polêmica no segmento ambientalista, com notas de repúdio e vários artigos de revide na imprensa – inclusive manifestação da Ministra do Meio Ambiente Marina Silva. Trechos da matéria: “Em discurso na inauguração da primeira usina de biodiesel associado ao álcool no Brasil, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva afirmou na terça-feira (21) que não sabe quais são as soluções para o crescimento, mas prometeu se dedicar ‘até o 31 de dezembro’ à missão de encontrar formas de ‘destravar o País’, publicou o Estado. **E listou, entre os entraves, ambientalistas, licenças ambientais, índios, quilombolas e o Ministério Público.**

Antes dele, o governador de Mato Grosso, Blairo Maggi (sem partido), havia atacado a demora nas licenças ambientais para a construção das eclusas do Rio Madeira. Lula defendeu a ministra do Meio Ambiente, Marina Silva, mas criticou a legislação. Sobrou, ainda, para os ambientalistas: ‘Porque as pessoas não querem que a gente use carvão, as pessoas não querem que a gente faça termelétrica, não querem usina nuclear e não têm dimensão do preço da eólica, do custo da termelétrica a óleo diesel.’

Lula foi além: ‘Eu estou me dedicando, em novembro e dezembro, a ver se eu pego todos os **entraves que eu tenho com o meio ambiente**, todos os entraves com o Ministério Público, todos os entraves com a questão dos quilombolas, com a questão dos índios brasileiros, todos os entraves que a gente tem no Tribunal de Contas.’ (g.n) - (Disponível em <http://www.ambientebrasil.com.br/noticias/index.php3?action=ler&id=27978> Acesso em 28 mar.2007)

¹⁵ SAMPAIO, Francisco José Marques. Evolução da responsabilidade civil e reparação de danos ambientais, p. 12.

¹⁶ Ética Ambiental, p. XXV.

do planeta Terra. O ambiente é o bem comum a todos, não existindo apenas para me satisfazer. Ele substituirá a *razão narcisística* pela *razão ética*.”^{17/18}

Nessa nova ética, o consumidor ganha um papel extremamente relevante pois se assimilar e praticar a idéia de diminuição do consumo¹⁹, especialmente das futilidades - o que, sabemos, não será nada fácil pois o capitalismo, para sobreviver, está a todo tempo criando novas “necessidades”²⁰ -, teremos, na outra ponta, a diminuição da demanda – uma das maiores responsáveis pela voracidade do crescimento desordenado, ambicioso e despreocupado com o meio ambiente.

De qualquer forma, ambos - dever legal e ética ambiental - devem caminhar juntos sob a crença de que, por um caminho ou pelo outro, as pessoas, físicas e

¹⁷ *Ibidem*, mesma página.

¹⁸ Talvez já possamos ficar otimistas com a mudança de mentalidade e da compreensão do brasileiro sobre a importância do meio ambiente em sua vida. A ONG WWF-Brasil encomendou uma pesquisa ao Ibope para medir o grau de conhecimento da população sobre recursos hídricos, cujos resultados foram divulgados em dezembro de 2006. A pesquisa foi feita com 1.001 entrevistados em 217 municípios brasileiros. Uma de suas conclusões foi que 80% (oitenta por cento) dos brasileiros não estão dispostos a conviver com uma maior degradação ambiental em prol do desenvolvimento econômico, mesmo que isso represente mais emprego e renda. A maior parte das pessoas (64%) afirmou ser possível conciliar desenvolvimento com proteção dos recursos naturais. Apenas 10% disseram acreditar que é impossível crescer sem degradar. Além disso, ficou consignado, conforme mencionado pelo superintendente de Conservação de Programas Temáticos do WWF-Brasil, Carlos Alberto Scaramuzza, que “a população brasileira vê a questão ambiental como um ativo para o desenvolvimento econômico e não como um obstáculo. De todos os fatores listados como possíveis entraves ao desenvolvimento, **a questão ambiental aparece em último lugar com apenas 7% [...]**. A corrupção ficou em primeiro lugar com 62% das respostas, seguida pela carga tributária, com 44%, e burocracia, 22%. (g.n) - (Disponível em <http://arruda.rits.org.br/notitia1/servlet/newstorm.notitia.apresentacao.ServletDeSecao?codigoDaSecao=4&dataDoJornal=1168018772000>) Acesso em 7.jan 2007).

¹⁹ Clóvis Cavalcanti também fala de uma nova ética para a sociedade de consumo, “que refreie a sede do homem pela acumulação de riqueza material” e critica a poderosa convenção da sociedade moderna que multiplica as necessidades por meio de uma manipulação artificial e dissemina o consumo como medida de um padrão de vida mais alto – o que chama de *ética da concupiscência*. (Sustentabilidade da economia: paradigmas alternativos de realização econômica, p. 168).

²⁰ A crítica de Andri Werner Stahel ao capitalismo segue nessa direção: “Longe de buscar a satisfação das necessidades, o capitalismo se sustenta justamente pela busca constante de criar e suscitar novas necessidades, única forma pela qual o excedente gerado na produção pode realizar-se no mercado. A produção crescente exige um consumo crescente, ou seja: necessidades continuamente insatisfeitas” (Capitalismo e entropia: os aspectos ideológicos de uma contradição e a busca de alternativas sustentáveis, p. 122). Segue nessa mesma linha a observação de Enrique Leff: “A canalização de importantes recursos econômicos para promover o consumo (para a venda de mercadorias) gera uma produção ideológica de necessidades, desencadeando um desejo insaciável e uma demanda inesgotável de mercadorias. Isto provoca efeitos opostos de satisfação/insatisfação, de identificações subjetivas e marginalizações culturais com os padrões predominantes de consumo” (Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder, p. 321).

jurídicas, públicas e privadas, adotarão condutas que impeçam a degradação do ambiente e o esgotamento dos recursos naturais, dessa forma, resguardando a qualidade de vida, a saúde e bem-estar físico e psíquico da coletividade.

2 IMPACTO, POLUIÇÃO E DANO AMBIENTAL SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO E DO POLUIDOR-PAGADOR

2.1 Princípios ambientais

Os princípios ambientais têm uma importância capital na elaboração, compreensão e aplicação da legislação protetora do meio ambiente.

Isso porque, na primorosa lição de Marçal Justen Filho, os princípios “refletem as decisões fundamentais da Nação”²¹, ou seja, os valores mais relevantes da sociedade, num dado momento histórico, e que, dessa forma, devem nortear todas as políticas públicas, leis e condutas dos cidadãos e autoridades. E por essa razão, continua o mestre, “os princípios obrigam, talvez em termos mais intensos do que as regras”, motivo pelo qual “infringir um princípio é mais grave do que descumprir uma regra.”²²

E sobre a diferença entre princípios e regras jurídicas, cada qual com a sua importância, mais uma vez emprestamos as palavras apuradas de Marçal Justen Filho:

“A regra traduz uma solução concreta e definida, refletindo escolhas instrumentais. Já o princípio indica uma escolha axiológica, que pode concretizar-se em diversas alternativas concretas. De modo geral, a regra torna válida uma solução determinada, enquanto o princípio impõe a validade de soluções indeterminadas.

²¹ Curso de Direito Administrativo, p.52.

²² *Ibidem*, mesma página.

Todas as escolhas compatíveis com certo princípio podem ser praticadas – o princípio não fornece solução de escolha dentre as soluções com ele compatíveis. A função do princípio reside, basicamente em excluir a validade das alternativas que sejam contraditórias com os valores nele consagrados.

Suponha-se o princípio da boa-fé. Ele não determina a solução a ser adotada concretamente para a defesa dos direitos do credor, mas torna inadmissíveis aquelas relacionas com abuso, fraude, intento malicioso.

[...]

O reconhecimento da importância dos princípios conduziu a certo desprestígio das regras, o que é um equívoco. A existência das regras é essencial para a segurança jurídica e para a certeza do direito. A regra traduz as escolhas quanto aos valores e aos fatos sociais, permitindo a todos os integrantes da sociedade conhecer de antemão a solução prestigiada pelo direito. Portanto, a ampliação da influência dos princípios produz a redução da certeza do direito, tal como aumentar a importância das regras poderá conduzir à cristalização da disciplina jurídica e sua inadequação para regular a vida social.”²³

Isso nos leva ao entendimento de que a vida em sociedade deve ser regulada por regras jurídicas que, por seu turno, devem ser criadas e aplicadas a partir dos princípios pertinentes.

Os princípios podem estar expressos na norma ou podem ser extraídos do sistema, sem que lhes tenha sido feita menção explícita. Explica-nos mais uma vez o já citado autor que

“Em vista de sua natureza, os princípios jurídicos não são criados do nada. Refletem valores. Mais ainda, traduzem o modo como a Nação concebe e vivencia os valores. Portanto, os princípios são produzidos pelas instituições sociais, e é usual estarem explicitamente consagrados na Constituição. Mas isso não é obrigatório. Existem princípios implícitos, que são aqueles derivados ou pressupostos em face da ordem legislativa. Assim se passa com o princípio da proporcionalidade, por exemplo.”²⁴

²³ *Ibidem*, p. 52-4.

²⁴ *Ibidem*, p. 53.

Esclareça-se que o princípio implícito não é menos importante que o princípio expresso e reveste-se da mesma força condutora de regras e comportamentos. O único senão é que para descobri-lo no ordenamento jurídico faz-se necessário um trabalho de interpretação mais apurado e fundamentado. Mas uma vez encontrado, goza do mesmo *status* dos princípios visíveis.

O Direito Ambiental, como ramo autônomo do Direito²⁵, conta com diversos princípios próprios e específicos, devidamente reconhecidos e trabalhados pelos legisladores, doutrinadores e aplicadores das normas jurídicas.

Ora os encontramos nas Declarações Internacionais de Meio Ambiente (Estocolmo/1972 e Rio de Janeiro/1992), ora na Constituição Federal, ora na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), ora em todos eles, repetidamente. Dentre os princípios mais abordados pela doutrina destacamos o do desenvolvimento sustentável, da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador, da cooperação internacional, da informação ambiental, da participação popular, da correção na fonte, da transversalidade etc.

No presente trabalho, discorreremos de forma pormenorizada apenas sobre os quatro primeiros, considerando a estreita relação entre eles e o objeto desta tese, a compensação ambiental na Lei do SNUC.

2.1.1 Princípio do desenvolvimento sustentável

²⁵ Vladimir Passos de Freitas observa que o Direito Ambiental ainda não é totalmente aceito pela doutrina como um direito autônomo – e isso se deve, em grande parte, ao fato de que, mesmo sendo autônomo, o Direito Ambiental “é dependente dos tradicionais ramos do Direito. Com efeito, é impossível imaginar o Direito Ambiental alheio ao Direito Constitucional, ao Civil, ao Penal e ao Administrativo. Mas é impossível também entendê-lo como mera fração parte de qualquer das vertentes citadas. É preciso, pois, encará-lo como algo atual, fruto das condições de vida deste final de milênio e, por isso mesmo, dotado de características e peculiaridades novas e incomuns” (A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais, p. 24)

No Pós-Guerra observou-se um “surto de desenvolvimento acelerado”²⁶ em alguns países, especialmente nos envolvidos no conflito mundial, o que trouxe conseqüências nefastas para o meio ambiente. O capital ambiental – recursos naturais – passou a ser “dilapidado como se fosse eterno (infinito)”²⁷. Poluição dos rios, chuva ácida, diminuição da camada de ozônio, desertificação e efeito estufa eram alguns dos problemas ambientais que começavam a mostrar seus tentáculos.

Andri Werner Stahel resume com acerto esse modelo de desenvolvimento, despreocupado com os limites da natureza e precipuamente empenhado no aumento do consumo, mediante a criação de novas necessidades aos consumidores – outrora perfeitamente prescindíveis, eis que meras futilidades e confortos:

“Enquanto a lei da entropia aponta para os limites materiais e energéticos, o capital aponta para uma necessidade inerente de expansão infinita. Enquanto a entropia aponta para uma questão qualitativa, o desenvolvimento do capitalismo é orientado e sancionado pelas regras quantitativas do mercado. Enquanto a vida se afirma frente à entropia buscando equilíbrios qualitativos, a lógica do capital se manifesta pela busca constante da ruptura dos equilíbrios qualitativos, orientada pela busca da expansão quantitativa do capital.

[...]

O capitalismo marcou a inversão dos meios econômicos em fins, apoiado na produção pela produção, na criação incessante de necessidades visando a acumulação. Caracteriza-se por estar centrado na racionalidade econômica, em detrimento de outras racionalidades.”²⁸

Nessa linha, o Clube de Roma²⁹ produziu, em 1972, um relatório intitulado *Limites do Crescimento* (e conhecido como *Relatório Meadows*), mostrando uma visão pessimista sobre o futuro da humanidade e prevendo um colapso do

²⁶ BARBIERI, José Carlos. Ob.cit., p. 16.

²⁷ RAMPAZZO, Sônia Elisete. A questão ambiental no contexto do desenvolvimento econômico, p. 162.

²⁸ Capitalismo e entropia: Os aspectos ideológicos de uma contradição e a busca de alternativas sustentáveis, p. 117.

²⁹ Organização internacional composta por cientistas, economistas, líderes políticos, educadores, dentre outros, de várias nacionalidades, com a finalidade de investigar as causas que afligem a humanidade, dentre elas, a deterioração do meio ambiente.

sistema dentro de aproximadamente 100 anos caso os métodos de produção e consumo não fossem alterados.³⁰

O alarme fôra soado e o conflito entre desenvolvimento e meio ambiente não podia mais ser escondido.

Ignacy Sachs, grande estudioso deste conflito, nos dá conta que no início dos anos 70, duas correntes diametralmente opostas se confrontavam, a dos defensores do crescimento e a dos catastrofistas – estes últimos bastante influenciados pelos prognósticos “assustadores” do Relatório do Clube de Roma. São suas palavras:

“Os defensores do crescimento a qualquer preço percebiam o meio ambiente como sendo um mero capricho de burgueses ociosos, ou então como mais um obstáculo colocado ao avanço dos países do hemisfério Sul em processo de industrialização. Segundo eles, haveria tempo de sobra para nos ocuparmos do meio ambiente, a partir do momento em que os países periféricos atingissem os níveis de renda per capita dos países do Centro. A esquerda e a direita compraziam-se, além disso, em cultivar um otimismo epistemológico a toda prova, baseado no pressuposto de que a humanidade encontraria sempre as inovações técnicas necessárias para prosseguir em sua marcha ininterrupta rumo ao progresso material. No outro extremo, os catastrofistas que anunciavam o apocalipse para o dia seguinte dividiam-se em duas facções: por um lado, aqueles que apregoavam o fim iminente em consequência do esgotamento dos recursos naturais; e por outro, aqueles que anteviam a chegada da catástrofe em consequência da poluição excessiva. Para se evitar o pior, seria necessário conter o crescimento demográfico e econômico ou, pelo menos, o crescimento do consumo de bens materiais.”³¹

A Conferência mundial de meio ambiente realizada em Estocolmo em 1972, como se sabe, não encampou na totalidade nenhuma dessas radicais correntes, adotando uma posição mais razoável e intermediária “entre o ecologismo

³⁰ BRUSEKE, Franz Josef. O problema do desenvolvimento sustentável, p. 30.

³¹ Do crescimento econômico ao ecodesenvolvimento. Disponível em <http://www.cfh.ufsc.br/~nmd/do_crescimento_economico_ao_ecod.htm> Acesso em 15 dez.2006

absoluto e o economicismo arrogante”³², com vistas ao desenvolvimento “orientado pelo princípio de justiça social em harmonia com a natureza, e não através de sua conquista”³³. O crescimento não seria repudiado mas deveria assumir um novo perfil, menos agressivo, mais equilibrado, mesmo porque “não é propriamente o crescimento que se deve questionar, mas o seu caráter selvagem”³⁴.

Dessa forma, não é demais afirmar que a partir de Estocolmo o desenvolvimento passou a ser visto e desejado sob uma outra ótica e dentro de um outro contexto social, cultural e ambiental³⁵. Começa-se, então, a construir um novo paradigma de desenvolvimento.³⁶

Os princípios da Declaração de Estocolmo sobre Meio Ambiente que guardam relação direta com essa nova visão de desenvolvimento:

“Princípio 4

O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio da flora e da fauna silvestres e seu habitat, que se encontram atualmente, em grave perigo, devido a uma combinação de fatores adversos. Consequentemente, ao planificar o desenvolvimento econômico deve-se atribuir importância à conservação da natureza, incluídas a flora e a fauna silvestres.(g.n)

Princípio 5

Os recursos não renováveis da terra devem empregar-se de forma que se evite o perigo de seu futuro esgotamento e se assegure que

³² *Idem, ibidem.*

³³ *Idem, ibidem.*

³⁴ *Idem*, Ecodesenvolvimento – crescer sem destruir, p. 29.

³⁵ É de se lembrar, com pesar, que a posição externada pelo Brasil, na época sob o governo militar, não foi das mais elogiáveis, já que defendeu, na Conferência, o desenvolvimento a qualquer custo, conforme se depreende do discurso do General Costa Cavalcante – chefe da delegação do Brasil na Conferência de Estocolmo: “Um país que não alcançou o nível satisfatório mínimo para prover o essencial não está em condições de desviar recursos consideráveis para a proteção do meio ambiente” e “para a maioria da população mundial, a melhoria de condições é muito mais uma questão de mitigar a pobreza, dispor de mais alimentos, melhores vestimentas, habitação, assistência médica e emprego do que ver reduzida a poluição atmosférica. A deterioração ambiental vai muito além da poluição ambiental. Há outras formas de degradação, tanto em zonas urbanas como rurais, que constituem a poluição da pobreza ou do subdesenvolvimento” (BARBIERI, José Carlos. Ob.cit., p. 20, nota de rodapé).

³⁶ BARBIERI, José Carlos. Ob.cit., p. 45; RAMPAZZO, Sônia Elisete. Ob.cit., p. 162.

toda a humanidade compartilhe dos benefícios de sua utilização.
(g.n)

Princípio 6

Deve-se por fim à descarga de substâncias tóxicas ou de outros materiais que liberam calor, em quantidades ou concentrações tais que o meio ambiente não possa neutralizá-los, para que não se causem danos graves ou irreparáveis aos ecossistemas. Deve-se apoiar a justa luta dos povos de todos os países contra a poluição.
(g.n)

Princípio 12

Recursos deveriam ser destinados para a preservação e melhoramento do meio ambiente tendo em conta as circunstâncias e as necessidades especiais dos países em desenvolvimento e gastos que pudessem originar a inclusão de medidas de conservação do meio ambiente em seus planos de desenvolvimento, bem como a necessidade de oferecer-lhes, quando solicitado, mais assistência técnica e financeira internacional com este fim. (g.n)

Princípio 13

Com o fim de se conseguir um ordenamento mais racional dos recursos e melhorar assim as condições ambientais, os Estados deveriam adotar um enfoque integrado e coordenado de planejamento de seu desenvolvimento, de modo a que fique assegurada a compatibilidade entre o desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente humano em benefício de sua população. (g.n)

Princípio 18

Como parte de sua contribuição ao desenvolvimento econômico e social deve-se utilizar a ciência e a tecnologia para descobrir, evitar e combater os riscos que ameaçam o meio ambiente, para solucionar os problemas ambientais e para o bem comum da humanidade. (g.n)

Princípio 21

Em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos em aplicação de sua própria política ambiental e a obrigação de assegurar-se de que as atividades que se levem a cabo, dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional.” (g.n)

Na esteira dessa nova compreensão de desenvolvimento, exsurge, algum tempo depois, o conceito de desenvolvimento sustentado. O termo apareceu

pela primeira vez no Relatório da Comissão Brundtland, de 1987³⁷, que mais tarde viria a influenciar profundamente a Conferência Internacional do Rio de Janeiro, de 1992. Tratava-se de uma evolução do termo ecodesenvolvimento, cunhado pelo canadense Maurice Strong, secretário das conferências de Estocolmo e do Rio de Janeiro, e Ignacy Sachs, em sua clássica obra “Ecodesenvolvimento – crescer sem destruir”, de 1974. Algum tempo depois passou-se a utilizar o termo desenvolvimento *sustentável*.³⁸

Desenvolvimento sustentável, para a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ou Comissão Brundtland), é aquele que “atende as necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades.”³⁹ Este princípio revela, portanto, uma enorme preocupação com os que “estão por vir”; combate o egoísmo dos que aqui já estão, e que, para atender suas necessidades presentes e urgentes, ignoram que outros lhes sucederão.

A Declaração do Rio de Janeiro sobre Desenvolvimento Humano, resultado da Conferência do Rio de Janeiro de 1992, realizada num momento de

³⁷ O Relatório Brundtland, como ficou conhecido o Relatório Nosso Futuro Comum, resultou dos trabalhos realizados por uma comissão de especialistas - Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento -, formada pela Assembléia Geral das Nações Unidas e coordenada pela médica norueguesa Gro Harlem Brundtland.

³⁸ A evolução do termo tem razão de ser pois, como aponta Rubens Mazon, em obra inédita, desenvolvimento sustentado e desenvolvimento sustentável não têm o mesmo significado. Sobre o desenvolvimento sustentado, diz respeito “a um estado de desenvolvimento econômico que pode se manter, dadas e mantidas as condições macro econômicas atuais, por longos e quiçá indefinidos períodos, sem necessidade de recursos externos. Em outras palavras, um sistema em que a produção e poupança internas são suficientes para perpetuar o seu desenvolvimento dentro de certos limites como taxa anual de crescimento, por exemplo. Vale ressaltar que essa confusão também se verifica quando se trata de negócios: muitos dirigentes consideram ter atingido a sustentabilidade da sua empresa quando acreditam que ela já é capaz de produzir riqueza suficiente para financiar seus projetos de expansão independentemente de recursos externos. Ambos, políticos e nossos dirigentes de negócios estão, nos casos acima descritos, discursando sobre estados e empresas **sustentadas**.” Já o desenvolvimento sustentável traduz a idéia de sustentabilidade, ou seja, “a capacidade de um dado sistema, desde um micro-empresendimento até o sistema planetário global em que vivemos, de continuar existindo indefinidamente no futuro, lembrando que dependemos de uma base de recursos limitada.” (lidos no original digitado).

³⁹ “Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs.” (Brundtland Report, Chapter 2, n. 1).

maior maturidade ambiental, encampou, como não poderia deixar de ser, o conceito do desenvolvimento sustentável em diversos de seus princípios:

“Princípio 1

Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza.(g.n)

Princípio 3

O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas eqüitativamente as necessidades de gerações presentes e futuras.(g.n)

Princípio 4

Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento, e não pode ser considerada isoladamente deste.(g.n)

Princípio 7

Os Estados devem cooperar, em um espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre. Considerando as distintas contribuições para a degradação ambiental global, os Estados têm responsabilidades comuns porém diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que têm na busca internacional do desenvolvimento sustentável, em vista das pressões exercidas por suas sociedades sobre o meio ambiente global, e das tecnologias e recursos financeiros que controlam.(g.n)

Princípio 8

Para atingir o desenvolvimento sustentável e mais alta qualidade de vida para todos, os Estados devem reduzir e eliminar padrões insustentáveis de produção e consumo e promover políticas demográficas adequadas.“ (g.n)

Selava-se, neste momento, o inexorável entendimento de que meio ambiente e desenvolvimento não poderiam ser tratados separadamente por serem indissociáveis, “como o verso e o reverso de uma mesma moeda”.⁴⁰

Mas mesmo antes do desenvolvimento sustentável constar expressamente da Declaração Internacional do Rio de Janeiro, a Lei 6.938/1981 (Lei

⁴⁰ BARBIERI, José Carlos. Ob. cit., p. 13.

da Política Nacional do Meio Ambiente) e a Constituição Federal brasileira de 1988, que dedicou todo o capítulo VI ao meio ambiente, não ficaram indiferentes ao princípio. A primeira colocou a busca do desenvolvimento sustentável como um dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente⁴¹ e inscreveu-o em diversos de seus princípios⁴²; a segunda contemplou-o claramente no *caput* e em diversos incisos do art. 225 e também no art. 170 – neste último, inclusive, erigindo a defesa do meio ambiente a um princípio da ordem econômica e, de certa forma, colocando “rédeas ambientais” no capitalismo e na livre iniciativa.⁴³

Pode-se afirmar que esse quadro evolutivo fez cair por terra a idéia de que a natureza é (ou deveria ser) um santuário ou um bem intocável. Mas igualmente fez cair por terra a filosofia do desenvolvimento a qualquer preço. Eis, então, a nova filosofia do desenvolvimento “que combina eficiência econômica com justiça social e prudência ecológica.”⁴⁴

Há quem rechace a terminologia *desenvolvimento sustentável* por entender que o desenvolvimento é sempre impactante, portanto nunca sustentável⁴⁵. Ora, em nosso sentir a impropriedade do termo só existiria se ele pretendesse indicar um desenvolvimento absolutamente dissociado de impactos ambientais. Como, porém, desenvolvimento sustentável não significa, nem quer significar, desenvolvimento livre de todo e qualquer impacto, mas desenvolvimento com

⁴¹ “Art. 4º. A Política Nacional do Meio Ambiente visará: I – à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico”.

⁴² Encontramos a vertente do desenvolvimento sustentável em diversos princípios insculpidos no art. 2º da Lei 6.938/1981, tais como: “racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar” (inc. II); “planejamento e fiscalização do uso dos recursos naturais” (inc. III) e “controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras” (inc. V).

⁴³ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.” (*Alterado pela EC 42/2003*).

⁴⁴ BRUSEKE, Franz Josef. Ob.cit., p. 35.

⁴⁵ Sônia Elisete Rampazzo reputa essa (equivocada) visão de antagonismo entre crescimento econômico e preservação ambiental às “evidências suficientes que muitas nações alcançaram níveis satisfatórios de crescimento à custa de perdas ambientais, quer seja pela utilização acelerada dos recursos naturais exauríveis nos processos produtivos, quer seja devido à geração de poluição que degrada a qualidade ambiental” (Ob.cit., p. 176-7). *Vide também*: BARBIERI, José Carlos. Ob. cit., p. 28.

redução máxima de impactos⁴⁶, a terminologia em questão, em nosso sentir, afigura-se bastante adequada.

Não podemos alimentar um preconceito contra o desenvolvimento, como se não houvesse outra forma de promovê-lo senão por meio da degradação do entorno⁴⁷.

Segundo José Renato Nalini, “não há necessidade de se renunciar ao progresso, para a preservação do patrimônio ambiental”⁴⁸, afinal, há conhecimento e tecnologia disponível, hoje em dia, para enquadrar o desenvolvimento aos preceitos ambientais, isto é, para extrair os seus benefícios sem necessariamente deixar um rastro de destruição.

Por isso as palavras de Ramón Martín Mateo são certas:

“las relaciones entre economía y ecología, entre el desarrollo cuantitativo y el cualitativo, no tiene necesariamente que ser conflictivas si se adoptan as correspondientes precauciones”⁴⁹

O progresso humano não tem como consequência inevitável a degradação ambiental. Na verdade, como obtempera Sônia Elisete Rampazzo, a degradação é característica do **tipo** de desenvolvimento econômico predominante, “que traz consigo a insustentabilidade em termos ecológicos, a desigualdade e a

⁴⁶ Bem diz Fábio Nusdeo que “não se trata de conseguir uma pureza absoluta do ar ou da água, exatamente no nível que apresentavam na semana em que o mundo foi criado. Como já visto [...], a emissão de resíduos é inseparável de qualquer atividade humana e seria utópico pretender-se reduzir os índices de poluição ao zero absoluto.” (Desenvolvimento e ecologia, p. 65).

⁴⁷ A propósito, Marcelo Abelha Rodrigues declara que “não se pode argumentar que é o princípio do desenvolvimento sustentável que chancela a existência de atividades potencialmente impactantes do meio ambiente, na medida em que se estaria colocando o desenvolvimento como causa inevitável de degradação ambiental. O erro está aí, qual seja, em se entender que o desenvolvimento não pode ser implementado sem sacrificar o meio ambiente.” (Ob.cit., p. 172)

⁴⁸ Ética Ambiental, p. 138.

⁴⁹ Tratado de Derecho Ambiental, p. 380.

injustiça social”⁵⁰. Os problemas ambientais derivam, portanto, “da maneira equivocada de buscar prosperidade”⁵¹.

Demais disso, a qualidade de vida – bem tão perseguido pelo Direito Ambiental – depende também do desenvolvimento. Daí porque a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986 (Resolução 41/128 da Assembléia Geral da ONU), é categórica:

“O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados (artigo 1º)”⁵².

Isso nos permite afirmar que o direito ao desenvolvimento é um direito fundamental da pessoa humana⁵³, pertencente à terceira geração dos direitos humanos⁵⁴, tanto quanto o direito à qualidade ambiental, “e que ele não é

⁵⁰ Ob.cit., p.172.

⁵¹ *Ibidem*, mesma página.

⁵² “Entretanto, não basta crescer economicamente. Em muitos casos, isto é tão necessário quanto insuficiente. Imprescindível é aumentar os graus de acesso das pessoas não só à renda, mas à riqueza em si, ao conhecimento, à capacidade e à possibilidade de influir nas decisões públicas. Há que se buscar, efetivamente, o resgate da dignidade de muitos seres humanos” (Maria Heliadora do Vale Romeiro Collaço. Do direito ao desenvolvimento. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6038>. Acesso em 19 dez.2006).

⁵³ Não se deve confundir desenvolvimento com crescimento pois o primeiro tem um sentido muito mais amplo do que o segundo, contemplando uma gama de benefícios não perseguidos pelo outro. Quem os diferencia com maestria é Arnoldo Wald: “A história revela que os planejamentos puramente econômicos fracassam, quando não acompanhados e complementados por mudanças de estruturas e de mentalidade social. É preciso realizar a sincronização das ideologias e das estruturas, sob pena de provocar sério impasse na evolução nacional. Essa caracterização global do desenvolvimento é muito importante, pois nela consiste a distinção básica entre crescimento e desenvolvimento, **o primeiro de caráter meramente quantitativo, baseado no aumento estatístico do produto bruto, e o segundo essencialmente qualitativo**, inspirado na mutação histórica, na passagem de um tipo de vida social para outro, na tomada de consciência do processo de industrialização e dos seus corolários sociais e pedagógicos.” (O Direito do Desenvolvimento, p. 9).

⁵⁴ Nesse sentido é que Maria Heliadora do Vale Romeiro Collaço professa: “Dos direitos tidos como “de solidariedade”, pertencentes à terceira geração dos direitos humanos, o direito ao desenvolvimento foi o primeiro a ser reconhecido como integrante desta categoria.” (*Ibidem*).

contraditório com o direito ao meio ambiente saudável. O contrário, são direitos complementares e indissociáveis”⁵⁵

O desenvolvimento sustentável traz em si duas premissas principais: uma, a de que o desenvolvimento econômico e social não pode se dar em prejuízo da qualidade ambiental, sem adotar medidas eficazes que reduzam o potencial degradador das atividades - é o meio ambiente condicionando o desenvolvimento. Outra, a de que a sociedade tem necessidade do desenvolvimento econômico e social e, quando faltar tecnologia e conhecimento suficiente para eliminar ou reduzir o impacto das atividades, terá que suportar uma variação negativa da qualidade do ambiente – pelo menos nas hipóteses em que abrir mão da atividade possa ser mais sacrificante do que realizá-la.

Independentemente das leis que impõem a observância deste princípio, há uma tendência do desenvolvimento sustentável ter seu lugar cada vez mais garantido por uma questão de ética e de sobrevivência do próprio desenvolvimento.

Eticamente, ninguém pode se arvorar ao direito de destruir ou esgotar um bem que pertence a todos⁵⁶, tampouco o de prejudicar a vida, a saúde e o bem-estar de outros – aí incluídos os descendentes que sequer nasceram⁵⁷. Muito pelo contrário, temos o dever “moral” de cuidar desse bem difuso para que todos dele possam usufruir igualmente.⁵⁸

⁵⁵ Paulo de Bessa Antunes. *Direito Ambiental*, p. 28.

⁵⁶ Sobre a natureza difusa do meio ambiente, cf. BECHARA, Érika. *A proteção da fauna sob a ótica constitucional*, p. 25 e ss.; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, p.61 e ss.

⁵⁷ Como bem coloca Edis Milaré, “a sociedade humana não se limita às nossas pessoas (gerações presentes) nem termina em nossos dias; é previsível e desejável que ela se perpetue, oxalá em melhores condições (gerações futuras). Somos responsáveis pela propagação da espécie, não somente do ponto de vista biológico, mas, ainda, de vários outros pontos de vista (histórico, cultural, econômico etc.). Incumbe, pois, à sociedade construir, mais do que o seu mundo atual, o mundo do amanhã” (*Direito do Ambiente*, p. 58).

⁵⁸ Edis Milaré fala em reciprocidade entre direito ao meio ambiente e dever: “[...] o desenvolver-se e usufruir de um Planeta plenamente habitável não é apenas direito, é dever precípua das pessoas e da sociedade. Ao direito de usufruir corresponde o dever de cuidar” (*Ob.cit.*, p. 56)

E quanto à sobrevivência, é certo que em médio ou longo prazo, as atividades econômicas que causam a degradação ambiental e sobre-exploram os recursos naturais, sofrerão com a escassez da matéria-prima essencial para o seu processo produtivo, como água, madeira, minerais etc., e com os elevados custos da descontaminação do meio ambiente.⁵⁹

Alguns exemplos bastante conhecidos do prejuízo econômico decorrente da degradação ambiental são o da empresa que promove pesca predatória e que, algum tempo depois, sofre com a escassez de peixes e crustáceos⁶⁰ ou da indústria que polui os cursos hídricos e sofre, posteriormente, com a falta de qualidade da água que capta para sua produção.

⁵⁹ “Os especialistas em políticas ambientais advertem que é urgente coibir o desperdício, principalmente diante do rápido desenvolvimento da China e da Índia. Se essas duas nações, que abrigam um terço da população do globo, alcançarem patamares de consumo iguais ao de uma região como a Califórnia, os recursos naturais do planeta entrarão em colapso.” (*Todo mundo quer ajudar a refrescar o planeta. Revista Veja*. São Paulo, 11 abr. 2007, p. 100).

⁶⁰ A propósito, o biólogo Marcelo Szpilman pondera que os recursos pesqueiros de que nos alimentamos (e que servem à atividade econômica de pescadores e empresas de pescas) podem desaparecer de nossas mesas se se continuar praticar a sobrepesca ou a pesca predatória:

"Levantamentos recentes indicam que hoje a captura indiscriminada mata e desperdiça entre 18 e 40 milhões de toneladas de peixes, tubarões, tartarugas e mamíferos marinhos todos os anos, o que representa nada mais nada menos do que um terço de toda a pesca mundial.(...) Um desperdício inaceitável que ameaça secar a fonte.

A destrutiva combinação sobrepesca-pesca predatória empreendida nas últimas décadas cobrará um alto preço muito em breve. Em muitos casos, o "futuro", um termo bastante usual nos discursos do passado, já chegou. Temos hoje diversas espécies comerciais de pescado ameaçadas de desaparecer. No Brasil, já são 145 espécies de peixes e 12 de tubarões ameaçadas de extinção e 31 espécies de peixes e 6 de tubarão sobre pescados.(...) E esses números só não são maiores devido à histórica falta de verba para pesquisas em nosso País.

A sobrepesca, que é a pesca feita de forma correta e legal, porém acima do limite que uma espécie tem de se auto-repor na natureza, e a pesca descontrolada são problemas graves, porém mais compreensíveis do ponto de vista histórico. Tradicionalmente, a captura do pescado comercial para a nossa própria alimentação vem sendo empreendida há séculos. No entanto, se já não chegou está chegando ao limite de exploração para algumas espécies. Da mesma forma que o homem percebeu, há milênios, que não conseguiria sobreviver somente coletando e caçando o alimento que a natureza lhe dava e, por isso, passou a desenvolver a agricultura e a pecuária, temos que nos conscientizar de que o mar, apesar de seu tamanho, não é um provedor com recursos inesgotáveis." Mas é possível desenvolver a atividade pesqueira de forma sustentável, impedindo o esgotamento dos recursos ambientais em questão visto que os recursos pesqueiros são renováveis. Continua o biólogo: "O correto gerenciamento de seus estoques deve ser visto como importante ferramenta para o desenvolvimento sustentável do País. Nesse sentido, existem alguns instrumentos que já se mostraram eficientes. O defeso, que é a proibição da pesca na época de reprodução (desova) do animal, e a maricultura, que se constitui na produção controlada de espécies marinhas em áreas confinadas, são, não só soluções para a queda na captura de espécies comerciais, como também formas de preservação dos oceanos.

Com isso, até os que têm somente uma visão utilitarista do meio ambiente, devem ceder às premissas do desenvolvimento sustentável – se não por seu espírito ético e solidário, por seu egoísmo, já que a falta de racionalidade e razoabilidade no desenvolvimento destruirá a todos.

2.1.2 Princípio da prevenção

Quanto maior a qualidade do meio ambiente, maior a qualidade de vida. E o inverso é igualmente verdadeiro: quanto pior a qualidade ambiental, pior a qualidade de vida dos seres humanos, que passam a sofrer com a escassez de recursos ambientais, com doenças de veiculação hídrica, doenças respiratórias em função da má qualidade do ar, deficiências auditivas em função da poluição sonora, stress, ansiedade e depressão em consequência da poluição visual, da poluição eletromagnética, da poluição por agrotóxicos, dentre tantos outros males físicos e psíquicos.

O exemplo da sardinha-verdadeira é bastante elucidativo. Peixe barato nos anos 70 e 80, alimento farto nas mesas menos favorecidas, a média anual da pesca da sardinha era então de 200 mil toneladas (correspondia a 38% dos peixes pescados anualmente no Brasil). A partir da década de 80, teve início uma queda contínua nos totais capturados. Prevendo que a captura estava além dos limites que permitiriam garantir o equilíbrio entre a atividade pesqueira e a conservação da espécie, a legislação brasileira passou a proteger a reprodução da sardinha através do defeso (de novembro a março e de julho a setembro). No ano mais crítico, em 1990, a captura atingiu 32 mil toneladas. Ainda que o defeso tenha contribuído na recuperação dos estoques, como demonstra a captura da sardinha em 1997, que atingiu cerca de 118 mil toneladas, infelizmente a produção tem oscilado muito e a expectativa média atual é de no máximo 30 a 50 mil toneladas/ano.

O defeso demonstrou assim ser um importante instrumento de ordenamento e conservação, permitindo que a pesca continue a ser exercida de forma sustentável. Se no começo os pescadores comerciais reclamavam da medida, logo depois perceberam a importância do defeso para sua atividade e hoje o defendem com unhas e dentes.

[...]

Devemos entender que muitos dos antigos hábitos de consumo não cabem mais nos tempos atuais. O planeta mudou. O clima mudou. O mundo mudou. Será que você ainda não percebeu? Ou só perceberá quando as sérias consequências dos desequilíbrios nos oceanos baterem à sua porta?" (A fonte ameaça secar: O movimento pela culinária responsável. Envolverde Revista Digital de Ambiente, Educação e Cidadania. Disponível em <<http://www.envolverde.com.br/?materia=27311#>> Acesso em 31 jan.2007).

Apenas a título de exemplo, dados do Programa da ONU para o Meio Ambiente (PNUMA) divulgados em fevereiro de 2005

“revelaram que um quarto das mortes ou casos de invalidez por doenças infecciosas registrados no mundo estão relacionadas à degradação ambiental.

Todo ano, doenças infecciosas matam 15 milhões de pessoas e são consideradas a principal causa de mortalidade no mundo.

Segundo a agência Efe, o documento apresenta diversas relações, como a do desmatamento com a febre amarela e o crescimento urbano não planejado com a tuberculose e a peste bubônica.

Outro fato preocupante apresentado no relatório é o ressurgimento de doenças que tinham praticamente desaparecido e o aumento delas por causa das mudanças na natureza causadas pelo homem.

No caso da malária, por exemplo, foi constatado que o desmatamento e a construção de estradas criaram um ambiente propício para a proliferação dos mosquitos transmissores da doença que mata, por dia, 3.000 crianças africanas.”⁶¹

Isso já seria suficiente para firmar o inafastável entendimento de que a degradação do meio ambiente deve ser evitada à todo custo, sob pena de uma sensível perda da qualidade de vida da coletividade, pela deterioração de sua saúde, segurança e bem-estar físico e psíquico.

Mas, além disso, tem-se que os danos ambientais (*rectius*=degradação ambiental não evitada) são de difícil, às vezes impossível, reparação. E quando reparáveis, via de regra, são necessários anos para se voltar ao estado de equilíbrio anterior. Uma espécie animal ou vegetal que venha a sofrer a extinção, por exemplo, significará um dano irreversível pois não há medidas que possam ser adotadas para se trazê-la de volta⁶²; da mesma forma, uma área que venha a ser contaminada por

⁶¹ “Degradação ambiental causa 25% das doenças, diz ONU.” O Estado de São Paulo. Ciência e Meio Ambiente, 21 fev.2005. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/ciencia/noticias/2005/fev/21/4.htm>> Acesso em 22 jan.2007.

⁶² Embora a clonagem de espécies extintas seja uma ambição dos cientistas e algumas pesquisas e iniciativas estejam sendo desenvolvidas nesse sentido, não nos parece que essa possibilidade aplaca os efeitos nefastos da extinção das espécies, pois ainda não há garantias de êxito dessa empreitada. O cientista brasileiro Marcelo Gleiser, a partir da notícia de que cientistas, nos EUA, anunciaram a primeira clonagem de uma espécie em extinção, o gauro indiano, um parente do búfalo, critica a prática: “Com a tecnologia de clonagem de animais em extinção, o debate sobre a preservação das espécies se torna crucial. Infelizmente, oportunistas irão dizer que agora, com essa tecnologia, não precisamos mais temer a extinção, pois sempre poderemos clonar animais da espécie em perigo.

lixo tóxico levará muitos anos para ser saneada, ou uma área de vegetação nativa desmatada levará anos para ser reflorestada e atingir suas feições originais.

Considerando que os danos ambientais, especialmente os irreversíveis e os reparáveis a longo prazo, comprometem a qualidade de vida, parece óbvio que as normas jurídicas e as políticas públicas, como também as decisões judiciais, devem ser firmes no sentido de **prevenir** as lesões ao meio ambiente; devem minar as práticas e atividades que se mostrem causadoras de degradação ambiental, devem se antecipar aos danos ambientais e assim impedi-los.

É exatamente isso o que preconiza o princípio da prevenção.

Apesar do Direito Ambiental dispor de fortes instrumentos sancionadores, i.e, repressivos das condutas lesivas ao meio ambiente, os instrumentos preventivos são de maior relevo. Assim se dá porque, como adverte Ramón Martín Mateo, “la coacción ‘a posteriori’ resulta particularmente ineficaz”⁶³, visto que as conseqüências nefastas já foram produzidas. Assim, continua o mestre, “la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará graves daños, quizá irreparables, lo que es válido también para las compensaciones impuestas imperativamente.”⁶⁴

Portanto, vamos caçar mais onças, jacarés e baleias, que tudo bem! Obviamente, esse argumento é absurdo. Um dos problemas fundamentais da clonagem é que ela apenas duplica o material genético, destruindo a diversidade genética da espécie. Ou seja, reconstruiríamos uma espécie em extinção com centenas de cópias idênticas de alguns indivíduos. Imagine um mundo habitado por bilhões de cópias das mesmas cem pessoas! Mesmo que a clonagem ofereça a esperança de podermos repovoar certas espécies, teremos de criar meios de variar artificialmente seu material genético, talvez misturando-o com o de espécies afins, um processo arbitrário e eticamente complicado. O melhor antídoto contra a extinção é a conscientização e a destruição do mercado de consumo que promove a caça desses animais. E a clonagem de espécies já extintas? Se podemos clonar uma espécie em extinção, por que não um mamute ou mesmo um dinossauro, como no filme "Parque dos Dinossauros"? Em princípio, se tivermos o material genético dessas espécies em bom estado de preservação, sua clonagem é possível. Felizmente, ao menos na minha opinião, devido a milhares (ou milhões) de anos de fossilização e mudanças de temperatura, o material genético dessas espécies se encontra em péssimo estado. Ainda não podemos usar a clonagem para ressuscitar espécies. Paradoxalmente, apesar dessa técnica representar uma grande conquista da ciência moderna, ela também representa a pobreza do espírito humano.” (Clonando a ressurreição. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 5 nov. 2000, Caderno Mais, p. 29).

⁶³ Tratado de Derecho Ambiental, vol.I, p. 93.

⁶⁴ *Ibidem*, mesma página.

Por isso vale a observação de Antonio Herman Benjamin, de que hoje não se pode mais negar, e ninguém o faz, que

“dentre todos os instrumentos de proteção ambiental, os preventivos se mostram como os únicos capazes de garantir, diretamente, a preservação do meio ambiente, já que a reparação e a repressão pressupõem, normalmente, dano manifestado, vale dizer, ataque já consumado ao equilíbrio ecológico e, não raras vezes, de difícil – quando não impossível – reparação.”⁶⁵

Assim, nada mais plausível do que buscar a “melhor defesa possível dos perigos”⁶⁶ e exigir do responsável por empreendimentos causadores de impactos ambientais a proteção do entorno “segundo o estágio mais avançado da ciência e da técnica”⁶⁷, pelo uso de eficientes tecnologias, ainda que de custo elevado. Afinal, se as tecnologias mais avançadas podem reduzir os impactos a patamares mínimos ou toleráveis, elas contribuem para a realização do princípio da prevenção.

Como visto, o benefício primeiro produzido pela aplicação do princípio da prevenção é evitar a deterioração do ambiente e da qualidade de vida humana. Nem por isso se pode desprezar um benefício secundário, voltado inclusive ao empreendedor, e que por isso mesmo lhe servirá de incentivo ao comportamento preventivo: os menores custos da prevenção frente aos custos da remediação. É cediço que os custos de prevenção são menos elevados que os custos de reparação ou de eventual compensação, de sorte que o empreendedor, ao suportar as despesas de prevenção estará evitando as despesas maiores de remediação.⁶⁸

Frisamos, ainda, com um tom de otimismo, que o princípio da prevenção tem sido contemplado em vários de nossos diplomas legais - como, p. ex,

⁶⁵ Estudo Prévio de Impacto Ambiental: teoria, prática, legislação, p. 63.

⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental português e da União Européia, p. 10.

⁶⁷ *Idem, ibidem*, p. 9.

⁶⁸ ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. Direito Comunitário do Meio Ambiente, p. 20.

nas leis penais que instituem crimes de perigo⁶⁹ ou nas que sujeitam as atividades potencialmente poluidoras ao licenciamento ambiental prévio - da mesma forma que tem sido aplicado em larga escala por nossos tribunais, mediante a concessão de liminares ou medidas cautelares para impedir a ocorrência de um dano ambiental iminente ou mesmo para impedir o agravamento de um dano ambiental já em andamento⁷⁰.

Por fim, cumpre salientar que o princípio da prevenção não invalida nem diminui a importância do **princípio da reparação integral dos danos ambientais**, o qual será invocado sempre que a prevenção “falhar”, dando lugar a um passivo ambiental *acidental* ou *proposital* (porém, não autorizado), ou quando, deliberadamente, a prevenção não for aplicada, dando lugar a alterações ambientais *consentidas*.

Sobre as *alterações ambientais acidentais* ou *propositais*, é certo que em algumas situações, embora não haja previsão ou complacência alguma com o dano, ele acaba ocorrendo acidentalmente ou dolosamente, com conhecimento

⁶⁹ Crime de perigo é aquele que se consuma com a simples conduta perigosa, ainda que ela não resulte em um dano. Pode ser de perigo concreto (a situação de perigo gerada pela conduta deve ser provada) ou abstrato (o perigo é presumido, não precisa ser provado). Na Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais) encontramos vários deles: art. 42 (Fabricar, vender, transportar ou soltar balões que **possam provocar incêndios** nas florestas e demais formas de vegetação, em áreas urbanas ou qualquer tipo de assentamento humano), art. 52 (Penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente) e art. 56 (Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos).

⁷⁰ A título de exemplo, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina manteve liminar concedida em primeira instância que, por sua vez determinou o desfazimento de obra executada em área de preservação permanente e exigiu a apresentação de projeto de recuperação ambiental do local. Mesmo sob os argumentos da agravante de que a obra fora autorizada pela Prefeitura Municipal de Florianópolis e que a liminar representava verdadeira reparação do dano, passível de ser exigida apenas após o trânsito em julgado da sentença, o tribunal garantiu a antecipação da tutela, em seu detrimento. Destaca-se o seguinte trecho da decisão: “...verifica-se que o dano ao meio ambiente, embora já efetivamente configurado pela edificação da obra em área de preservação permanente, justifica a concessão da liminar, para que se garanta imediatamente o retorno à situação anterior, com a manutenção de sua integridade e perenidade, inclusive com a apresentação pela agravante do projeto de recuperação do local degradado, conforme determinado a decisão agravada.” (AglIn 00.014115-1 – 5ª Câ. Cív – TJSC, j. 10.05.2002, rel. Des. João Martins). No mesmo sentido, *vide* AglIn 70005267430 – 4ª Câ. – TJRS – j. 14.05.2003, rel. Des. João Carlos Branco Cardoso.

prévio do poluidor. Na verdade, “por melhores que sejam a prevenção e a precaução, danos ambientais ocorrerão, na medida em que os acidentes são normais em qualquer atividade.”⁷¹ Assim, não tendo sido possível evitar o dano ambiental, seja pela fatalidade, seja pela falta de cuidado do empreendedor ou, ainda, pela leniência da administração fiscalizadora, necessário será a busca da reparação integral do ambiente lesado.

Já quanto às chamadas *alterações ambientais consentidas*, cumprenos esclarecer que elas decorrem de uma medida excepcional e estratégica de não-aplicação do princípio da prevenção ao caso concreto.

É que em determinadas circunstâncias, algumas obras e atividades serão autorizadas pelo órgão competente apesar de seus impactos no ambiente já serem conhecidos. Os danos, então, deliberadamente, não serão prevenidos mas serão compensados nos moldes previstos no art. 36 da Lei 9.985/2000 – compensação essa que não deixa de ser uma forma de reparação do dano, conforme demonstraremos no capítulo 5 deste trabalho.

Impõe-se adiantar, contudo, que o “consentimento” dado a certos danos ambientais, em detrimento da prevenção, só terá lugar, por óbvio, em face da verdadeira e comprovada impossibilidade técnica de impedimento da lesão aliada à necessidade “coletiva” do empreendimento lesivo – nunca, jamais, poderá ser motivada por um desejo de oferecer um favor ou um afago ao empreendedor. Do contrário, estar-se-á desdenhando o equilíbrio ambiental, direito de todos, para o atendimento de interesses exclusivamente privados, direito de poucos.

2.1.3 Princípio da precaução

⁷¹ BENJAMIN, Antonio Herman de V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental, p.9.

O princípio da precaução está muito próximo do princípio da prevenção mas com ele não se confunde.

Ambos têm por escopo, é verdade, evitar a ocorrência de danos ao meio ambiente mas o princípio da prevenção o faz ao se deparar com lesões ambientais iminentes, praticamente certas e previamente constatadas, e o princípio da precaução o faz, grosso modo, ao presumir lesões ambientais sem, contudo, possuir elementos científicos suficientes para afirmá-las com convicção. A incerteza científica sobre os danos ambientais, porém, não impede uma medida acauteladora, aplicando-se, aqui, a máxima *in dubio pro ambiente*.

A distinção entre os princípios em questão vem bem descrita na lição de Ana Carolina Casagrande Nogueira:

“[...] o princípio da prevenção aplicar-se-ia aos casos em que se dispõe de informações precisas sobre o risco da atividade ou comportamento. Seu objetivo seria a proibição da repetição (...) de atividade que ‘já se sabe’ perigosa, ou seja, visaria inibir o ‘risco de dano’, o efeito reconhecidamente danoso que pode resultar de uma atividade efetivamente (não apenas ‘potencialmente’ perigosa. O princípio da precaução, por sua vez, estaria voltado para o chamado ‘risco de perigo’, ou seja, sua aplicação se daria nas hipóteses de risco potencial, assim entendido um risco verossímil que não tenha sido integralmente demonstrado nem possa ser quantificado em sua extensão e efeitos, devido à insuficiência ou ao caráter inconclusivo dos dados científicos disponíveis.”⁷²

Cabe dizer, portanto, que o princípio da prevenção está relacionado aos riscos **conhecidos** e o princípio da precaução aos riscos **potenciais**.⁷³

O princípio da precaução, cuja origem remonta à década de 80, está consubstanciado no **princípio 15** da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992:

⁷² O conteúdo jurídico no princípio da precaução no Direito Ambiental Brasileiro, p. 200.

⁷³ ARRUDA, Domingos Sávio de Barros. A categoria acautelatória da responsabilidade ambiental, p. 48.

“Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a **ausência de certeza científica absoluta** não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.” (g.n)

A Convenção sobre Mudança do Clima, assinada também por ocasião da Conferência das Nações Unidas realizada no Rio de Janeiro em 1992, foi outra que incorporou o princípio da precaução em seu texto:

“Artigo 3

[...]

3. As Partes devem adotar **medidas de precaução** para prevenir, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível.[...]” (g.n)

Tem-se, portanto, que a orientação dada pelo princípio da precaução é que os Estados devem agir de forma cautelosa ao liberar atividades cujos impactos ambientais não possam, ainda, ser conhecidos. Não devem esperar pela certeza científica do dano para adotar uma medida que possa evitar prejuízo ambiental⁷⁴, ainda que isso possa encarecer a atividade ou adiar a sua execução.⁷⁵ Devem, na

⁷⁴ RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; DERANI, Cristiane. Princípios gerais do Direito Internacional Ambiental, p. 96.

⁷⁵ O exemplo clássico que temos da aplicação judicial do princípio da precaução é o da liminar concedida, em junho de 1999, pelo juiz da 6ª Vara/Seção Judiciária do Distrito Federal Antônio Souza Prudente, na ação civil pública movida pelas associações civis Greenpeace e IDEC em face da empresa multinacional Monsanto do Brasil Ltda., suspendendo o plantio comercial da soja transgênica enquanto não fosse elaborado EPIA/RIMA, e a comercialização da soja modificada “até que seja regulamentada e definida pelo Poder Público competente, normas de biossegurança e de rotulagem de organismos geneticamente modificados”. (A CTNBio, em setembro de 1998, mesmo sem EPIA/RIMA, emitiu um parecer favorável ao plantio comercial da soja transgênica, da variedade Roundup, entendendo que, do ponto de vista da biossegurança, não haveria problemas. Em maio de 1999, o Ministério da Agricultura e do Abastecimento concedeu à Monsanto registro para produzir e

dúvida, “postergar a decisão de aceitar novas tecnologias, empreendimentos, produtos e substâncias sobre os quais recaem **suspeitas** de serem prováveis causadores de graves e irreversíveis danos ambientais.”⁷⁶

Marcelo Abelha Rodrigues professa que “em última análise, impede-se que a incerteza científica milite contra o meio ambiente, evitando que no futuro, com o dano ambiental ocorrido, perceba-se e lamente-se que a conduta não deveria ter sido permitida.”⁷⁷

Não se pode, porém, na tentativa de compreensão do princípio, ir-se além do que ele quer estabelecer. Ou seja, não se pode entender que, diante da inexistência de provas absolutas de ausência de impactos e danos ambientais, o princípio da precaução determine a não realização da atividade. Na verdade, é preciso mais para que tal princípio possa ser chamado a obstaculizar um empreendimento. É preciso que não haja certeza sobre ausência de impactos mas, por outro lado, **um indício razoável e fundamentado de possibilidade de impactos**, mais ou menos identificáveis. Isso porque a prova de ausência absoluta de impactos é, via de regra, impossível de ser feita – dificilmente se chegará a esta certeza e prova maior disso são os vários exemplos de medicamentos lançados no mercado sob o “selo da segurança” num dado momento que, alguns anos depois, são descobertos como agressivos, cancerígenos etc., mostrando, com isso, que a ciência sempre pode ser desdita pela própria ciência e que segurança absoluta, nunca a teremos.

A se entender de outro modo, ou seja, a se buscar a certeza de ausência de danos para se autorizar uma obra ou atividade ou a se obstar um empreendimento por qualquer hipótese remota e não demonstrada cientificamente de dano, estar-se-á pelo princípio da precaução buscando o “risco zero”, sendo que,

comercializar no país cinco variedades de soja transgênica. Inconformadas, as entidades civis acima indicadas se valeram do judiciário para o cancelamento de tal decisão).

⁷⁶ RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; DERANI, Cristiane. *Ibidem*, mesma página.

⁷⁷ Elementos de Direito Ambiental, p.206.

na sociedade de riscos⁷⁸ em que vivemos, o risco zero não existe – existem, isso sim, riscos toleráveis (porque a possibilidade de dano é remota ou porque a lesão, se ocorrer, será pequena comparada com os benefícios da atividade) e riscos intoleráveis⁷⁹, sendo que apenas estes últimos impedirão o desenvolvimento da atividade em nome do princípio da precaução.

Assim, estamos com Edis Milaré e Joana Setzer quando, em estudo sobre as hipóteses de aplicação do princípio da precaução, sustentam que “nem sempre a ausência de conhecimento da totalidade dos riscos decorrentes desse empreendimento ou atividade pode ocasionar sua proibição até que tal certeza se concretize”⁸⁰, mesmo porque “a ciência é incapaz de provar que qualquer substância, atividade ou ação seja absolutamente segura.”⁸¹

Por conta disso, Paulo de Bessa Antunes opõe-se à paralisação da atividade que se supõe arriscada, defendendo a sua realização com os cuidados necessários, “até mesmo para que o conhecimento científico possa avançar e a dúvida ser esclarecida.”⁸²

Concordamos até certo ponto com o autor, ou seja, até o momento em que estejamos tratando dos riscos toleráveis, riscos que podem ser corridos por não representarem uma ameaça significativa e também por compensarem a coletividade, na outra ponta, com os benefícios da atividade em questão. Já certos riscos – os

⁷⁸ BECK, Ulrich. *Apud* LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, p. 25. A sociedade de risco está sempre sujeita ao imprevisto, sendo que o risco, portanto, “é considerado elemento estruturante da sociedade contemporânea, responsável por fazer ruir o mito do conhecimento científico inabalável e da segurança existencial que floresceram com o advento da modernidade” (ARRUDA, Domingo Sávio de Barros. *A categoria acautelatória da responsabilidade ambiental*, p. 27).

⁷⁹ Sobre a diferença entre os riscos toleráveis e os riscos intoleráveis, Domingos Sávio de Barros Arruda comenta que os primeiros “são aqueles considerados aceitáveis socialmente em vista dos benefícios advindos da atividade que está na sua origem, enquanto que, os intoleráveis, são aqueles riscos que em vista da natureza e/ou extensão dos danos que podem causar, não são socialmente admitidos” (Ob.cit., p. 48).

⁸⁰ Aplicação do princípio da precaução em áreas de incerteza científica: exposição a campos eletromagnéticos gerados por estações de radiobase, p.19.

⁸¹ *Idem, ibidem*, mesma página.

⁸² Ob.cit., p. 33.

intoleráveis – determinarão, sim, a paralisação da atividade até que se possa verificar a provável ausência de dano ou pelo menos até que se possa enxergar os riscos então intoleráveis sob uma nova ótica – a dos riscos toleráveis.

2.1.4 Princípio do poluidor-pagador

É fato que as atividades econômicas e industriais produzem externalidades positivas e negativas.

No entender de Lise Vieira da Costa Tupiassu, as externalidades são “custos, benefícios ou implicações que as atividades de um determinado ente impõem a outrem ou à coletividade, sem que sejam incorporados às suas próprias unidades”⁸³, o quer dizer que “alguns produtos circulam sem o respectivos reflexo em seus preços, referente às vantagens ou malefícios suportados pela sociedade.”⁸⁴

Ainda sobre as externalidades das atividades econômicas, a autora citada esclarece:

“Quando a ação de um ente econômico acarreta benefícios à comunidade, sem cobrar-lhes diretamente por isso, diz-se que ocorre uma externalidade positiva. No entanto, se a mesma atividade traz consigo consequências adversas àquela comunidade, o fenômeno é chamado de externalidade negativa, de cujos exemplos mais comuns são os impactos ambientais.

Assim, quando o bem-estar de uma família é afetado pela poluição despejada ao ar por uma indústria vizinha, os custos de eventuais problemas de saúde não são computados nos gastos operacionais da indústria, constituindo-se em externalidades suportadas pela família em razão da atuação danosa gratuita de terceiros para com o meio ambiente.”⁸⁵

⁸³ O Direito Ambiental e seus princípios informativos, p. 166-7.

⁸⁴ *Idem, ibidem*, mesma página.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 167.

A despeito de existência de externalidades positivas e negativas, na análise e definição do princípio do poluidor-pagador (PPP), interessam apenas as externalidades negativas produzidas pelas atividades econômicas e industriais, ou seja, resultados danosos que a coletividade, mesmo não lhes tendo dado causa, acaba por suportar, pelo fato do verdadeiro responsável não tê-las internalizado.

Ora, mas onde está a justiça dessa situação em que aquele que deu causa à externalidade negativa não responde por ela, mas sim terceiros? Simplesmente, não está em lugar algum...

Buscando-se equilibrar, portanto, esse quadro, laborou-se o princípio do poluidor-pagador, que, grosso modo, preceitua a internalização das externalidades ambientais negativas, de forma que os prejuízos não sejam mais sentidos pela sociedade e sim pelo seu causador. E a internalização tem um longo alcance pois não se trata de fazer o responsável pela atividade tão-somente arcar com as conseqüências negativas, i.e, com os danos que ela vier a gerar, mas também - e principalmente - em fazê-lo evitar tais conseqüências, mediante a adoção, já na fase pré-implantação, de todas as medidas de prevenção existentes.

Por isso que Aurélio Virgílio Veiga Rios e Cristiane Derani sustentam que tal princípio “impõe ao ‘sujeito econômico’ (produtor, consumidor, transportador ou todo aquele que possa causar um problema ambiental) arcar com os custos da diminuição, neutralização, compensação ou afastamento do dano.”⁸⁶

A OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico)⁸⁷ trata do princípio do poluidor-pagador nos seguintes termos:

“As pessoas naturais ou jurídicas, sejam regidas pelo direito público ou privado, devem pagar os custos das medidas que sejam

⁸⁶ Ob.cit., p. 107.

⁸⁷ A OCDE é uma organização internacional e intergovernamental, criada em 1961. Seus integrantes são os países desenvolvidos e mais industrializados do mundo – atualmente são 30, dentre eles, Alemanha, França, Itália, Reino Unido Japão, Austrália, Canadá etc.

necessárias para eliminar a contaminação ou para reduzi-la ao limite fixado pelos padrões ou medidas equivalentes que assegurem a qualidade de vida, inclusive os fixados pelo Poder Público competente.” (1974)

Na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente, de 1992, o princípio do poluidor pagador também encontra guarida:

“Princípio 16

Tendo em vista que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo decorrente da poluição, as autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando na devida conta o interesse público, sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais.”

Quanto à abrangência do princípio em tela, encontramos a doutrina dividida na opinião de que ele se restringe às medidas de contenção da degradação ambiental contra a opinião de que ele engloba, além das medidas de contenção da degradação ambiental, as medidas de reparação dos danos ambientais – ou melhor dizendo, a responsabilidade civil do poluidor.

Partidária da primeira corrente, a portuguesa Maria Alexandra de Sousa Aragão⁸⁸ sustenta que o princípio do poluidor-pagador não se reconduz um simples princípio de responsabilidade civil, mesmo porque não foi com essa identidade que o PPP surgiu no âmbito internacional, quando foi formulado pela primeira vez pela OCDE, nem quando foi recebido pela Comunidade Européia como um princípio fundamental do Direito Comunitário do Ambiente. E observa, por fim, a distância entre o princípio do poluidor-pagador e o da responsabilidade civil - este com atuação sempre pós-dano -, no fato de que de todos os textos que consagraram o primeiro “emerge um sentido eminentemente preventivo e não curativo do PPP”⁸⁹, de forma a concluir que

⁸⁸ Direito Comunitário do Meio Ambiente, p. 23.

⁸⁹ *Ibidem*, mesma página.

“O PPP é um princípio que actua sobretudo a título de precaução e de prevenção, que actua, portanto, **antes e independentemente** dos danos ao ambiente terem ocorrido, **antes e independentemente** da existência de vítimas.”⁹⁰ (grifos do autor)

Uma vez que o princípio em tela, diz Danny Monteiro da Silva, “considera, primordialmente os custos de proteção não *ex post facto* do dano ambiental, estando vinculado, portanto, à prevenção e à internalização dos custos ambientais”⁹¹, ele se afasta do princípio da responsabilização civil do poluidor. Assim o é porque, continua o autor, o princípio do poluidor-pagador “independente da ocorrência de uma falta ou de uma infração para ser aplicado”⁹², não havendo vinculação entre o custo a ser suportado pelo poluidor para conter a degradação e a reparação do dano, ficando evidente, assim, que “tal princípio não apresenta o carácter de sanção que é inerente ao instituto da responsabilidade civil, penal, administrativa ou internacional, residindo aí a grande diferença entre ambos os institutos.”⁹³

Apesar disso, o autor admite que o princípio do poluidor-pagador “serve também para justificar os regimes de responsabilidade objetiva que predominam no direito ocidental”⁹⁴, embora não deva jamais ser confundido com ele.

Aurélio Virgílio Veiga Rios e Cristiane Derani não vislumbram essa identidade entre o princípio do poluidor-pagador e o da responsabilidade pela reparação dos danos mas entendem que este está englobado naquele:

“[...] o princípio do poluidor-pagador não se confunde com a responsabilidade objetiva do causador do dano de repará-lo integralmente. Embora este seja inserido no princípio, uma vez que a responsabilização demanda apurar o nexos de causalidade entre o evento que deu causa à poluição e a sua efetiva ocorrência, não se pode restringir a aplicação do princípio do poluidor-pagador tão-

⁹⁰ *Ibidem*, p. 25.

⁹¹ Dano ambiental e sua reparação, p. 70.

⁹² *Ibidem*, mesma página.

⁹³ *Ibidem*, mesma página.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 72

somente à reparação econômica do bem ambiental lesado pelo causador.

A idéia central é de que, além da imposição de um regime de responsabilidade jurídica pelo dano ambiental, o princípio do poluidor-pagador induza ou fortaleça mecanismos de mercado que sejam instrumentos aptos a inibir a ação prejudicial ao meio ambiente.”⁹⁵

Paulo Affonso Leme Machado, de seu turno, coloca que o princípio do poluidor-pagador obriga o poluidor a “pagar a poluição que pode ser causada ou que já foi causada”⁹⁶, concluindo, assim, de forma sucinta e certa que o princípio tem sua faceta preventiva e reparatória. E continua sua manifestação diferenciando dois momentos de aplicação do princípio do poluidor-pagador: o primeiro, da “fixação de tarifas ou preços e/ou da exigência de investimento na prevenção do uso do recurso natural, e outro momento, o da responsabilização residual ou integral do poluidor.”⁹⁷

Também nessa linha mais abrangente, e simplificando a questão, Gilberto Passos de Freitas aduz que o princípio do poluidor-pagador “obriga o agente poluidor a arcar com as despesas de prevenção dos danos contra o meio ambiente e com sua reparação.”⁹⁸

Neste particular, compartilhamos da opinião de grande parte dos doutrinadores brasileiros que vislumbram o princípio do poluidor-pagador sob uma ótica mais ampla, que determina a internalização dos custos ambientais, sejam eles de prevenção, sejam eles de controle, sejam eles de reparação⁹⁹, sendo que nas

⁹⁵ Ob.cit., p. 107.

⁹⁶ Direito Ambiental Brasileiro, p. 59.

⁹⁷ *Ibidem*, mesma página.

⁹⁸ Ilícito penal ambiental e reparação do dano, p. 45.

⁹⁹ Sobre os custos de prevenção, controle e reparação, Chris Wold esclarece que se tratam dos três tipos potenciais de custos que podem ser alocados ao poluidor-pagador. “Os custos de prevenção associam-se às medidas de prevenção dos impactos negativos decorrentes do desenvolvimento de determinada atividade econômica. Os custos envolvidos na construção de aterros especiais para adequada disposição de resíduos perigosos constituem um exemplo dos custos desta categoria, os quais podem ser nitidamente alocados antes que tais resíduos venham a ser dispostos de maneira incorreta, causando dano ao meio ambiente. Os custos de controle consistem nos custos associados aos sistemas de controle e monitoramento ambiental cuja adoção é exigida como requisito para a implantação e operação de empreendimentos potencialmente poluidores, como forma, e.g, de se assegurar que os equipamentos industriais operem dentro de determinados padrões ambientais. Os

duas primeiras hipóteses a imposição das medidas preventivas não significa a aplicação de uma sanção (porque não há ato ilícito a ser sancionado) enquanto na terceira, significa a aplicação de uma sanção civil, que, apesar de sanção, não tem por escopo exclusivo punir o degradador mas devolver às vítimas da degradação o equilíbrio ambiental ou, em casos mais drásticos, compensá-la pelo mal sofrido.

Dessa forma, reforçamos nosso entendimento na lição de Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

“Podemos identificar no princípio do poluidor-pagador duas órbitas de alcance: a) buscar evitar a ocorrência de danos ambientais (*caráter preventivo*); e b) ocorrido o dano, visa sua reparação (*caráter repressivo*).

Desse modo, num primeiro momento, impõe-se ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção dos danos ao meio ambiente que a sua atividade possa ocasionar. Cabe a ele o ônus de utilizar instrumentos necessários à prevenção de danos. Numa segunda órbita de alcance, esclarece este princípio que, ocorrendo danos ao meio ambiente em razão da atividade desenvolvida, o poluidor será responsável pela sua reparação.”¹⁰⁰

Necessário mencionar, a título de informação, que diplomas estrangeiros – e a própria OCDE - costumam englobar no princípio do poluidor-pagador os custos imputados ao empreendedor visando subsidiar a atividade do Estado na redução da poluição.

Maria Alexandra de Sousa Aragão é uma das defensoras dessa posição, professando que

“o fim de prevenção-precaução do PPP significa em suma, que os poluidores devem suportar os custos de todas as medidas, adotadas por si próprios ou **pelos poderes públicos** necessárias

custos dessas categoria também podem ser alocados antes da ocorrência propriamente dita de degradação do meio ambiente. Já os custos de reparação são aqueles associados à adoção de medidas de recuperação ou reabilitação ambiental” (Introdução ao estudo dos princípios de Direito Internacional do Meio Ambiente, p. 24-5).

¹⁰⁰ Curso de Direito Ambiental Brasileiro, p. 32-3.

para precaver e prevenir a poluição normal e acidental, e ainda os custos da actualização dessas medidas.”¹⁰¹ (g.n)

Entretanto, temos que este princípio quer justamente que a responsabilidade pela prevenção da poluição seja inteiramente da fonte poluidora, isentando o Estado e terceiros dos custos correspondentes.

A esse respeito, Danny Monteiro da Silva rechaça a posição da OCDE e dos doutrinadores que seguem seu entendimento – e nisso estamos com ele - argumentando que para alcançar seus objetivos o princípio do poluidor-pagador

“pressupõe que os custos ambientais decorrentes da atividade poluidora ou potencialmente poluidora não sejam suportados pelos poderes públicos nem por terceiros, mas única e exclusivamente pelo beneficiário da atividade degradadora e, indiretamente, pelo consumidor do produto ou serviço oriundo dessa atividade, evitando-se, assim, a socialização generalizada dos prejuízos ecológicos advindos dessas atividades.”¹⁰²

Ainda que se diga, em defesa da posição da OCDE, que ao Estado caberá apenas executar (e não custear) as ações ambientais preventivas e reparadoras pois, no fundo, as despesas serão suportadas pelo poluidor-pagador, fato é que o Estado não é prestador de serviços da iniciativa privada e, tudo que esta puder fazer de per si (por não se tratar de atividade exclusiva do Estado) para evitar e/ou remediar a degradação, deverá fazê-lo. Ou seja, não apenas os custos mas também a própria execução das ações preventivas, neutralizadoras e reparadoras competem, diretamente, ao responsável pela atividade degradadora.

¹⁰¹ O princípio do poluidor-pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente, p. 124. Sua posição é reforçada em diversas passagens do texto: “...os poluidores devem suportar também todos os custos das medidas públicas de reposição da qualidade do ambiente perdida (‘despoluição’), ou de auxílio económico às vítimas e custos administrativos conexos, ou seja, devem suportar financeiramente todas as despesas públicas relacionadas genericamente com a protecção do ambiente tanto *a priori* como *a posteriori*” (*ibidem*, mesma página).

¹⁰² Ob.cit., p. 70.

Dessa forma, as ações e respectivos custos de prevenção da poluição devem ser sempre suportados pela própria fonte de poluição - aí incluídos a iniciativa e os custos do licenciamento ambiental e do monitoramento da atividade - como também as ações e respectivos custos da reparação dos danos ambientais devem igualmente ser atribuídos ao gerador. Equivale dizer que todas as medidas preventivas e remediadoras que puderem ser atribuídas a um ente específico (via de regra, a pessoa física ou jurídica que lhes der origem), definitivamente o serão.

Em conseqüência, os custos que o Estado suportar, ele próprio, para a manutenção do equilíbrio ambiental, estarão relacionados às atividades que lhe são inerentes, tais como fiscalização de atividades poluidoras, desenvolvimento de projetos de melhoria da qualidade do entorno, estruturação e capacitação dos órgãos públicos de meio ambiente etc. Apenas excepcionalmente “assumirá” passivos ambientais de terceiros – quando se tratarem de terceiros “desconhecidos” e que, por isso mesmo, não “poderão” ser chamados a solucionar a pendência.

Ainda uma última (e infundada) polêmica sobre o princípio do poluidor-pagador há que ser dissipada, polêmica essa que deriva de uma análise superficial e simplista do princípio, tomando por base, decerto, a sua nomenclatura.

Apesar do princípio do poluidor-pagador ter um cunho essencialmente preventivo e eventualmente reparatório, de modo que sua aplicação visa, portanto, evitar danos ambientais e, em caso de danos não evitados, obrigar o seu causador a repará-los, não é incomum que alguns desavisados acusem o princípio do poluidor-pagador de ser um “autorizador da poluição mediante pagamento”, como se aquele que tivesse intenção de causar (ou de não impedir) degradação ambiental pudesse oferecer uma quantia ao poder público para fazê-lo livremente, sem reprimendas.

Mister esclarecer que longe de constituir uma autorização de poluição para aquele que pagar uma quantia, o princípio em tela impõe àquele que desenvolve atividade com potencial poluidor o dever de “pagar para **não poluir**” ou

de “pagar porque, **indevidamente**, poluiu”. Não vislumbra este princípio, destarte, a negociação de “cotas de poluição” para o agressor do ambiente.¹⁰³

Ainda que em situações excepcionais se venha a tolerar algumas atividades geradoras de impactos ambientais, porque inevitáveis, a sua liberação pelo Poder Público nunca estará arrimada no princípio do poluidor-pagador. Ou seja, a licença ambiental, se concedida, não será justificada pelo compromisso do empreendedor de pagar um valor para tanto. A justificativa será outra. O órgão licenciador levará em conta, para permitir a atividade, outros princípios e valores, tais como a necessidade coletiva, a qualidade de vida e a dignidade da pessoa humana, que serão, de certa forma, propiciadas pela atividade licenciada. Resultado disso: o princípio do poluidor-pagador será, sim, invocado, mas não como fundamento da autorização mas como **conseqüência** dela, já que os impactos evitáveis terão que ser contidos às custas do empreendedor e os inevitáveis terão que ser compensados previamente, conforme veremos no capítulo 5.

Quanto aos efeitos da aplicação do princípio do poluidor-pagador sobre os consumidores finais do produto ou serviço, é certo que eles acabarão pagando por eles uma pequena parcela do custo da internalização das externalidades ambientais.¹⁰⁴ Ainda assim, enxerga-se no princípio uma medida de equidade, “uma vez que impõe custos apenas àqueles produtores ou consumidores que se beneficiaram ou optaram por produtos oriundos de processos degradadores, isentando aqueles que não contribuíram para a degradação.”¹⁰⁵

¹⁰³ NALINI, José Renato. Ob.cit., p.27.

¹⁰⁴ Chris Wold observa que o setor produtivo questiona o princípio sob o argumento de que produzem de acordo com as preferências demonstradas pelos consumidores e que por essa razão, não seria correto que arcassem sozinhos com os custos ambientais de sua colocação no mercado. Se a colocação dos bens e serviços no mercado se dá para atender às demandas dos consumidores, eles deveriam ser obrigados a arcar com uma parcela desse custo. Os Estados, contudo, relutam em repassar diretamente tais custos aos consumidores, “o que não significa que estes não lhes serão indiretamente transferidos por intermédio do processo de formação de preços. Com efeito, tendo em vista a forma como o princípio do poluidor pagador é aplicado, observa-se ser possível a incorporação aos preços de bens e serviços dos custos adicionais de prevenção, mitigação e compensação dos impactos negativos da atividade econômica” (Ob.cit., p. 24).

¹⁰⁵ Danny Monteiro da Silva. Ob.cit., p. 70.

Dessa forma, não há que se sentir injustiçado o consumidor, pelo desembolso desse maior valor. Não fosse sua demanda por bens e serviços, as atividades degradadoras (ou pelo menos a maior parte delas) sequer existiriam.

2.2 Conceito de impacto, poluição e dano ambiental

Impacto, poluição e dano ambiental são fenômenos muito próximos, todos relacionados a alterações adversas do ambiente em decorrência de atividades com potencial degradador. Não obstante, mister analisar as tênues diferenças entre eles, bem como o enfoque legal dado a cada qual, para daí evoluirmos para os limites de sua aceitação no mundo técnico-científico e jurídico, sob a ótica dos princípios ambientais acima destacados.

2.2.1 Impacto ambiental

Para o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, impacto é “ato ou efeito de impactar; impacção”, que pode significar “choque de um projétil ou de qualquer outro objeto com algo contra o qual foi lançado”, “colisão de dois ou vários corpos, com existência de forças relativamente grandes durante um intervalo de tempo muito pequeno”, “o impulso transmitido em ou como se em uma colisão” e “impressão ou efeito muito fortes deixados por certa ação ou acontecimento.”¹⁰⁶

Qualificando-se o vocábulo impacto com o termo “ambiental”, teremos uma outra significação: um choque forte, que causa uma alteração no meio ambiente ou, como prefere Paulo de Bessa Antunes, “uma modificação brusca no meio ambiente.”¹⁰⁷

¹⁰⁶ Disponível em <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=impacto>> Acesso em 02 dez.2006.

¹⁰⁷ Direito Ambiental, p. 253 e 256.

Temos uma definição legal de impacto ambiental. A Resolução CONAMA 01/1986, que disciplina o licenciamento ambiental e o EPIA/RIMA, dispõe:

“Considera-se **impacto ambiental** qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: a saúde, a segurança e o bem-estar da população; as atividades sociais e econômicas; a biota; as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente e a qualidade dos recursos naturais.” (art. 1º)¹⁰⁸

Resta claro, portanto, que o impacto ambiental implica uma alteração das propriedades do ambiente. Mas não é só – pelo menos do ponto de vista legal. Ou seja, não basta que ocorra uma alteração do entorno, é preciso que referida alteração afete (ou possa afetar) a saúde, segurança, bem-estar e todos os demais bens da vida citados pelo suso transcrito art. 1º. *Contrario sensu*, qualquer modificação que não repercuta sobre estes valores, não consistirá, aos olhos da lei, em impacto ambiental. E, não consistindo em impacto ambiental, será juridicamente irrelevante.

¹⁰⁸ Sobre os bens lesados pelo impacto ambiental, discorre Paulo de Bessa Antunes: “As alterações desfavoráveis à saúde são óbvias por si próprias. Todo projeto que implique repercussão sobre a saúde coletiva de uma determinada comunidade deve ser tido como impactante. A segurança deve ser entendida como segurança social contra riscos decorrentes da inadequada localização de materiais tóxicos, alteração significativa nas condições de fixação do solo, possibilidade de enchentes, desabamentos etc. Não se pode deixar de mencionar os riscos de ampliação de índices de criminalidade e outros que afetam desfavoravelmente a segurança. Quanto ao bem-estar, este deve ser compreendido como um conjunto de condições que definem um determinado padrão de qualidade de vida que deve ser aferido levando-se em conta as condições peculiares de cada comunidade especificamente considerada.

As atividades sociais e econômicas dizem respeito ao emprego, ao modo de produção da riqueza e dos bens, guardando-se como referencial as populações que vivem em uma determinada região. Os projetos de intervenção no meio ambiente serão socialmente nocivos se, em sua execução, implantação e funcionamento, implicarem desagregação social.

Efeitos desfavoráveis sobre a biota são aqueles que dizem respeito, diretamente, às condições de vida animal e vegetal na região considerada.

Alteração das condições estéticas e sanitárias são as transformações que impliquem alterações de natureza paisagística ou visual ou mesmo olfativa, que possam acarretar doenças na coletividade. Quanto à qualidade dos recursos ambientais, o projeto a ser implantado não poderá trazer alterações qualitativas aos recursos, tais como enfraquecimento genético de espécies, diminuição de padrões de concentração de determinados elementos etc.” (Ob.cit., p.258).

Quanto à carga de negatividade e positividade do impacto ambiental, temos que este pode ser negativo ou positivo, caracterizando-se o primeiro “quando a ação resulta em um dano à qualidade de um fator ou parâmetro ambiental”¹⁰⁹ e o segundo “quando a ação resulta na melhoria da qualidade de um fator ou parâmetro ambiental.”¹¹⁰

Todavia, a falta de objetividade do art. 1º da Resolução CONAMA 01/1986, ao definir o impacto ambiental, tem permitido a divisão do entendimento doutrinário em duas correntes, uma que vislumbra o impacto apenas sob a ótica dos prejuízos (impacto negativo), outras que o vislumbra pela ótica dos prejuízos e dos ganhos (impacto negativo e positivo).

Da primeira corrente que fazem parte doutrinadores do calibre de Edis Milaré, Helita Barreira Custódio, Álvaro Luiz Valery Mirra, dentre outros.

Edis Milaré professa que impacto ambiental tem o sentido de choque ou colisão de “substâncias (sólidas, líquidas ou gasosas), de radiações ou de formas diversas de energia, decorrentes da realização de obras ou atividades, com **danosa alteração** do ambiente natural, artificial, cultural ou social”¹¹¹, arrematando que “é o que se impinge à natureza, forçando ou contrariando suas leis.”¹¹² (g.n)

Já Helita Barreira Custódio, buscando uma definição técnica de impacto ambiental, revela-o como “o conjunto das repercussões e das conseqüências que uma nova atividade ou uma nova obra, quer pública ou privada, possa ocasionar ao ambiente”¹¹³ e associa-o, ainda, a uma forma danosa de alteração do ambiente natural, cultural, social ou econômico, com sérios prejuízos à qualidade ambiental.

¹⁰⁹ Dicionário Ecológico Ambiental da Ecol News. Disponível em <<http://www.ecolnews.com.br/dicionarioambiental/>> Acesso em 24 jan.2007.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ Direito do Ambiente, p. 492.

¹¹² *Ibidem*, mesma página.

¹¹³ Legislação brasileira do estudo de impacto ambiental, p.39.

Álvaro Luiz Valery Mirra encerra que o impacto ambiental consiste em “alteração drástica e de **natureza negativa** da qualidade ambiental.”¹¹⁴ (g.n)

Na corrente que sustenta visão mais abrangente do impacto ambiental estão Paulo de Bessa Antunes, Luís Filipe Colaço Antunes, Ricardo Kohn de Macedo, Talden Farias, Antonio Inagê de Assis Oliveira, entre outros tantos.

Quando se põe a definir impacto ambiental, Paulo de Bessa Antunes¹¹⁵ nota que ele é sempre tratado como um acontecimento negativo. No entanto, em seu entender, o impacto ambiental é o resultado da uma intervenção humana sobre o meio ambiente, que pode ser negativo ou positivo, dependendo da qualidade da intervenção desenvolvida. Nessa colocação, é acompanhado por Luís Filipe Colaço Antunes, que, definindo o impacto ambiental como “a alteração global das condições ambientais originárias e a nova situação referida directa ou indirectamente à intervenção humana considerada”¹¹⁶, assevera que essa noção de impacto ambiental “engloba qualquer alteração da realidade existente, primária ou secundária, **positiva ou negativa**, causada directa ou indirectamente por um evento.”¹¹⁷ (g.n)

A mesma observação é feita por Ricardo Kohn de Macedo, para quem o impacto ambiental constitui-se em qualquer modificação dos ciclos ecológicos em um dado ecossistema, sendo que “a ruptura de relações ambientais **normalmente** produz impactos negativos, a não ser que essas relações já refletissem o resultado de processos adversos.”¹¹⁸ (g.n). Por outro lado, “o fortalecimento de relações ambientais estáveis constitui-se em um **impacto positivo**.”¹¹⁹ (g.n). Além disso, certas intervenções introduzem novas relações ambientais em um ecossistema. “Neles há que se efetuada a análise de todos os seus efeitos, de modo a enquadrá-

¹¹⁴ Impacto ambiental, p. 28.

¹¹⁵ Direito Ambiental, p. 256.

¹¹⁶ O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental, p. 316.

¹¹⁷ Ob. cit., p. 316, nota de rodapé.

¹¹⁸ A importância da avaliação ambiental, p. 24.

¹¹⁹ *Ibidem*, mesma página.

los, um a um, como benefícios ou adversidades. Em suma, os impactos ambientais afetam a estabilidade preexistente dos ciclos ecológicos, **fragilizando-a ou fortalecendo-a.**¹²⁰ (g.n).

Sem destoar, Talden Farias teoriza que “impacto ambiental é qualquer impacto que o ser humano causa sobre o meio ambiente, **independentemente de ser um impacto positivo ou negativo.**”¹²¹ (g.n)

Ainda nessa linha mais abrangente, Antonio Inagê de Assis Oliveira é o doutrinador que vai mais fundo na argumentação em defesa da contemplação do impacto ambiental negativo e positivo na definição legal dada pelo CONAMA. Para ele, o art. 1º da Resolução CONAMA 01/1986 se vale do termo “afetem”, que é neutro, podendo indicar uma afetação positiva ou negativa. E complementa:

“Um empreendimento pode, por exemplo, beneficiar as condições sanitárias do meio ambiente, aumentando o bem estar da população ou afetar, ainda que indiretamente, de forma negativa, essas mesmas condições, prejudicando-o.

Nota-se também que a Resolução considera impacto qualquer ‘alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente’ e não apenas aquelas que levem à degradação ou poluição. Se tencionasse dar-lhe sentido apenas negativo em relação à higidez ambiental, teria sido mais simples remeter-se às definições contidas no art. 3º da Lei 6.938/1981, ou, seguindo seu texto, mencionar apenas ‘alteração adversa’ (degradação) ou poluição, sem precisar repetir os parâmetros afetados da definição legal desta figura, que são rigorosamente os mesmos, ou, até os repetindo também restritivamente.”¹²²

Somos obrigados a nos render à segunda corrente.

Para nós, ainda que a definição de impacto ambiental esposada pela Resolução CONAMA 01/1986 não abarque explicitamente os eventuais efeitos positivos da intervenção humana no ambiente, esse é o seu comando implícito.

¹²⁰ *Idem, ibidem*, mesma página.

¹²¹ Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos, p. 56.

¹²² O licenciamento ambiental, p.149-50.

Como observa Antonio Inagê de Assis Oliveira, no trecho supra destacado, a Lei 6.938/1981, ao definir poluição e degradação ambiental, deixou bastante clara a natureza negativa de ambos os fenômenos, pois os associou a uma alteração ADVERSA do meio ambiente e, quanto a poluição, chamou-a de PREJUDICIAL à saúde, à segurança e ao bem-estar da população. Já a Resolução Conama 01/1986 preferiu chamar o impacto ambiental de alteração das propriedades ambientais que *afete* determinados bens e valores, sem dizer se esse *afetar* deve ser para o bem ou para o mal.

De fato, o uso do termo *afete*, desacompanhado de outro termo que o qualifique, não é feliz. *Afetar*, no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa pode significar tanto “atingir, produzindo lesão” como “dizer respeito a, interessar, concernir, atingir.”¹²³ Quem entender que a Resolução CONAMA 01/1986 emprega o termo *afetar* em seu primeiro sentido, enxergará na norma apenas o impacto negativo. Quem, pelo contrário, tomar o termo *afetar* em seu segundo sentido, encontrará na norma o impacto negativo e positivo.

Se a Resolução CONAMA 01/1986 quisesse dotar o impacto ambiental apenas de caráter negativo, poderia ter usado o conceito já existente na Lei 6.938/1981, que define degradação e poluição ambiental como fenômenos negativos, i.e, prejudiciais do meio ambiente. Preferiu, porém, ser mais neutra, deixando de lado termos como ADVERSIDADE e PREJUÍZO.

Demais disso, se a Resolução CONAMA 01/1986 “olvidou-se” de incluir expressamente os efeitos positivos do impacto ambiental no art. 1º, lembrou-se de citá-los textualmente em outra oportunidade, mais precisamente no art. 6º, que estabelece o conteúdo mínimo do Estudo de Impacto Ambiental (EIA). No inc. II deste artigo, exige sejam analisados os impactos ambientais do projeto e de suas

¹²³ Disponível em <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=afetar&stype=k> Acesso em 28 nov. 2006.

alternativas, “através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: **os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos)**, diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais.” (g.n).

Conquanto, pensamos nós, os impactos ambientais possam ser negativos e positivos, impõe-se destacar que a preocupação maior da legislação ambiental é para com os impactos negativos, afinal, estes é que podem comprometer prejudicialmente o equilíbrio do ecossistema e a qualidade de vida da população. Por isso, o licenciamento ambiental, como veremos no tópico 3.2.3, é obrigatório apenas para as obras e atividades potencialmente causadoras de impactos negativos, ou melhor, de poluição e degradação ambiental. Resultado disso é que se um empreendimento for potencialmente causador de impactos positivos, tão-somente, ou, não sendo potencialmente causador de impactos positivos, também não for causador de impactos negativos, estará dispensado do licenciamento ambiental e da elaboração dos estudos ambientais correspondentes. Da mesma forma, a compensação ambiental *ex ante*, objeto central deste estudo, só será exigida em caso de impactos ambientais negativos não mitigáveis, ou seja, em caso de danos ambientais.

2.2.2 Poluição

Aparentemente, o conceito legal de poluição, inscrito na Lei 6.938/1981, está muito próximo do conceito **legal** de impacto ambiental. No entanto, como vimos no capítulo anterior, este abrange os efeitos negativos e positivos das interferências humanas no ambiente e aquele restringe-se aos efeitos negativos:

“Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

[...]

II - **degradação da qualidade ambiental**, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - **poluição**, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades¹²⁴ que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.”

O conceito legal de poluição repousa na alteração **adversa**¹²⁵ das características ambientais, não se ocupando das pequenas e irrelevantes alterações, que não têm o condão de afetar a salubridade e a qualidade do entorno ou a qualidade de vida da população.

Nesse sentido, o conceito de poluição oferecido por Fábio Nusdeo, antes mesmo do advento da Lei 6.938/1981, bem se enquadra a essa visão que associa o evento poluidor à adversidade da alteração, excluindo do conceito as alterações normais e não adversas:

“Poluição significa a presença de elementos exógenos num determinado meio, de molde a lhe deteriorar a qualidade ou a lhe ocasionar perturbações, tornando-o inadequado a uma dada utilização.

Assim, a presença – dentro de certos limites – de cartazes de propaganda ou de tabuletas indicativas numa zona de comércio, não é normalmente encarada como um caso de poluição visual por serem eles considerados próprios ao local, ou melhor falando, à natureza da atividade que nele se desenvolve. Já os mesmos cartazes ou outra forma de atração da atenção dos passantes, ostentados em ruas tipicamente residenciais, em sítios históricos ou por entre a paisagem natural, caracterizariam uma poluição do tipo

¹²⁴ Bem observa José Rubens Morato Leite que o conceito legal não atrela a poluição às atividades industriais ou perigosas. “...não condiciona o ato de poluir ao agente industrial ou a uma atividade considerada perigosa, mas, ao contrário, diz que a degradação ambiental é resultado de qualquer atividade que, direta ou indiretamente, afete o meio ambiente.” (Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial, p. 102).

¹²⁵ O adjetivo *adverso* significa, conforme Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa: “1 - que se encontra ou se apresenta em oposição; contrário, 2 - que traz desgraça; que provoca infortúnio; prejudicial, 3 - desfavorável, impróprio” (Disponível em <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=adverso&stype=k> Acesso em 25 nov.2006).

visual, justamente por se tornarem aí elementos estranhos, interferindo na prestação dos serviços de caráter estético fornecidos pela paisagem ou pela aparência de determinadas construções.

Da mesma maneira, a presença no ar ou nas correntes aquáticas próximas a zona industrial de determinados gases ou substâncias provenientes da atividade aí conduzida poderá ser considerada normal e tolerada desde que se situe dentro de limites razoáveis. O mesmo não ocorrerá quando a concentração se estender a áreas mais vastas que abranjam o conjunto da população ou uma parcela da mesma nas suas várias atividades de trabalho, de recreação, de lazer, de repouso.”¹²⁶

Voltando ao conceito legal de poluição, acima transcrito, a constatação da atividade poluidora dependerá, nas quatro primeiras hipóteses descritas pelo art. 3º, inc. III da Lei 6.938/1981, de uma perícia técnica que confirme, caso a caso, a alteração adversa/prejudicial do equilíbrio ambiental, com o consequente comprometimento dos bens ali mencionados. Já na última hipótese, dependerá da infringência de normas legais que fixem limites máximos de emissão de matérias e energias, num típico caso de poluição “presumida” – equivale dizer que desrespeitado um determinado padrão de emissão legalmente estabelecido, a atividade será considerada poluidora de plano, sendo desnecessário, em casos que tais, perícia que ateste um desequilíbrio ambiental (*in casu*, a perícia será relevante apenas para demonstrar que a emissão de matérias e energia extrapolou os limites da norma). Segundo Marcos Mendes Lyra¹²⁷, tem-se nesta hipótese uma presunção **absoluta** de dano.

A questão da “poluição presumida” está diretamente relacionada ao **princípio do limite**, “segundo o qual a administração pública deve estabelecer padrões de qualidade ambiental, limitando a emissão de poluentes”^{128/129}. Assim, as atividades potencialmente degradadoras podem ir até um dado limite; passado este, a atividade se torna, presumidamente, poluidora.

¹²⁶ Desenvolvimento e ecologia, p. 23.

¹²⁷ Diz o autor que “embora a ocorrência de dano ambiental não dependa da violação de padrões normativamente estabelecidos, a violação destes cria uma presunção absoluta de violação do equilíbrio garantido constitucionalmente.” (Dano ambiental, p. 54)

¹²⁸ IRIGARAY, Carlos Teodoro Huguene. Controle de poluição, p. 277.

¹²⁹ Sobre o princípio do limite, cf. ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental, p. 40.

Esclarecemos que basta que a atividade causadora de alterações ambientais adversas provoque uma das conseqüências previstas nas cinco alíneas do inc. III do art. 3º da Lei 6.938/1981 para que seja considerada poluidora. *Contrario sensu*, “não há necessidade de que as hipóteses de alterações adversas ocorram concorrentemente”¹³⁰, de sorte que uma atividade pode estar dentro dos padrões de emissão (não afrontando, portanto, a alínea “e”, mas ainda assim prejudicar o bem-estar da coletividade (afrontando a alínea “a”).¹³¹

Com a costumeira argúcia, Paulo Affonso Leme Machado assevera que

“pode haver poluição ainda que observados os padrões ambientais. A desobediência aos padrões constitui ato poluidor, mas pode ocorrer que mesmo com a observância dos mesmos ocorram os danos previstos nas quatro alíneas anteriores, o que também caracteriza a poluição, com a implicação jurídica daí decorrente.”¹³²

Frise-se, ainda, que a poluição recai sobre os elementos bióticos e abióticos do meio ambiente, sobre os componentes materiais e imateriais do ambiente natural, artificial, cultural e trabalho. Tecnicamente, a poluição não recai de forma direta sobre os seres humanos ou sobre os bens da vida mencionados no art. 3º, inc. III da Lei 6.938/1981, mas de forma indireta. A atividade poluidora deteriora o ar atmosférico, o que, por sua vez, causará problemas respiratórios para determinadas pessoas; ou contamina os recursos hídricos, o que, por um lado propiciará a incidência de doenças de veiculação hídrica e, de outro, afetará a atividade econômica da pesca, haja vista a mortandade de peixes no mar, rio ou lago degradado.

Num primeiro momento poder-se-ia ter uma compreensão diversa do fenômeno, pelo fato das duas primeiras alíneas do art. 3º da Lei 6.938/1981 afirmarem que a poluição decorre de atividades que a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população e b) criem condições adversas às atividades

¹³⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de Direito Ambiental, p. 298.

¹³¹ *Idem, ibidem*, mesma página.

¹³² Direito Ambiental Brasileiro, p. 520.

sociais e econômicas, dando a impressão de que as ações que lesarem saúde, bem-estar, segurança ou que afetarem as atividades sociais e econômicas serão, sempre e invariavelmente poluidoras. Mas não é bem assim. Nem todas as atividades que afetarem a saúde, p.ex., serão poluidoras mas apenas aquelas que o fizerem por intermédio do meio ambiente, ou, melhor dizendo, por terem antes gerado um desequilíbrio ambiental. Assim, a produção e a comercialização de alimentos com gordura trans, por exemplo, prejudicam a saúde e nem por isso constituem atividades poluidoras. É certo, por conseguinte, que a poluição não recai diretamente sobre a saúde, segurança, bem-estar etc; recai sobre um ou mais componentes ambientais, fato que, por sua vez, propiciará uma lesão ou risco à saúde, segurança, bem-estar, dentre outros.

Bem por isso, necessário esclarecer o real significado das alíneas “a” e “b” acima citadas: partem ambas do pressuposto que a poluição recai sobre os componentes do meio ambiente. Mas, para elas, o ato só será considerado poluição se, ao lesionar componentes do ambiente, comprometer, como consequência, a saúde, o bem-estar, a segurança, as atividades sociais e econômicas. Se não o fizer, não será poluição para os efeitos das duas primeiras alíneas, embora ainda possa sê-lo se preencher uma das três últimas alíneas, ou seja, se afetar a flora e a fauna, ou as condições estéticas e sanitárias do ambiente ou se consistir em lançamento de matérias e energia acima dos padrões ambientais estabelecidos.

Cumprido, agora, tecer algumas considerações sobre a relação entre a poluição ambiental e as atividades que não chegam a concretizar um dano (jurídico) ao ser humano e ao meio ambiente, apesar de oferecerem um risco concreto a estes bens.

Analisando-se bem a definição legal acima transcrita, nota-se que ela não chama de poluição a alteração adversa das qualidades ambientais que **POSSAM** prejudicar a saúde, segurança e bem-estar da população, as atividades sociais e econômicas; a biota; as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente.

Para a lei, portanto, a atividade EFETIVAMENTE poluidora deve alterar as características do meio ambiente e, com isso, prejudicar os bens indicados no art. 3º, inc. III da PNMA. Em consequência, a atividade que PUDER alterar a qualidade ambiental e comprometer os bens citados pela norma, será uma atividade POTENCIALMENTE poluidora.

Naturalmente, a legislação ambiental também presta atenção nas atividades **potencialmente** poluidoras¹³³. Por isso, amparado no princípio da prevenção, o órgão ambiental pode até suspender ou impedir um empreendimento ou obra com potencial poluidor. É desejo da lei que sejam tomadas as medidas necessárias para evitar que um dano potencial vire dano concreto, i.e, que a atividade potencialmente poluidora se transforme em uma atividade concretamente poluidora.¹³⁴

Como exemplo: uma indústria emite gases tóxicos na atmosfera, os quais, a despeito de alterarem a qualidade do ar, não chegam a causar danos à população ou à flora e fauna, nem comprometer as condições estéticas e sanitárias do ambiente, tampouco afetar as atividades econômicas e sociais. A atividade de emissão de gases será considerada potencialmente poluidora pelo simples fato de PODER, concretamente, surtir tais efeitos nefastos. E sendo potencialmente poluidora, poderá ser suspensa ou enquadrada em regras mais rigorosas de proteção ambiental.

¹³³ Veja-se, por exemplo, o art. 54 da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais), que apena com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa aquele que “causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem OU POSSAM RESULTAR em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”. Mesmo não tendo sido explícito, ao englobar no tipo penal a poluição que POSSA resultar em danos, está, em verdade, englobando a poluição potencial.

¹³⁴ A mesma observação cabe em sede de impactos ambientais, dado que a definição legal constante do art. 1º da Resolução CONAMA 01/1986 também não contempla na definição a atividade modificadora das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente que POSSA afetar a qualidade ambiental, mas apenas aquela que, de fato, afete a saúde, segurança, bem-estar ou as atividades econômicas e sociais etc.

Aprofundando-nos um pouco mais nas grandes similitudes entre impacto ambiental e poluição, temos que o impacto ambiental, QUANDO NEGATIVO, deve ser considerado poluição, já que os conceitos legais destes fenômenos se encontram. Mas, por razões, óbvias, quando positivo o impacto, não deve ser entendido como tal. O impacto ambiental pode ser causado pela intervenção humana ou pela natureza. No entanto, para o Direito o interesse maior reside no impacto decorrente da ação humana pois é apenas este que as leis podem conseguir impedir.¹³⁵ Daí porque a definição de impacto ambiental constante da Resolução CONAMA 01/1986, apresentada no capítulo anterior, restringe-o à alteração resultante “das atividades humanas.”¹³⁶ E da mesma forma o faz a Lei 6.938/1981 ao definir que a poluição é a degradação ambiental resultante de “atividades” (naturalmente, humanas) que interferem negativamente no ambiente.¹³⁷

Quanto às similitudes entre poluição e dano ambiental, pode-se concluir que toda forma de poluição consiste em um dano ambiental¹³⁸, com a feição jurídica que discorreremos no próximo item. É o que a própria Lei 6.938/1981 nos leva a entender, ao determinar, em seu art. 14, §1º¹³⁹, que o **poluidor** é obrigado a reparar os **danos** causados ao meio ambiente, afirmando, dessa forma, que toda atividade poluidora é danosa. Justamente por conta disso é que, neste trabalho, ao falarmos de poluição, estaremos necessariamente falando de um dano ambiental e ao tratarmos do dano ambiental, estaremos englobando, ainda que implicitamente, a poluição.

¹³⁵ A esse respeito, Paulo de Bessa Antunes aduz: “Certamente que o impacto ambiental causado por circunstâncias naturais pode ter repercussões ambientais extraordinárias, e.g., erupções do vulcão Pinatubo. Tais conseqüências, contudo, do ponto de vista do Direito Ambiental, são insignificantes. O Direito Ambiental é incapaz de proteger o homem da atividade da própria natureza.” (Ob.cit., p. 253)

¹³⁶ Essa é a opinião de Élide Seguin (O Direito Ambiental: nossa casa planetária, p. 171), dentre outros autores.

¹³⁷ Roberto Maia Filho, apoiado no Dicionário Larousse Environnement & Écologie, afirma que a poluição pode ser natural (ex. cinzas expelidas por vulcão) ou artificial (ex. contaminação da água por produtos químicos derramados pelo homem). No entanto, parece-nos que a Lei 6.938/1981 ficou apenas com a poluição artificial. (Poluição do ar- alguns aspectos jurídicos, p. 340).

¹³⁸ Marcelo Abelha Rodrigues é categórico em dizer que toda poluição gera um dano ambiental e que, havendo poluição, há dano ambiental reparável (Elementos de Direito Ambiental, p. 299).

¹³⁹ “Art. 14, §1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade [...]”

2.2.3 Dano ambiental

Seguindo para o conceito de danos ambientais, verificamos que ele é dado pela doutrina, inexistindo conceito legal de dano ambiental.

Dano, do ponto de vista jurídico, é a lesão a um bem juridicamente protegido, que impõe à vítima um sacrifício não exigido pelo Direito, o que significa dizer: lesa um DIREITO da vítima e não um simples interesse sem proteção jurídica. E acrescentamos a esta definição a lição de Serpa Lopes, para quem a noção legal de dano

“[...] comporta dois elementos: 1º) elemento de fato – o prejuízo; 2º) elemento de direito – a violação ao direito, ou seja, a lesão jurídica. É preciso que haja um prejuízo decorrente da lesão de um direito. Por conseguinte, o prejuízo, vindo isoladamente, nada significa. A sua importância jurídica exige que ele seja defluente de uma lesão jurídica.”¹⁴⁰

Segue-se, portanto, que nem todo prejuízo econômico ou moral sofrido por alguém constitui dano jurídico. Este só se verifica se o prejuízo se der sobre um bem tutelado pelo ordenamento jurídico e que, além disso, esteja protegido contra “aquela” ação ou omissão geradora do prejuízo. No caso, por exemplo, da interdição de uma indústria que esteja funcionando em desacordo com as normas ambientais, o prejuízo econômico é evidente (ela descumprirá os contratos firmados com os seus clientes e será sancionada por isso, continuará pagando os salários de seus empregados mesmo que eles não estejam trabalhando, terá sua imagem comprometida pela divulgação do evento na imprensa etc.). Todavia, esse prejuízo não configurará dano jurídico pelo fato de que a interdição (ato lesivo) não feriu nenhum DIREITO da indústria, já que empreendimentos que desrespeitem as licenças e as leis ambientais não têm o direito de permanecerem em operação.

¹⁴⁰ Curso de Direito Civil, vol. V, p. 222.

Nesse diapasão é clara a preleção de Celso Antonio Bandeira de Mello:

“Não há confundir dano patrimonial, dano econômico, com dano em direito.

O primeiro é qualquer prejuízo sofrido por alguém, inclusive por ato de terceiro, consistente em uma perda patrimonial que elide total ou parcialmente algo quem se tem ou que se terá.

O segundo, ademais de significar subtração de um bem ou consistir em impediente a que se venha a tê-lo, atinge bem a que se faz jus. Portanto, afeta o direito a ele. Incide sobre algo que a ordem jurídica considera como pertinente ao lesado.

Logo, o dano assim considerado pelo Direito, o dano ensanchador de responsabilidade, é mais que simples dano econômico. Pressupõe sua existência, mas reclama, além disso, que consista em agravo a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor de um sujeito.”¹⁴¹

Com a compreensão do conceito de dano, podemos concluir que **dano ambiental** é a agressão ao meio ambiente, i.e, aos componentes ambientais do ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho, que lesa o **direito** da coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por assim dizer, produz alterações no meio ambiente que afetam o equilíbrio ecossistêmico.

O dano ambiental, como todos os danos jurídicos, está sempre ligado à infringência de um direito. E justamente por isso se trata, sempre, de uma lesão não autorizada pelo Direito – sendo claro que quando falamos em “lesão não autorizada” não estamos aludindo à “atividade não autorizada”, visto que muitas vezes a atividade causadora do dano tem autorização para funcionar muito embora não tenha autorização para causar prejuízos à qualidade ambiental. É o caso, v.g., de empreendimentos industriais devidamente licenciados que provocam um acidente ecológico ou que, desrespeitando as condicionantes da licença ambiental, acabam deteriorando o ambiente. Ou, ainda, de empreendimentos que, apesar de lesivos ao ambiente, são licenciados sob a condição de reparação imediata e antecipada da lesão – eis aqui a compensação ambiental *ex ante*, objeto deste trabalho.

¹⁴¹ Curso de Direito Administrativo, p. 944.

Assim, o ordenamento jurídico, por mais que autorize a atividade e por mais que saiba que essa atividade provocará uma lesão, não aceita que a vítima-coletividade “fique” com o prejuízo.

Não nos deixemos enganar, portanto: o fato do órgão licenciador antever ou conhecer a lesão não significa que a deseje ou que a permita. Pode-se ter a errônea impressão de que se o órgão liberar uma atividade conhecendo os danos que ela causará, é porque concorda com tais danos. Mas não. Ele concorda, isso sim, é com a atividade (e entenderemos o porquê nos tópicos 2.2.4 e 2.2.5), mas continua repudiando os danos dela decorrentes. Tanto é que, mesmo autorizando o empreendimento, exige, desde logo, que os danos sejam reparados – caso estivesse de acordo com os danos, por que determinaria a sua reparação?

2.2.3.1 Objeto e sujeito passivo do dano ambiental

Frise-se que enquanto o meio ambiente é o **objeto** sobre o qual recai a conduta lesiva, a **vítima** (leia-se: sujeito passivo) dos danos ambientais é a coletividade, porque é ela a titular do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de acordo com o art. 225, *caput*, da CF. Quando o meio ambiente é agredido, com alteração de sua qualidade, a coletividade deixa de usufruir de um ambiente sadio, necessário para a realização de vários outros direitos, como à saúde, ao bem-estar físico e psíquico, à identidade e memória histórica-cultural etc.

Por isso é que a lesão aos componentes ambientais, via de regra, resvala de forma comprometedora na saúde e bem-estar físico e psíquico da coletividade. Nada obstante, não é demais lembrar, para ser considerado dano ambiental, não basta que constitua uma lesão direta à saúde, bem-estar e outros valores humanos; é preciso, antes, que a conduta afete os componentes ambientais

e, ao afetar os componentes ambientais, lese o direito difuso ao meio ambiente sadio.

José de Sousa Cunhal Sendim, reiterando que dano é a lesão a bem jurídico (protegido pelo direito), arremata que o bem jurídico, em caso de dano ambiental, não é exatamente o componente ambiental mas o estado de qualidade (ou um estado-dever) que este componente do meio ambiente¹⁴² deve manter, estado esse convencionado pelas normas jurídicas. Por isso, para ele, o dano ao ambiente é a “perturbação do estado do ambiente determinado pelo sistema jurídico-ambiental”¹⁴³ – é a este estado de qualidade que a coletividade tem direito.

Ainda sobre o estado de qualidade dos componentes ambientais, diz o autor português:

“O estado-dever/direito dos bens naturais é determinado, com maior ou menor grau de concretização, pelo sistema jurídico-ambiental e não se confunde com o *bem natural em si*. É, antes, uma determinada composição física, química e biológica do bem natural que os cidadãos têm o *dever* de preservar e o *direito* de obter. Pode por isso dizer-se que tem por suporte material o bem natural, mas que se distingue conceptualmente deste último porque exprime, essencialmente, uma determinada *qualidade*, uma *condição abstracta* do componente do ambiente.

[...]

A este estado dos bens naturais, determinado pelo sistema jurídico e compreendido dialecticamente através da *ratio* da sua protecção,

¹⁴² Diz o autor que o atual direito português integra na noção de dano ao meio ambiente os bens jurídicos ecológicos (estados ambientalmente adequados dos componentes naturais do património natural) e bens culturais, como, por exemplo, a paisagem. Mas adverte: “...tais bens, embora pudessem ser considerados desde uma perspectiva unitária, são substancialmente diversos, quer no que respeita ao seu objecto, quer no que toca à *ratio* da sua protecção. Desde o primeiro ângulo porque, no caso dos bens jurídicos ecológicos, o objecto da protecção é o património natural, como conjunto dos recursos bióticos (seres vivos) e abióticos (por ex: ar, água, terra) e a sua interacção (ou seja um conjunto de sistemas ecológicos caracterizados pela sua interdependência, capacidade de auto-regulação e de auto-regeneração) o que não sucede com os componentes ambientais humanos, como a paisagem e o património construído, visto serem, essencialmente, realidades culturais” (Responsabilidade civil por danos ecológicos, p. 35). De qualquer forma, a distinção (ou a união, como deseja o ordenamento português) não compromete a conclusão: o dano depende da lesão a um bem jurídico, que, no caso, é o estado de qualidade do ambiente natural e artificial.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 35.

parece poder reconduzir-se uma noção de *bem jurídico ecológico*.”¹⁴⁴

E arremata, para completar a definição sobre o dano ambiental, que “existe, tendencialmente, um dano ecológico quando um bem jurídico ecológico é perturbado”, sendo este bem perturbado quando “um determinado estado de um componente do ambiente é alterado negativamente.”¹⁴⁵

O direito (bem jurídico) atingido pelo dano ambiental é, portanto, o direito de todos ao equilíbrio e à higidez do meio ambiente. Se este é um direito difuso, o dano ambiental também será, sempre, difuso. Se, porém, da lesão do meio ambiente resultarem danos a outros direitos que não o direito à qualidade ambiental, sejam eles individuais e particulares, sejam eles difusos, estar-se-á falando do “dano por intermédio do meio ambiente” e não de dano ambiental propriamente dito – e dele trataremos no item 2.2.3.2.b, *infra*.

2.2.3.2 Classificação do dano ambiental segundo a sua amplitude

Acreditamos que pelo fato da agressão ao meio ambiente lesar, por vezes, outros direitos distintos – nem todos relacionados à qualidade ambiental propriamente dita -, o dano ambiental acaba tendo um conceito ambivalente, como adverte José Rubens Morato Leite¹⁴⁶. Ora o conceito “dano ambiental” é empregado como *alterações nocivas ao meio ambiente*, ora como *efeitos que tais alterações provocam na saúde das pessoas e em seus interesses*. Diante disso, e decerto no afã de elidir entendimentos equivocados e confusos sobre o dano ambiental, o autor o classifica, quanto a amplitude do bem protegido, em (i)

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 33-4.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p 35-6.

¹⁴⁶ Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial, p. 94.

dano ecológico puro, (ii) dano ambiental *lato sensu* e (iii) dano ambiental individual.¹⁴⁷

Dano ecológico puro, na visão do autor, é o que atinge os bens da natureza, em sentido estrito. Repousa, portanto, na conceituação restrita de meio ambiente, relacionada aos componentes naturais do ecossistema e não aos componentes artificiais do ambiente cultural ou urbano/rural; **dano ambiental *lato sensu***, extrapolando o círculo restrito do dano ecológico puro, compreende a lesão a todos os componentes do meio ambiente, inclusive patrimônio cultural; por fim, **dano individual ambiental** é a lesão provocada a um direito individual em decorrência da lesão provocada ao meio ambiente, sendo que, aqui, não se busca a tutela dos valores ambientais, mas de interesses próprios do lesado.¹⁴⁸

A definição dada por Antonio Herman Benjamin também é de muito proveito. Para ele, dano ambiental é a “alteração, deterioração ou destruição, parcial ou total, de quaisquer dos recursos naturais, afetando adversamente o homem e/ou a natureza.”¹⁴⁹

Diz ainda este jurista que os danos ambientais podem ser *personais* (patrimoniais e morais) ou *ecológicos* (também chamado de dano ecológico puro)¹⁵⁰. Estes se dão quando a conduta lesiva compromete recursos ambientais sem afetar especificamente os seres humanos (ao menos de forma imediata e aparente), como, p. ex., o assoreamento de um lago existente em uma propriedade particular, que não continha vida animal ou vegetal. O meio ambiente é deteriorado sem afetar a saúde e o bem-estar humanos.¹⁵¹ Aqueles outros se dão quando os

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 95.

¹⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 95-6.

¹⁴⁹ Responsabilidade civil pelo dano ambiental, p. 48.

¹⁵⁰ *Ob.cit.*, p. 50.

¹⁵¹ Nota-se, aqui, uma definição para “dano ecológico puro” diversa da definição dada por José Rubens Morato Leite, *supra* destacada. Enquanto para este o dano ecológico puro se refere a danos causados aos componentes naturais do ambiente, ou seja, à natureza, para Antonio Herman Benjamin o dano ecológico puro se refere a danos causados ao meio ambiente que não afetam os seres humanos, i.e, a danos que lesam tão apenas os bens ambientais, sem reflexos em outros valores tutelados pelo ordenamento jurídico.

resultados da atividade lesiva se dão na sua perspectiva humana, i.e, atingem o meio ambiente e outros bens e valores humanos ao mesmo tempo¹⁵². É o caso, por exemplo, da poluição atmosférica que, afetando o bem ambiental ar atmosférico, afeta também a saúde da população. Sua lição:

“Claro que as duas versões da danosidade ambiental nem sempre estão apartadas de maneira tão cristalina. Dano ambiental que afeta o patrimônio e a integridade do ser humano também traz consigo um efeito negativo sobre a própria natureza. O inverso é que nem sempre é verdadeiro, pois hipóteses há em que o dano ambiental apresenta reflexos (diretos) apenas na natureza, sem incomodar direta e de maneira perceptível o bem-estar imediato das pessoas.

[...]

O desaparecimento da Ararinha-Azul, nos grotões da Mata Atlântica do Estado da Bahia, a contaminação de um lençol freático por mercúrio em local de difícil acesso e desabitado da Amazônia ou a manutenção em cativeiro de um mico-leão-dourado caracterizam-se como dano ambiental, apesar de sua dimensão bem afastada da realidade dos valores jurídicos convencionais, a integridade, a liberdade e o patrimônio humanos.”¹⁵³

A visão supra destacada, do mestre Benjamin, que prega a autonomia do dano ambiental com relação aos danos humanos/privados¹⁵⁴, talvez encontrasse dificuldade de sustentação numa ótica estritamente antropocêntrica pois, para esta, a única razão de proteção dos bens ambientais é o ser humano, de sorte que, quando os bens ambientais não tivessem relevância para o ser humano não precisariam ser protegidos. Contudo, ao caminharmos para uma visão do

¹⁵² O que se impõe destacar é que quando o autor fala em danos pessoais, não está aludindo aos danos patrimoniais e morais sofridos por cada indivíduo da coletividade mas de danos sofridos pelos elementos do meio ambiente que podem comprometer o direito da coletividade (direito difuso, portanto) ao equilíbrio ambiental, responsável, de seu turno, pela qualidade da saúde, do bem-estar, de vida. Ou seja, o **objeto** da lesão é sempre o próprio ambiente; a **vítima** da lesão ao ambiente é a coletividade, em uma perspectiva difusa. Quando pessoas são lesadas, divisível e individualmente, em direitos não relacionados ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, fala-se em dano ambiental reflexo ou dano por intermédio do meio ambiente, que veremos em pormenores no tópico 2.2.3.2.b.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 49-50.

¹⁵⁴ Sobre a autonomia do dano ambiental, Danny Monteiro da Silva diz que ela se manifesta “no fato de que, para existir, tal lesão não precisa, necessariamente, estar vinculada a um prejuízo pessoal, individual e privado, conforme é tradicionalmente concebido.” (Ob.cit., p. 102)

antropocentrismo mitigado ou mesmo uma visão biocêntrica¹⁵⁵, em que se abandona o conceito meramente utilitarista do meio ambiente para o entendimento de que todos os seres vivos – humanos, animais e vegetais – merecem viver em um ambiente saudável, passamos a aceitar com naturalidade o entendimento em apreço.

Muito embora saibamos que o ordenamento jurídico pátrio está precipuamente focado no ser humano, motivo pelo qual as necessidades humanas ainda justificam a utilização do meio ambiente em seu benefício, a preocupação da política ambiental mundial – e de nossas normas jurídicas internas – é com a sobrevivência do planeta e não apenas com a sobrevivência dos seres humanos.¹⁵⁶

Daí a importância da divisão feita pelo autor, com o objetivo de mostrar que para a agressão ao meio ambiente ser considerada **dano** ambiental, ela não precisa necessariamente afetar ou colocar em risco a saúde, o bem-estar e a vida humana, pois o meio ambiente pode e deve ser protegido de per si.¹⁵⁷

Pelo fato do art. 225 do Texto Constitucional informar que a coletividade tem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e afirmar, logo em seguida, que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida, somos “tentados” a desenvolver uma visão de que o meio

¹⁵⁵ Em um ensaio sobre antropocentrismo, Antonio Herman Benjamin aponta um tripé axiológico composto por (i) antropocentrismo puro, (ii) antropocentrismo mitigado ou reformado e (iii) não-antropocentrismo ou biocentrismo. Grosso modo, o primeiro vê na natureza uma única razão de ser: servir aos seres humanos; o segundo consiste em um abrandamento do primeiro, revelando uma preocupação com as gerações futuras e uma ética da solidariedade, mas sem chegar a entender a natureza como *sujeito de direito*; o terceiro não enxerga qualquer linha rígida de separação entre o vivo e o inanimado, entre o humano e o não-humano (A Natureza no Direito Brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso, p. 155 e ss.).

¹⁵⁶ BENJAMIN, Antonio Herman. Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro, p. 20, nota de rodapé.

¹⁵⁷ Disso se extrai que o conceito de dano ambiental é mais abrangente que o de poluição. Sim, porque a definição de poluição dada pelo art. 3º, inc. III da Lei 6.938/1981, embora englobe as atividades que comprometam, pura e simplesmente, a biota (sem exigir que isso repercuta na saúde, bem-estar e segurança, ou em atividades econômicas e sociais ou, ainda, nas condições estéticas e sanitárias do ambiente), não prevê, como atividade poluidora, aquela que tão-somente afete a qualidade ambiental (e nisso destoa da definição legal de impacto ambiental, constante do art. 1º da Resolução CONAMA 01/1986, como visto no tópico 2.2.1, e, agora, da definição jurídica de dano ambiental).

ambiente merece proteção apenas **se e quando** for essencial à qualidade de vida. E se assim o fizermos, seremos forçados a descartar, por questão de coerência, a possibilidade de um dano ecológico puro, tal como referido por Herman Benjamin, ser considerado um dano **jurídico** reparável.

Entretanto, embora a Constituição afirme uma relação umbilical entre qualidade de vida e qualidade do meio ambiente, não diz que este só será protegido em função daquela. A afirmação é mais no sentido de reforçar a importância do meio ambiente e de assegurá-lo como direito fundamental da pessoa humana, do que de restringir o âmbito de sua proteção às necessidades humanas. Disso resulta que o direito da coletividade é ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, ainda que em determinadas situações, isso não vá melhorar ou interferir positivamente na sua qualidade de vida – mesmo porque pode ser apenas uma questão de tempo: hoje a proteção de um recurso natural pode não afetar positivamente a sua qualidade de vida mas pode vir afetá-la amanhã ou a afetar a qualidade de vida das próximas gerações.

Ressalte-se que nem sempre foi assim. Num primeiro momento, só havia preocupação com os danos ambientais quando eles pudessem representar algum problema ou ameaça para os seres humanos; hoje, como já mencionamos, protege-se os bens ambientais mesmo que sua lesão não signifique uma lesão aos seres humanos.

Danny Monteiro da Silva historia que

“A princípio, a delimitação do conceito de dano ambiental recebeu tratamento sistemático da doutrina, ao ser considerado como o dano causado às pessoas e às coisas, por intermédio do meio ambiente em que vivem. Nesse contexto, o problema centrava-se em reparar os danos subseqüentes às turbações ambientais, assim entendidos os prejuízos e lesões a interesses pessoais e patrimoniais, sofridos como conseqüência da degradação e/ou da contaminação do meio ambiente.

Foi somente no decorrer da década de 70 que as lesões sofridas pelos elementos naturais foram inseridas no conceito de dano

ambiental, que ensejou uma proteção autônoma e imediata aos bens ambientais. Nesse contexto, os prejuízos causados aos elementos naturais tiveram autonomia em relação aos prejuízos causados ao ser humano.”¹⁵⁸

Em resumo, com relação à amplitude do dano ambiental, parece-nos que as visões doutrinárias acima destacadas são acertadas, mas, ainda assim, de nossa parte, preferimos uma mescla entre elas, para utilizar apenas o termo **dano ambiental** (ao invés de separá-lo em dano ecológico puro e dano ambiental lato *sensu*, até porque aquele está embutido neste), e para nele englobar os danos que alterem adversamente a qualidade do ambiente, ainda que sem reflexos em outros interesses e direitos dos seres humanos. Ou seja, para a caracterização do dano ambiental basta a lesão a um direito: o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Já quanto ao dano por intermédio do meio ambiente, ou, como prefere José Rubens Morato Leite, dano ambiental individual, tem-se por certo que ele nada mais é do que um dano particular, que não lesa o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado mas direitos outros. Por isso, não nos parece possa ser entendido como uma espécie ou sub-espécie de dano ambiental, mas sim como um dano individual **por intermédio** do meio ambiente¹⁵⁹. Explicaremos no item a seguir.

2.2.3.2.a Dano ambiental: lesão ao bem jurídico *qualidade ambiental*

¹⁵⁸ Ob.cit., p. 92.

¹⁵⁹ Nesse ponto, compartilhamos do entendimento de Marcelo Abelha Rodrigues, para quem o dano ambiental não deve ser conceituado como gênero do qual sairiam as espécies “danos pessoais” e “danos ecológicos”, pois “o dano ambiental é um só: o dano ao meio ambiente como bem jurídico autônomo, independentemente de ter se ricocheteado ou não para a esfera particulares dos indivíduos.” (Ob.cit., p. 300-1).

Como informado acima, não nos prendemos a sub-divisões do dano ambiental quanto a sua amplitude, de sorte que não distinguimos dano ecológico puro de dano ambiental.

Preferimos albergar todas as alterações adversas provocadas por atividade humanas ao meio ambiente, com lesão ao direito constitucional-difuso à qualidade e ao equilíbrio ambiental, no conceito amplo de “dano ambiental”.

Dessa forma, o ataque a elementos corpóreos e incorpóreos do meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho, com resultado lesivo e comprometedor do direito da coletividade ao ambiente saudável, configura, em nossa visão, **dano ambiental**.

Como já nos debruçamos sobre o conceito de dano ambiental no tópico 2.2.3, reportamo-nos a nossas palavras anteriores para completarmos a presente classificação.

2.2.3.2.b Dano por intermédio do meio ambiente: lesão a bens individuais

Ao lado do dano ambiental, temos o dano ambiental por ricochete ou reflexo ou, ainda, na designação mais apropriada de Álvaro Luiz Valery Mirra, *dano causado por intermédio do meio ambiente*, qual seja, o “prejuízo causado às pessoas e aos seus bens que tem em algum dos componentes da natureza (a água, o ar, o solo) o elemento condutor.”¹⁶⁰

Um, o dano ambiental, está atrelado à tutela da capacidade funcional ecológica, necessária à qualidade de vida e ao bem-estar da

¹⁶⁰ Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente, p. 74.

coletividade¹⁶¹; o outro, o dano por intermédio do meio ambiente, está ligado à tutela da integridade física, psíquica e patrimonial de pessoas individualmente consideradas.

É como diz o jurista francês Michel Prieur¹⁶²: um mesmo acidente pode gerar danos ambientais propriamente ditos e danos individuais. Mas estes danos são de naturezas diversas, não se confundem.

Quando a poluição ou o dano aos bens ambientais repercutir na esfera privada individual, lesando outros direitos que não o direito ao meio ambiente sadio, não se estará diante de um dano ambiental propriamente dito. Assim, no clássico exemplo da mulher que deixou seu vestido de noiva secando no varal e, em razão da fuligem despejada na atmosfera por indústria poluidora, veio a perder a vestimenta, o dano ambiental resta configurado apenas na emissão da fuligem e contaminação do ar, com riscos à saúde e à paisagem urbana (situações de desequilíbrio ambiental). A lesão do vestido de noiva não configura um dano ambiental (nem mesmo dano ambiental pessoal, na classificação de Benjamin, vista acima) mas um dano reflexo, ou seja, um dano patrimonial resultante de um dano ambiental – é a este dano reflexo, inclusive, que alude o §1º do art. 14 da Lei 6.938/1981, *in fine*:

“Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade” (g.n).

José de Sousa Cunhal Sendim distingue os danos provocados ao ambiente, enquanto perturbação de um bem jurídico autônomo e unitário, e os

¹⁶¹ SILVA, Danny Monteiro da. Ob.cit., p. 114.

¹⁶² “Nous préférons pour notre part introduire une distinction entre les dommages de pollution qui seraient subis par des patrimoines identifiables et particuliers et les dommages écologiques proprement dits subis par le milieu naturel dans ses éléments inappropriés et inappropriables et affectant l'équilibre écologique en tant que patrimoine collectif. Bien souvent, un même accident entraîne les deux types de dommages.” (Droit de l'environnement, p. 869).

danos provocados às pessoas e aos bens pelas perturbações ambientais (que ele chama de danos ambientais, diferentemente de nós, que preferimos designar danos por intermédio do meio ambiente). E finaliza:

“Só no primeiro tipo o ambiente é – enquanto bem jurídico – o objecto do dano. Pelo contrário, nos danos ambientais, o ambiente é, essencialmente, o *percurso causal do dano*. Trata-se pois de danos indirectos causados por uma acção sobre o ambiente.”¹⁶³

Ou seja, o fato que lesa os componentes ambientais afetando o equilíbrio ecológico (por isso, dano ambiental) pode, também, provocar a violação de direitos subjetivos individuais, alheios ao meio ambiente. Não se trata, porém, como acentua Sendim,

“de bens jurídicos protegidos com vista à obtenção de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, mas sim de bens e interesses individuais cuja protecção não é determinada pela axiologia ambiental. Por isso, tal conjunto de prejuízos seria ressarcível independentemente da protecção jurídico-ambiental.”¹⁶⁴

Da mesma forma, José Rubens Morato Leite – que, como dissemos anteriormente, vislumbra o dano ambiental sob duas óticas, inclusive afirmando a ambivalência da expressão “dano ambiental”, haja vista poder, ao mesmo tempo, “designar alterações nocivas ao meio ambiente e, ainda, os efeitos que tal alteração provoca na saúde das pessoas e de seus interesses”¹⁶⁵, de sorte que “a lesão ao meio ambiente pode refletir no interesse ou direito individual e então há a incidência do dano ambiental reflexo.”¹⁶⁶

Concordamos com o conteúdo dessa visão mas não com a classificação dada pelo autor pois, como já adiantamos no item anterior, não

¹⁶³ Ob.cit., p. 37.

¹⁶⁴ *Ibidem.*, p. 37.

¹⁶⁵ Dano ambiental: compensação ecológica e dano moral ou extrapatrimonial, p. 51.

¹⁶⁶ *Ibidem*, mesma página.

encartamos o *dano por intermédio do meio ambiente* em uma categoria maior, a do *dano ambiental*. Isso porque, como adverte Marcelo Abelha Rodrigues “os danos pessoais, particulares, sofridos pelo mesmo fato que degradou o meio ambiente, ou que foram conseqüências da agressão do meio ambiente, são ontológica e teleologicamente diversos daqueles sofridos pelo meio ambiente”¹⁶⁷ e, dessa forma, não podem fazer parte do mesmo “gênero” de dano.

Em resumo, podemos aduzir que o **dano ambiental** lesa o direito *difuso* ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o **dano por intermédio do meio ambiente** lesa direitos *individuais* das mais variadas ordens, como, p.ex., o direito à integridade física e psíquica, o direito à integridade do patrimônio etc. O objeto atacado (elementos corpóreos ou incorpóreos do meio ambiente) é o mesmo, mas os interesses jurídicos feridos são distintos, de sorte que os danos a cada qual são também distintos.

Apesar da relevância, para o Direito, do dano individual e divisivelmente sofrido em razão de uma lesão ambiental, o tema não desperta o mesmo interesse neste trabalho, vez que as lesões dessa ordem não são levadas em conta quando da exigência e fixação do valor da compensação ambiental prevista no art. 36 da Lei 9.985/2000.

2.2.3.3 Classificação do dano ambiental segundo seus efeitos

Para uma boa compreensão dos efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais do dano ambiental, primeiro se faz necessária a compreensão dos efeitos dessa natureza atinentes aos danos jurídicos em geral.

¹⁶⁷ Ob.cit., p. 300-1.

2.2.3.3.a Efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais do dano jurídico

O dano é uma lesão sobre um bem material ou imaterial (objeto), que pode provocar conseqüências patrimoniais ou extrapatrimoniais para o titular do direito atingido (vítima), sendo que as conseqüências patrimoniais dizem respeito às perdas econômicas – que englobam a diminuição do valor econômico do bem assim como os custos da reparação e outras perdas econômicas daí derivadas¹⁶⁸ - e as extrapatrimoniais às perdas não econômicas – aquelas que “a pessoa física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos.”¹⁶⁹ Por exclusão, podemos ainda dizer que os danos de conseqüências extrapatrimoniais são todos aqueles não classificáveis como danos de efeitos patrimoniais¹⁷⁰, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido.¹⁷¹

A conceituação negativa de danos extrapatrimoniais - qual seja, “danos não patrimoniais” – é adequada por ser mais abrangente, ou seja, por não reduzir tais danos à dor e angústia, como usualmente fazia a doutrina ao discorrer sobre os danos “morais”.

Para Sérgio Severo, não se justifica a busca por uma conceituação substancial de danos extrapatrimoniais, “uma vez que tal concepção constituir-se-ia numa limitação desnecessária ao instituto.”¹⁷² Melhor, então, seguir na linha daqueles que defendem serem eles lesões de interesses sem expressão econômica.

¹⁶⁸ Imaginemos, por exemplo, uma colisão de veículos, em que um dos envolvidos é um táxi. Os danos de efeitos patrimoniais sofridos: custos com o conserto do veículo, lucros cessantes pelos dias em que o táxi ficar parado na oficina e, eventualmente, a própria desvalorização do veículo.

¹⁶⁹ FRANÇA, Limongi. *Reparação do dano moral*, p. 31.

¹⁷⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 992.

¹⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, p. 34.

¹⁷² Os danos extrapatrimoniais, p. 43.

Limongi França, ao abordar as diversas classificações do dano, diz que, quanto ao objeto, o dano pode ser patrimonial ou moral (ou extrapatrimonial), sendo que para a identificação da espécie exata do dano mister se atentar “não para o bem sobre o qual incide, mas para a natureza final do prejuízo causado.”¹⁷³

A lição de Aguiar Dias, na mesma linha de pensamento, também não deve ser esquecida:

“A distinção [*entre dano patrimonial e moral*], ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material.”¹⁷⁴

Partindo dessa premissa, para se identificar a natureza patrimonial ou extrapatrimonial do dano não se deve analisar se o bem lesado (objeto) é patrimonial ou não patrimonial mas se os efeitos decorrentes da lesão afetam o patrimônio ou outros valores não patrimoniais. Às vezes, a lesão a um bem patrimonial (p.ex, um quadro) pode causar, além do efeito patrimonial (perda de um bem com valor econômico, que poderia ser comercializado), um efeito extrapatrimonial (a perda do valor cultural de uma obra de arte).

2.2.3.3.b Efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais do dano ambiental

À vista do exposto no tópico anterior, podemos dizer que o dano ambiental envolve uma lesão a um elemento material (p.ex, a poluição da **água**, supressão de **florestas**, destruição da **fauna**, demolição de um **prédio**

¹⁷³ Reparação do dano moral, p. 31.

¹⁷⁴ Da responsabilidade civil, p. 992.

histórico) ou imaterial (p.ex., a proibição de uma **prática folclórica**, portanto, de valor cultural), que pode provocar efeitos patrimoniais (p.ex., a diminuição do valor econômico da biodiversidade, os custos do reflorestamento) e extrapatrimoniais (p.ex., impossibilidade de utilização da água, perda da identidade cultural etc.) para o titular do direito ao meio ambiente (natural, cultural, artificial e do trabalho) ecologicamente equilibrado, íntegro, hígido – a coletividade.

Ainda existe uma certa relutância em aceitar o chamado “dano moral ambiental”, pois há muitos que ainda associam o dano moral à dor e angústia, aos sofrimentos da alma e, assim, não conseguem vislumbrar, no dano ao meio ambiente, qualquer efeito desta natureza.

Para nós, porém, Limongi França está com a razão quando assevera que “o dano moral pode não ter como pressuposto indispensável qualquer espécie de dor, uma vez que, sendo uma lesão extrapatrimonial, pode referir-se a qualquer bem jurídico dessa natureza, como, p.ex., os de substância cultural ou ecológica.”¹⁷⁵ – aliás, esse grande civilista já afirmava, antes mesmo do advento da CF de 1988, a existência do dano moral à coletividade, como, por exemplo, nas hipóteses de destruição de elementos do patrimônio histórico, cultural e ecológico.¹⁷⁶

Demais disso, há que se considerar que, como aponta Sérgio Severo¹⁷⁷, hodiernamente a doutrina classifica os danos extrapatrimoniais em **subjetivos** e **objetivos**. Os subjetivos se aproximam mais da vetusta visão dos danos morais, que os relaciona à dor, à angústia, aos sofrimentos físicos e aos da alma; os objetivos, por sua vez, independem da dor e de qualquer sofrimento e não se referem à esfera interna da vítima. Exemplos dos primeiros: dor experimentada pela morte de um ascendente ou descendente, abalo psíquico decorrente de agressão moral ou física, dentre outros. Exemplos dos segundos: diminuição de prestígio, abalo de reputação etc.

¹⁷⁵ Ob.cit., p. 31.

¹⁷⁶ *Ibidem*, mesma página.

¹⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 44-5.

Embora acreditemos na existência de dor ou angústia “coletiva” (portanto, na existência de danos extrapatrimoniais difusos **subjetivos**), fato é que os danos **ambientais** extrapatrimoniais, por sua natureza, serão sempre **objetivos**. Assim o é porque a dor e a angústia ou até mesmo os sofrimentos da alma são os efeitos da lesão a direitos outros que não o *direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Por isso, quando ocorrem em função de uma lesão ambiental, devem ser considerados danos (difusos) por intermédio do meio ambiente, mas não danos morais ambientais propriamente ditos.

Endossamos, em parte, a preleção de Álvaro Luiz Valery Mirra quando diz que

“o denominado ‘dano moral ambiental’ – consistente na dor ou no sentimento de frustração da sociedade decorrente da agressão a um determinado bem ambiental – não é propriamente um dano causado à qualidade ambiental e sim um dano coletivo, causado à sociedade como um todo, derivado de uma agressão ao meio ambiente. É também, como se percebe, um dano reflexo, mediato, em ricochete, ‘por intermédio’ do meio ambiente.”¹⁷⁸

Nosso endosso é parcial porque, em nosso sentir, esse entendimento se aplica apenas quanto aos danos extrapatrimoniais difusos **subjetivos** que tenham por origem uma agressão ao meio ambiente. Já os danos ambientais extrapatrimoniais **objetivos** não são danos por ricochete, pois a própria perda da qualidade ambiental, a impossibilidade de usufruí-la por um dado período, é uma lesão de efeitos não patrimoniais, decorrente do desrespeito ao direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Ob.cit., p. 98.

¹⁷⁹ A esse respeito, finaliza Danny Monteiro da Silva: “O que se tutela com a imposição da reparação da lesão de caráter moral, decorrente do dano ambiental, é a proteção do próprio direito fundamental, inerente aos indivíduos, de desfrutar de um meio ambiente ecologicamente equilibrado” (Ob.cit., p. 124).

Com esse entendimento podemos dizer, seguramente, que o dano ambiental, como os danos em geral, pode ter efeitos ou conseqüências patrimoniais e extrapatrimoniais – que Marcelo Abelha Rodrigues¹⁸⁰, acompanhando Michel Prieur, chama de *danos sociais* -, o que significa que uma lesão provocada aos componentes naturais e artificiais do meio ambiente pode trazer perdas e danos econômicos como pode trazer um prejuízo imaterial difuso. Ou ambos, concomitantemente. Um mesmo fato gerador pode, portanto, ocasionar efeitos múltiplos.¹⁸¹

Para ilustrar, temos como exemplo de dano ambiental de efeitos **patrimoniais**, a diminuição do valor econômico da biodiversidade associada à exploração descontrolada das espécies da flora e da fauna ou os custos do reflorestamento de uma área desmatada de forma irregular; como exemplo de dano ambiental de efeitos **extrapatrimoniais**, a perda de uma referência histórica em razão da destruição de bem cultural, o “desgosto pela perda do espaço público e pela observação da área degradada”¹⁸² ou pelo “corte de árvores situadas em praças públicas, objeto de admiração ou gozo da população”¹⁸³ ou, ainda, a perda da possibilidade de descoberta de medicamentos importantes a partir de espécies animais e vegetais extintas.

Nessa mesma linha, Marcelo Abelha Rodrigues¹⁸⁴, firme na idéia de que um mesmo fato danoso ao meio ambiente pode gerar conseqüências patrimoniais e extrapatrimoniais, exemplifica com uma empresa siderúrgica que polui o ar atmosférico de toda uma cidade e que, numa ação civil pública reparatória terá que arcar com os **danos de efeitos patrimoniais**, que vão desde a recuperação dos equipamentos públicos manchados, recuperação das praias impróprias para banho, restabelecimento da qualidade do ar etc. até as medidas de educação e controle da poluição para se evitar novos danos, e também com os **extrapatrimoniais**,

¹⁸⁰ Elementos de Direito Ambiental, p. 303.

¹⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil, p. 56.

¹⁸² PACCAGNELLA, Luis Henrique. Dano moral ambiental, p. 47.

¹⁸³ *Idem, ibidem*, mesma página.

¹⁸⁴ Elementos de Direito Ambiental, p. 303.

correspondentes à privação da sensação de bem-estar, à diminuição de qualidade e expectativa de vida etc., ainda que por um determinado período de tempo – o que Luís Henrique Paccagnella¹⁸⁵ e Álvaro Luiz Valery Mirra¹⁸⁶ chamam de “dano moral ambiental interino”. Isso sem contar com as lesões particulares e divisíveis sofridas pelos moradores, como as casas manchadas pelo pó de minério e os problemas alérgicos – estes são os danos reflexos ou por ricochete, que abordamos no tópico 2.2.3.2.b, não confundíveis com os danos ambientais propriamente ditos.

Se uma mesma agressão pode gerar prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais, natural que o seu causador repare ambos, afinal, há muito tempo se preconiza a reparação **integral**, ou seja, de todos os danos e em toda a sua extensão.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Ob.cit., p. 49. Sobre o prejuízo moral interino, coloca-o o autor entre o momento da degradação e o da recomposição do ambiente lesado. E arremata: “Isso na medida em que a demora da restauração ao patrimônio ambiental cause novo sofrimento coletivo (dano moral interino), que exceda o desgosto comunitário pela degradação em si (dano moral originário).”

¹⁸⁶ Guiado por Antônio Herman Benjamin, diz o jurista que os danos ambientais interinos são “perdas de qualidade ambiental havidas ‘nesse ínterim’, entre a ocorrência do dano e a efetiva recomposição do meio degradado, quando o bem ou recurso ambiental deixou de cumprir a sua função ecológica e ambiental *lato sensu*” (Ob.cit., p. 98-9).

¹⁸⁷ A Constituição Federal de 1998 deixou claro que o dano moral deve ser objeto de reparação quando, em seu art. 5º, inc. X, assegura o direito a indenização pelo dano material e MORAL decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. A despeito do dispositivo referir-se à apenas alguns bens jurídicos específicos, Caio Mário da Silva Pereira lhe dá uma amplitude maior, esclarecendo que a lista é meramente exemplificativa: “Aludindo a determinados direitos, a Constituição estabeleceu o mínimo. Não se trata, obviamente, de *numerus clausus*, ou enumeração taxativa. Esses, mencionados nas alíneas constitucionais, não são os únicos direitos cuja violação sujeita o agente a reparar. Não podem ser reduzidos, por via legislativa, porque inscritos na Constituição. Podem, contudo, ser ampliados pela legislatura ordinária, como podem ainda receber extensão por via de interpretação, que neste teor recebe, na técnica do Direito Norte-Americano, a designação de ‘construction’ (Responsabilidade civil, p. 58). Seguindo a tendência, o Código de Defesa do Consumidor assegura o direito básico do consumidor à efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e MORAIS, individuais, difusos e coletivos (art. 6º, inc. VI) e o Código Civil de 2002 houve por bem positivar uma hipótese geral de reparação pelos danos morais (antes o fazia para situações determinadas, com valor prefixado), no art. 186, que define ato ilícito como a ação ou omissão voluntária, negligente ou imprudente, que viole direito e cause dano a outrem “ainda que exclusivamente moral”. Frise-se, por fim, que embora no Código Civil vigente esteja clara a possibilidade de reparação por dano moral, o Código de 1916, segundo Caio Mário da Silva Pereira, já contemplava a hipótese no art. 159, ao determinar a reparação do dano diante da violação de um direito. Para ele, o artigo em questão não limitava a reparação ao dano material, embora não falasse expressamente em dano moral. E contra os que dizem que o legislador da época não havia pensado no dano moral, rebate o mestre que isso pouco importa pois “a lei, uma vez elaborada, desprende-se dos que a redigiram” (*Ibidem*, p. 57).

Mas nem sempre se entendeu que os danos morais/extrapatrimoniais eram reparáveis, sendo um dos motivos a dificuldade de se avaliar, de se quantificar este tipo de dano, que não tinha, como de fato não tem, valor econômico, e outro dos motivos a imoralidade da compensação da dor com o dinheiro.¹⁸⁸

Entretanto, não se poderia considerar válidos esses fundamentos, visto que, mesmo com toda a dificuldade de avaliação – isso é fato – a realidade do dano persiste e só a reparação, ainda que exclusivamente pecuniária, pode mitigar seus efeitos.¹⁸⁹

Demais disso, mesmo os danos de efeitos extrapatrimoniais podem ser reparados *in natura*, dispensando-se, em casos que tais, uma quantificação monetária da perda sofrida.¹⁹⁰ No caso de um dano ambiental de efeitos extrapatrimoniais – p.ex., a poluição da Baía de Guanabara, cartão-postal da cidade do Rio de Janeiro, com a perda de sua qualidade estética e ambiental – a reparação poderia vir na forma da despoluição de suas águas e, eventualmente, repovoamento da vida marinha. Ocorre que, além dessa reparação específica, outra poderia se fazer necessária – aí sim pecuniária porque inexistente uma segunda alternativa – para compensar a coletividade pela privação da belíssima visão e da qualidade ambiental da Baía de Guanabara, por todo o período em que esteve deteriorada.

Assim, hoje é certo, podemos dizer até inquestionável, que à vítima deve ser assegurado o direito de compensar a sua perda extrapatrimonial, mediante o recebimento de valores “que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido”¹⁹¹, mesmo que na verificação de tais valores se fuja da

¹⁸⁸ DIAS, José de Aguiar. Ob.cit., p. 1001.

¹⁸⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil, p. 54.

¹⁹⁰ Aguiar Dias teoriza que é possível a reparação natural dos danos extrapatrimoniais, “como nos exemplos da lesão corporal curável, ou das consequências exteriores da injúria ou da calúnia etc.” (Ob.cit., p. 1000-1)

¹⁹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob.cit., p. 61.

noção de equivalência, própria da indenização do dano material¹⁹², afinal, como assevera Aguiar Dias, “equivalência, em matéria de reparação do dano, não significa perfeita igualdade entre indenização e o prejuízo. O jurista já se dá por satisfeito, mesmo em relação ao dano patrimonial, em conseguir uma aproximação do estado ideal, que seria a restituição da vítima à situação anterior.”¹⁹³

Houve um tempo em que o STF não aceitava a acumulação do dano moral com o material¹⁹⁴. O STJ caminhou em outra direção, admitindo reiteradamente a acumulação, até sumular a questão para dizer, com clareza que “*são cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato.*” (Súmula 37).

Não poderia ser diferente, haja vista o entendimento prevalente de que o dano moral afeta a dignidade da pessoa – **direito** fundamental garantido no art. 1º, inc. III da Constituição Federal -, a qual não pode ser lesionada sem que a vítima receba uma satisfação compensatória por isso.¹⁹⁵

Conquanto inteiramente superada, hoje, a dúvida sobre a reparabilidade do dano moral ou sobre a possibilidade de cumulação entre ele e o dano patrimonial, a questão da existência de um **dano moral difuso** ainda encontra uma certa resistência no mundo jurídico. Mas a evolução do entendimento para a sua aceitação é inevitável.

¹⁹² *Idem, ibidem*, p. 60.

¹⁹³ *Ob.cit.*, p. 1003.

¹⁹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Ob.cit.*, p. 580.

¹⁹⁵ Um dos grandes defensores desta visão é Sérgio Cavalieri Filho: “Temos hoje o que pode ser chamado de *direito subjetivo constitucional à dignidade*. Ao assim fazer, a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos [...] Nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame, sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser conseqüências, e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão a sua dignidade.” (Programa de responsabilidade civil, p. 101).

De plano, podemos dizer que a partir de 1990, o dano moral difuso ganhou previsão legal, no Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, que, em seu art. 6º, inc. VI, assegura ao consumidor o direito básico à “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e **morais**, individuais, **coletivos e difusos**.” (g.n)

Algum tempo depois, em 1994, esta previsão recebeu um reforço da Lei 8.884/1994 (Lei do Abuso do Poder Econômico), que alterou o caput do art. 1º da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) para abrigar os danos morais¹⁹⁶ nas ações de responsabilidade civil ajuizadas com base neste diploma. Ora, se a LACP disciplina as ações judiciais **coletivas**, por meio das quais se tutela direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (estes últimos, direitos individuais defendidos coletivamente), claro está que quando seu primeiro artigo se refere a danos morais, associa-os aos danos difusos, coletivos e individuais homogêneos.¹⁹⁷

Os tribunais brasileiros vêm reconhecendo aos poucos o dano moral difuso decorrente da agressão ao meio ambiente, a se ver pelo acórdão proferido pela Des. Maria Raimunda T. de Azevedo, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Apelação Cível 2001.001.14586, que manteve a condenação (1ª instância) do réu na restauração do ambiente degradado por sua atividade e a tal decisão acrescentou a condenação do réu/apelado à reparação dos danos extrapatrimoniais, pelo tempo que a coletividade ficará privada de usufruir da qualidade ambiental, até o retorno da área ao *statuo quo ante*:

¹⁹⁶ Art. 1º da Lei 7.347/1985. “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos **morais** e patrimoniais causados: I–ao meio ambiente; II–ao consumidor; III–aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV–a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V–por infração da ordem econômica e da economia popular; VI–à ordem urbanística.” (g.n).

¹⁹⁷ Nelson Nery Jr. e Rosa Maria B.B. de Andrade Nery comentam a previsão legal do dano moral difuso constante do CDC e da LACP: “Muito embora o CDC 6º VI já preveja a possibilidade de haver indenização do dano moral coletivo ou difuso, bem como sua cumulação com o patrimonial (STJ 37), a LAT 88, modificando o caput da LACP 1º, deixou expressa essa circunstância quanto aos danos difusos e coletivos que são indenizáveis, quer sejam patrimoniais, quer sejam morais, permitida sua cumulação” (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil extravagante em vigor, p. 1.328).

“O apelado foi condenado a desfazer as obras executadas, sem autorização municipal, a retirada de entulho, e a plantar 2.800 mudas de espécies nativas, no prazo de 90 dias. Não tendo havido condenação da parte quanto aos danos morais causados à coletividade, reitera o Município Apelante esta parte do pedido.

[...]

Os documentos acostados à inicial, atestam o corte de 40 árvores, inicialmente, além de onze (11) subsequentes, a supressão de sub-bosque, provocando a diminuição da cobertura vegetal da região, com a diminuição do valor ecológico e paisagístico para o local e a execução de obras sem a devida licença da municipalidade. A real utilidade e a necessidade do sub-bosque pode ser avaliada pela descrição, após inspeção técnica no local:

[...]

Por outro lado, a condenação imposta com o objetivo de restituir o meio ambiente ao estado anterior não impede o reconhecimento de reparação do dano moral ambiental. Pacífico o entendimento por este Colegiado de que a indenização por dano moral comporta pedido genérico, deixando-se ao arbítrio do julgador a quantificação, a ausência de pedido certo e determinado não impede a condenação, uma vez existente pedido genérico.

[...]

Uma coisa é o dano material consistente na poda de árvores e na retirada de sub-bosque cuja reparação foi determinada com o plantio de 2.800 árvores. Outra é o dano moral consistente na perda de valores ambientais pela coletividade.

O dano moral ambiental tem por característica a impossibilidade de mensurar e a impossibilidade de restituição do bem ao estado anterior.

Na hipótese, é possível estimar a indenização, pois a reposição das condições ambientais anteriores, ainda que determinado o plantio de árvores, a restauração ecológica só se dará, no mínimo dentro de 10 a 15 anos. Conforme atestam os laudos (fls. 11/12 e 17/18) nesse interregno a degradação ambiental se prolonga com os danos evidentes à coletividade, pela perda de qualidade de vida nesse período. Os danos ao meio ambiente, vêm sendo cada vez mais perpetrados, resultante da insensibilidade dos perpetradores, por isso que devem ser reprimidos a benefício da coletividade.

Assim sendo (...), dá-se provimento ao apelo, para condenar o apelado ao pagamento de danos morais ambientais, no equivalente a **200 (duzentos) salários mínimos** nesta data, revestidos em favor do fundo previsto no artigo 13 da Lei 7.347/85."¹⁹⁸

Na mesma esteira a decisão proferida pelo Des. Geraldo Augusto, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Apelação Cível

¹⁹⁸ Ap. Cív. nº 2001.001.14586, TJRJ, Rel. Des. Maria Raimunda T. de Azevedo, v.u, j. 6.3.2002.

1.0024.03.131618-5/001(1), mantendo sentença que condenou pessoa que mantinha pássaros em cativeiro:

“AMBIENTAL - MANUTENÇÃO DE PÁSSAROS EM CATIVEIRO - APREENSÃO - DANO COM EFEITO MORAL - CRITÉRIO DE FIXAÇÃO. A apreensão, pela polícia ambiental, de pássaros mantidos em cativeiro para serem reintegrados ao meio ambiente, caracteriza ofensa que extrapola o terreno dos danos meramente patrimoniais, constituindo, em verdade, danos com efeitos morais ou simplesmente danos extrapatrimoniais com ofensa ao direito difuso ao meio ambiente. Em casos tais, torna-se satisfatório o arbitramento de um valor de indenização, que na hipótese, é fixado de forma subjetiva, diante das especificidades de cada caso concreto, tais como circunstâncias do fato, gravidade da perturbação, reparabilidade do dano, tipo de agressão, espécies afetadas e, ainda, dentre outros critérios, também a condição econômica da parte envolvida.”¹⁹⁹

Não se queira argumentar que a dificuldade de se quantificar monetariamente o dano moral por intermédio do meio ambiente (ou dano moral ambiental, como prefere a maior parte da doutrina) consiste em um impeditivo a sua reparação.

Como bem observa Luis Henrique Paccagnella, as dificuldades que existem para o arbitramento do dano moral ambiental são semelhantes àquelas referentes ao dano moral individual e “nem por isso a criatividade da jurisprudência deixou sem solução os casos concretos, no âmbito individual.”²⁰⁰ Assim, continua o autor, o operador do Direito deve fixar o *quantum* do dano moral ambiental a partir da extensão do prejuízo ambiental, da intensidade da responsabilidade pela ação ou omissão, inclusive pelo exame do proveito do agente com a degradação, da condição econômica e cultural do degradador etc.²⁰¹

¹⁹⁹ Ap. Cív. nº 1.0024.03.131618-5/001(1), TJMG, Rel. Des. Geraldo Augusto, v.u.j. 19.12.2005.

²⁰⁰ Ob.cit., p. 49.

²⁰¹ *Ibidem*, mesma página.

2.2.3.4 Caracterização do dano ambiental: anormalidade e gravidade

Não é qualquer incômodo ou pequena alteração no ambiente que configura dano ambiental, entendido este como a lesão ao direito da coletividade ao equilíbrio ecológico. Dano ambiental, portanto, não é sinônimo de *alteração ambiental*, mas sim de *comprometimento do equilíbrio ambiental*.

Marcos Mendes Lyra, também relacionando o dano ambiental ao desequilíbrio ambiental e não simplesmente às alterações ambientais, teoriza que

“O texto constitucional [art. 225] fala em manter o equilíbrio e não a inalterabilidade do ambiente.

Logo, pode-se concluir que não se poderá considerar como dano ambiental qualquer atividade que, embora altere as condições primitivas do ambiente natural, não venha a afetar o seu equilíbrio”²⁰²

Algumas alterações são insignificantes e não chegam a afetar o equilíbrio ambiental, de forma a não preencherem o conceito jurídico de dano. Ora porque são realmente inexpressivas e de pouca intensidade, ora porque o meio ambiente tem condições de absorvê-las, auto-depurando-se ou recuperando-se num curto espaço de tempo. Neste último caso podemos falar em “tolerabilidade” do meio ambiente a certas “alterações”, que, na preleção de Álvaro Luiz Valery Mirra, nada mais significa do que “a capacidade de o meio ambiente e seus elementos absorverem certas agressões **sem dano** e decorrente da própria natureza das coisas” (g.n)²⁰³ ou, como prefere dizer Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, “o limite entre o uso sustentável e a ruptura do equilíbrio.”²⁰⁴

²⁰² Ob.cit., p. 53.

²⁰³ Ob.cit, p. 106.

²⁰⁴ Proteção jurídica do meio ambiente – I Florestas, p. 262.

Já se conhece essas alterações insignificantes das lições sobre direito de vizinhança, nas quais ficam claras as opiniões dos doutrinadores²⁰⁵ e da própria lei²⁰⁶ sobre os incômodos suportáveis e que, por essa razão, não trazem conseqüências jurídicas.

Por conta desse limite tênue entre alterações adversas e não adversas, alterações relevantes e irrelevantes, é que a doutrina tem definido o dano ambiental a partir de sua **anormalidade, gravidade e periodicidade**.

Fábio Dutra Lucarelli, em trabalho específico sobre esse tema, teoriza:

“O prejuízo causado deve ser considerado anormal, levando-se em consideração a normalidade que decorre da atividade do pretense responsável. A anormalidade se verifica quando há uma modificação das propriedades físicas e químicas dos elementos naturais de tal grandeza que estes percam, parcial ou totalmente, sua propriedade ao uso. Esta anormalidade está intimamente ligada à gravidade do dano, ou seja, uma decorre da outra, já que o prejuízo verificado deve ser grave e, por ser grave, é anormal.

A gravidade consiste na transposição daquele limite máximo de absorção de agressões que possuem os seres humanos e os elementos naturais.

Além disso, deve ser periódico, não bastando a eventual emissão poluidora. Mas essa periodicidade não é aquela noção que normalmente possuímos, de que deve ser verificado durante algum lapso temporal. Aqui, ela consiste, precisamente, na necessidade de que haja o tempo suficiente para a produção de um dano substancial

²⁰⁵ Na lição de Silvio Rodrigues, “se tolerável o dano, despreza-se a reclamação, devendo a vítima submeter-se ao incômodo, que corresponde a uma imposição da vida em sociedade.” Direito Civil, vol. 5, p. 126). Maria Helena Diniz, no mesmo sentido, assevera que a convivência social por si só cria a necessidade de cada um sofrer um pouco, motivo pelo qual a verificação de uma atividade incômoda, portanto reprimível, dependerá do grau de tolerabilidade (Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 4, p. 230).

²⁰⁶ O Código Civil de 2002 traz uma nova disposição a esse respeito (sem correspondente no Código Civil de 1916), no parágrafo único do art. 1.277, *in verbis*: “Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os **limites ordinários de tolerância** dos moradores da vizinhança” (g.n). Além disso, prevê que quando as interferências, ultrapassando os limites de tolerância, “forem justificadas por interesse público”, deverão ser suportadas pelo vizinho, mediante o recebimento de uma indenização, por parte do causador do incômodo (art. 1.278, também sem correspondente no Código Civil anterior). Este “incômodo indenizável” é, com efeito, um dano jurídico.

e grave, não se verificando, por exemplo, no caso de odores momentâneos.”²⁰⁷

Hely Lopes Meirelles²⁰⁸ também é da opinião de que sem anormalidade e efetiva prejudicialidade não há que se falar em “poluição reprimível” (que entendemos como dano ambiental). Para o sempre citado administrativista, apesar das concentrações populacionais, indústrias, comércio, veículos motorizados, agricultura e pecuária produzirem alterações no ambiente, estas só serão contidas e reprimidas se e quando se tornarem intoleráveis e prejudiciais à comunidade. Antes disso, ou seja, enquanto forem normais e toleráveis, não precisarão ser combatidas.

Aguiar Dias é outro doutrinador que, ao tratar da responsabilidade civil ambiental, defende que o dano que a enseja deve ser anormal e grave, concluindo que a anormalidade “consiste em tudo que excede a medida comum na importância da empresa ou na gravidade dos efeitos e repercussões da sua atividade”²⁰⁹ e lembrando que, para alguns doutrinadores, como Henritt, o dano deve, além de grave e anormal, ser contínuo e periódico, ou seja, não há de ser fenômeno único, passageiro e excepcional.

Com efeito, afigura-se acertado caracterizar o dano ambiental a partir da anormalidade e gravidade do “incômodo” pois o incômodo normal e não grave, quiçá insignificante, não terá relevância para o Direito, não será reputado um dano jurídico.

Frise-se, por conta disso, que não se deve relacionar a anormalidade ao dano propriamente dito, i.e, não se deve falar em “dano anormal” pois a anormalidade é elemento do dano, de sorte que todo dano já contém, intrinsecamente, a anormalidade. Certo mesmo é associar-se a anormalidade ao “incômodo”. Este, se e quando anormal, será considerado dano ambiental (*rectius* =

²⁰⁷ Responsabilidade civil por dano ecológico, p. 10.

²⁰⁸ Direito de Construir, p.224.

²⁰⁹ Responsabilidade civil no plano ecológico, p. 5.

lesão ao direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado). Por isso não existe dano normal e anormal, existe incômodo anormal e normal – o primeiro consiste em dano jurídico, o segundo não.

Esta a razão para a advertência feita por Álvaro Luiz Valery Mirra, com amparo na doutrina de Francis Caballero, sobre a impropriedade da divisão dos danos em *normais* e *anormais*, eis que a normalidade ou anormalidade são características dos incômodos:

“Na realidade [...] a vida em sociedade impõe uma certa tolerância face aos incômodos ou inconvenientes ordinários de vizinhança ou decorrentes de obras e atividades lícitas empreendidas pelo Poder Público. A partir do momento, porém, em que esses incômodos ultrapassam um determinado limite de tolerabilidade eles são considerados ‘anormais’ e o dano estará configurado; abaixo desse limite, ao contrário, os inconvenientes são considerados ‘normais’, ou mais precisamente, toleráveis, e não se poderá falar, por isso, em dano.

Assim, a avaliação da anormalidade deve ser feita no tocante ao incômodo, como condição de existência do dano, o qual, de sua parte, a rigor, jamais pode ser normal ou anormal.”²¹⁰

Resta-nos, por fim, cuidar de uma outra característica associada, por alguns doutrinadores, ao dano ambiental: periodicidade.

Em que pese nossa adesão ao entendimento de que a configuração do dano ambiental depende da anormalidade e gravidade do incômodo, a ponto de consistir em uma lesão ao direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a característica da periodicidade levantada por Fábio Dutra Lucarelli e alguns outros doutrinadores não nos parece relevante, ainda que este autor refira-se a ela como o tempo necessário para a produção de um dano grave e rechace a idéia de repetição e prolongamento da ação. Isso porque, uma vez apurada a anormalidade e a gravidade do prejuízo, não importará saber o período de duração da ação lesiva, ou a sua repetição ao longo do tempo. Ou seja, não é a

²¹⁰ Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente, p. 72.

duração da ação que definirá a anormalidade e a gravidade do prejuízo, mas a intensidade e a adversidade das alterações provocadas pela ação (de curta, média ou longa duração).

Por isso, acerta Nicolao Dino de Castro e Costa Neto quando afirma que “mesmo que o dano ambiental advenha de uma atividade esporádica, mas intensa e anormal, que ultrapasse os limites de tolerabilidade, sujeita o agente à responsabilização civil.”²¹¹

Assim, o rompimento súbito de um tanque no qual se armazena resíduos líquidos tóxicos pode causar um dano ambiental a um determinado curso hídrico da mesma forma que o despejo contínuo de efluentes líquidos sem tratamento em um determinado rio.²¹²

2.2.3.4.a Os limites de tolerância na definição da anormalidade e gravidade do prejuízo ambiental

A anormalidade e a gravidade do prejuízo ambiental – e, conseqüentemente, a configuração do dano ambiental - estão relacionadas aos limites de tolerância estabelecidos ora pelas normas jurídicas, ora pelos padrões conhecidos ou aceitos pela comunidade científica.

²¹¹ Ob.cit., p. 263.

²¹² Por isso, está com a razão Silvio de Salvo Venosa quando argumenta que o dano ambiental anormal (que, em nosso entender, deveria ser chamado de incômodo ambiental anormal e não dano) “pode decorrer de um único ato, como, por exemplo, o rompimento do tanque de um navio petroleiro que derrama petróleo no mar, como de uma conduta periódica, como a emissão de gases poluentes de forma contínua das chaminés de uma fábrica” (Direito Civil, IV, p. 146).

Isso porque há que se tolerar certas alterações ambientais decorrentes das atividades humanas, uma vez que as atividades humanas, por sua natureza, são modificadoras do ambiente. Mas até um determinado limite!²¹³

Como se põe a explicar José Rubens Morato Leite, “dado que o homem só desenvolve sua atividade em sociedade, em íntima relação com o meio ambiente, é lógico que sua ação pode ser fonte de perturbações”²¹⁴, fazendo-se necessário, por esta razão, o estabelecimento do momento exato em que o homem deixa, com sua atividade, de usar o meio ambiente para abusar dele. Neste abuso reside a ultrapassagem do limite de tolerância e a configuração da anormalidade e gravidade do prejuízo e, também, do próprio dano ambiental.

Os limites de tolerância, como acima referido, ora são dados pelas normas jurídicas, ora pela ciência.

Os limites dados pela norma jurídica estabelecem níveis máximos de emissões de matérias, partículas, energia e outros materiais, no ambiente, por determinadas atividades, ou, ainda, percentuais máximos de desmatamento permitidos. Um exemplo de norma estabelecadora de limites “legais” é a Resolução Conama 357/2005, que fixa os limites máximos de substâncias que podem ser encontradas nos corpos d’água de todo o país, de acordo com o seu enquadramento²¹⁵ (para águas doces: classe especial a classe 4, para águas salinas: classe especial a classe 3, para águas salobras: classe especial a classe 3).

²¹³ José de Aguiar Dias cita uma decisão da Corte de Cassação Francesa, que assentou que a reparação do dano causado à vizinhança (o que bem se estende ao dano ambiental) é condicionada pelo meio termo entre o suportável e o insuportável: “Se de uma parte não se pode desconhecer que o barulho causado por uma usina, levado a um grau insuportável para os proprietários vizinhos, constitui causa legítima de um pedido de reparação, de outro lado não é possível considerar como fonte de reparação toda espécie de barulho causado pelo funcionamento de uma indústria.” (Ob.cit., p. 5).

²¹⁴ Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial, p. 188.

²¹⁵ Segundo o art. 9º da Lei 9.433/1997 (Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos), o “enquadramento dos corpos d’água em classes segundo os usos preponderantes da água visa a: I - assegurar às águas qualidade compatível com os usos mais exigentes a que forem destinadas; II - diminuir os custos de combate à poluição das águas, mediante ações preventivas permanentes.”

Os limites dados pela ciência, via de regra, são utilizados quando não existem padrões pré-estabelecidos na norma, devendo então o conhecimento científico ser empregado para analisar as circunstâncias concretas e, verificando se a “alteração ambiental prejudicou ou não a capacidade de uso do bem ambiental ou a capacidade funcional ecológica protegida pelo direito”²¹⁶, concluir se a lesão é grave ou anormal, ou, melhor dizendo, intolerável.

É de se mencionar, por fim, que os limites de tolerância dados pela norma ou pela ciência não são estanques. Vale dizer: a evolução do conhecimento pode nos mostrar que os limites de tolerância do momento estão aquém ou além dos limites que realmente seriam toleráveis, o que deve ensejar a sua revisão. Nesse sentido, Aguiar Dias, citando Patrick Girod, assevera que “um dano considerado excessivo em outros tempos pode ser tido como tolerável, assim como um outro, antes admissível, pode converter-se em anormal, dadas as circunstâncias de vizinhança”²¹⁷ – parecendo-nos mais apropriado, na hipótese, a substituição do termo *vizinhança* por *sociedade e estado da arte*.

2.2.3.4.b Padrões e limites legais inadequados

Cumprido frisar que, por vezes, a atividade segue à risca os limites de tolerância dados pela norma mas, nada obstante, desatende – talvez até mesmo de boa fé - os limites de tolerância dados pela ciência, afetando considerável e negativamente o meio ambiente. Isso ocorre porque nem sempre os padrões dados pela norma estão atualizados ou corretos.

Lembrando as palavras sempre pertinentes de Paulo Affonso Leme Machado, “nem sempre os parâmetros oficiais são ajustados à realidade

²¹⁶ LEITE, José Rubens Morato. Ob.cit., p. 190.

²¹⁷ Responsabilidade civil no plano ecológico, p. 5.

sanitária e ambiental, decorrendo daí que, mesmo em se observando essas normas, as pessoas e natureza sofrem prejuízos.”²¹⁸

Nessa mesma linha obtempera Maria Isabel de Matos Rocha, dizendo que “o padrão estabelecido por normas de licenciamento pode estar abaixo do desejável para evitar o dano”²¹⁹, de sorte que o licenciamento de uma atividade pelo Poder Público, com o atendimento dos padrões ambientais estabelecidos, “não significa que ela não possa causar dano, em circunstâncias especiais.”²²⁰

Em casos tais, ter-se-á configurado o dano ambiental reparável, não sendo dado ao degradador utilizar em sua defesa, com vistas ao afastamento da situação de dano “jurídico”, o fato de estar de acordo com os padrões estabelecidos legalmente.

À vista disso, a emissão de matérias e energia de acordo com os padrões da norma atrai uma presunção de que a atividade não é lesiva ou causadora de dano. Presunção **relativa**, porém, sendo perfeitamente cabível uma prova destruidora dessa crença, que demonstre a inadequação dos padrões legais e revele, por fim, a danosidade da alteração ambiental decorrente da obra ou atividade.²²¹

Por essa razão, uma vez demonstrada a danosidade da atividade, ainda que desenvolvida em inteiro respeito aos padrões normativos ambientais, nasce para o empreendedor o dever de reparar os danos em questão – da mesma forma que nasce para o Poder Público o dever de com ele responder

²¹⁸ Direito Ambiental Brasileiro, p. 341.

²¹⁹ Reparação de danos ambientais, 143.

²²⁰ *Idem, ibidem*, mesma página.

²²¹ Annelise Monteiro Steigleder afirma que “o cumprimento dos padrões de emissão de poluentes determina, inicialmente, uma presunção – relativa – de inexistência de dano ambiental reparável. Ou seja, aquele grau de poluição lançado no ambiente deve ser suportado em prol do convívio social; e para que se reclame alguma reparação deverá ser demonstrado, em concreto, que o limite de emissão fixado na licença é inadequado para evitar a produção de prejuízos insuportáveis ao ambiente como um todo ou à saúde humana.” (Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito Brasileiro, p. 136).

solidariamente, já que contribuiu para a causação do dano ao fixar padrões de qualidade inadequados e ao autorizar a emissão de matérias e energia além dos limites de tolerância do ambiente.²²²

2.2.4 Danos ambientais evitáveis e inevitáveis

Do ponto de vista técnico, vislumbra-se danos ambientais evitáveis e inevitáveis, sendo óbvio - porque o nome o diz - que os evitáveis são aqueles que o conhecimento e a tecnologia atual têm condições de rechaçar, e inevitáveis aqueles que não podem (ainda) ser driblados pelo estado da arte.

Cumprе salientar que a inevitabilidade, *in casu*, é apurada sob uma perspectiva técnica/tecnológica/científica e não sob uma perspectiva econômica. Quer-se assim dizer que se o dano ambiental puder ser tecnicamente evitado, porém a um custo muito elevado, quase proibitivo, não se estará diante de um “dano inevitável”.

Certos danos ambientais podem ser parcialmente evitados. Ou, melhor dizendo, podem ser mitigados, perdendo parte de sua força lesiva, mas não podem ser inteiramente eliminados. A parte não mitigável do dano nada mais é do que um dano inevitável.

Conquanto a inevitabilidade do dano ambiental, se prevista de plano, possa, num primeiro momento, criar um embaraço ao desenvolvimento da atividade causadora deste dano, o embaraço não é intransponível. Como veremos no próximo item, em situações específicas e excepcionais, atividades que possam gerar danos ambientais inevitáveis serão autorizadas – tudo, é claro, numa certa e dosada medida, já que a alteração ambiental só será tolerada, em casos tais, se não

²²² Paulo Affonso Leme Machado assevera que nestes casos, o Poder Público deve responder solidariamente com o particular, como uma forma de compeli-lo a ser prudente e cuidadoso no vigiar, orientar e ordenar a saúde ambiental (Ob.cit., p. 342).

redundar em comprometimento direto da saúde e bem estar físico e psíquico dos seres humanos, ou em uma lesão aos recursos ambientais de alta gravidade.

2.2.5 Danos ambientais juridicamente toleráveis e juridicamente intoleráveis

Como demonstrado, algumas alterações ambientais provocadas por obras e atividades não são adversas ou relevantes, podendo ser absorvidas com tranquilidade pelo ambiente, sem maiores lesões e prejuízos. Portanto, não são definidas como impacto ambiental e poluição e não se encaixam na definição jurídica de dano. Grosso modo, são prejuízos que não interessam ao Direito.²²³

Outras alterações ambientais são adversas, geram impactos negativos e alguns prejuízos, mas terão que ser toleradas.

E, por fim, há também alterações ambientais adversas, que geram impactos negativos e prejuízos e não deverão, sequer poderão, ser toleradas.

No presente momento, interessam-nos apenas as alterações ambientais **adversas**, porque configuram dano ambiental, em seu sentido jurídico, e, por isso mesmo, são as que têm o condão de impedir uma atividade (se causadora de danos intoleráveis) ou de liberá-la mediante compensação prévia (se causadora de danos toleráveis).

²²³ É o que a Convenção de Lugano (Convenção “Européia” sobre Responsabilidade Civil por Danos Causados por Atividades Perigosas ao Meio Ambiente), de 1993, chama de “nível tolerável de poluição”. Reza o art. 8º: O operador não será responsável nos termos desta Convenção pelo dano que prove: [...] e) ter sido causado por níveis toleráveis de poluição, nas relevantes circunstância locais”. (cf. SOARES, Guido Fernando Silva. Direito Internacional do Meio Ambiente, p.824 e ss.). Este “nível tolerável de poluição”, que elimina a responsabilidade civil do agente, para o nosso ordenamento jurídico nem chega a ser considerado poluição ou dano ambiental.

Se os impactos ambientais têm uma conotação negativa, sendo, portanto, danosos, é natural que exsurja o entendimento de que as atividades que os causem não poderão ser autorizadas pelo Poder Público se não houver meios para reduzi-los, quiçá eliminá-los.

Entendimento como este é por demais simplista.

Alguns empreendimentos serão autorizados **apesar** de seus impactos ambientais não mitigáveis (*rectius*=dano), sempre que eles, empreendimentos, representarem o atendimento de uma **necessidade coletiva**.

Melhor dizendo, o próprio ordenamento jurídico exige uma certa tolerância para com aquelas obras e atividades que, a despeito de seus impactos ambientais negativos, oferecem diversos outros impactos positivos, ainda que em outros setores. Como bem observa Danny Monteiro da Silva, “há certa tolerância a determinadas alterações do ambiente, desde que tais alterações tragam benefícios relevantes para o conjunto social humano.”²²⁴

Muitas vezes, inclusive, tem-se que a não realização do empreendimento, sim, é que gerará perdas e prejuízos à coletividade.

Tarefa das mais difíceis, contudo, é encontrar o limite entre a atividade danosa permitida, porque seus impactos negativos são toleráveis, e a atividade danosa proibida, porque seus impactos negativos são insuportáveis.

Para considerar um empreendimento danoso *juridicamente tolerável* mister enfrentar três etapas de análise: (i) avaliação da impossibilidade científica e tecnológica da mitigação dos impactos negativos do empreendimento; (ii) avaliação da “necessidade” do empreendimento, vista essa necessidade sob a ótica da coletividade e não, naturalmente, sob a ótica do empreendedor e (iii) avaliação

²²⁴ Dano ambiental e sua reparação, p. 91, nota de rodapé.

comparativa dos benefícios e dos malefícios do empreendimento. Debrucemo-nos sobre elas.

De plano pode-se assegurar que a aceitação de impactos ambientais negativos só pode se dar diante da inviabilidade científica e tecnológica de sua eliminação²²⁵. Dessa maneira, as ações iniciais do órgão ambiental licenciador devem ser todas dirigidas à redução desses impactos, de modo a exigir do empreendedor a adoção das melhores tecnologias para resguardar a qualidade do ecossistema. Se com esse procedimento, lograr eliminar os impactos negativos, poderá licenciar a atividade sem maiores problemas. Se, porém, esbarrar em barreiras do conhecimento que impeçam as ações mitigadoras necessárias, deverá partir para a segunda etapa, de verificação da real necessidade do empreendimento frente às perdas que ele trará.

A necessidade coletiva está associada aos benefícios proporcionados à coletividade pelo empreendimento, sejam eles econômicos, sociais, culturais e até mesmo ambientais – sim, pois algumas atividades geram perdas ambientais, de um lado, e ganhos ambientais, de outro. Veja-se o exemplo do empreendimento rodoviário Rodoanel, implantado no Estado de São Paulo, ligando entre si algumas das principais rodovias que cruzam o Estado e evitando, assim, que milhares de carros entrem no município de São Paulo para chegar aos seus destinos. A despeito dos impactos gerados a determinados recursos naturais, ele proporciona benefícios como a redução da poluição atmosférica no município de São Paulo e o desafogamento do trânsito, um dos mais sérios problemas ambientais urbano.²²⁶

²²⁵ Na lição de Antonio Herman Benjamin: “...o Poder Público só pode licenciar atividade poluidora quando, mesmo com ‘a melhor tecnologia existente’, ainda assim a atividade não consegue eliminar totalmente sua lesividade ao ambiente. Do contrário, o Poder Público, ao licenciar, estaria, pela via transversa, dispondo, para não dizer alienando, parcela daquilo que, constitucionalmente, não está na sua órbita de disposição: a questão ambiental” (Função Ambiental, p. 81).

²²⁶ A respeito da importância do Rodoanel, o ex-Secretário de Estado de Meio Ambiente de São Paulo, José Goldemberg, explica: “É claro que a construção do Rodoanel vai ter impactos ambientais. Estes custos ambientais têm de ser comparados com os custos que estamos pagando por não fazer a obra, em termos de saúde da população, perda de horas de trabalho de milhões de pessoas e outras perdas devidas a congestionamentos.” (Progresso e meio ambiente. O Estado de São Paulo. São Paulo, 18 abr.2006. Editoriais).

Constatado que o empreendimento é necessário, deve o órgão ambiental conjugar essa necessidade com os impactos negativos não mitigáveis. Se o *peso* maior (entendendo-se por *peso* o benefício gerado) estiver com os impactos ambientais negativos da atividade, ela deverá ser obstada; se o *peso* maior estiver com os impactos econômicos, sociais, culturais e ambientais positivos da atividade, ela deverá ser liberada – e com a sua liberação, ganhará lugar a compensação ambiental prévia, objeto deste estudo.

Isto posto, vinga a idéia de que não pode haver desequilíbrio nessa balança em detrimento do meio ambiente. Significa dizer que se o impacto ambiental negativo (comprovadamente não mitigável) for considerável e não houver, na outra ponta, impactos (ambientais e não ambientais) positivos que o justifiquem, o empreendimento não será liberado. Assim, não é demais repetir que determinados impactos ambientais negativos, pela sua gravidade, não serão tolerados, ainda que o empreendimento ensejador desses prejuízos seja relevante para a coletividade. Como diz Paulo Affonso Leme Machado, “há danos ambientais inegociáveis”²²⁷, os quais, nem mesmo mediante compensação antecipada, serão permitidos.

Tem-se assim, à toda evidência, que a tomada de decisão do órgão ambiental deve se guiar pelos princípios da proporcionalidade²²⁸ e da

²²⁷ Direito Ambiental Brasileiro, p. 225. Exemplificando sua colocação, o autor cita o dispositivo constitucional que impõe ao Poder Público o dever de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país (art. 225, §1º, inc. II) e arremata que se se constatar, nos estudos ambientais pertinentes, que um dado empreendimento poderá causar a extinção de uma espécie, “o projeto não poderá ser autorizado e, conseqüentemente, nenhuma compensação é admissível.”

²²⁸ Marçal Justen Filho professa que o princípio da proporcionalidade, a despeito de não estar previsto expressamente na Constituição, deve ser reconhecido e utilizado. “Uma das peculiaridades do princípio da proporcionalidade consiste no reconhecimento de que a solução jurídica não pode ser produzida por meio do isolamento do aplicador em face da situação concreta. Não é possível extrair a solução pelo exame de textos legais abstratos. O intérprete tem o dever de avaliar os efeitos concretos e efetivos potencialmente derivados da adoção de certa alternativa. Deverá selecionar aquela que se configurar como a mais satisfatória, não do ponto de vista puramente lógico, mas em vista da situação real existente.” E mais: “...não se pode optar por solução que importe sacrifício desnecessário ou excessivo. Ou seja, dentre as diversas medidas que preenchem os requisitos da adequação, deve ser escolhida aquela que produza a menor danosidade possível aos diferentes interesses em jogo. Exercita-se, portanto, uma comparação entre as diversas alternativas adequadas e se elege a menos onerosa.” (Ob.cit., p. 59-60).

razoabilidade²²⁹, que apregoam seja buscada a solução mais equilibrada, coerente e menos onerosa, face às circunstâncias do caso concreto.

Apenas para arrematar esta questão sobre a liberação de empreendimentos causadores de impactos não mitigáveis, trazemos a lição de Paulo de Bessa Antunes, que, tratando da polêmica “opção zero”, ou seja, não realização do empreendimento pela inexistência de opções mais condizentes com a política ambiental, professa:

“Trata-se, evidentemente, de comparar a situação ecológica atual da região em que se pretende implantar determinado projeto com a situação futura. Não se trata, contudo, apenas disso. Deve ser analisada, igualmente, a situação econômico-social da área de influência do projeto nas hipóteses de realização e de não realização do empreendimento. Aqui é preciso lembrar que a legislação brasileira, em matéria ambiental, tem como um de seus objetivos... assegurar... condições de desenvolvimento socioeconômico... Parece-nos, portanto, que a opção zero somente deve ser considerada como a mais adequada quando o projeto causar grandes impactos ambientais, sem possibilidade de mitigação aceitável, e que os seus resultados econômico-sociais sejam desprezíveis. Deve ser lembrado que, no regime constitucional brasileiro, a regra ambiental não é a da intocabilidade do meio ambiente, mas, ao contrário, a da utilização equilibrada.”²³⁰

Daí porque o autor, ao tratar dos princípios ambientais, inova ao mencionar o *princípio do equilíbrio* (que nos parece muito próximo ao princípio da proporcionalidade, citado há pouco), princípio este que determina sejam “pesadas

²²⁹ Sobre o princípio da razoabilidade, ensina Celso Antonio Bandeira de Mello: “Enuncia-se, com esse princípio que a Administração, ao atuar no exercício da discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis – as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.” (Ob.cit., p. 99).

²³⁰ Ob.cit., p. 293.

todas as implicações de uma intervenção no meio ambiente, buscando-se adotar a solução que melhor concilie um resultado globalmente positivo.”²³¹

²³¹ Ob.cit., p. 40.

3 O CONTROLE DE EMPREENDIMENTOS POTENCIALMENTE CAUSADORES DE IMPACTOS NEGATIVOS, POLUIÇÃO E DANOS AMBIENTAIS PELO LICENCIAMENTO AMBIENTAL E PELA AVALIAÇÃO DE IMPACTOS AMBIENTAIS

3.1 Controle de empreendimentos potencialmente causadores de impactos negativos, poluição e danos ambientais

Vimos que empreendimentos poluidores são autorizados por nosso ordenamento jurídico em determinadas, justificáveis e excepcionais circunstâncias.

Afinal, como bem observa Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, “toda atividade econômica e social é, em maior ou menor grau, poluente.”²³² E, não sendo possível à sociedade abrir mão de grande parte dessas atividades, haja vista os benefícios que oferecem à população, é certo que a coletividade deverá conviver com algum tipo de degradação ambiental.

²³² A implementação dos direitos fundamentais e o paradigma constitucional: as novas concepções e os desafios aos operadores do Direito, p. 40. A autora, na mesma oportunidade, completa seu raciocínio com exemplos de atividades degradadoras nos três setores da economia: “a) no **setor primário** temos as atividades extrativas e de produção de bens, que tantos impactos negativos causam ao meio ambiente: a mineração (erosão, utilização de mercúrio, etc.); o desmatamento e queimadas de áreas verdes preservadas ou não; a atividade agropecuária (utilização indevida de agrotóxicos, hormônios, antibióticos, etc.); a pesca e a caça predatórias. b) no **setor secundário** aparecem as indústrias de transformação (siderúrgicas, petroquímicas, metalúrgicas, mecânica, têxtil, alimentícia) responsáveis pela chamada poluição industrial, uma das mais complexas e graves, que provoca a poluição atmosférica, da água e do solo, pela emissão de gases, fumaça, ruídos, lançamentos de resíduos sólidos, líquidos, etc. [...] c) no **setor terciário** as diversas modalidades de prestação de serviços também aparecem como poluentes: comércio (lixo, poluição sonora, visual); transporte (poluição atmosférica, derramamento de óleo), saneamento básico (lançamento de esgoto sem tratamento, disposição indevida do lixo); saúde (lixo hospitalar), turismo (degradação dos ecossistemas), etc.”

Mas que essa alegação não pareça conformista e muito menos defensora de uma flexibilização das normas ambientais para o bem das atividades econômicas sociais impactantes. A regra firme continua sendo a da necessidade de redução da degradação ambiental ao menor patamar técnica e cientificamente possível, para que as atividades com potencial poluidor, das quais não se pode abrir mão, tornem-se “suportáveis”.

Para obrigar que os empreendedores lancem mão da melhor tecnologia existente para reduzir ao mínimo os impactos negativos da atividade e que mantenham seus procedimentos dentro dos padrões determinados pela lei, o Poder Público exerce diversas formas de controle como, por exemplo, o licenciamento ambiental, a avaliação de impactos ambientais, a auditoria ambiental e a fiscalização.

Para o presente trabalho interessam as duas primeiras formas de controle - o licenciamento ambiental e a avaliação de impactos ambientais.

Inúmeros aspectos interessantes e relevantes circundam os temas *licenciamento ambiental e avaliação de impactos ambientais*, como, v.g, as etapas de desenvolvimento, o conteúdo, a publicidade e a participação.

A abrangência é tanta que entendemos por bem abordar adiante apenas os aspectos diretamente relacionados ao objeto deste estudo – compensação ambiental na Lei 9.985/2000.

3.2 Licenciamento ambiental

O licenciamento ambiental é elencado como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, nos termos do art. 9º, inc. IV da Lei 6.938/1981:

“São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente;

[...]

IV – o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras”

Vem ele definido pela Resolução CONAMA 237/1997 como o

“procedimento administrativo²³³ pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicadas ao caso” (art. 1º, inciso I).

Trata-se de típico instrumento de **prevenção** de danos ambientais²³⁴, visto que é nesse procedimento que o órgão ambiental licenciador verifica a natureza, dimensão e impactos (positivos e negativos) de um empreendimento potencialmente poluidor e, a partir de tais constatações, condiciona o exercício da atividade ao atendimento de inúmeros requisitos (chamados de condicionantes) aptos a eliminarem ou reduzirem ao mínimo os impactos ambientais negativos. Em poucas palavras, o licenciamento ambiental enquadra o empreendimento na legislação ambiental para forçá-lo a se desenvolver dentro dos padrões pré-estabelecidos, sem gerar lesões irremediáveis e intoleráveis ao ambiente e à coletividade.

Não houvesse esse procedimento tão relevante **antes** da instalação e funcionamento das obras e atividades potencialmente degradadoras, a probabilidade

²³³ Oportuno citar a crítica de Talden Farias ao enquadramento do licenciamento ambiental como um **procedimento administrativo**, pois, amparado na doutrina de Odete Medauar, Celso Ribeiro Bastos, Celso Antonio Bandeira de Mello, que diferencia o *procedimento* do *processo*, defende que o licenciamento ambiental é um verdadeiro **processo administrativo**. A diferença entre processo administrativo e procedimento administrativo, diz ele, “está na complexidade, na litigiosidade e no estabelecimento do contraditório e da ampla defesa existente naquele e não-existente neste”. Assim, pelo fato do licenciamento ambiental se pautar “pelo alto grau de complexidade e de litigiosidade e pela necessidade de estabelecimento do contraditório e da ampla defesa”, ele parece “se enquadrar perfeitamente como um processo administrativo.” (Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos, p. 189-90).

²³⁴ No mesmo sentido: ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Ob.cit., p. 588; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro, p. 85 e MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, p. 267.

delas se desenvolverem sem nenhum cuidado e preocupação com o equilíbrio ambiental seria enorme - este, decerto, o motivo para o legislador ter tipificado a falta de licença ambiental, nas hipóteses exigíveis, como crime ambiental.²³⁵ Eis o teor do art. 60 da Lei 9.605/1998 – Lei dos Crimes Ambientais:

“Construir, reformar, 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, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes. (g.n)
PENA: detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente”.

Com o mesmo texto, o art. 44 do Decreto 3.179/2000 (que disciplina as infrações administrativas ambientais) tipifica a conduta como infração administrativa,

²³⁵ Sabe-se que em face do princípio do Direito Penal da *intervenção mínima*, só se deve tipificar como crime as condutas realmente graves, que necessitam da “força” persuasiva do Direito Penal para serem combatidas. Por isso a criminalização de condutas deve estar fundamentada na *dignidade* e *necessidade*. Luiz Antonio de Souza, em profundo estudo sobre o tema, enfrenta a questão sobre os bens jurídicos merecedores da tutela penal pois “deve haver um limite, um norte a ser seguido pelo legislador na tarefa interventiva penal, possibilitando, logicamente, a tutela de bens fundamentais para o cidadão, todavia impedindo uma ingerência exagerada na vida do indivíduo e da sociedade, evitando-se, assim, o império do poder repressivo do Estado frente ao direito de liberdade da pessoa.” (Tutela criminal difusa, p. 15-6). E continua sua explicação, informando que Von Litz introduziu os conceitos de Dignidade Penal e Necessidade Penal, ao defender que o Direito Penal deveria intervir onde existisse um interesse digno de tutela e fosse necessária a sanção penal para dar proteção ao bem jurídico: “Dignidade Penal é o atributo que reveste direitos e bens jurídicos, os quais, por serem relevantes e fundamentais para o indivíduo e a sociedade, são, em razão disso, merecedores de tutela penal. Manuel da Costa Andrade a define “como a expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade.

[...]

O caráter fragmentário do Direito Penal, advirta-se, reside no fato de que o Direito Penal, identificado um bem jurídico penal, **não deve sancionar todas as condutas a ele lesivas, mas, apenas e tão-somente, as modalidades de lesões mais significativas**, mais violentas.

[...]

No plano transistemático, pois, a Necessidade Penal, portanto a carência da tutela penal, dá expressão ao princípio da subsidiariedade e de “ultima ratio” ao direito penal, pelo que pode-se afirmar que a Dignidade Penal não é critério bastante para determinar a intervenção penal estatal. **Tal só se faz presente quando verificado o binômio Dignidade Penal e Necessidade Penal.**

[...]

Quanto ao caráter fragmentário, também referido por Manuel da Costa Andrade, significa que o Direito Penal só deverá sancionar as condutas mais lesivas, mais perigosas aos bens jurídicos que protege, valendo-se de outros meios sancionatórios para condutas menos lesivas. No que diz ao caráter subsidiário, a necessidade penal só se verifica se não existirem outros meios capazes de conferir proteção adequada e suficiente ao bem digno de tutela.” (g.n) – (*Ibidem*, p. 97 e ss.)

sujeitando o infrator a multa de R\$500,00 (quinhentos reais) a R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais).

3.2.1 Licenciamento ambiental corretivo

Para cumprir o seu papel maior de evitar danos ao meio ambiente, conformando os empreendimentos potencialmente poluidores aos padrões e limites aceitáveis de alterações ambientais, o licenciamento ambiental deve ser prévio, i.e, deve anteceder a instalação e operação da obra ou projeto.

Casos há, porém, em que o licenciamento será feito após a implantação ou até mesmo o funcionamento do empreendimento. São situações excepcionais, é verdade. Mas como elas são até mesmo reconhecidas pela lei, não podemos deixar de abordá-las.

Nesta situação encontramos os empreendimentos instalados sem as correspondentes licenças ambientais, seja porque o licenciamento ambiental sequer existia quando de sua implantação, seja porque o empreendedor simplesmente desrespeitou a legislação vigente, implantando seu empreendimento sem as licenças ambientais exigíveis. No primeiro caso, não se vislumbra um comportamento ilícito do empreendedor; no segundo, sim.

Tais empreendimentos podem vir a ser obrigados a se submeter a um licenciamento “tardio” ou *a posteriori* - é o que se costuma chamar de licenciamento corretivo, que, como o nome já revela, busca corrigir uma situação desconforme (empreendimentos instalados antes da legislação do licenciamento) ou uma irregularidade (empreendimentos instalados após a legislação do licenciamento),

convertendo o quadro negativo (primeira hipótese) ou contrário à lei (segunda hipótese) em uma situação positiva ou lícita.²³⁶

Quanto aos empreendimentos instalados antes da obrigatoriedade do licenciamento ambiental, a exigência do licenciamento posterior tem a finalidade de verificar a sua obediência às normas ambientais então vigentes e, caso contrário, de adequá-los a elas. E não venham os empreendedores argumentar que quando iniciaram a sua atividade, cumpriam as regras da época e apenas a elas é que, hoje, devem subservir. Afinal, a nenhuma atividade é dado o direito de *permanecer* submetida a normas ambientais que, de certa forma, “toleravam” a degradação do ambiente (e decerto o faziam em razão do “menor” conhecimento técnico e científico que se detinha naquele período).

Assim posto, o licenciamento ambiental corretivo parte da premissa de que mesmo tendo o empreendimento sido implantado respeitando as normas ambientais da época, deve acompanhar todas as normas mais rigorosas editadas posteriormente. Qualquer entendimento diverso equivaleria à aceitação do **direito adquirido de poluir**. Significaria, portanto, a *aceitação do inaceitável*.

Além disso, cumpre lembrar que a “revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras” é prevista expressamente, no art. 9º, inc. IV da Lei 6.938/1981, como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, de sorte que as atividades com potencial degradador, **licenciadas ou não**, podem, a qualquer tempo, ser reavaliadas pelos órgãos competentes, a fim de se verificar sua conformidade com a política ambiental reinante. À vista disso, o licenciamento ambiental *a posteriori* nada mais é do que a revisão de uma atividade efetiva ou potencialmente poluidora.

²³⁶ Édis Milaré diferencia essas duas situações, entendendo haver na primeira uma posição de desconformidade e na segunda uma posição de clandestinidade: “...cumpre estabelecer a seguinte distinção: (i) *atividade desconforme* – nasceu regular e, posteriormente, se tornou deficitária diante das novas exigências estabelecidas por lei superveniente, que impôs uma atualização tecnológica ao exercício da atividade ou ao uso e gozo da propriedade; (ii) *atividade ou obra clandestina* – tem vício no seu nascedouro, a ensejar sua interdição ou embargo definitivo, caso não seja sanável.” (Direito do Ambiente, p. 555, nota de rodapé).

Um outro argumento a favor da legalidade do licenciamento corretivo é o de que toda a legislação aplicável ao licenciamento ambiental exige que o *funcionamento* de empreendimentos potencialmente poluidores tenha a licença ambiental correspondente. Assim, mesmo que empreendimento tenha sido implantado sem uma licença específica de instalação (a qual, depois da conclusão da obra, perde o sentido de existir, de forma que não será exigida no licenciamento corretivo), se ele estiver em funcionamento no presente, e durante todo o período em que estiver, deve ter a licença para a operação da atividade.²³⁷

Como exemplos de imposição legal de licenciamentos ambientais corretivos de empreendimentos que, quando instalados, não estavam sujeitos a dito procedimento: Resolução CONAMA 06/1987, que determina o licenciamento prévio e *a posteriori* dos empreendimentos de geração de energia elétrica²³⁸, Resolução CONAMA 335/2003 (alterada pela Resolução CONAMA 368/2006), que determina o licenciamento dos cemitérios horizontais e verticais a serem implantados e dos já existentes²³⁹, Resolução CONAMA 273/2000, que determina o licenciamento dos

²³⁷ OLIVEIRA, Antonio Inagê de Assis. O licenciamento ambiental, p. 125.

²³⁸ Consta do art. 12, §4º da Resolução CONAMA 06/1987: “Para o empreendimento que **entrou em operação a partir de 1º de fevereiro de 1986**, sua **regularização** se dará pela obtenção da LO, para a qual será necessária a apresentação de RIMA contendo, no mínimo, as seguintes informações: descrição do empreendimento; impactos ambientais positivos e negativos provocados em sua área de influência; descrição das medidas de proteção ambiental e mitigadoras dos impactos ambientais negativos adotados ou em vias de adoção, além de outros estudos ambientais já realizados pela concessionária.” Consta, também, do §5º deste mesmo artigo: “Para o empreendimento que **entrou em operação anteriormente a 1º de fevereiro de 1986**, sua **regularização** se dará pela obtenção da LO sem a necessidade de apresentação de RIMA, mas com a concessionária encaminhando ao(s) órgão(s) estadual(ais) a descrição geral do empreendimento; a descrição do impacto ambiental provocado e as medidas de proteção adotadas ou em vias de adoção.” (g.n).

²³⁹ O art. 11, parágrafo único da Resolução CONAMA 335/2003 dispõe que “o cemitério que, na data de publicação desta Resolução, estiver operando sem a devida licença ambiental, deverá requerer a regularização de seu empreendimento junto ao órgão ambiental competente, no prazo de cento e oitenta dias, contados a partir da data de publicação desta Resolução.” Sendo esse prazo de regularização muito curto, o art. 3º da Resolução CONAMA 368/2006, prorrogou-o nos seguintes termos: “Os cemitérios existentes na data de publicação da Resolução 335, de 2003, terão prazo de até dois anos para adequar-se às normas constantes desta Resolução, contados a partir da data de sua publicação.” O prazo em questão deve se esgotar em março de 2008.

postos de gasolina²⁴⁰ (mais precisamente, dos postos revendedores, postos de abastecimento, instalações de sistemas retalhistas e postos flutuantes de combustíveis) a serem implantados e dos já existentes e, no Estado de São Paulo, o Decreto 47.397/2002 que, alterando o Decreto 8.468/1976, determina que os empreendimentos instalados antes da regulamentação do licenciamento ambiental no Estado (criado pela Lei estadual 997/1976 e regulamentado pelo Decreto 8.468/1976), obtenham a licença de operação, mediante convocação do órgão competente (Cetesb)²⁴¹.

Já quanto aos empreendimentos desprovidos das licenças ambientais necessárias porque simplesmente “resolveram” descumprir a lei que as exige, com maior razão devem se submeter ao licenciamento corretivo, para regularizarem a atividade.

Não se quer, com isso, estimular que os empreendimentos se instalem e entrem em operação às pressas, sem as licenças exigíveis, porque depois, “com mais calma”, poderão pleitear a sua regularização. Alguns até poderão ser seduzidos por esta falsa idéia, acreditando que o licenciamento posterior será mais fácil, eis que o empreendimento terá a seu favor todo o apelo de já estar inserido na economia da região, gerando empregos, rendas e toda sorte de benefícios à população. No entanto, não deveriam depositar tanta fé na teoria do “fato consumado” e na crença de que, por conta dela, a regularização da obra ou atividade sairá a qualquer preço.

²⁴⁰ É do art. 6º da Resolução CONAMA 273/2000: “Caberá ao órgão ambiental competente definir a agenda para o licenciamento ambiental dos empreendimentos identificados no art. 1º **em operação na data de publicação desta Resolução.**

§ 1º Todos os empreendimentos deverão, no prazo de seis meses, a contar da data de publicação desta Resolução, cadastrar-se junto ao órgão ambiental competente. As informações mínimas para o cadastramento são aquelas contidas no Anexo I desta Resolução.

§ 2º Vencido o prazo de cadastramento, os órgãos competentes terão prazo de seis meses para elaborar suas agendas e critérios de licenciamento ambiental, resultante da atribuição de prioridades com base nas informações cadastrais.”

²⁴¹ Reza o art. 71-A, §1º do Decreto 47.397/2002: “As fontes instaladas antes de 8 de setembro de 1976, que não possuam Licença de Operação, serão convocadas a obter a respectiva licença”.

Isso porque só se regularizará os empreendimentos que puderem se adequar às normas vigentes; se se constatar a impossibilidade de adequação, ter-se-á empreendimentos irregularizáveis, sujeitos a demolição e/ou interdição. Por isso, os empreendedores devem se considerar “premiados” se lograrem trazer para a legalidade as obras e atividades instaladas e desenvolvidas sem as licenças ambientais necessárias, visto que o resultado do licenciamento corretivo, em casos como estes, pode ser até mesmo o não-licenciamento dos empreendimentos em construção ou em operação.

A preleção de Talden Farias reforça esta colocação, partindo ele da constatação de que, por omissão do Poder Público, inúmeras atividades potencial ou efetivamente poluidoras não estão se submetendo ao licenciamento ambiental. Disso surgem duas situações e soluções:

“A primeira é a do empreendimento cujo licenciamento ambiental, por afrontar tão diretamente a legislação ambiental, não pode ser viabilizado, devendo por isso a atividade ser imediatamente paralisada. É a situação de empresas que operam dentro de unidades de conservação de regime integral ou que operem em desacordo com o zoneamento urbanístico ambiental. Nesses casos, além de terem que arcar com a responsabilidade nos campos civil, penal e administrativo, **os responsáveis não poderão dar continuidade à atividade.**

A segunda é a daquelas atividades que, apesar da ausência do licenciamento ambiental, apresentam condições de se regularizar desde que cumpram determinadas medidas mitigadoras ou compensatórias. Em tais casos a interdição da atividade não se faz necessária, já que além de não haver prejuízo efetivo para o meio ambiente, a sociedade sairia perdendo com a paralisação ou fechamento do empreendimento em termos de geração de emprego e renda.” (g.n)²⁴²

A visão de Antonio Inagê de Assis Oliveira também merece ser citada:

“...não se está aqui preconizando a regularização dos empreendimentos implantados irregularmente. Se a instalação do mesmo ocorreu em desacordo com a legislação, deve ter suas obras

²⁴² Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos, p. 72-73.

embargadas e seu responsável punido administrativamente (o que não impede a ação judicial do Ministério Público e dos demais legitimados pela Lei nº 7.347/85 para ressarcimento dos danos eventualmente causados) e intimado, quando for o caso, a requerer a competente licença.

Analisada a questão, caso seja inviável a instalação ou operação do empreendimento no local onde estava sendo realizada, por razões ambientais, a licença deve ser negada e intimado o responsável a restabelecer as condições ambientais existentes antes de sua intervenção, inclusive via judicial. Apenas se for viável a instalação e operação do empreendimento no local é que se admite tenha prosseguimento o processo de licenciamento.”²⁴³

Além disso, os empreendimentos que não tenham as licenças exigíveis podem ser suspensos enquanto o licenciamento corretivo não for concluído, pois se foram instalados ao arrepio da lei, não se lhes reconhece qualquer direito ao funcionamento enquanto irregulares.²⁴⁴ Apenas na hipótese do órgão ambiental entender que a sua operação é absolutamente necessária ou justificável, é que, discricionariamente, autorizará a sua continuidade durante o licenciamento. Nesta situação poderíamos encartar um aterro sanitário construído pelo Município sem as correspondentes licenças ambientais e que, se fechado durante o licenciamento corretivo, poderia causar sérias lesões à coletividade, em vista da inexistência de outro local para a deposição final dos resíduos domiciliares produzidas na cidade.

²⁴³ Ob.cit., p. 127-8.

²⁴⁴ A Lei 9.605/1998, ao cuidar das infrações administrativas ambientais, prevê, no rol das sanções administrativas, a demolição de obra e a suspensão parcial ou total das atividades, as quais serão aplicadas, de acordo com o § 7º do art. 72, “quando o produto, a obra, a atividade ou o estabelecimento não estiverem obedecendo às prescrições legais ou regulamentares.” Quanto aos empreendimentos em funcionamento sem as licenças exigíveis, o Estado de São Paulo é bem rigoroso. Na Lei da Política Estadual de Meio Ambiente, Lei 9.509/1997, consta que “Iniciadas as atividades de implantação e operação, antes da expedição das respectivas licenças, os dirigentes dos órgãos responsáveis pela expedição do licenciamento deverão, sob pena de responsabilidade funcional grave, sem prejuízo da imposição de outras penalidades, implementar medidas administrativas de interdição, que, se não forem de pronto acatadas, deverão ser imediatamente seguidas de medidas judiciais impetradas pelo órgão jurídico competente, de embargo, e outras providências cautelares, bem como comunicar imediatamente ao CONSEMA, para os fins do inciso V do artigo 8º desta lei, além de comunicar o fato às entidades financiadoras do projeto.” (art. 21) e que “As penalidades de embargo e demolição serão impostas na hipótese de obras ou construções feitas sem licença ou com ela desconformes” (art. 30, §7º). A Lei paulista 997/1976, que trata das atividades causadoras de poluição, não é tão peremptória, embora sugira ao órgão ambiental a interdição de atividades em operação sem as correspondentes licenças: “As penalidades de embargo e de demolição poderão ser impostas na hipótese de obras ou construções feitas sem licença ou com ela desconformes.” (art. 8º, §7º).

O promotor de justiça do Ministério Público paulista Daniel Roberto Fink também é dessa opinião:

“Há inúmeros casos de obras, atividades ou empreendimentos significativos que não contam com o licenciamento ambiental prévio. E o que fazer? Seria o caso de interditá-los? Aos empreendimentos para os quais o licenciamento é inviável não há dúvida de que a resposta é afirmativa, devendo ser paralisados. Mas há nesses empreendimentos casos em que, apesar de ausente o licenciamento, é possível realizá-lo, ainda, com adoção de medidas ambientais eficazes, mantendo-se a atividade. Há outros, ainda, cuja única irregularidade é a ausência de licença, tendo empreendedor adotado as devidas medidas ambientais, não produzindo danos significativos. E para esses casos, seria razoável a interdição? Evidentemente, não.”²⁴⁵

A leitura de Antonio Inagê de Assis Oliveira também merece ser citada:

“...não se está aqui preconizando a regularização dos empreendimentos implantados irregularmente. Se a instalação do mesmo ocorreu em desacordo com a legislação, deve ter suas obras embargadas e seu responsável punido administrativamente (o que não impede a ação judicial do Ministério Público e dos demais legitimados pela Lei nº 7.347/85 para ressarcimento dos danos eventualmente causados) e intimado, quando for o caso, a requerer a competente licença. Analisada a questão, caso seja inviável a instalação ou operação do empreendimento no local onde estava sendo realizada, por razões ambientais, a licença deve ser negada e intimado o responsável a restabelecer as condições ambientais existentes antes de sua intervenção, inclusive via judicial. Apenas se for viável a instalação e operação do empreendimento no local é que se admite tenha prosseguimento o processo de licenciamento.”²⁴⁶

Frise-se, por necessário, que mesmo que a licença de operação seja concedida ao empreendimento, o empreendedor deverá responder pela infração cometida, nos termos do art. 60 da Lei 9.605/1998 (Infração penal) e do art. 44 do Decreto 3.179/1999 (infração administrativa). Queremos com isso dizer que a

²⁴⁵ O controle jurisdicional do licenciamento ambiental, p. 84.

²⁴⁶ Ob.cit., p. 127-8.

regularização posterior da atividade não implica o perdão da infração ambiental cometida anteriormente.

3.2.2 Natureza jurídica do licenciamento ambiental

O licenciamento ambiental é uma manifestação clara do **poder de polícia** do Estado sobre as atividades que possam perturbar e/ou comprometer a vida, segurança e bem-estar da coletividade.

O poder de polícia encontra sua definição legal no art. 78 do Código Tributário Nacional:

“Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”²⁴⁷

É lição corrente de que nenhum direito, nem mesmo se fundamental, pode ser exercido sem limites e sem cuidados para com as conseqüências que podem gerar aos direitos de outrem. E cabe ao Poder Público zelar para que todos os direitos sejam exercidos harmonicamente, fazendo-o por meio do poder de polícia. Por isso é que para Marçal Justen Filho, o poder de polícia “traduz a concepção de que a convivência social acarreta a necessidade de limitação dos direitos individuais, de modo a evitar que a máxima liberdade de cada um produza a redução da liberdade alheia.”²⁴⁸

²⁴⁷ Para a doutrina, o termo *poder de polícia* está em crise, repousando a preferência geral, atualmente, na designação *limitação à liberdade e à propriedade*. Em monografia sobre licenças (uma das manifestações do poder de polícia), Luis Manuel Fonseca Pires explica a evolução desse entendimento. (Regime Jurídico das Licenças, p. 66 e ss.).

²⁴⁸ Curso de Direito Administrativo, p. 386.

Sendo assim, podemos concluir que o poder de polícia é a prerrogativa que tem o poder público de condicionar a liberdade e a propriedade dos cidadãos, em nome do bem comum, de modo a impedir que as pessoas utilizem a sua liberdade ou a sua propriedade em detrimento de outrem. Ou, como definido por Maria Sylvia Zanella di Pietro, é a “atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.”²⁴⁹

Entenda-se bem a limitação da liberdade e da propriedade própria do poder de polícia: não se trata apenas de impor ao particular uma abstenção em nome do bem comum ou vedar-lhe determinadas condutas, mas de lhe exigir, por vezes, um comportamento positivo, pró-ativo, no benefício de todos. Nesse sentido, Agustín Gordillo leciona que o caráter meramente proibitivo da atividade de polícia já não tem curso atualmente, visto que

“las obligaciones de hacer instalaciones de seguridad contra accidentes, contra incendios, de primeros auxilios, etcétera; la obligación de vacunarse, de poner silenciadores em los escapes de los vehículos, de construir cercos, de exponer al público lista de precios, de colocar em los comercios chapas con identificación del ramo y el propietario, de usar delantales, etcétera, son todas obligaciones policiales positivas y no meras prohibiciones.”²⁵⁰

Entendido estes aspectos relevantes do poder de polícia, a identidade entre ele e o licenciamento ambiental resta evidente por conta da finalidade deste último, sem sombra de dúvidas englobada na finalidade do primeiro: **limitar** o uso da propriedade *no* e a liberdade *ao* desenvolvimento de atividades econômicas, industriais, sociais e quaisquer outras causadoras de impactos ambientais, com vistas a evitar que elas afetem a qualidade do ambiente e, com ela, a qualidade de vida da população.

²⁴⁹ Direito Administrativo, p. 128.

²⁵⁰ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, p. V-19-20.

O licenciamento ambiental, ao limitar a atividade, não a impede. Apenas a conforma aos preceitos técnicos e legais que visam afastar o seu potencial “perturbador”. E tanto a conforma mediante proibições (não fazer) quanto mediante imposições (fazer). É dizer que ora se exige a **não atuação** do empreendedor de tal ou qual maneira, ora, ao contrário, exige-se que o empreendedor **atue**, positivamente, de tal ou qual maneira.

Nessa linha é que Sandro Ari Andrade de Miranda, muito contundente, atrela a natureza jurídica do licenciamento ambiental ao poder de polícia do Estado:

“O Licenciamento Ambiental é típico exercício do poder de polícia administrativo, não cabendo ao empreendedor escolher se deve, ou não, submeter-se ao controle pelos órgãos ambientais licenciadores. A única hipótese de não submissão ao licenciamento pelo poder público seria o não desenvolvimento da obra ou atividade. O Licenciamento Ambiental é uma obrigação, imperativa, que deve ser obedecida pelo empreendedor responsável pela atividade ou obra, não só quanto à subordinação ao licenciamento, mas também em relação à obediência das condições e restrições por ele impostas, sob pena de sofrer sanções previstas em lei. Outra característica essencial do poder de polícia é o seu caráter intransferível, monopolizado pelo estado, embora possa ser exercido pelos entes da administração indireta.”²⁵¹

Sendo uma atividade de polícia, ao licenciamento ambiental aplicam-se os mesmos princípios e atributos do poder de polícia (p.ex., legalidade, proporcionalidade²⁵², obrigatoriedade, auto-executoriedade etc.), respeitando-se, porém, as peculiaridades da legislação ambiental, que cria regras próprias para a liberação de atividades potencialmente poluidoras, regras essas não extraídas e nem aplicáveis ao regime geral do poder de polícia ou das licenças administrativas.

²⁵¹ Taxa ou preço público: qual a natureza da contraprestação paga ao órgão responsável, quando do licenciamento ambiental? Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6984>>. Acesso em 28 mar. 2007. Nesse mesmo sentido: DAWALIBI, Marcelo. O poder de polícia em matéria ambiental, p. 110. Em sentido contrário, defendendo que o licenciamento ambiental é um serviço público: FINK, Daniel Roberto. O controle jurisdicional do licenciamento ambiental, p. 79.

²⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. Ob.cit., p. 387.

3.2.3 Obras e atividades sujeitas ao licenciamento ambiental

As obras e atividades sujeitas ao licenciamento ambiental são, nos termos do art. 10 da Lei 6.938/1981, as “utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os [empresendimentos] capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental.” Em suma: projetos, obras e atividades que possam comprometer a qualidade e o equilíbrio do meio ambiente.

A hipótese é clara mas, ainda assim, pode gerar alguma dúvida no caso concreto ante a dificuldade de se averiguar, sem elementos mais contundentes, se tal ou qual atividade é potencialmente poluidora ou se pode causar degradação ambiental.

Daí porque andou bem o CONAMA ao ofertar, no Anexo I da Resolução 237/1997, um rol com mais de uma centena de atividades presumidamente poluidoras e, portanto, obrigatoriamente sujeitas ao licenciamento ambiental.

Trata-se, impõe-se advertir, de um rol meramente exemplificativo, visto que a hipótese geral de exigibilidade do licenciamento ambiental, constante do art. 10 da Lei 6.938/1981, comporta inúmeras outras atividades não previstas pelo CONAMA, na Resolução suso mencionada²⁵³. Isso porque, como bem ponderam Daniel Roberto Fink e André Camargo Horta de Macedo,

“prever antecipadamente um rol exaustivo de obras ou atividades que devam se sujeitar ao licenciamento ambiental é tarefa impossível e inútil. É preciso que o legislador estabeleça

²⁵³ A própria Resolução 237 prevê, expressamente, a possibilidade de complementação do rol constante do Anexo I: “Caberá ao órgão ambiental competente definir os critérios de exigibilidade, o detalhamento e a **complementação** do Anexo I, levando em consideração as especificidades, os riscos ambientais, o porte e outras características do empreendimento ou atividade” (art. 2º, §2º).

genericamente qual situação pretende protegida pela norma. E, nesse caso, o legislador constitucional o fez: obras ou atividades potencialmente causadoras de significativa²⁵⁴ degradação do meio ambiente.

Quando muito, pode o legislador - ou o poder regulamentar - indicar uma lista de situações específicas nas quais é recomendável o licenciamento. E foi exatamente o que fez o Conselho Nacional do Meio Ambiente por meio da Resolução CONAMA nº 237/97, de 19 de dezembro...”²⁵⁵

Quadra frisar que o Estado de São Paulo seguiu este mesmo caminho, ofertando uma lista de atividades sujeitas ao licenciamento ambiental, no Decreto 8.468/1976, alterado pelo Decreto 47.397/2002 (art. 57, Anexos 9 e 10). E tal como na Resolução CONAMA 237/1997, esta listagem é meramente exemplificativa.

Nessa esteira, quaisquer outras atividades e empreendimentos que se apresentem potencialmente degradadores do meio ambiente, a critério do órgão ambiental licenciador (federal ou estadual), deverão se submeter ao procedimento de licenciamento ambiental.

3.2.4 Etapas do licenciamento ambiental

O licenciamento ambiental é feito, via de regra, em etapas, as quais culminam com a concessão de licenças ambientais específicas e distintas. Daí ser designado como o procedimento no qual são concedidas as licenças ambientais, entendendo-se a licença ambiental como o

“ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental

²⁵⁴ O termo “significativa” aqui colocado está em desacordo com a sistemática do licenciamento ambiental, já que, não apenas os empreendimentos causadores de impactos significativo devem passar por este procedimento mas todos aqueles que possam causar impacto ambiental – ainda que não significativo.

²⁵⁵ Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental, p. 18.

que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental” (art. 1º, inciso II da Resolução CONAMA 237/97)²⁵⁶

Normalmente, o licenciamento ambiental se desenvolve em três etapas principais, que culminam com a outorga de licenças ambientais com escopos diversos: a licença prévia (LP), a licença de instalação (LI) e a licença de operação (LO).

A definição de cada uma dessas licenças – e os respectivos papéis - consta do art. 8º da Resolução CONAMA 237/1997, a saber:

“Art. 8º. O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

I - LICENÇA PRÉVIA (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

II - LICENÇA DE INSTALAÇÃO (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

III - LICENÇA DE OPERAÇÃO (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e demais condicionantes determinados para a operação.”

A **Licença Prévia**, como se vê, não autoriza o início da implantação física da obra ou atividade, mas apenas manifesta a possibilidade de que ela venha a se desenvolver no local pretendido pelo empreendedor. Trata-se de uma etapa importante porque permite se verificar, logo de início, incompatibilidades insuperáveis

²⁵⁶ Para Marcelo Dawalibi, a licença ambiental é espécie do gênero licença. “A licença será ambiental se o conteúdo for o controle de atividades utilizadoras de recursos naturais ou potencialmente causadoras de degradação ambiental.” (Licença ou autorização ambiental?, p. 180).

entre o projeto e as restrições ambientais existentes. Sabe-se, p.ex., que determinados projetos podem ser implantados em um local mas não o podem em outro. Assim, talvez não houvesse óbices à instalação de uma indústria siderúrgica em um pólo industrial mas houvesse óbices à instalação dessa mesma indústria numa área localizada a cinquenta metros de uma unidade de conservação de proteção integral. Visto isso de plano, a licença seria indeferida antes que o empreendedor investisse mais recursos e tempo no aprofundamento do licenciamento ambiental.

A **Licença de Instalação**, essa sim, é que permite a implantação física do empreendimento, com o atendimento de todas as condicionantes impostas pelo órgão ambiental com o intuito de enquadrá-lo aos preceitos ambientais vigentes e, dessa forma, eliminar ou reduzir os impactos ambientais próprios da atividade.

Mas mesmo depois de inteiramente implantada, o empreendedor não poderá colocar a atividade em funcionamento, já que, para tanto, depende da **Licença de Operação**. Nesta etapa, o órgão ambiental deverá verificar se todas as condicionantes da Licença de Instalação foram cumpridas e se o projeto aprovado foi executado à risca. Apenas após a constatação dessa regularidade é que o órgão licenciador poderá permitir o funcionamento, mediante a concessão da licença correspondente.

3.3 Avaliação de impactos ambientais

É certo que o licenciamento ambiental não poderia cumprir seu papel de prevenção e mitigação de danos se não fosse a avaliação de impactos ambientais²⁵⁷.

²⁵⁷ A avaliação de impactos ambientais, como não poderia deixar de ser, tem também, como o licenciamento ambiental, o caráter preventivo de danos. Ramón Martín Mateo, a respeito, destaca a ênfase preventiva da avaliação e dos estudos ambientais dado que, “en línea com la estrategia más fiable para la protección ambiental, se trata de identificar los elementos de riesgo para eliminarlos, paliar sua incidência, o em su caso aconsejar el desistimiento de la acción.” (Tratado de Derecho ambiental, vol. I, p. 303).

O órgão ambiental licenciador só terá condições de aprovar ou desaprovar um empreendimento ou de impor medidas mitigadoras ou eliminadores de impactos se conhecer muito bem o projeto que se pretende implantar – estamos falando de sua localização, das características do entorno, do tipo de atividade, dos resíduos a serem gerados, da provocação de poluição atmosférica, hídrica, sonora etc., da necessidade de desmatamento, dentre outros aspectos relevantes.

Grande parte desse conhecimento sobre o empreendimento o órgão ambiental encontrará na avaliação de impactos ambientais. Daí porque a avaliação de impactos ambientais é o instrumento de informação e de subsídio para o órgão ambiental, podendo ser definida como o mecanismo que permite ao órgão ambiental conhecer e ponderar sobre os efeitos de uma dada intervenção humana no equilíbrio ambiental – e não estamos falando apenas de obras e atividades, mas também, como adverte Antonio Inagê de Assis Oliveira²⁵⁸, de planos, programas, políticas etc.

Este, inclusive é o entendimento doutrinário, como se vê pela lição de Ramón Martín Mateo que, citando Lee, define a avaliação de impacto ambiental como

“um processo por el cual una acción que debe ser aprobada por una autoridad pública y que puede dar lugar a efectos colaterales significativos para el medio, se somete a una evaluación sistemática cuyos resultados son tenidos en cuenta por la autoridad competente para conceder o no su aprobación.”²⁵⁹

Ou pela visão de Luís Filipe Colaço Antunes, que apregoa ter a avaliação de impactos ambientais o escopo declarado de “introduzir, na preparação das decisões, uma apreciação dos efeitos sobre o ambiente.”²⁶⁰

²⁵⁸ O licenciamento ambiental, p. 144.

²⁵⁹ Tratado de Derecho Ambiental, vol. I, p. 301-302.

²⁶⁰ Ob.cit., p. 590.

Em uma linguagem mais técnica, a avaliação de impactos ambientais “objetiva, essencialmente, fundamentar e otimizar processos decisórios envolvendo atividades transformadoras, antrópicas ou não”²⁶¹, sendo que “as decisões envolvidas estarão orientadas para o desenvolvimento de planos capazes de otimizar o desempenho ambiental dessas atividades, minimizando adversidades e maximizando os benefícios delas decorrentes.”²⁶²

O legislador brasileiro inspirou-se no direito americano para criar a avaliação de impactos ambientais, mais precisamente no “National Environmental Policy Act of 1969”, em vigor a partir de 1º de janeiro de 1970.²⁶³

²⁶¹ MACEDO, Ricardo Kohn de. Equívocos e propostas para a avaliação ambiental, p.30.

²⁶² *Idem, ibidem*, mesma página.

²⁶³ Sec. 102 [42 USC § 4332]: “The Congress authorizes and directs that, to the fullest extent possible: (1) the policies, regulations, and public laws of the United States shall be interpreted and administered in accordance with the policies set forth in this Act, and (2) all agencies of the Federal Government shall – (A) utilize a systematic, interdisciplinary approach which will insure the integrated use of the natural and social sciences and the environmental design arts in planning and in decisionmaking which may have an impact on man's environment; (B) identify and develop methods and procedures, in consultation with the Council on Environmental Quality established by title II of this Act, which will insure that presently unquantified environmental amenities and values may be given appropriate consideration in decisionmaking along with economic and technical considerations; (C) include in every recommendation or report on proposals for legislation and other major Federal actions significantly affecting the quality of the human environment, a detailed statement by the responsible official on – (i) the environmental impact of the proposed action, (ii) any adverse environmental effects which cannot be avoided should the proposal be implemented, (iii) alternatives to the proposed action, (iv) the relationship between local short-term uses of man's environment and the maintenance and enhancement of long-term productivity, and (v) any irreversible and irretrievable commitments of resources which would be involved in the proposed action should it be implemented. Prior to making any detailed statement, the responsible Federal official shall consult with and obtain the comments of any Federal agency which has jurisdiction by law or special expertise with respect to any environmental impact involved. Copies of such statement and the comments and views of the appropriate Federal, State, and local agencies, which are authorized to develop and enforce environmental standards, shall be made available to the President, the Council on Environmental Quality and to the public as provided by section 552 of title 5, United States Code, and shall accompany the proposal through the existing agency review processes; (D) Any detailed statement required under subparagraph (C) after January 1, 1970, for any major Federal action funded under a program of grants to States shall not be deemed to be legally insufficient solely by reason of having been prepared by a State agency or official, if: (i) the State agency or official has statewide jurisdiction and has the responsibility for such action, (ii) the responsible Federal official furnishes guidance and participates in such preparation, (iii) the responsible Federal official independently evaluates such statement prior to its approval and adoption, and

E hoje, tal qual o licenciamento ambiental, a avaliação de impactos ambientais é um instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, nos termos do art. 9º, inc. III da Lei 6.938/1981:

“São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente;
[...]
III – a avaliação de impactos ambientais”

Antes mesmo de ser erigida a instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, a avaliação de impactos ambientais já figurava – de forma tímida, é verdade – em uma outra lei, a Lei 6.803/1980, que institui as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição.

Determina esta lei que o Poder Público, antes de estabelecer as zonas industriais (zona estritamente industrial, zona predominantemente industrial e zona de uso diversificado), proceda à avaliação de impactos ambientais para verificar a adequação da medida:

(iv) after January 1, 1976, the responsible Federal official provides early notification to, and solicits the views of, any other State or any Federal land management entity of any action or any alternative thereto which may have significant impacts upon such State or affected Federal land management entity and, if there is any disagreement on such impacts, prepares a written assessment of such impacts and views for incorporation into such detailed statement.

The procedures in this subparagraph shall not relieve the Federal official of his responsibilities for the scope, objectivity, and content of the entire statement or of any other responsibility under this Act; and further, this subparagraph does not affect the legal sufficiency of statements prepared by State agencies with less than statewide jurisdiction.

(E) study, develop, and describe appropriate alternatives to recommended courses of action in any proposal which involves unresolved conflicts concerning alternative uses of available resources;

(F) recognize the worldwide and long-range character of environmental problems and, where consistent with the foreign policy of the United States, lend appropriate support to initiatives, resolutions, and programs designed to maximize international cooperation in anticipating and preventing a decline in the quality of mankind's world environment;

(G) make available to States, counties, municipalities, institutions, and individuals, advice and information useful in restoring, maintaining, and enhancing the quality of the environment;

(H) initiate and utilize ecological information in the planning and development of resource-oriented projects; and

(I) assist the Council on Environmental Quality established by title II of this Act.

“Art. 10, §3º Além dos estudos normalmente exigíveis para o estabelecimento de zoneamento urbano, a aprovação das zonas a que se refere o parágrafo anterior, será precedida de estudos especiais de alternativas e de avaliações de impacto, que permitam estabelecer a confiabilidade da solução a ser adotada.”

A Resolução CONAMA 01/1986 aprimorou o regime legal da avaliação de impactos ambientais ao regular um dos estudos mais importantes para tanto – o chamado de Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (que hoje a Constituição chama de Estudo Prévio de Impacto Ambiental). Deixou, porém, de tratar de outros estudos ambientais mais simples mas nem por isso menos importantes.²⁶⁴

Tamanha a importância da avaliação de impactos ambientais que figura ela como princípio na Declaração do Rio de Janeiro, de 1992:

“Princípio 17 - A avaliação de impacto ambiental, como instrumento nacional, deve ser empreendida para as atividades planejadas que possam vir a ter impacto negativo considerável sobre o meio ambiente, e que dependam de uma decisão de autoridade nacional competente.”

Vista a importância da avaliação de impactos ambientais, debruçemo-nos a seguir nos elementos-chave deste instrumento: os estudos ambientais.

3.3.1 Estudos ambientais

²⁶⁴ Nesse sentido também o comentário de Edis Milaré: “Essa resolução, apesar de considerar expressamente ‘a necessidade de se estabelecerem as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para o uso e a implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente’, acabou por apenas regulamentar a figura do Estudo de Impacto Ambiental...”. A despeito da importância desta Resolução, complementa o autor que “limitando-se a regulamentar o EIA/RIMA, levou grande número de pessoas, até estudiosos do assunto, a considerar que a Avaliação de Impacto Ambiental se limitava a esta figura, razão provável do grande atraso da utilização dos métodos e práticas de AIA no planejamento governamental.” (Direito do Ambiente, p. 484).

A avaliação de impactos ambientais consiste no conhecimento de um empreendimento e de seus efeitos positivos e negativos sobre o ambiente.

Referida avaliação só pode ser levada a efeito por meio de estudos ambientais realizados pelo empreendedor, assim entendidos como

“todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: 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.” (Art. 1º, inciso III da Resolução CONAMA 237/1997).

Com base nos estudos ambientais será possível identificar os impactos positivos e negativos do empreendimento (e não apenas sob a ótica ambiental, mas sob a ótica social, econômica, cultural etc.), a possibilidade técnica de se eliminar os negativos ou minorá-los o quanto possível bem como de ampliar os positivos ou, ainda, nos casos mais extremos, a necessidade de se rechaçar o empreendimento por conta da intolerabilidade dos seus impactos. Por isso se afirma que tais estudos são o fator embasador da decisão governamental.

Conforme a amplitude ou a intensidade dos potenciais impactos ambientais do empreendimento, os estudos ambientais relacionados serão mais ou menos complexos e detalhados. Por isso é que a Resolução CONAMA 237/1997 prevê, em seu art. 1º, inc. III, supra transcrito, diversos tipos de estudos ambientais – cada qual exigível em uma determinada e específica situação, para um tipo determinado e específico de obra ou atividade.

3.3.2 Estudo Prévio de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto ao Meio Ambiente – EPIA/RIMA

O Estudo Prévio de Impacto Ambiental foi constitucionalizado em 1988, com a determinação constante do art. 225, §1º, inc. IV, no sentido de incumbir ao Poder Público, para assegurar a efetividade do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado,

“exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, **estudo prévio de impacto ambiental**, a que se dará publicidade.” (g.n)

O EPIA é uma espécie de estudo ambiental que possibilita ao órgão ambiental avaliar os impactos de um empreendimento com potencial poluidor **expressivo** – ou, para usar os termos da Constituição, significativo – e o RIMA é o resumo e a tradução deste estudo para um linguajar acessível à população.²⁶⁵

O primeiro diploma legal a discipliná-lo em detalhes foi a Resolução CONAMA 01/1986; posteriormente o Decreto 99.274/1990 (regulamento da Lei 6.938/1981) abordou algumas outras questões relacionadas a tal estudo, tais como conteúdo mínimo e dever de publicidade (art. 17). E agora, complementando todo o aparato já existente, a Resolução CONAMA 237/1997 acrescenta novas disposições sobre referido estudo.

Dentre os inúmeros estudos ambientais existentes, o EPIA/RIMA é o mais completo e profundo²⁶⁶ – e, por vezes, o mais demorado e dispendioso. Daí ser

²⁶⁵ A definição do RIMA consta do art. 9º, par. único da Resolução CONAMA 001/86: “O RIMA deve ser apresentado de forma objetiva e adequada a sua compreensão. As informações devem ser traduzidas em linguagem acessível, ilustradas por mapas, cartas, quadros, gráficos e demais técnicas de comunicação visual, de modo que se possam entender as vantagens e desvantagens do projeto, bem como todas as consequências ambientais de sua implementação.”

²⁶⁶ Apenas para se ter uma idéia da abrangência deste estudo, vejamos os itens obrigatórios de todo EPIA/RIMA, nos termos da Resolução CONAMA 01/1986 (trata-se do conteúdo mínimo pois a própria Resolução prevê a possibilidade do Ibama, órgãos estaduais e municipais, apresentarem exigências adicionais):

“Art. 5º. O estudo prévio de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais:

alvo de severas críticas, especialmente dos empreendedores, que culpam o estudo pela demora no licenciamento e pela criação de embaraços econômicos ao projeto, já que esmiúça todos os empecilhos ambientais e leva, com isso, ao aumento das exigências do órgão ambiental para a concessão das licenças.

Ferrenho defensor do EPIA/RIMA, Álvaro Luiz Valery Mirra opõe sólidos argumentos contra os que enxergam neste estudo um entrave ao desenvolvimento econômico, industrial e social:

“Diz-se, com muita frequência, que se quer emperrar um empreendimento basta submetê-lo ao estudo de impacto ambiental, surgindo a partir daí, muitas vezes, propostas - umas veladas, outras nem tanto - de restringir-se a sua exigência a um número cada vez menor de atividades degradadoras.
Tal visão, contudo, não pode prevalecer.

I - contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização do projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto;

II - identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade;

III - definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza;

IV - considerar os planos e programas governamentais propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade.”

“Art. 6º. O EIA desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

I - diagnóstico ambiental da área de influência do projeto, completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando:

a) o meio físico - o subsolo, as águas, o ar e o clima, destacando os recursos minerais, a topografia, os tipos e aptidões do solo, os corpos d’água, o regime hidrológico, as correntes marinhas, as correntes atmosféricas;

b) o meio biológico e os ecossistemas naturais - a fauna e a flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente;

c) o meio sócio-econômico - o uso e ocupação do solo, os usos da água e a sócio-economia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos;

II - Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais;

III - definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas;

IV - elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados.”

A grande contribuição do EIA para o planejamento de obras e atividades potencialmente causadoras de degradação ambiental foi precisamente estabelecer um tempo distinto, e necessariamente mais demorado, para a aprovação de projetos de empreendimentos que, apesar de relevantes para o desenvolvimento econômico e social e benéficos a curto ou a médio prazo, podem ser também danosos à qualidade de vida e ao bem-estar da coletividade a longo prazo - incluindo as futuras gerações. Assim, entre decidir com rapidez sobre a implantação de um empreendimento e decidir com maior margem de acerto, ou menor margem de erro, após cuidadosa avaliação das repercussões ambientais do projeto, optaram o legislador e o constituinte pela segunda alternativa, conscientes da necessidade de adotar-se uma postura de segurança e de prudência, em função da dimensão e, muitas vezes, da irreversibilidade de determinadas agressões ambientais supervenientes a empreendimentos bem intencionados, mas que, por deficiência na capacidade de prever os impactos nocivos sobre a vida e a qualidade de vida da população durante a fase de planejamento, acabam por ter seus efeitos positivos imediatos praticamente anulados na sequência dos anos.

Exemplo clássico do que acaba de ser mencionado é o da construção de grandes barragens para fins hidrelétricos.

Não são raros os casos de implantação de usinas hidrelétricas que acarretam impactos ambientais gigantescos, com inundação de extensas áreas de terras, antes cobertas por vegetações e florestas, cortadas por rios e ocupadas por populações e comunidades tradicionais, como os indígenas, que se encontravam em perfeita harmonia com o meio. O resultado disso tudo é a destruição da fauna, da flora e dos ecossistemas aquáticos e terrestres do local, o deslocamento de grandes contingentes de pessoas para áreas distantes e a ocorrência de alterações drásticas na economia regional, com o concomitante dispêndio de somas importantes com a construção e a manutenção do complexo hidrelétrico, enquanto sob o ponto de vista energético, no confronto com as expectativas iniciais, obtém-se, no final, modesta produção de energia elétrica, em flagrante desproporção com os aludidos custos sociais, econômicos e ambientais do empreendimento.”²⁶⁷

Dessa forma, se é verdade que o EPIA/RIMA impõe certos ônus ao empreendedor (e, por que não dizer, à coletividade, que, por vezes, acaba sofrendo os efeitos da “demora” na implantação do empreendimento bem como o da elevação dos custos do produto/serviço final), é mais verdade ainda que tais ônus têm absoluta razão de ser, i.e, são plausíveis e, emprestando o jargão popular, constituem um “mal necessário” e indispensável, justamente porque são eles que

²⁶⁷ Impacto ambiental: aspectos da legislação brasileira, p. 4-5.

garantem que o empreendimento não afetará (ou afetará minimamente) a qualidade do meio ambiente e a qualidade de vida dos seres humanos.

3.3.2.1 Empreendimentos sujeitos à realização do EPIA/RIMA: apenas os causadores de degradação ambiental significativa

Diante da complexidade e completude do EPIA/RIMA, é razoável que não seja ele exigido em todo e qualquer procedimento de licenciamento ambiental mas apenas naqueles voltados a liberação de atividades potencialmente causadoras de um relevante impacto negativo ou, como quer a Constituição, de um impacto ambiental SIGNIFICATIVO (art. 225, §1º, inc. IV).

Como já tivemos oportunidade de mencionar, a Resolução CONAMA 01/1986, que cuida do licenciamento ambiental e do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, introduz um conceito legal de impacto ambiental. Não diz, porém, o que é impacto ambiental significativo – temos aí, portanto, um conceito jurídico indeterminado, que deve ser preenchido “com dados extraídos da realidade.”²⁶⁸

Ainda assim, buscando o preenchimento do conceito, sentimo-nos autorizados a concluir que significativa é a degradação ambiental de grande efeito, um impacto negativo considerável, um impacto num grau maior e mais relevante do que o impacto ambiental não qualificado dessa forma.

E assim pensamos porque o adjetivo *significativo*, no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, corresponde a algo “cheio de significado; que contém revelação interessante; **expressivo**”²⁶⁹ (g.n); já o termo *significado* quer dizer “relação de estima, reconhecimento, apreço por alguém ou algo; **importância**,

²⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. Direito, conceitos e normas jurídicas, p. 72.

²⁶⁹ Disponível em <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=significativo&stipe=k>> Acesso em 30 nov.2006.

valor, significação, significância”²⁷⁰ (g.n) e o termo *expressivo*, associado a expressão, indica “manifestação significativa, **forte**”²⁷¹ (g.n). Com essa noção, podemos inferir que o emprego do termo “significativo” no art. 225, §1º, inc. IV tem a finalidade de referir-se a um forte, expressivo, grande impacto negativo.²⁷²

Antonio Herman Benjamin, citando o acórdão norte-americano *Hanly II*, aponta dois fatores principais que devem ser levados em conta na apuração da significância do impacto ambiental: os efeitos *absolutos* e os efeitos *comparativos*:

“1) a extensão em que a ação proposta provocará efeitos ambientais adversos em excesso àqueles criados por usos existentes na área afetada por ela; e 2) a quantidade absoluta de efeitos ambientais adversos da própria ação, incluindo-se o dano cumulativo que resulta da sua contribuição para as condições ou usos adversos já existentes na área atingida. Aonde a conduta se conformar aos usos pré-existentes, suas conseqüências nefastas serão usualmente menos significativas do que quando ela representa uma mudança radical...Por exemplo, uma rodovia a mais numa área cortada por estradas tem, normalmente, um impacto negativo menor do que se fosse construída através de um parque sem qualquer via.”²⁷³

Lembra, ainda, que às vezes a significância do impacto exsurge em razão da sensibilidade da área escolhida. Assim, não pode ser considerado insignificante, por menor que seja, o impacto de um projeto que “tenha exatamente o condão de romper o ponto de saturação ambiental de uma certa área.”²⁷⁴ Equivale dizer que o aferimento da “grandeza” do impacto negativo deverá

²⁷⁰ Disponível em <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=significado&stype=k>> Acesso em 30 nov.2006.

²⁷¹ Disponível em <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=express%E3o&stype=k>> Acesso em 30 nov.2006.

²⁷² Concordamos, em parte, com José Marcos Domingues, quando pondera que o termo *relevante*, ao invés de *significativo*, seria preferível *in casu*, pois aquele deixaria ainda mais claro que o impacto a que se alude é o grande impacto e não qualquer impacto. Mas nem por isso chegamos a equiparar o *significativo* impacto a impacto de *menor valor*, como faz o autor. De qualquer forma, seus argumentos merecem transcrição: “Desenganadamente, *significativo* é vocábulo volátil, de conteúdo rarefeito, difuso, impregnado que é de um sentimento subjetivo de percepção da realidade. Já *relevante*, ao contrário, é algo que é necessário, essencial ou indispensável, que se pode, pois, aferir objetivamente, por sua densidade própria, como algo saliente, que sobressai (isto é: incomum, extraordinário).” (Direito Tributário e meio ambiente, p. 201).

²⁷³ BENJAMIN, Antonio Herman de V. Estudo Prévio de Impacto Ambiental, p. 114.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 115.

levar em conta, também, as peculiaridades do entorno do empreendimento, dado que “o que é significativo, importante, relevante, em um grande centro, poderá não ter a mesma significação na zona rural”, sendo certo que “há empreendimentos perfeitamente suportáveis, do ponto de vista do controle ambiental, em certos lugares, mas absolutamente inadmissíveis em outros.”²⁷⁵

Daí concluímos que o preenchimento do conceito jurídico *significativo* se dará por critérios técnicos, pois só os conhecimentos dessa natureza é que poderão dar a medida da degradação, tomando por base o local de implantação do projeto assim como a vulnerabilidade ambiental, social e econômica da área.

A importância do preenchimento deste conceito “indeterminado” – degradação **significativa** - é óbvia: é ele que vai nortear o órgão ambiental quando da exigência ou dispensa do EPIA/RIMA, valendo frisar que constatado impacto de tal magnitude, a exigência do EPIA/RIMA constitui ato vinculado, não podendo o órgão licenciador sequer aventar a possibilidade de dispensá-lo. Disso se percebe que se há alguma discricionariedade na decisão do órgão ambiental, ela se dá no momento da verificação da significância do impacto – por isso pode-se chamá-la de discricionariedade técnica. Mas uma vez verificado o impacto negativo significativo, desaparece qualquer margem de liberdade na escolha do órgão licenciador e o estudo em tela há que ser exigido, sob pena de afronta ao Texto Constitucional.

Em nosso auxílio, os apontamentos de Luiz Guilherme Marinoni, que identificam a discricionariedade na apuração do impacto significativo mas vinculação na exigência do EPIA/RIMA quando apurado impacto deste jaez:

“...sempre que o administrador se encontrar diante de pedido de licença para atividade ou obra ‘potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente’, não haverá espaço para

²⁷⁵ OLIVEIRA, Antonio Inagê de Assis. Ob.cit., p. 172.

qualquer subjetividade de sua parte quanto a exigir ou não o estudo, pois essa atividade administrativa possui conteúdo vinculado. Se a norma constitucional regula de forma vinculada o conteúdo da atividade da administração, resta discricionariedade ao administrador quanto ao motivo do ato administrativo. Deixe-se claro, porém, que não se trata de discricção quanto à escolha do motivo do ato administrativo, mas apenas e tão-somente discricção quanto à identificação desse pressuposto fático. A discricionariedade, no caso, é decorrência do caráter indeterminado do conceito 'obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente."²⁷⁶

A Resolução CONAMA 01/1986, mesmo sem dizer o que é impacto ambiental **significativo**, lista, em seu art. 2º, sem intuito de esgotar o rol²⁷⁷, uma série de atividades que devem ser licenciadas mediante a apresentação de EPIA/RIMA:

“Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como:

I - Estradas de rodagem com duas ou mais faixas de rolamento;

II - Ferrovias;

III - Portos e terminais de minério, petróleo e produtos químicos;

IV - Aeroportos, conforme definidos pelo inciso 1, artigo 48, do Decreto-Lei nº 32, de 18.11.66;

V - Oleodutos, gasodutos, minerodutos, troncos coletores e emissários de esgotos sanitários;

VI - Linhas de transmissão de energia elétrica, acima de 230KV;

VII - Obras hidráulicas para exploração de recursos hídricos, tais como: barragem para fins hidrelétricos, acima de 10MW, de saneamento ou de irrigação, abertura de canais para navegação, drenagem e irrigação, retificação de cursos d'água, abertura de barras e embocaduras, transposição de bacias, diques;

VIII - Extração de combustível fóssil (petróleo, xisto, carvão);

IX - Extração de minério, inclusive os da classe II, definidas no Código de Mineração;

X - Aterros sanitários, processamento e destino final de resíduos tóxicos ou perigosos;

²⁷⁶ O Direito Ambiental e as ações inibitória e de remoção do ilícito, p. 131.

²⁷⁷ O caráter meramente exemplificativo desse rol é bem sustentado por José Afonso da Silva: “Essa enumeração casuística é puramente exemplificativa, nem poderia ser diferente porque a Constituição não admite limitação taxativa dos casos de Estudo de Impacto Ambiental. Qualquer que seja a obra ou a atividade, pública ou particular, que possa apresentar riscos de degradação significativa do meio ambiente fica sujeita a sua prévia elaboração.” (Direito Ambiental Constitucional, p. 291).

- XI - Usinas de geração de eletricidade, qualquer que seja a fonte de energia primária, acima de 10MW;
- XII - Complexo e unidades industriais e agro-industriais (petroquímicos, siderúrgicos, cloroquímicos, destilarias de álcool, hulha, extração e cultivo de recursos hídricos);
- XIII - Distritos industriais e zonas estritamente industriais - ZEI;
- XIV - Exploração econômica de madeira ou de lenha, em áreas acima de 100 hectares ou menores, quando atingir áreas significativas em termos percentuais ou de importância do ponto de vista ambiental;
- XV - Projetos urbanísticos, acima de 100ha. ou em áreas consideradas de relevante interesse ambiental a critério da SEMA e dos órgãos municipais e estaduais competentes;
- XVI - Qualquer atividade que utilizar carvão vegetal, derivados ou produtos similares, em quantidade superior a dez toneladas por dia (redação alterada pela Resolução CONAMA 11/86)
- XVII - Projetos Agropecuários que contemplem áreas acima de 1.000 ha. ou menores, neste caso, quando se tratar de áreas significativas em termos percentuais ou de importância do ponto de vista ambiental, inclusive nas áreas de proteção ambiental.” (inciso acrescentado pela Resolução CONAMA 11/86).

O fornecimento de uma lista de empreendimentos obrigados ao EPIA/RIMA é uma forma de conter a discricionariedade do órgão ambiental na dispensa desse estudo.

Sim, pois considerando que o EPIA/RIMA só deve ser exigido quando a obra ou atividade licenciada puder causar uma degradação ambiental significativa, temos, *contrario sensu*, que o órgão licenciador pode dispensar o estudo quando constatar que o empreendimento gerará um impacto ambiental **não significativo** – o próprio art. 3º, parágrafo único da Resolução CONAMA 237/1997 o confirma:

“A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

Parágrafo único. O órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento.” (g.n)

Ocorre que, determinados empreendimentos, por sua natureza ou porte, **sempre** causarão um impacto negativo de grande monta – foi desta premissa que partiu o CONAMA ao, partindo de um critério técnico, nomear os empreendimentos licenciáveis apenas mediante apresentação de EPIA/RIMA.²⁷⁸

Para muitos doutrinadores, o art. 2º da norma em comento encerra uma **presunção absoluta** de que as atividades ali arroladas são causadoras de significativo impacto ambiental, de sorte que o órgão ambiental, em tais hipóteses, está impedido de dispensar o EPIA/RIMA.

Álvaro Luiz Valery Mirra, um deles, é enfático nesse sentido, defendendo que apesar do rol do art. 2º ser exemplificativo, as atividades ali listadas “devem obrigatoriamente se submeter ao estudo.”²⁷⁹

Não destoa dessa preleção o entendimento de Sílvia Cappelli, que vê vantagem no rol exemplificativo do art. 2º porquanto ele retira “a discricionariedade da Administração Pública para licenciar tais empreendimentos. Constem eles daquele rol, o órgão licenciador não poderá dispensar o EIA/RIMA sob pena de invalidar o procedimento administrativo, eis que se trata de ato vinculado.”²⁸⁰

²⁷⁸ Como não poderia deixar de ser, este rol é exemplificativo, de sorte que o órgão ambiental pode - e deve – exigir o EPIA/RIMA para outras atividades não previstas no art. 2º. “É perfeitamente possível cogitar de empreendimentos e atividades causadoras de significativo impacto ambiental, mas que não estejam relacionados no art. 2º da Resolução CONAMA n. 1/86. Uma atividade que utilize nove mil e novecentos quilos de carvão vegetal, por exemplo, ou um projeto urbanístico de 99 hectares não estariam automaticamente desonerados da realização de estudo de impacto ambiental pelo só fato de não haverem alcançado a patamar estabelecido por referida resolução. Nesta hipótese, porém, não estariam enquadrados numa situação de presunção **juris et de jure** de causadores de significativa degradação ambiental. (FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Curso de Direito Ambiental – Interesses difusos, natureza e propriedade, p. 382)

²⁷⁹ Ob.cit., p. 54.

²⁸⁰ O estudo de impacto ambiental na realidade brasileira, p. 160.

Seguem a mesma orientação, dentre outros juristas, Antonio Herman Benjamin²⁸¹, Paulo Affonso Leme Machado²⁸², Guilherme José Purvin de Figueiredo²⁸³ e Luiz Guilherme Marinoni²⁸⁴.

Há posicionamentos contrários, contudo, que defendem encerrar o art. 2º uma **presunção relativa** de impacto significativo, cabendo prova em contrário pelo empreendedor – prova essa que culminará na dispensa do EPIA/RIMA.

Partidário dessa corrente, obtempera Édis Milaré:

“A presunção relativa (juris tantum), como se sabe, tem o condão de inverter o ônus da prova, de sorte que o Administrador, à vista de um caso listado, determinará a elaboração do EIA. O empreendedor, querendo, poderá produzir prova no sentido de que a obra ou atividade pretendida não provocará impacto ambiental significativo. Portanto, em vez do agente público ter que provar a significância do impacto, é o empreendedor quem deve provar sua insignificância. Resumindo: não há dúvida que o Administrador tem certa liberdade para verificar a presença ou não de ‘significativa degradação ambiental’ a ensejar a realização do EIA, mas, identificada a hipótese positiva, não pode deixar de exigir o estudo...”²⁸⁵

Francisco Thomaz Van Acker²⁸⁶ também entende que o rol do art. 2º da Resolução CONAMA 01/1986 encerra presunção relativa de impacto significativo, de sorte que o órgão ambiental está autorizado a dispensar o EPIA/RIMA mesmo nas hipóteses previstas neste dispositivo, caso demonstrado, em concreto, que as atividades correspondentes não causarão degradação significativa.

²⁸¹ Estudo Prévio de Impacto Ambiental, p. 115.

²⁸² Direito Ambiental Brasileiro, p. 215.

²⁸³ Curso de Direito Ambiental – Interesses difusos, natureza e propriedade, p. 382.

²⁸⁴ Ob.cit., p.133.

²⁸⁵ Estudo Prévio de Impacto Ambiental, p. 34.

²⁸⁶ Licenciamento ambiental, p. 11-13. Disponível em

<http://www.ambiente.sp.gov.br/EA/adm/admarqs/Dr.VanAcker.pdf> Acesso em 21 mar.2007.

Nada obstante a existência de argumentos razoáveis a sustentar ambas as correntes, somos da opinião que, da mesma forma que a listagem fornecida pelo Anexo I da Resolução CONAMA 237/1997 obriga todos aqueles empreendimentos ao licenciamento ambiental, a listagem oferecida pelo art. 2º da Resolução CONAMA 01/1986 obriga todos aqueles empreendimentos à apresentação do EPIA/RIMA no licenciamento ambiental.

Não desconsideramos, é claro, a possibilidade de que, na situação concreta, um dos empreendimentos listados no art. 2º da Resolução CONAMA 01/1986 venha a apresentar impacto menor do que outros. Isso não basta, contudo, para que se despreze a importância da lista ou mesmo para que se não exija o EPIA/RIMA. A exigência deste complexo estudo é justamente para aquelas atividades que **tenham o potencial** de provocar um impacto ambiental significativo e não para aquelas que com certeza o provocarão. Por isso, a lista realmente fica num plano hipotético, mas um plano hipotético construído em bases técnicas sólidas de verificação de impacto em situações de igual natureza.

Para não desprestigiar o instrumento, contudo, acreditamos que esta lista deveria ser revisada de quando em quando, para torná-la consentânea com a realidade. Para tanto, seria preciso verificar se a experiência tem confirmado que os empreendimentos nela listados são, de fato, potencialmente causadores de impactos significativos. A se verificar, por exemplo, que em um número considerável de licenciamentos (recentes), um dos empreendimentos constantes da lista não revelou potencial poluidor expressivo, deveria ser retirado da lista, para afastar a presunção absoluta que impera sobre a atividade – o que não significa dizer que, em situações concretas, o órgão ambiental não poderá exigir EPIA/RIMA se constatar que um particular empreendimento, ainda que retirado da lista, por alguma especificidade locacional, poderá causar impacto de grande monta.

Afora os empreendimentos previstos no rol do acima citado dispositivo legal, todos aqueles que puderem causar degradação significativa

também estarão sujeitos ao EPIA/RIMA. O desafio que se coloca é como avaliar previamente a extensão e intensidade do impacto negativo antes de se elaborar o EPIA/RIMA, considerando que, não raras vezes, é justamente neste estudo que encontraremos a resposta.

A questão não passou despercebida do professor Paulo Affonso Leme Machado, que lembrou o costume de se exigir estudos mais simples e rápidos para se detectar a significância do impacto para, verificado este, exigir-se posteriormente o EPIA/RIMA²⁸⁷. O mestre, porém, mesmo reconhecendo que o dano potencial não vem carimbado e com traços gritantes, contesta esta prática, argumentando que para evitar as dúvidas, “é preciso utilizar-se, desde o início, uma metodologia que possibilite aprofundado exame da natureza do impacto”²⁸⁸ e que, persistindo a dúvida, deve-se, pelo princípio da precaução, realizar-se o EPIA/RIMA.²⁸⁹

3.4 Direito do empreendedor à obtenção das licenças ambientais diante da avaliação de impactos ambientais favorável

A complexidade e a finalidade do licenciamento ambiental fazem com que ele e as licenças ambientais tenham uma identidade própria, um regime jurídico distinto das licenças administrativas, embora com algumas semelhanças.

²⁸⁷ No Estado de São Paulo, temos o exemplo do RAP – Relatório Ambiental Preliminar, regulado pela Resolução SMA 42/1994:

“Parte I – Procedimentos iniciais

1. Nos casos previstos no art. 2º da Resolução nº 1/86, do CONAMA, o interessado requererá a licença ambiental, instruída com o RELATÓRIO AMBIENTAL PRELIMINAR - RAP, conforme roteiro de orientação estabelecido pela SMA;

[...]

3. A SMA, através do DAIA, analisará o RAP e as manifestações escritas que receber, podendo: (a) indeferir o pedido de licença em razão de impedimentos legais ou técnicos; **(b) exigir a apresentação de EIA/RIMA ou dispensá-la.**”

²⁸⁸ Itinerário do Direito Ambiental Brasileiro: prevenção, controle e reparação, p. 122.

²⁸⁹ *Ibidem*, mesma página.

Uma das particularidades que mais “incomoda” a doutrina jurídica diz respeito à coexistência da vinculatividade e discricionariedade do órgão ambiental na outorga das licenças ambientais, o que torna o licenciamento ambiental um procedimento híbrido.

Queremos dizer que a concessão das licenças ambientais ora será ato vinculado, ora será discricionário, a depender das conclusões dos estudos apresentados pelo empreendedor.

Antes de adentrarmos no tema, mister algumas considerações básicas sobre a diferença entre ato vinculado e ato discricionário, como também entre licença e autorização.

3.4.1 Ato vinculado e ato discricionário

Ato vinculado é aquele que deriva do cumprimento estrito, pela Administração, de um comando legal claro, direto e objetivo e que, por conta disso, oferece um caminho exclusivo a ser seguido.

Celso Antonio Bandeira de Mello esclarece que,

“por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.”²⁹⁰

Ato discricionário é o resultante de uma opção feita pelo administrador entre alternativas disponibilizadas pela lei, segundo critérios de conveniência, oportunidade, justiça e equidade²⁹¹, consignando-se que a escolha deve ser sempre

²⁹⁰ Curso de Direito Administrativo, p. 399.

²⁹¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo, p. 222.

pela “melhor” situação – daí porque afirmarmos que, diferente do que possa parecer à primeira vista, discricionariedade não se confunde com ilimitada liberdade, muito menos com arbitrariedade pois, quanto a sua finalidade, o administrador está necessariamente “vinculado”, “preso” à alternativa que chegue mais perto de satisfazer o interesse público. A liberdade, na verdade, está em analisar as alternativas possíveis e identificar qual delas se enquadra nesta premissa. Trata-se, portanto, de uma “liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal.”²⁹²

Ao definir a atuação discricionária do Poder Público, Maria Sylvia Zanella di Pietro arremata que ela ocorre “quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o Direito.”²⁹³

A diferença principal entre ato vinculado e ato discricionário repousa na margem de liberdade dada a cada qual. No ato vinculado, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, “a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado.”²⁹⁴ Já no ato discricionário “a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar.”²⁹⁵

3.4.2 Licença e autorização

²⁹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Ob.cit., p. 401.

²⁹³ Direito Administrativo, p. 222.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 399.

²⁹⁵ *Ibidem*, mesma página.

Na definição de Celso Antonio Bandeira de Mello, licença é “o ato vinculado, unilateral, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos”²⁹⁶ e autorização é “o ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo, como regra, caráter precário”²⁹⁷. Clássicos exemplos de licença são a de edificação e a para dirigir, e de autorização, a de porte de arma e para uso de bem público.

A maior diferença entre licença e autorização é que a primeira tem caráter vinculado, a segunda, caráter discricionário, o que significa, em outras palavras, que em caso de licença, o interessado tem o direito subjetivo a sua obtenção, quando cumprir todos os requisitos legais para tanto e, em caso de autorização, este direito subjetivo não lhe assiste, embora o requerente até possa satisfazer as exigências administrativas.²⁹⁸ Neste caso, se obtiver a autorização, não será por conta do reconhecimento de um direito (até porque um direito ele não tem) mas pelo entendimento da Administração de que o ato/atividade autorizado não causará lesão ou será conveniente ao interesse público.

Como diz Marcelo Dawalibi,

“um postulante à licença que atender aos requisitos pré-fixados em lei estará apto a obtê-la, tendo direito subjetivo neste sentido. Já no caso da autorização, sua concessão pela Administração Pública é discricionária, ou seja, ao agente público cabe analisar a conveniência e oportunidade do seu deferimento, inexistindo direito subjetivo do interessado.”²⁹⁹

A reforçar a diferença entre licença e autorização, José Afonso da Silva, com muita propriedade, aduz:

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 407.

²⁹⁷ Curso de Direito Administrativo, p. 407.

²⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, p. 183.

²⁹⁹ Licença ou autorização ambiental?, p. 183.

“A licença só é pertinente naquelas hipóteses em que preexiste o direito subjetivo ao exercício da atividade. Se esse direito não existe, se o exercício da atividade vai nascer com o ato da autoridade, então este não será licença. Pode ser concessão, pode ser permissão ou autorização, não licença, pois esta é um ato que pressupõe que aquele em favor de quem é liberada seja titular do direito.

[...]

A autorização é ato precário e discricionário, porque não pressupõe um direito anterior a ser exercido. Vale dizer, o direito ao exercício da atividade autorizada nasce com a outorga da autorização. Ao contrário, ela pressupõe uma proibição geral, expressa ou decorrente do sistema, ao exercício da atividade. Sua outorga consiste, assim, em remover esse obstáculo em favor de alguém, por razões de conveniência ou de mera liberalidade da Administração.”³⁰⁰

Daí decorre o entendimento de que a licença é um ato declarativo (declaração de um direito preexistente) e a autorização é um ato constitutivo (criação de um novo direito).³⁰¹

Importante frisar que, embora a licença tenha presunção de definitividade e a autorização, ao contrário, seja precária, tanto uma como outra podem ser extintas em situações específicas, equivocando-se aqueles que afirmam que a definitividade da licença significa irrevogabilidade ou permanência absoluta. Ter isso claro é por demais relevante para confrontar os que não aceitam a *licença* ambiental como verdadeiro ato de licença, apenas pelo fato de ter prazo de validade³⁰² ou de poder ela ser cassada, invalidada e revogada, conforme

³⁰⁰ Direito Ambiental Constitucional, p. 280.

³⁰¹ Ao classificar os atos jurídicos quanto a sua tipologia (i.e, natureza), Oswaldo Aranha Bandeira de Mello destaca os negócios jurídicos, constitutivos e declaratórios de direitos, e as pronúncias jurídicas de conhecimento ou desejo (que não nos interessa no momento). E claramente encarta a autorização na categoria dos atos constitutivos e a licença na categoria dos atos declaratórios. Mas quanto a esta última, faz uma ressalva: a licença não é constitutiva “quanto ao gozo do direito, porém o é quanto ao seu exercício. Este só pode licitamente ser levado a efeito depois de licenciada a atividade de que alguém tinha o gozo do direito. Por isso se diz que é constitutiva apenas sob o aspecto formal.” (Princípios gerais do Direito Administrativo, p. 578). Também defendendo a natureza constitutiva das autorizações e declaratória das licenças: PIRES, Luis Manuel Fonseca. Ob.cit., p. 22.

³⁰² Sobre a compatibilidade entre a *definitividade* e o *prazo de validade* da licença, Luis Manuel Fonseca Pires afirma: “...por ser a licença um ato vinculado deve comportar um caráter de definitividade, ou seja, não há espaço à Administração, em princípio, para unilateralmente retirar a licença do seu titular, o que, contudo, não deve ser confundido com a hipótese perfeitamente válida de a própria lei estabelecer um prazo para a sua eficácia, como ocorre, à guisa de exemplo, com a licença que se obtém para dirigir veículos automotores.” (Ob.cit., p. 20).

expressamente previsto pelo art. 19 da Resolução CONAMA 237/1997, adiante transcrito.

Pois bem. A definitividade da licença, em realidade, permite que o seu titular continue no exercício da atividade enquanto estiver em seu prazo de validade ou enquanto perdurarem as condições que justificaram a sua concessão. Assim, transcorrido o prazo de eficácia da licença (se a lei ou o órgão ambiental tiver estabelecido um), ela deixa de surtir seus efeitos. Da mesma maneira, se, após a outorga da licença, verificar-se que ela foi emitida em desacordo com a lei - p.ex., baseada em dados falsos, fraudulentos -, pode ser **invalidada**³⁰³; se constatar-se que o licenciado vem descumprindo as condições que justificaram a sua concessão (e que agora são condições para a sua manutenção), a licença deve ser **cassada**³⁰⁴; e se exsurgir interesse público que reclame a sua supressão ou modificação, esta poderá ser **revogada** ou **modificada**³⁰⁵, uma vez que o interesse particular do empreendedor não prevalecerá em detrimento do interesse público³⁰⁶.

A Resolução CONAMA 237/1997, ao tratar das hipóteses de supressão da licença ambiental do mundo jurídico, contempla as três situações acima descritas:

³⁰³ Tem-se a invalidação quando “o agente retira o ato por verificar que fora editado na *errônea suposição* de que existia uma situação de fato permissiva de sua edição ou de que inexistia uma situação impeditiva dele. [...] Em rigor, tais situações procedem de erros de fato, mas que se resolvem em *erros de direito*, gerando por isso ilegitimidade do ato. Donde, o ato de retirada nestas hipóteses configura uma autêntica *invalidação*” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, p. 420).

³⁰⁴ A *cassação* consiste na supressão de um ato administrativo em virtude do descumprimento, pelo interessado, das condições que deveriam por ele ser atendidas “a fim de poder continuar desfrutando da situação jurídica.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Ob.cit., p. 413-4).

³⁰⁵ *Revogação* aqui entendida como a extinção de um ato administrativo em razão de interesse público superveniente que reclame a cessação de seus efeitos. Bem acentua Celso Antonio Bandeira de Mello que não se pode revogar atos vinculados enquanto o sejam, “pois descabe modificar ou extinguir uma situação que esteja constituída em termos que inadmitem outra solução perante a lei.” (Ob.cit., p. 423). Por isso, para que uma licença possa ser revogada, é preciso que haja uma **nova** ótica jurídica ou regulamentação para a situação.

³⁰⁶ Hely Lopes Meirelles entende que as três situações descritas importam em *invalidação* do ato, mas, como se vê, trata-se de mera questão terminológica, visto que a idéia é a mesma: “...uma vez expedida [*a licença*], traz a presunção de definitividade. Sua invalidação só pode ocorrer por ilegalidade na expedição do alvará, por descumprimento do titular na execução da atividade ou por interesse público superveniente, caso que se impõe a correspondente indenização.” (Ob.cit., p. 183).

“Art. 19. O órgão ambiental competente, mediante decisão motivada, poderá modificar os condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar uma licença expedida, quando ocorrer:

I - violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais;

II - omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença;

III - superveniência de graves riscos ambientais e de saúde”

Mesmo utilizando, no *caput*, o termo “cancelar”, temos, em verdade, que o inciso I veicula hipótese de *cassação* da licença, o inciso II cuida da *invalidação* e o inciso III, da *revogação*.

Esclareça-se, novamente, que não é a possibilidade de cassação, invalidação ou revogação da licença ambiental que pode, por vezes, aproximá-la ou até lhe dar o caráter “real” de autorização, mas sim a sua concessão *discricionária* (o que é típico das autorizações) em **determinadas** situações, com esposaremos no próximo tópico.

3.4.3 Licença ambiental: natureza híbrida de ato vinculado e discricionário

A doutrina ambientalista ainda não encontrou uma resposta pacífica sobre a natureza jurídica da licença ambiental. Há os que dizem se tratar de verdadeira autorização, sendo licença apenas no nome, outros, pelo contrário, dizem ser de fato licença, com sua natureza de ato vinculado, outros, num meio termo, afirmam ser ora licença, ora autorização, devido a decorrer ora de ato vinculado, ora de ato discricionário.

Para se saber se o ato em questão é uma licença ou uma autorização, necessário avaliar se a sua concessão ao empreendedor é vinculada ou discricionária.^{307/308}

Defendemos a natureza vinculada do ato de concessão da licença quando – e apenas quando - a avaliação de impacto ambiental demonstra que o empreendimento tem condições de se desenvolver dentro dos parâmetros ambientais e legais vigentes, de sorte a não prejudicar o equilíbrio ambiental e a saúde, segurança e bem-estar da coletividade.

Ora, se o licenciamento ambiental tem por objetivo conformar o empreendimento às exigências legais ambientais e se o empreendimento logra demonstrar que cumprirá todas essas exigências em sua implantação e operação, o órgão ambiental não tem argumentos jurídicos para negar a licença. Isso decorre da premissa de que todos são livres para (e têm o direito de) exercer atividades econômicas que não contrariem as normas jurídicas (ambientais ou não) vigentes no país.³⁰⁹ E quanto às atividades não econômicas, são igualmente livres para exercê-las, salvo se houver lei expressa que os limite ou os vede. Não havendo lei ambiental que proíba atividades inofensivas ao meio ambiente, não há como impedi-las – pelo menos não com argumentos “ambientais”.

³⁰⁷ Vale frisar que não se deve tentar lhe dar a natureza de autorização pelo simples fato de que a licença ambiental deve ser revista periodicamente, nos termos do art. 9º, inc. IV da Lei 6.938/1981. Isso porque as licenças também podem ser revistas, especialmente quando versarem sobre atividades que se prolongam no tempo e que podem, num dado momento, deixar de apresentar as condições ou de cumprir os requisitos que justificaram a sua outorga. A esta visão, acrescenta Marcelo Dawalibi: “Ora, o que se percebe é que não só a autorização, mas todos os atos administrativos são revisíveis (inclusive a licença), desde que superveniente fundamento os revele contrários ao interesse público. A regra inserta no art. 9.º, inc. IV da LF 6.938/81, portanto, está a explicitar tal revogabilidade, e muito mais do que isso, é uma regra que deverá ser observada em face de eventuais pedidos de indenização (...) O que emana da vinculação é um direito subjetivo à licença, e não à instalação ou operação de um empreendimento.” (Ob.cit., p. 184).

³⁰⁸ Marcelo Dawalibi arremata que “independente do nomem iuris que a lei queira dar a determinado ato, ele será licença ou autorização ambiental conforme seja ele nos termos da legislação, vinculado ou discricionário, respectivamente. Aplica-se, na hipótese em testilha, o sempre sábio brocardo: ‘verba non mudat substantia rei’ (as palavras não mudam a essência das coisas).” (Ob.cit., p. 184).

³⁰⁹ Nesse sentido, o parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal declara: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Neste particular, estamos com Celso Antonio Pacheco Fiorillo quando afirma que “a existência de EIA/RIMA favorável efetivamente condicionará a autoridade à outorga da licença ambiental. Daí surgir o direito de o empreendedor desenvolver sua atividade econômica.”³¹⁰

E não estamos sozinhos. Daniel Fink e André Camargo Horta de Macedo sustentam que:

“Vencidas todas as etapas do procedimento, será concedida ou não a licença ambiental. E, nesse ponto, é muito importante ressaltar que, cumprindo o empreendedor todas as exigências legais e técnicas inerentes ao empreendimento e ao próprio licenciamento, fará jus à licença ambiental, a qual não poderá ser negada pelo poder Público, sendo, portanto, vinculada. Vale dizer, o licenciamento é condicionante da atividade, não impeditivo.”^{311/312}

No entanto, os estudos ambientais não são tão exatos, ou seja, não fazem uma análise fechada do empreendimento nem dão uma resposta simplista, como “o empreendimento pode ser aprovado” ou “o empreendimento não pode ser aprovado”.

A complexidade das relações entre obra/atividade e meio ambiente é enorme, da mesma forma que é enorme o campo das possibilidades de implantação de um empreendimento, cada qual com um impacto maior em uma área, ou, eventualmente, todas ou algumas delas sem impactos relevantes, mas com algumas

³¹⁰ “Direito de o empreendedor desenvolver sua atividade em face de EIA/RIMA favorável no âmbito do Direito Ambiental brasileiro.” Disponível em: <http://www.saraivajur.com.br>. Acesso em: 30 nov.2006.

³¹¹ Ob.cit., p. 9.

³¹² Esclareça-se, porém, que o entendimento não é unânime. Marga Inge Barth Tessler, por exemplo, não vislumbra essa vinculação, manifestando que “mesmo que o EIA/RIMA conclua que os impactos não são relevantes, a autoridade que tem a incumbência de decidir poderá, mediante consistente fundamentação, com aporte de elementos técnico-científicos outros, deixar de autorizar a obra ou atividade. O EIA/RIMA favorável não confere direito líquido e certo ao empreendedor.” (Análise da Resolução nº 1/86 CONAMA sob perspectiva da avaliação ambiental estratégica. Revista de Doutrina 4ª Região. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao016/Carlos_Lenz.htm> Acesso em 29 mar.2007).

diferenças em termos dos malefícios a serem evitados e dos benefícios a serem proporcionados.

Por isso os estudos ambientais devem fazer ponderações sobre o empreendimento, levando em conta a localização proposta, os impactos negativos e positivos próprios da atividade e os métodos de controle da poluição e sistemas de gestão apresentados pelo empreendedor para mitigar os impactos negativos. E devem, além disso, oferecer outras alternativas além das encaminhadas pelo proponente do projeto, aptas a promoverem a redução do potencial degradador do empreendimento e a sua adequada instalação e operação, do ponto de vista ambiental.

Apontando as diversas possibilidades – deixando sempre claro os pontos positivos e negativos de cada opção dada – deixará o órgão ambiental em condições de descartar as que estiverem fora dos padrões ambientais vigentes (ambientalmente inviáveis) e confrontar as que atenderem a tais padrões (ambientalmente viáveis) para escolher a “melhor” delas. É o que se chama de discricionariedade técnica.

Temos, portanto, que os estudos ambientais indicarão as opções *enquadradas na legislação ambiental* em vigor e as opções *não enquadradas*. Diante deste leque de opções, as alternativas *não enquadradas* na legislação ambiental devem ser descartadas de plano. E quanto às *enquadradas*, deverá o órgão debruçar-se sobre elas para, discricionariamente, eleger a melhor. Entretanto, a discricionariedade é apenas para decidir qual das alternativas ambiental e legalmente aceitas será acolhida visto que o direito à obtenção da licença já está configurado, em virtude do atendimento dos requisitos legais.

Estamos defendendo, portanto, que havendo várias opções legal e ambientalmente viáveis, o empreendedor terá **direito** a desenvolver uma delas. Qual

delas, contudo, o órgão ambiental, dentro de sua discricionariedade técnica, deverá dizer.

O quadro se complica, porém, quando os estudos ambientais não encontram alternativas que enquadrem o empreendimento nos exatos termos da lei.

Diferente do que se possa pensar apressadamente, o indeferimento da licença, em casos tais, não é automático, devendo o órgão ambiental verificar se existe uma justificativa imperiosa, irresistível e muito bem fundamentada para a liberação da atividade.

Assim, quando os estudos ambientais não apontam para uma solução ambientalmente segura, cabe ao órgão ambiental sopesar todos os aspectos e impactos positivos e negativos do empreendimento para decidir se ele deverá ser desenvolvido, apesar dos “inconvenientes” verificados – o que se dará, via de regra, quando o empreendimento, em outra ponta, revelar-se extremamente benéfico, senão necessário, para a sociedade (ainda que local).

Mais uma vez trazemos a lume os escritos de Celso Antonio Pacheco Fiorillo que enxerga na análise combinada dos arts. 170, inc. V, e 225 da Constituição Federal, “que fixam, no plano normativo interno, a visão doutrinária do denominado desenvolvimento sustentável a fim de permitir um perfeito equilíbrio entre a proteção do meio ambiente e a livre concorrência norteadora do desenvolvimento econômico em nosso país”³¹³, a possibilidade de outorga de licença ambiental ainda sendo o estudo prévio de impacto ambiental desfavorável.

É diante deste impasse que o órgão ambiental deve analisar, com base no princípio da proporcionalidade, se os danos a serem causados pela obra ou atividade são *juridicamente toleráveis* ou *juridicamente intoleráveis* (cf. tópico 2.2.5). No primeiro caso, o empreendimento será autorizado e ao empreendedor será

³¹³ *Ibidem.*

imposto o dever de compensar previamente os danos ambientais, nos moldes determinados pelo art. 36 da Lei 9.985/2000; no segundo caso, o órgão licenciador indeferirá a licença, considerando que o empreendedor a ela não tem direito e que, de mais a mais, não se apresenta uma *necessidade coletiva* que justifique toda a perda ambiental.

Observe-se, porém, que na hipótese de que ora se trata, não se pode dizer que o empreendedor tem um **direito** ao desenvolvimento da atividade, já que os estudos ambientais não demonstram que o empreendimento pode se desenvolver de acordo com os preceitos legais. É que, apesar de não preencher, *in totum*, os requisitos da lei, ele poderá realizar a atividade se, por questões de conveniência e oportunidade (ou mais, de necessidade), a administração o autorizar a tanto. Em tese, portanto, já não estamos mais tratando de uma licença ambiental, enquanto ato vinculado, mas de uma autorização ambiental, ato discricionário.³¹⁴

Por último, não deve o órgão licenciador, jamais, deixar de fundamentar a decisão autorizadora do empreendimento, quando esta não for a orientação dos estudos ambientais.

Embora exista um certo consenso doutrinário no sentido de que os estudos ambientais não vinculam a decisão do órgão licenciador, é certo que seus pareceres e conclusões, por óbvio, não devem ser menosprezados³¹⁵, até porque, se eles fossem meramente ilustrativos, nem seria preciso despende tempo e recursos nesta etapa.

³¹⁴ Mas não estamos advogando a mudança da legislação do licenciamento ambiental para ora se referir à licença ambiental, ora a autorização ambiental. Até porque, após a liberação da atividade “não vinculada”, o regime jurídico que se lhe aplicará será o mesmo das demais atividades “vinculadas”. Ou seja, embora o órgão tenha concedido a “licença” de forma discricionária, ela passará a gozar da mesma definitividade das licenças ambientais vinculadas, não podendo o órgão, por conveniência e oportunidade, simplesmente revogar o ato, sob pena de gerar uma enorme e indesejável insegurança jurídica. Só poderá extingui-lo, portanto, nas mesmas hipóteses de extinção previstas para as licenças ambientais, no art. 19 da Resolução CONAMA 237/1997. Mais uma vez se revela a natureza híbrida e inovadora do licenciamento, licenças e autorizações ambientais.

³¹⁵ Na opinião de Luís Filipe Colaço Antunes, “a eficácia do acto autorizativo está precisamente em respeitar os resultados e os efeitos constitutivos do acto de ciência, do juízo técnico que conclui o procedimento de avaliação de impacto ambiental.” (Ob.cit., p. 588).

Álvaro Luiz Valery Mirra, partindo do princípio que o EPIA – e aqui acrescentamos a avaliação de impacto ambiental, no geral – dá a base para o órgão ambiental decidir e motivar o ato de concessão ou indeferimento da licença, argumenta que, “sempre que o administrador público decidir de maneira divorciada da solução proposta no EIA, ele terá de motivar a decisão e expor as razões que o levaram a optar por solução diversa.”³¹⁶

No mesmo sentido, Antonio Herman Benjamin vislumbra o EPIA/RIMA (e conseqüentemente os demais estudos ambientais) como “um verdadeiro freio da atividade discricionária do Estado em matéria ambiental” que exige “uma motivação explícita ou implícita da decisão administrativa, na busca da decisão ótima em termos de proteção do meio ambiente.”³¹⁷

É dizer que, embora o administrador não esteja vinculado absolutamente às conclusões dos estudos, não está também absolutamente liberado de considerá-los em sua decisão. Os estudos ambientais devem, realmente, ser um subsídio para o órgão ambiental, que confrontará as questões técnicas com as políticas, econômicas e sociais para encontrar a “melhor” decisão.

A lição de Antonio Herman Benjamin, neste particular, é também irretocável, ressaltando que

“o EIA não aniquila, por inteiro, a discricionariedade administrativa em matéria ambiental. O seu conteúdo e conclusões não extinguem a apreciação de conveniência e oportunidade que a Administração Pública pode exercer, como, por exemplo, na escolha de uma entre múltiplas alternativas, optando, inclusive, por uma que não seja a ótima em termos estritamente ambientais³¹⁸. Tudo desde que a

³¹⁶ Impacto ambiental: aspectos da legislação brasileira, p. 99-100.

³¹⁷ Estudo Prévio de Impacto Ambiental: teoria, prática e legislação, p. 68.

³¹⁸ Com efeito, a decisão do órgão ambiental pode não ser a melhor em termos ambientais (embora jamais possa ser a pior), mas deve ser a melhor para a coletividade levando em conta diversos outros fatores relacionados à qualidade de vida. Invocando mais uma vez Benjamin, “sopesar o meio ambiente não significa, em realidade, fazê-lo predominante. A decisão administrativa não se submete

decisão final esteja coberta de razoabilidade, seja motivada e tenha levado em conta o próprio EIA.”³¹⁹

Que não pareça, com tudo quanto dito acima, que atribuímos menor importância aos valores ambientais. Sabemos de sua contribuição ímpar para a manutenção da qualidade de vida e para a dignidade do ser humano. Apenas não estamos colocando o meio ambiente como uma *necessidade isolada*. A harmonização entre direitos de igual relevância exige *coexistência* e não *sobreposição*, o que leva, por vezes, a uma pequena redução das forças de cada qual. Eis aí, com toda clareza, o princípio da proporcionalidade, que o mestre Marçal Justen Filho tão bem delinea:

“Quando os diferentes interesses em atrito comportam equivalente tutela e proteção, a solução mais adequada é propiciar a realização conjunta - ainda que limitada - de todos eles. Introduzem-se limitações e reduções nos diferentes interesses, de molde a compatibilizá-los. Ainda que um interesse seja evidentemente mais relevante do que os demais, não se autoriza sua realização absoluta, se tal acarretar o sacrifício integral de interesses que comportam a proteção do direito. Tem-se de buscar, sempre, a solução que realize mais intensamente todos os interesses, inclusive na aceção de não produzir a destruição de valores de menor hierarquia. O resultado poderá ser o sacrifício a interesses e a direitos, o que apenas será admissível quando tal for a única ou a menos nociva alternativa para realização conjunta dos diversos valores protegidos pelo direito.”³²⁰

ao monopólio da preocupação ambiental. Seria sair de um extremo e ir para outro. É, pois, um esforço mais de *integração* do que de *dominação*.” (Ob.cit., p. 68).

³¹⁹ Ob.cit., p. 68.

³²⁰ Ob.cit., p. 61.

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 (...)”³²¹

³²¹ 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 (...)”³²²

Se, portanto, compensar significa “suprir, com um peso ou valor equivalente, algo que se danificou, tirou ou subtraiu”³²³, é possível adiantar que o sentido jurídico do instituto da compensação ambiental tem por escopo “aliviar” as conseqüências de um prejuízo causado ao meio ambiente, com um benefício ambiental que possa ter um significado muito próximo ao bem prejudicado, em termos valorativos.

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.

³²² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, p. 512.

³²³ MILARÉ, Edis; ARTIGAS, Priscila Santos. Compensação ambiental: questões controvertidas, p. 101.

Situações há, porém, 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.³²⁴

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.”³²⁵

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.

³²⁴ Vale conhecer a classificação sugerida por Carlos Teodoro José Hugueney 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).

³²⁵ SAMPAIO, Francisco José Marques. Evolução da responsabilidade civil e reparação de danos ambientais, p. 197.

Uma vez causado um dano (*rectius*: lesão a bem juridicamente protegido) 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 se trata de uma regra exclusiva do Direito Ambiental, sendo um verdadeiro postulado geral do Direito.³²⁶

A reparação do dano é, como bem colocado por Álvaro Luiz Valery Mirra, um meio de obter a cessação ou a diminuição de um prejuízo³²⁷ ou uma forma de reconduzir a vítima ao estado em que se encontrava antes da produção do dano³²⁸ 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.”³²⁹

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 *statuo quo ante*. Isso porque, comungando da mesma opinião de Marie-Ève Roujou de Boubée, entende que o dano, qualquer que seja, uma vez ocorrido se torna inafastável e irreversível, “não se conseguindo jamais, na prática, fazê-lo desaparecer totalmente”³³⁰, de sorte que “a imposição de medidas destinadas à cessação do dano, em verdade, não pode

³²⁶ No Direito Privado, encontramos a responsabilidade civil do causador do dano no art. 927 do Código Civil (art. 1516 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 e ss. do Código de Defesa do Consumidor – só para citar as normais mais conhecidas.

³²⁷ Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente, p. 303.

³²⁸ *Idem, ibidem*, p. 306.

³²⁹ *Apud* DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade civil, p. 982.

³³⁰ *Ob.cit.*, p. 306.

suprimi-lo completamente: dele permanecem traços e seqüelas.”³³¹ Nessa linha de raciocínio, tudo que se ofereça à vítima do dano será uma forma de 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 ao *statuo 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 serem aplicados sucessivamente, um na impossibilidade de utilização do outro.

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 *statuo quo ante* – ou pelo menos em uma situação muito próxima da anterior, i.e, daquela que encontraríamos se o dano não tivesse ocorrido.³³² Implica dizer que a reparação específica deve sempre ser adotada em preferência às demais formas de reparação do dano.³³³

³³¹ *Idem, Ibidem*, mesma página.

³³² MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ob.cit., p. 307.

³³³ CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. A compensação ambiental diante de danos irreparáveis, p. 285.

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 humano do bem natural determinada pelo sistema jurídico, o que pressupõe a recuperação do estado de equilíbrio dinâmico do sistema ecológico afectado, i.e, da sua capacidade de auto-regeneração e de auto-regulação.”³³⁴

Assim, não basta reconstruir o bem danificado para se ter concretizado retorno ao *statuo quo ante*, mas devolver-lhe a sua qualidade, funcionalidade e equilíbrio anterior. Do contrário, correríamos o risco 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 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*.³³⁵

³³⁴ Responsabilidade civil por danos ecológicos, p. 51.

³³⁵ José Rubens Morato Leite admite que, por vezes, a reparação integral do dano superará a capacidade financeira do degradador. E arremata: “Todavia, 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.” (Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial, p. 224). Para driblar o problema do alto custo da reparação para o empreendedor e

Conquanto preferível, nem sempre é técnica e materialmente possível o retorno ao estado anterior. No entanto, o fato do 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* sempre poderá (e deverá) ser acordada para a recomposição, na medida do possível, do ambiente degradado.”³³⁶

Daí se falar em danos ambientais irreversíveis e, conseqüentemente, em compensação ecológica³³⁷ e compensação pecuniária (indenização), que abordaremos nos dois tópicos seguintes, as quais, não se perca de vista, só poderão ser invocadas diante da impossibilidade técnica de restituição do ambiente destruído.

do alto risco do meio ambiente ser reparado apenas parcialmente, sugere a adoção de seguros, como mecanismo auxiliar no ressarcimento integral do dano ambiental bem a exigência de outras garantias, como um depósito ou fiança prestados pela empresa ou, ainda, a responsabilização pessoal dos sócios da pessoa jurídica empreendedora. (*Ibidem*, p.224-5).

³³⁶ *Ibidem*, p.307-8.

³³⁷ 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 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 anos 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).

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.”³³⁸

4.2.1.2 Reparação específica (ou compensação ecológica)

A reparação específica 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 poluidoras³³⁹ 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

³³⁸ LEITE, José Rubens Morato. Ob.cit., p. 212.

³³⁹ 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 a 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 os quais. (Ob.cit., p. 285).

discricionariedade e 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 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.”³⁴⁰

O promotor paulista **Filippe Augusto Vieira de Andrade** e Maria Aparecida Alves Villar Gulin³⁴¹ relatam duas situações em que a compensação ambiental 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 bóias 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.

O também promotor Fernando Reverendo Vidal Akaoui³⁴² opina que a compensação ambiental pode se dar, v.g., pela doação de um veículo ao

³⁴⁰ A responsabilidade civil ambiental e as formas de reparação do dano ambiental: aspectos teóricos e práticos, p. 192.

³⁴¹ A compensação como forma de reparação por danos causados ao meio ambiente, p. 203.

³⁴² 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.

órgão ambiental (que lhe permitirá intensificar sua ação fiscalizadora), pela doação de 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 o 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.”³⁴³

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 ambiental 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.”³⁴⁴

Claramente adepta da segunda corrente, a promotora Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz³⁴⁵ defende que a compensação deve guardar relação com o bem ambiental lesado, mediante a recomposição de um outro bem

³⁴³ *Ibidem*, p. 210.

³⁴⁴ Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial, p. 215.

³⁴⁵ *Ob.cit.*, p. 285.

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.”³⁴⁶

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

³⁴⁶ Ob.cit., p. 51.

forma de contrabalançar uma perda patrimonial ou extrapatrimonial³⁴⁷ 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 7.347/1985³⁴⁸ e regulado no âmbito federal pela Lei 9.008/1995 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. 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 artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, ordem econômica e quaisquer outros interesses difusos e coletivos.³⁴⁹

³⁴⁷ 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.

³⁴⁸ “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”

³⁴⁹ 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 parece 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.

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.³⁵⁰

O ordenamento jurídico brasileiro, todavia, não estabelece uma ordem de preferência entre a compensação ecológica e a compensação monetária (indenização) mas a razoabilidade tem determinado que aquela é preferível a esta.

Elida Seguin defende de forma aguerrida esta ordem, dizendo que diante da impossibilidade de recuperação do ambiente lesado, deve ser buscada a compensação ambiental 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.”³⁵¹

Fernando Reverendo Vidal Akaoui³⁵² também deixa claro seu posicionamento pela aplicação primeira da compensação ambiental, 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, como de fato é com freqüência, ajustada extrajudicialmente, sem os percalços e delongas do processo judicial), seja porque os fundos para os quais o dinheiro é revertido, além de serem, muitas vezes,

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.

³⁵⁰ Filippe 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. 202-3). 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).

³⁵¹ Ob.cit., p.407.

³⁵² Ob.cit., p. 208.

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.”³⁵³

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 dano, 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.

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

O Código Florestal de 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.³⁵⁴

³⁵³ Ob.cit., p. 192.

³⁵⁴ Art. 4º do Decreto 23.793/1934.

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:

“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...”

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 2.166-67/2001*)

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.³⁵⁵ As APPs constituídas por ato

³⁵⁵ “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:

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.³⁵⁶

Pelas relevantes funções que cumprem, as Áreas de Preservação Permanente devem estar permanentemente recobertas de vegetação. Daí porque 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 369/2006³⁵⁷, e a supressão eventual e de baixo impacto ambiental.³⁵⁸

-
- 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;
 - 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 45°, 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."
- ³⁵⁶ "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."

³⁵⁷ 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.

³⁵⁸ Não se aplica 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.

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-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 dá 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.³⁵⁹

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 a demonstração de inexistência de alternativa técnica e locacional³⁶⁰ e a adoção de medidas mitigadoras e **compensatórias** – isso sem contar algumas novas exigências, veiculadas pela Resolução Conama

³⁵⁹ 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.

³⁶⁰ 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).

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.

[...]

§ 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 – 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**³⁶¹, 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 explícito 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: 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 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

³⁶¹ 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).

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 raso³⁶², embora possa ser objeto de manejo florestal sustentável.³⁶³

³⁶² A definição de corte raso dado pela Portaria Normativa 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.”

³⁶³ 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, ressaltadas 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, 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."

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.³⁶⁴

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 na própria propriedade fosse inviável ou muito difícil.

A flexibilização foi introduzida no ordenamento jurídico pela Medida Provisória 1.605-30/1998³⁶⁵ e aperfeiçoada, posteriormente, pela sua sucessora Medida Provisória 2.166-67/2001³⁶⁶, que alterou o art. 44 do Código Florestal, nos termos que seguem:

“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

³⁶⁴ 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.”

³⁶⁵ 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.”

³⁶⁶ Não é por outra razão é José Heder Benatti e Liana da Silva Rodrigues afirmam que “a idéia 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)

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 micro-bacia 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 [...]"

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 duas outras formas de compensação: uma mediante a aquisição, pelo proprietário, e posterior doação, ao Poder Público, de área inserida em unidades de conservação que, de acordo com a Lei 9.985/2000, devam ser criadas em áreas públicas ou, se criadas em áreas privadas, devam ser desapropriadas (seu objetivo, à toda evidência, é auxiliar a política de regularização fundiária das unidades de conservação), outra mediante a 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*).³⁶⁷

A segunda medida vem detalhada 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 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

³⁶⁷ 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.”

adquirente a existência e a conservação da vegetação objeto do título."

As três 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** pelo seu corte e supressão:

“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, 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 Lei³⁶⁸, 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 Lei³⁶⁹ ou de corte ou supressão ilegais.”

³⁶⁸ Referidos dispositivos cuidam da supressão de mata atlântica para fins de loteamento e edificação nas regiões metropolitanas e áreas urbanas.

³⁶⁹ 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

“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, 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.”

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.³⁷⁰

Os esforços da lei, em realidade, são para evitar supressão de Mata Atlântica, diminuindo as hipóteses legais autorizadoras da prática.³⁷¹ Contudo,

família, ressalvadas as áreas de preservação permanente e, quando for o caso, após averbação da reserva legal, nos termos do Código Florestal.

³⁷⁰ 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, vem 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.

³⁷¹ 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,

quando 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 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 replantados em outros.

4.2.5 Compensação para implantação de empreendimento causador de impacto ambiental significativo

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 vegetação 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.”

Uma quinta modalidade de compensação prevista na legislação ambiental brasileira é a devida pelo empreendedor em razão de atividade potencialmente 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 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 10 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 pré-requisitos, a implantação de uma Estação Ecológica pela entidade ou empresa responsável pelo empreendimento, preferencialmente junto à área.” (art. 1º, Resolução CONAMA 10/1987).

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 (*rectius*: 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 só poderiam ser instituídas por lei, não por ato infra-legal como uma Resolução do CONAMA.³⁷²

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 regulado o instituto da compensação, 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 respectivo relatório - EIA/RIMA³⁷³, 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

³⁷² 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, regrando mecanismo de reparação de danos ambientais: MELO, Ana Alice Moreira de. *Compensação ambiental*, p. 25 e ss.

³⁷³ 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. *Contrario 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.

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 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 gestão da compensação ambiental (Instrução Normativa 47-N, de 31 de agosto de 2004).

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, 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 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 resultante 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.”³⁷⁴

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 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”³⁷⁵, sendo que “sempre que os danos forem mitigáveis, cabe à administração definir as medidas capazes de reduzi-los ao mínimo indispensável.”³⁷⁶

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 das prevenção, **a eliminação terá que ser promovida**. Aquilo que não puder ser eliminado, será compensado.

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.

³⁷⁴ Direito Ambiental Brasileiro, p. 791.

³⁷⁵ *Ibidem*, mesma página.

³⁷⁶ *Ibidem*, mesma página.

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.

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*.”³⁷⁷

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 verifica-se os impactos negativos que podem ser 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 possível, e onde houver impacto inafastável, terá que compensá-lo para aliviar a perda sofrida – e isso, frise-se, desde que o órgão licenciador entenda que a atividade deve ser realizada apesar de seus impactos inafastáveis; se, pelo contrário,

³⁷⁷ Compensação ambiental na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação – Lei 9.985/00, p.319-20.

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 usuário-pagador, ora como reparação “prévia” ou “antecipada” de danos futuros, em decorrência do princípio poluidor-pagador.

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

5.3.1 Tributo

Os que defendem que a compensação ambiental é um tributo arrimam-se no argumento de que ela se encaixa perfeitamente na definição de tributo dada pelo Código Tributário Nacional, a saber:

“Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.” (art. 3º)

Nesse sentido recentemente se manifestou o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no Agravo de Instrumento interposto pela Associação Brasileira de Concessionárias de Energia Elétrica contra o indeferimento de liminar em mandado de segurança impetrado (também por esta entidade) em face do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais – IBAMA, para afastar a cobrança da compensação ambiental:

“Nota-se, também, pela análise do art. 36, §1º, da Lei nº 9.985/2000, que a natureza jurídica da compensação ambiental é de tributo por ser prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitui sanção de ato ilícito instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”³⁷⁸

Em nosso sentir, porém, é a própria definição legal de tributo que o afasta da compensação ambiental, visto que o tributo consiste em uma prestação pecuniária³⁷⁹ e a compensação ambiental, em uma obrigação de dar (bens) ou de fazer³⁸⁰, que não enseja transferências de valores para os órgãos públicos^{381/382} (a esse respeito, vide o tópico 5.12.2, que trata das modalidades de execução da compensação ambiental).

³⁷⁸ Agravo de Instrumento nº 2005.01.00.060479-0/DF, 3ªT, TRF-1ª Região, Rel. Des. Catão Alves, j. 25/01/2006.

³⁷⁹ Ninguém melhor do que Geraldo Ataliba para explicar a natureza pecuniária dos tributos: “Circunscreve-se, por este adjetivo [*pecuniária*], o objeto da obrigação tributária: para que esta se caracterize, no direito constitucional brasileiro, há necessidade de que seu objeto seja: o comportamento do sujeito passivo consistente em levar dinheiro ao sujeito ativo.” (Hipótese de incidência tributária, p. 33).

³⁸⁰ MELO, Ana Alice Moreira de. *Compensação ambiental*, p. 50.

³⁸¹ SOUZA, Paula da Rin; DORNELLES, Lia D. Chagas. Parecer/AGU/PGF/IBAMA/PROGE nº 286, de 20 de junho de 2003, p.6.

³⁸² Alguns Estados, é verdade, prevêm a possibilidade de repasse dos recursos da compensação ambiental ao órgão ambiental, para que este conduza a sua aplicação nas unidades de conservação beneficiárias. Assim o faz, por exemplo, o Estado de São Paulo, que, na Resolução SMA 16/2001 dispõe que “o pagamento do valor da compensação ambiental pode dar-se mediante recolhimento ou por outro modo que for estabelecido pela autoridade ambiental correspondente no procedimento de licenciamento” (art. 7º). Mesmo assim, pelo simples fato de permitir que a execução seja feita diretamente pelo empreendedor (“ou por outro modo que for estabelecido pela autoridade ambiental”), deixa claro que o pagamento em dinheiro para o órgão público é facultativo. Se fosse tributo, essa faculdade simplesmente inexistiria.

De toda forma, sigamos em frente com nossos contra-argumentos em razão de não serem poucos os doutrinadores que sustentam a natureza tributária da compensação ambiental.

Considerando que o ordenamento jurídico conhece três tipos de tributos – imposto, taxa (de polícia e de serviço) e contribuição de melhoria³⁸³ – a doutrina que entende ser a compensação ambiental um tributo, deve se esforçar para enquadrá-la em uma dessas categorias.

Na decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, supra destacada, a questão não foi abordada. O acórdão limitou-se a colocar a compensação ambiental como tributo, sem especificar se imposto, taxa ou contribuição de melhoria.

Um dos poucos que enfrenta melhor a questão, Ricardo Berzosa Saliba³⁸⁴, em artigo específico sobre a natureza jurídica da compensação ambiental, defende ser ela um tributo (inconstitucional, porém) e se põe a identificar o tipo de tributo. Ao final de suas reflexões, conclui que a compensação ambiental poderia ser ou uma taxa de polícia ou uma contribuição social geral, com vistas ao financiamento da ordem social ambiental ou, ainda, uma contribuição de intervenção no domínio econômico, visando a defesa do meio ambiente.

³⁸³ É a própria Constituição Federal, em seu art. 145, que restringe os tributos a estas três modalidades: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I – impostos; II – taxas, em razão do exercício do Poder de Polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; III – contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas. É comum a doutrina ampliar a lista de tributos mas, segundo o tributarista Roque Antonio Carrazza, “a destinação da receita proveniente da tributação não altera – pelo menos não necessariamente – a classificação supra [*imposto, taxa e contribuição de melhoria*]. Neste sentido já adiantamos que os empréstimos compulsórios (tributos cuja receita há de ser devolvida ao contribuinte) e as ‘contribuições’ (tributos com destinação especificada nos arts. 149 e 195 da CF) podem ser reconduzidos às modalidades imposto, taxa ou, no caso daqueles, até, contribuição de melhoria.” (Curso de Direito Constitucional Tributário, p. 455).

³⁸⁴ A natureza jurídica da “compensação ambiental”: vícios de inconstitucionalidades, p. 213.

Em sentido oposto, somos da opinião que a compensação ambiental não é tributo e, por conta disso, não se identifica com a natureza jurídica dos impostos, taxas ou contribuições, conforme defenderemos a seguir.

Para confrontarmos a compensação ambiental com as espécies e sub-espécies de tributos existentes, valeremo-nos da classificação *binária* dada por Sacha Calmon Navarro Coêlho³⁸⁵, que divide os tributos em NÃO VINCULADOS (**impostos gerais, impostos restituíveis** – os empréstimos compulsórios - e **impostos especiais ou finalísticos** – as contribuições sociais, interventivas e corporativas) e VINCULADOS (**taxas de serviços e de polícia, contribuições de melhoria e contribuições previdenciárias**, estas últimas pagas pelos segurados proporcionalmente aos seus ganhos).³⁸⁶

5.3.1.1 Imposto

Na definição do Código Tributário Nacional, imposto é “o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.” (art. 16).

O imposto, é cediço, é tributo não vinculado a uma atuação estatal, sendo, pois, prestação pecuniária desvinculada de qualquer relação de troca ou utilidade entre o particular e o Poder Público, um verdadeiro *tributo sem causa*.³⁸⁷

³⁸⁵ Curso de Direito Tributário Brasileiro, p.478.

³⁸⁶ Nem toda a doutrina segue esta divisão. Roque Antonio Carrazza segue a classificação trinária, dividindo os tributos em impostos, taxas e contribuições de melhorias, sustentando que as contribuições podem ser ora imposto, ora taxa, ora, ainda, contribuição de melhoria. (Ob.cit., p. 495). Há doutrinadores, ainda, que seguem a classificação quaternária, colocando as contribuições sociais, interventivas e corporativas como uma quarta espécie de tributo. De qualquer forma, para o presente trabalho não se faz necessário, nem mesmo oportuno, discorrermos sobre as inúmeras classificações adotadas pelos tributaristas.

³⁸⁷ Roque Antonio Carrazza explica que se trata de um tributo sem causa “não porque ele não tenha fato imponible, mas porque não há necessidade de a entidade tributante oferecer qualquer contraprestação direta a quem o paga.” (Ob.cit., p.497).

Como tributo desvinculado que é, seu fato gerador é escolhido pelo legislador com base no signo presuntivo da capacidade contributiva das pessoas físicas e jurídicas tributadas (v.g, renda, propriedade de imóvel ou propriedade de veículo automotor), e não em função de uma prestação do Estado em favor do contribuinte. Assim, o imposto de renda (IR) é exigível pelo simples fato do contribuinte auferir renda, o imposto sobre propriedade territorial urbana (IPTU) é devido pelo simples fato do contribuinte ser proprietário de um terreno, casa, apartamento ou qualquer outro imóvel e o imposto sobre propriedade de veículo automotor (IPVA) é cobrado pelo simples fato do contribuinte ser dono de um automóvel.

Didaticamente os impostos são classificados em (a) gerais, (b) restituíveis e (c) especiais ou finalísticos.

5.3.1.1.a Impostos gerais

Os impostos gerais³⁸⁸ são aqueles com destinação livre, ou, melhor dizendo, que não se encontram afetados a nenhuma finalidade específica - mesmo porque o art. 167, inc. IV da Carta Constitucional veda “a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa.”

É dizer que os valores pagos pelos contribuintes dos impostos gerais seguem para os cofres públicos, sem “carimbo”. Dessa forma, não se admite a edição de uma lei vinculando a receita do imposto de renda à construção de estradas ou a receita do imposto sobre propriedade territorial urbana à implantação de rede elétrica em municípios carentes.

³⁸⁸ Estão previstos na Constituição, nos arts. 153 (impostos da União), 155 (impostos dos Estados e do Distrito Federal) e 156 (impostos dos municípios).

Ora, se um dos traços mais marcantes dos impostos gerais é a sua aplicação livre, nas prioridades definidas pelo Poder Público, que sequer precisam guardar qualquer relação com o fato gerador do imposto, jamais a compensação ambiental poderia ser tomada como um imposto geral, tendo em vista a vinculação legal de sua receita às unidades de conservação – exatamente a característica que falta aos impostos gerais, por impedimento constitucional.

Demais disso, enquanto a receita dos impostos ingressa nos cofres públicos, os recursos da compensação ambiental são aplicados diretamente nas unidades de conservação pelo empreendedor³⁸⁹ – quando muito ingressam no Fundo de Compensação Ambiental, criado em 2006 pelo Ministério do Meio Ambiente e Caixa Econômica Federal, conforme se verá no tópico 5.12.2.2, mas, ainda assim, continuam com sua aplicação vinculada às unidades de conservação.

É certo concluir, portanto, que, 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 a sua aplicação.³⁹⁰

³⁸⁹ Marília Passos Torres de Almeida, partindo do princípio de que todo tributo consiste em uma obrigação pecuniária, faz a mesma observação: “A compensação ambiental, por sua vez, nem sempre representa um pagamento em dinheiro aos órgãos ambientais, consubstanciando-se, essencialmente, numa obrigação não pecuniária de dar ou de fazer, nos exatos termos do art. 33 do Decreto nº 4.340/02. Nesse sentido, o empreendedor, como forma de compensação, deve adquirir bens móveis para compor a sede administrativa de uma UC, ou custear a demarcação dessas terras.” (Compensação ambiental na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação – Lei 9.985/00, p. 316-17).

³⁹⁰ Nada obstante, fazemos constar a opinião do tributarista José Marcos Domingues, no sentido de compreender a compensação ambiental como um *imposto ambiental inominado*, criado pela União com arrimo na competência residual fixada no art. 154, inc. I da Carta Constitucional, *in verbis*: “A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição.” (Direito Tributário e meio ambiente, p. 223). E quanto ao argumento de que os recursos da compensação ambiental não ingressam nos cofres públicos, como se vê ocorrer com as receitas dos impostos, o autor o rebate, amparado na doutrina internacional e nacional, dizendo haver tributos *in pecúnia* e tributos *in natura* – estes, que exigem do contribuinte comportamentos materiais e não prestações pecuniárias - e equiparando a compensação ambiental da Lei do SNUC ao “tributo compensatório por dano à natureza” do direito germânico. (*Ibidem*, p.188 e ss). A incompatibilidade entre a destinação não-vinculada dos impostos e a destinação vinculada da compensação ambiental, porém, não resta esclarecida.

5.3.1.1.b Impostos restituíveis

No art. 148 da Constituição Federal encontramos os impostos restituíveis, com o nome de “empréstimo compulsório”.

O empréstimo – daí ser um imposto restituível – compulsório pode ser instituído pela União “para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência” (art. 148, inc. I) ou, também “no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional” (art. 148, inc. II).

Nada impede a existência de um empréstimo compulsório para acudir uma situação de calamidade pública ambiental ou para um investimento público ambiental urgente. Nesse sentido, Roberto Ferraz professa que

“os empréstimos compulsórios, por poderem ser instituídos em função de calamidade pública (**que pode ser de natureza ambiental**), bem como para realização de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional (**que também pode ser de natureza ambiental**), tendo necessária aplicação dos recursos arrecadados nessas finalidades (parágrafo único do art. 148 da CF), podem ser interessantes para viabilizar políticas públicas ambientais.” (g.n)³⁹¹

Nem por isso, contudo, a compensação ambiental pode ser considerada um empréstimo compulsório.

A diferenciar os empréstimos compulsórios da compensação ambiental temos que os recursos destinados pelo empreendedor às unidades de conservação, a título de compensação ambiental, não lhe serão restituídos; além disso, a compensação ambiental não foi criada para auxiliar a União a lidar com

³⁹¹ Tributação ambientalmente orientada e as espécies tributárias no Brasil, p. 350.

situação de calamidade pública ou guerra, tampouco por motivo de urgência e de relevante interesse nacional ambiental. Seu objetivo está bem distante, pois quer é impor ao empreendedor de atividade lesiva ao meio ambiente, porém imprescindível, o dever de compensar os danos que ela provocará.

Sem sombra de dúvidas, portanto, que a compensação ambiental não tem a natureza jurídica dos impostos restituíveis.

5.3.1.1.c Impostos afetados a uma finalidade

Como já tivemos oportunidade de mencionar, os impostos, em geral, não estão e nem podem estar afetados a qualquer finalidade, a qualquer destinação específica. Ao serem pagos, ingressam nos cofres públicos e sua utilização será feita de acordo com as leis orçamentárias.

Mas o próprio art. 167, inc. IV da CF, que dita esta regra geral, a excepciona, permitindo a criação de alguns impostos finalísticos:

“Art. 167. São vedados:

(...)

IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, **ressalvadas** a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, **a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino** e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, §2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, §8º, bem como o disposto no §4º deste artigo.”

Além disso, na linha das exceções, os arts. 149 e 195 da Constituição Federal lançaram “no sistema tributário brasileiro a técnica dos impostos afetados a finalidades específicas dando-lhes o nome de contribuições.”³⁹²

O art. 149 permite à União a criação de contribuições sociais, contribuições de intervenção no domínio econômico e contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas, para propiciar sua atuação nestas áreas. São as chamadas, respectivamente, contribuições sociais, interventivas e corporativas.³⁹³ O art. 195, de seu turno, permite ao mesmo ente político a criação de contribuições sociais para a seguridade social.

Enquanto se veda, para os impostos em geral, uma destinação específica, para estas contribuições sociais, interventivas e corporativas, a vinculação de sua receita a um fim determinado é a sua própria razão de ser.

Daí a lição de Roque Antonio Carrazza pela exclusão destes tributos da regra geral do art. 167, IV da CF uma vez que “a vinculação do produto da arrecadação torna inconstitucional a norma jurídica que institui impostos em geral, mas é **essencial**, em tais contribuições.”³⁹⁴

O que se verifica, portanto, é que nenhum imposto pode ter sua receita predestinada a um fim específico se não estiver fundamentado na exceção do

³⁹² COELHO, Sacha Calmon Navarro. Ob. cit., p. 478. Mais adiante o autor reforça que as contribuições previstas no art. 149 da CF são, na realidade, impostos: “...o nomen juris é um rótulo que o legislador arbitrariamente apõe aos institutos que cria e modela. Nesse sentido, pode-se dizer que ele é livre para dar qualquer nome aos institutos e pode inclusive – como freqüentemente acontece – equivocar-se criando institutos a que atribui designações impróprias. Por isso, um tributo, designado contribuição, no Brasil (salvo a de melhoria), pode ser efetivamente uma contribuição – entendida como espécie de tributo vinculado, dotada de hipótese de incidência típica – ou pode ser imposto; quer dizer: o que constitucionalmente é designado por contribuição, no Brasil, pode ser hipótese de incidência de verdadeira contribuição ou de imposto. Neste último caso, submete-se ao regime jurídico-constitucional do imposto...” (*Ibidem*, p. 486).

³⁹³ Poderíamos acrescentar um outro imposto afetado a uma finalidade, introduzido no ordenamento jurídico-constitucional pela EC 39/2002: trata-se da contribuição para o custeio do serviço público UNIVERSAL e INDIVÍSEL (daí a impossibilidade de ser remunerado por taxa) de iluminação pública, prevista no art. 145-A. Segundo Roque Antonio Carrazza, este dispositivo cria mais uma exceção ao art. 167, inc. IV da CF (Ob.cit., p. 607).

³⁹⁴ Ob.cit., p. 559.

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

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

Quanto a esta última nem é preciso desperdiçar muitas palavras para distingui-la da compensação ambiental, haja vista que sua finalidade é apoiar categorias profissionais ou econômicas, como, por exemplo, a OAB ou o sistema “S” (Sesi, Senai etc.) e, por isso mesmo, incide apenas sobre membros de determinada corporação – nenhuma proximidade com políticas ambientais de preservação da biodiversidade e manutenção de espaços territoriais especialmente protegidos, portanto.

Quanto às três outras, porém, mister dispensar maior atenção visto que podem tentar nos levar à crença de que englobam a compensação ambiental em sua essência.

Começemos pelas **contribuições interventivas**.

Embora não tenham sua *hipótese de incidência* atrelada a uma atuação estatal – por isso são tidas por tributos **não vinculados**, mais precisamente

impostos - devem ter sua *receita* afetada a uma intervenção do Estado no domínio econômico³⁹⁵. E, além disso, só podem ser exigidas do setor da economia atingido ou beneficiado pela intervenção³⁹⁶ realizada ou a ser realizada, por força do princípio da referibilidade.³⁹⁷

A preleção de Márcio Severo Marques a esse respeito é bastante elucidativa:

“A contribuição de intervenção no domínio econômico é instrumento legal **para gerar recursos** destinados a cobrir despesas incorridas, ou a serem incorridas, pelo Estado em virtude de sua ingerência na economia (essa é a razão de sua instituição). Daí a necessidade de previsão legal de destinação específica para o produto de sua arrecadação, que deve ser aplicado no custeio dessa atividade, concernente à sua intervenção na economia, para implementação e efetivação de gastos e/ou investimentos pertinentes a setores específicos do mercado.

Em outras palavras, a contribuição interventiva **visa prover o Estado de recursos necessários ao custeio de sua atuação em determinada atividade econômica**, para efeito de discipliná-la e adequá-la à situação político-econômica-social do país.

[...]

Não há, pois, no que tange ao aspecto material da hipótese tributária desta contribuição, **nenhuma exigência constitucional relativa ao exercício de uma atividade estatal referida ao contribuinte. Em compensação, exige-se do Estado o emprego da verba arrecadada ao custeio de sua intervenção em determinado setor da economia**, intervenção essa que autorizou a instituição da contribuição.”³⁹⁸ (g.n).

À guisa de tais esclarecimentos, parece-nos acertado concluir que as contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDE) não são exigidas

³⁹⁵ Na lição de Lúcia Valle Figueiredo, o domínio econômico “compreende o conjunto de atividades desenvolvidas pela livre iniciativa.” (Reflexões sobre a intervenção do Estado do Domínio Econômico e as contribuições interventivas, p. 397).

³⁹⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. Ob.cit., p. 566.

³⁹⁷ Sobre o princípio da referibilidade aplicado às contribuições de intervenção no domínio econômico, que determina uma relação necessária entre os sujeitos passivos da CIDE e os benefícios da intervenção, explica Tácio Lacerda Gama que “deve-se, no tratamento das contribuições interventivas, delimitar o setor, ramo ou segmento da economia. Sem esse elemento, não se pode falar em intervenção estatal na economia, mas em atuação do Estado em favor de toda a coletividade, o que descaracterizaria a contribuição.” (Contribuição de intervenção no domínio econômico, p. 160).

³⁹⁸ Classificação constitucional dos tributos, p. 193-4.

porque o Estado atuou no domínio econômico – se assim fosse, teriam a natureza de tributo vinculado e a intervenção do Estado seria o próprio fato gerador do tributo – mas **para que** o Estado possa intervir no domínio econômico com os recursos arrecadados.³⁹⁹

Pois bem. Na linha dos que entendem que a compensação ambiental é uma contribuição de intervenção no domínio econômico (ainda que inconstitucional) estão, dentre outros estudiosos do Direito, Édis Milaré e Priscila Santos Artigas⁴⁰⁰, Ricardo Bersosa Saliba⁴⁰¹ e Sérgio Guerra⁴⁰².

Não compartilhamos do mesmo entendimento, porém. E para refutá-lo, precisaremos tecer algumas considerações mais específicas sobre as contribuições interventivas.

A União intervém no domínio econômico de quatro formas distintas: pela exploração direta de atividade econômica⁴⁰³ em casos excepcionais

³⁹⁹ Entendimento semelhante é esposado por Paulo Roberto Lyrio Pimenta quando compara a taxa de polícia (cobrada em função de uma atividade de polícia, por vezes praticada como intervenção no domínio econômico) com a CIDE: “Nas taxas de polícia a validação é causal. Paga-se o tributo ‘porque’ ocorreu o exercício do poder de polícia. Já nas contribuições interventivas, a validação é finalista. Logo, o tributo é escolhido ‘para que’ a intervenção se realize através do exercício do poder de polícia.” (Contribuições de intervenção no domínio econômico, p. 51).

⁴⁰⁰ Compensação ambiental: questões controvertidas, p. 109 e ss.

⁴⁰¹ Ob.cit., p. 211 e ss.

⁴⁰² Compensação ambiental nos empreendimentos de significativo impacto, p. 139 e ss.

⁴⁰³ José Afonso da Silva não concorda que a exploração direta de atividade econômica, pelo Estado, seja uma forma de **intervenção** no domínio econômico, estando muito mais para **participação** no domínio econômico. “Não raro se emprega a expressão *intervenção no domínio econômico* num sentido amplo para abranger todas as formas de atuação do Estado na economia. A Constituição vigente não repudia essa postura. Mas também não impede a distinção que estamos fazendo entre as duas modalidades de atuação estatal – a participação e a intervenção, tomada esta última em sentido restrito. A primeira com base nos arts. 173 a 177, caracterizando o Estado administrador de atividades econômicas; a segunda fundada no art. 174, em que o Estado aparece como *agente normativo e regulador da atividade econômica*, que compreende as funções de *fiscalização, incentivo e planejamento*, caracterizando o Estado regulador, o Estado promotor e o Estado planejador da atividade econômica.” (Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 807). Já Paulo Roberto Lyrio Pimenta prefere falar em atuação **direta** e atuação **indireta** do Estado no domínio econômico, sendo que, na primeira, “o Estado age diretamente no campo econômico por meio de empresa pública, sociedade de economia mista, ou subsidiária”, praticando “operações mercantis, atos de interposição na efetivação de trocas, agindo como os demais sujeitos que atuam nos fenômenos econômicos” e na segunda, atua como agente normativo regulador, necessariamente exercendo funções de fiscalização, incentivo e planejamento. “Em outros termos, em tais hipóteses o Estado age exercendo poder de

(art. 173 e 177 da CF)⁴⁰⁴, pela fiscalização, pelo incentivo e pelo planejamento (art. 173, §4º e 174 da CF)⁴⁰⁵.

Numa análise superficial, alguns arriscarão dizer que toda vez que a União pretender intervir na ordem econômica, seja explorando uma atividade industrial ou comercial, seja planejando, seja fiscalizando, seja ainda incentivando, poderá instituir a CIDE para lhe dar o suporte financeiro necessário.

Não é bem assim, contudo.

Em um profundo trabalho sobre a contribuição de intervenção no domínio econômico, Tácio Lacerda Gama afirma que a CIDE não poderá ser instituída relativamente a todas as formas de intervenção do Estado na economia, mas apenas quando se tratar de uma intervenção na modalidade de **incentivo**, entendido este como a indução e estímulo à prática de certos comportamentos, “visando implementar finalidades previstas na Constituição”⁴⁰⁶. As demais outras têm

polícia ou utilizando mecanismos para programar determinados comportamentos dos particulares no campo da liberdade econômica.” (Ob.cit., p. 39-40).

⁴⁰⁴ “Art. 173 da CF. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

“Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do **caput** do art. 21 desta Constituição Federal.” (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006*).

⁴⁰⁵ “Art. 173, § 4º da CF. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

“Art. 174 da CF. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

⁴⁰⁶ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ob.cit., p. 40. Ainda sobre essa modalidade de intervenção na ordem econômica, o incentivo, leciona Diógenes Gasparini: “Qualquer das entidades federadas pode incentivar certa atividade econômica que se revelou insuficiente ao atendimento do mercado ou que

uma forma própria de receber a “contrapartida” dos beneficiários, de sorte a não abrirem espaço para a CIDE, sob pena de *bis in idem*.

A lição é longa mas merece ser transcrita:

“Cotejando as contraprestações⁴⁰⁷ que o Estado pode exigir em razão do desempenho das suas competências no domínio econômico, é possível identificar aquelas de natureza tributária e outras de natureza não-tributária. Entre as prestações tributárias, haverá as taxas pelo exercício do poder de polícia, as taxas pela prestação de serviços públicos e as contribuições interventivas. Já como espécie de prestações não tributárias, relacionam-se os preços públicos e os preços privados. Haverá, também, aquelas atuações que, por sua natureza, não ensejam a instituição de nenhuma contraprestação.”⁴⁰⁸

Segue o autor, agora discorrendo sobre a contraprestação de cada modalidade de intervenção do Estado no domínio econômico:

“Na **exploração direta da atividade econômica**, o Estado atua como empresário, produzindo e fazendo circular bens, assim como prestando serviços, em regime de direito privado. Logo, o valor da sua remuneração deverá ser o preço privado cobrado por esses bens ou serviços.

[...]

Fosse admitido exigir alguma prestação pecuniária além do preço, haveria violação de dois enunciados constitucionais da ordem econômica: o princípio da livre concorrência (artigo 170, inciso IV) e aquele que estabelece a submissão ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, trabalhistas e tributários (artigo 173, §1º, inciso II).

[...]

A **prestação de serviços públicos** pode ser remunerada mediante taxas ou preços públicos. O critério determinante para cobrança de uma ou de outra prestação será a compulsoriedade do serviço. Se

não vem sendo explorada segundo a tecnologia desejada pelo interesse público. Normalmente o incentivo consiste na redução de alíquotas tributárias, na isenção e no fomento.” (Direito Administrativo, p. 760-1). Impõe-se ressaltar que, ainda que qualquer entidade federada possa praticar o incentivo, a CIDE só poderá ser instituída pela União.

⁴⁰⁷ Não se trata aqui, como bem adverte o autor, de uma contraprestação necessariamente simétrica e proporcional à atuação estatal que lhe dá causa, não significando ela uma “relação de custo e benefício entre a atuação e o valor cobrado” (Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico, p. 256).

⁴⁰⁸ Ob.cit., p. 257 e ss.

compulsório, a prestação será tributária e terá natureza de taxa. Caso contrário, configurará preço público.

[...]

A **fiscalização da atividade econômica**, prescrita pelo art. 174 da Constituição, refere-se à regulação do exercício de direitos, prática de ato ou abstenção de fatos, em razão do que prescrevem as normas jurídicas integrantes do Capítulo da “Ordem Econômica”. Isso se ajusta ao conceito de “poder de polícia” prescrito pelo Código Tributário Nacional, em seu artigo 174.

Tratando-se de exercício de poder de polícia sobre as relações econômicas, não há espaço para exigência de qualquer outra espécie de prestação além das taxas.

[...]

O **planejamento da atividade econômica** foi conceituado como a edição de normas gerais e abstratas, por meio de lei ordinária ou complementar, na qual se prescrevem diretrizes para o desenvolvimento de um determinado setor da economia [...]. A produção de normas jurídicas gerais e abstratas, no caso, não gera uma despesa especial. O exercício da competência legislativa atinge toda a sociedade. Por isso é que toda a sociedade deverá arcar com os custos da atividade legiferante, mesmo que haja referência a um setor da atividade econômica.

Com isso, demonstra-se a incompatibilidade de se exigir qualquer contraprestação específica pela edição de norma de planejamento econômico.

Para corresponder à acepção estrita de “**incentivo à economia**” adotada nesse trabalho, foi visto ser necessário preencher os seguintes requisitos: i. criação de órgão, fundo ou despesa; ii. finalidade especialmente delimitada de intervir positivamente num setor da economia previamente definido. iv. previsão em lei, tanto da criação do órgão, quanto das suas competências.

Somente com o preenchimento desses requisitos é possível falar em intervenção do Estado no domínio econômico, na formulação estrita adotada pelo artigo 149 da Constituição Federal.

Por isso, somente nesse caso existirá a possibilidade de serem editadas contribuições de intervenção no domínio econômico.”
(g.n)⁴⁰⁹

Resumindo e aclarando suas explicações, Tácio Lacerda Gama⁴¹⁰ apresenta o seguinte quadro:

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 257 e ss.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 262.

Tipo de atuação Estatal	Contraprestação pela atuação do Estado na Economia
Exploração direta	Preço do bem ou serviço comercializado
Serviço público compulsório	Taxa pela prestação de serviços públicos
Serviço público facultativo	Preço público
Fiscalização	Taxa pelo exercício do poder de polícia
Planejamento	Não há contrapartida específica
<u>Incentivo</u>	<u>Contribuição de intervenção no domínio econômico</u>

À toda evidência, portanto, não podemos dizer que a utilização de recursos financeiros de empreendimentos poluidores na criação e manutenção de unidades de conservação (compensação ambiental) seja uma forma de fomentar a intervenção do Poder Público no domínio econômico, especialmente sob a modalidade de incentivo - que é a que justifica a CIDE.

Em outras palavras, ao determinar a aplicação de recursos na melhoria das condições ambientais de espaços territoriais especialmente protegidos, o Estado não está buscando meios financeiros para promover uma intervenção na ordem econômica mas sim – e simplesmente - obrigando o causador de um impacto ambiental a compensar o ambiente e a coletividade pelo mal causado pela sua atividade poluidora.

Não estamos com isso dizendo que o Poder Público nunca poderá intervir na ordem econômica para proteger e obrigar respeitar o meio

ambiente. Poderá, certamente. E, em planejando fazê-lo, desde que na modalidade de incentivo, poderá instituir a CIDE para viabilizar financeiramente sua intervenção.

Contudo, nem toda atuação do Estado em prol do meio ambiente deve ser classificada como intervenção no domínio econômico, na modalidade incentivo. No mais das vezes representarão o exercício de seu poder de polícia ou de outros deveres e poderes constitucionais.

Portanto, antes de inadvertidamente chamar a compensação ambiental de contribuição de intervenção no domínio econômico, é preciso verificar-se se o produto financeiro da compensação servirá, de fato, a uma atividade interventiva do Estado e, especialmente, na modalidade de incentivo. Veremos a seguir que não.

Ainda que o ato de exigir a compensação ambiental possa ser entendido como uma manifestação do poder de polícia do Estado - nesta situação agindo como interventor da ordem econômica -, a compensação não pode assumir a forma jurídica de uma CIDE pois, como vimos, o que justifica a cobrança desta última não é o fato gerador do tributo (exercício do poder de polícia) mas a destinação dos recursos a uma atividade interventiva – e na forma de incentivo.

Ora, se a **exigência** da compensação ambiental pode ser uma atividade interventiva, a **implementação, manutenção e gestão** de unidades de conservação (para as quais o dinheiro da compensação será revertido) não são. A CIDE só se justifica se os recursos por ela gerados forem usados numa atividade interventiva. Não sendo a implantação de Unidades de Conservação uma atividade interventiva – e de fato não o é, pois se trata, em verdade, do cumprimento de uma meta política ou de um dever constitucional⁴¹¹ -, não atende ela ao requisito essencial da CIDE.

⁴¹¹ Estamos com Roque Antonio Carrazza quando professa que por mais relevantes que possam ser “a concessão de subsídios, o financiamento de programas ambientais e o financiamento de infraestrutura de transportes, estes fatos não têm como pressuposto o escopo de intervir no domínio

Em nosso sentir, a compensação ambiental somente se constituiria em uma CIDE se o Poder Público exigisse de indústrias e demais atividades econômicas sujeitas ao licenciamento ambiental (**segmento produtivo**) o pagamento de valores monetários (**CIDE**) pelo fato de desenvolverem atividades econômicas altamente degradadoras (**fato gerador**), com o objetivo de empregar os valores amealhados no custeio de sua intervenção na ordem econômica, na modalidade incentivo, para benefício ou controle do mesmo segmento produtivo que pagou o tributo. Mas não é esse o caso.

Mesmo se entendendo que as contribuições de intervenção no domínio econômico são utilizadas pela União para “direcionar os contribuintes a certos comportamentos, comissivos ou omissivos, úteis ao interesse coletivo”⁴¹², como instrumento de extrafiscalidade, não podemos aceitar a compensação ambiental como uma CIDE.

Ora, a compensação ambiental não quer direcionar ou desestimular nenhum comportamento do empreendedor, quer é diminuir de alguma forma o prejuízo suportado pela coletividade em virtude dos impactos ambientais não mitigáveis de seu empreendimento. A compensação não quer, por exemplo, fazer o empreendedor desistir do empreendimento, alterar a sua natureza ou reduzi-lo de tamanho para, com isso, evitar os impactos ambientais. Muito pelo contrário, considerando que o empreendimento será mesmo concretizado, buscará remediar as suas conseqüências inafastáveis – aquelas que, mesmo com todas as medidas mitigadoras existentes, verificar-se-ão no caso concreto.

É esse também o pensamento de Ana Alice Moreira de Melo, defendido em sua Dissertação de Mestrado sobre a compensação ambiental:

econômico. Representam, apenas, *metas políticas*, que, como tais, devem ser atendidas, não com contribuições interventivas, mas com as receitas gerais da União, representadas basicamente pelos impostos.” (Ob.cit., p. 567-8).

⁴¹² CARRAZZA, Roque Antonio. Ob.cit., p. 563.

“Embora a CIDE seja uma opção, teoricamente viável, de tributação com fins ambientais, a União não visa, por meio da compensação ambiental, intervir no domínio econômico regulando determinada atividade, mas sim aplicar o princípio constitucional da responsabilidade ambiental objetiva, impondo aos empreendedores de forma geral a obrigação de compensar os impactos negativos não mitigáveis decorrentes, inevitavelmente, de sua atividade, garantindo, com isso, o desenvolvimento sustentável.”⁴¹³

Além de tudo quanto exposto para afastar a compensação ambiental da CIDE, temos, por derradeiro, que esta contribuição só pode ser instituída e cobrada pela União, de acordo com o art. 149 da Constituição Federal, e a compensação ambiental, ao contrário, pode ser exigida por qualquer ente federado, desde que em procedimentos de licenciamento ambiental de sua competência.

Passemos agora às **contribuições sociais**.

Podemos vislumbrar as contribuições sociais sob duas vertentes finalísticas: (i) contribuições para a Seguridade Social⁴¹⁴, tal como previsto no art. 195 da CF e (ii) contribuições gerais, para financiar outras áreas de atuação do Estado.

Como a criação e a implantação de unidades de conservação nada têm a ver com a Seguridade Social, a primeira vertente fica afastada de plano da compensação ambiental, sendo desnecessário o detalhamento de seu regime jurídico nesta oportunidade.

O mesmo não se pode dizer, apressadamente, das contribuições gerais, considerando que alguns doutrinadores chegam até mesmo a

⁴¹³ Compensação ambiental, p. 52.

⁴¹⁴ De acordo com o art. 194 da CF, a seguridade social “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

aventar a possibilidade da compensação prevista na Lei do SNUC ser considerada uma **contribuição social geral com finalidade ambiental**.

Em nosso sentir a compensação ambiental não tem a natureza jurídica de contribuição social geral haja vista que, de acordo com a melhor doutrina, não se pode criar outras contribuições gerais que não as previstas na própria Constituição Federal, quais sejam: contribuição para a saúde e ensino (art. 167, inc. IV), contribuição social do salário-educação (art. 212, §5º)⁴¹⁵, contribuição para o PIS (art. 239)⁴¹⁶ e contribuição para o serviço social privado e de formação profissional vinculada ao sistema sindical (art. 240)⁴¹⁷.

Na lição de Hugo Brito Machado, as contribuições sociais gerais válidas são apenas as mencionadas nos dispositivos constitucionais suso mencionados, pois

“em face da amplitude das atividades de cunho social, admitir tais contribuições implicaria admitir desmedida elasticidade na competência tributária da União, deixando sem sentido os artigos 154, I e 195, §4º, que tratam de competências residuais para impostos e contribuições de seguridade.”⁴¹⁸

⁴¹⁵ “Art. 212, § 5º da CF. A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

⁴¹⁶ “Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo.

§ 1º - Dos recursos mencionados no "caput" deste artigo, pelo menos quarenta por cento serão destinados a financiar programas de desenvolvimento econômico, através do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, com critérios de remuneração que lhes preservem o valor.”

⁴¹⁷ “Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.”

⁴¹⁸ As contribuições no sistema tributário brasileiro, p. 9-10. E o autor mantém o seu posicionamento inclusive diante da decisão do STF, nas ADINs 2556 (proposta pela Confederação Nacional da Indústria – CNI) e 2568 (proposta pelo Partido Social Liberal) admitindo a validade das contribuições sociais instituídas pela Lei complementar 110/2001, devidas, pelo empregador, nas despedidas sem justa causa, e vertidas para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS.

Além disso, continua o autor,

“o próprio Estado tem função social. Tudo o que o Estado realiza, pelo menos no plano do dever ser volta-se para o social. Assim, é extremamente fácil para o governo justificar qualquer ação estatal com o argumento de que elas são desenvolvidas no interesse social. Em conseqüência, é extremamente fácil para o governo instituir as mais diversas contribuições sociais, passando a tê-las como fonte de custeio de quase todas as atividades estatais, de sorte a tornar praticamente prescindíveis os impostos.”⁴¹⁹

Apesar de identificarmos uma relação profunda, umbilical entre a qualidade ambiental e a saúde físico-psíquica dos seres humanos, não nos parece possível a criação de uma “contribuição social ambiental”, de sorte que a compensação ambiental não pode ser tida como uma contribuição social geral, ou seja, um imposto especial afetado a uma finalidade.

Por outro lado, cumpre esclarecer que a idéia de reputar a compensação ambiental uma contribuição social geral se deve ao entendimento de alguns doutrinadores, de que as contribuições sociais gerais têm um caráter amplo, podendo ser criadas para auxiliar financeiramente o Poder Público em inúmeras atividades no campo social, sob sua responsabilidade constitucional - todas aquelas listadas no Título VIII da Constituição Federal - da Ordem Social.

Esse o posicionamento de Ricardo Berzosa Saliba que, como dissemos anteriormente, sustenta que a compensação pode ser considerada, sim, uma contribuição social geral, criada para fazer frente a questões de ordem social, que não àquelas ligadas à seguridade social, que envolvam, por exemplo, “a Educação, a Cultura, o Desporto, a Ciência e a Tecnologia, a Comunicação Social, o Meio Ambiente, a Família, a Criança, o Adolescente, os Idosos e também os Índios.”⁴²⁰

⁴¹⁹ Ob.cit., p.10.

⁴²⁰ Ob.cit., 209-210.

A prevalecer, contudo, o entendimento doutrinário majoritário, as contribuições sociais gerais não podem ser criadas para atender a todas às finalidades supra mencionadas, o que impede seja o meio ambiente – e as unidades de conservação, beneficiárias da compensação ambiental – o destinatário final de uma contribuição social geral.

5.3.1.2 Taxa

Diferentemente do imposto, a taxa é um tributo **vinculado a uma atuação estatal**. Significa dizer que “é preciso que o Estado faça algo em favor do contribuinte, para dele poder exigir, de modo válido, esta particular espécie tributária.”⁴²¹

Nos termos do art. 145, inc. II da Constituição Federal e art. 77 do Código Tributário Nacional, a taxa tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição.

Nota-se, portanto, que há dois tipos de taxas: **de polícia** e **de serviço**. Nenhuma delas, porém, abarca em seu regime jurídico a compensação ambiental.

5.3.1.2.a Taxa de polícia

Como a compensação ambiental é exigida no âmbito do licenciamento ambiental, há uma certa tentação em entendê-la como uma taxa de polícia.

⁴²¹ CARRAZZA, Roque Antonio. Ob.cit., p. 503.

Com efeito, o licenciamento ambiental é uma atividade de polícia do Estado e, como tal, tem seu custo repassado para o empreendedor – para todo e qualquer empreendedor e não apenas para aqueles cujo empreendimento seja causador de impacto significativo não mitigável/não evitável e sujeito ao EPIA/RIMA – mediante a cobrança da taxa de polícia (que, no âmbito federal, é chamada de “custo de análise”⁴²² e, dependendo do Estado, recebe designação própria, como, por exemplo, “preço para expedição de licença”⁴²³ ou “pagamento de preço de análise”⁴²⁴, no Estado de São Paulo).

É bom que se esclareça, porém, que o valor pago a título de compensação ambiental não se confunde com a taxa de polícia cobrada pelo licenciamento ambiental, já que não é exigida dos empreendedores pelo fato de utilizarem a “máquina estatal” de polícia mas em virtude de gerarem, com sua atividade, impacto ambiental significativo e inafastável. Assim, não se destinam a “remunerar” o exercício da atividade de polícia estatal – tanto é verdade que os recursos daí decorrentes não ficam para o órgão ambiental; são inteiramente aplicados em unidades de conservação previamente escolhidas.

Bem observa Marília Passos Torres de Almeida que a compensação ambiental não tem o caráter retributivo próprio das taxas, haja vista se tratar de uma forma de reparação de danos a que está sujeito o empreendedor e não uma forma de remuneração do Poder Público por atividade por ele exercida. Dessa forma, fica afastada da taxa de polícia pelo simples fato de não ter por objetivo “fazer

⁴²² A Resolução CONAMA 237/1997 prevê a cobrança de uma taxa de polícia pelo licenciamento ambiental (e justamente por ser taxa, dispõe que lei deverá instituí-la), que chama de *custo de análise*: “O custo de análise para a obtenção da licença ambiental deverá ser estabelecido por dispositivo legal, visando o ressarcimento, pelo empreendedor, das despesas realizadas pelo órgão ambiental competente”.

⁴²³ Decreto estadual 8.468/1976, art. 72 e ss.

⁴²⁴ Decreto estadual 47.400/2002, art. 12.

face ao Poder de Polícia, controle a ser exercido pelo Poder Público, pois esse já é efetuado no âmbito do processo de licenciamento.”⁴²⁵

Daí a inevitável conclusão: o licenciamento ambiental é um ato de polícia mas a compensação ambiental não. Assim, os recursos pagos pelo empreendedor para custear o licenciamento ambiental são considerados taxa de polícia e os recursos pagos a título de compensação ambiental não.

5.3.1.2.b Taxa de serviço

Se a compensação ambiental não se reveste da natureza jurídica de taxa de polícia, como argumentado acima, *a fortiori* não se reveste da natureza de taxa de serviço. Senão vejamos.

A taxa de serviço, de acordo com a Constituição Federal, só pode ser instituída em razão da “utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição” (art. 145, inc. II, 2ª parte).

Serviço público, em sentido estrito – e no sentido que lhe dá a Constituição⁴²⁶ – é o oferecimento, pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, de utilidades materiais aos administrados, tais como água, telefone, coleta de lixo,

⁴²⁵ Compensação ambiental na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação – Lei 9.985/00, p.318.

⁴²⁶ No sentido mais amplo e vulgar, serviço público engloba toda a atuação do Estado, por seus três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário. O sentido técnico, porém, reduz o serviço público a determinadas atividades da função administrativa do Estado. Assim, o juiz, ao julgar, não presta serviço público, da mesma forma que o legislador, ao editar leis. Frise-se, ainda, que nem todas as atividades da função administrativa constituem serviço público. O exercício do poder de polícia e a construção de obra pública, por exemplo, são atividades exercidas pelo Poder Público em sua função administrativa, absolutamente relevantes para a coletividade mas não são admitidas no conceito restritivo de serviço público. A esse respeito, vide as esclarecedoras explicações de Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, p. 638 e ss.

iluminação pública e iluminação residencial etc., consideradas pela Constituição como de máxima relevância para a sociedade (daí ser público e não privado).

Lúcia Valle Figueiredo oferece-nos um conceito mais preciso de serviço público:

“Serviço público é toda atividade material fornecida pelo Estado ou por quem esteja a agir, no exercício da função administrativa se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente, relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada sob regime prevalente de Direito Público.”⁴²⁷

Para a cobrança da taxa de serviço, não basta que haja um serviço público prestado à coletividade. É preciso que se trate de um serviço específico e divisível (consequentemente, os serviços universais e indivisíveis não serão remunerados por taxas de serviços e o seu fornecimento será custeado pela verba dos impostos).

Específico é o serviço referido a uma pessoa ou a um grupo determinado de pessoas, sendo, por isso, também chamado de *singular*⁴²⁸; *divisível* é o serviço que pode ser mensurado individualmente, de modo a indicar “quanto” cada administrado ou grupo de administrados usufruiu.

Se a taxa de serviço só pode ser instituída para remunerar um serviço público singular e divisível, onde não houver serviço público, não haverá causa para a cobrança da taxa correspondente.

⁴²⁷ Curso de Direito Administrativo, p. 75-6.

⁴²⁸ Os serviços singulares (ou *uti singuli*) contrapõem-se aos serviços gerais, também chamados universais (ou *uti universi*), que, “alcançam a comunidade, como um todo considerada, beneficiando número indeterminado (ou, pelo menos, indeterminável) de pessoas” (CARRAZZA, Roque Antonio. Ob. cit., p. 505). Justamente por não serem mensuráveis individualmente, os serviços públicos gerais são remunerados, indiretamente, via imposto, nunca via taxa de serviço.

Daí a certeza de que a compensação ambiental não é uma taxa de serviço, afinal, não se vislumbra, nem no licenciamento ambiental (em que é exigida a compensação ambiental) tampouco no ato da exigência da compensação ambiental e muito menos ainda na implantação de unidades de conservação, um serviço público (geral ou singular, divisível ou indivisível) prestado pelo Estado, mais precisamente pelo órgão de meio ambiente.

Também afastando expressamente a natureza jurídica de taxa de serviço da compensação ambiental estão as doutrinadoras Senise Freire Chacha e Lúcia Helena da Silva⁴²⁹ e Marília Passos Torres de Almeida⁴³⁰, já que a compensação ambiental diz respeito a uma reparação do dano causado por um empreendimento de grande porte e não a uma contraprestação efetiva de um serviço público.

5.3.1.3 Contribuição de Melhoria

De acordo com o art. 81 do Código Tributário Nacional, a contribuição de melhoria

“é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.”

A hipótese de incidência da contribuição de melhoria é realização de obra pública com a consequente valorização de propriedade imobiliária. Nenhuma semelhança, portanto, com o que “poderia” ser a hipótese de incidência da compensação ambiental, fosse ela um tributo, qual seja, o desenvolvimento de atividades causadoras de degradação ambiental.

⁴²⁹ A natureza jurídica da compensação ambiental, p.86.

⁴³⁰ *Ibidem*, mesma página.

Absolutamente claro, por conta disso, que a compensação ambiental nada se aproxima da contribuição de melhoria, visto que o empreendedor não é obrigado a desembolsar recursos em função de valorização imobiliária decorrente de obra pública (essa, a única forma de se caracterizar como referido tributo), mas em função dos impactos ambientais não mitigáveis gerados por seu empreendimento.

5.3.2 Preço público

Preço público, também chamado de tarifa, consiste na remuneração de um ente estatal pela exploração ou uso de um bem ou serviço público não essencial por um particular ou, na melhor explicação de José Marcos Domingues, são receitas originárias que “destinam-se a remunerar a aquisição do direito de propriedade ou de uso e gozo efetivo de bens públicos – patrimônio do Estado (bens materiais), assim como serviços públicos (bens imateriais) efetivamente prestados sem caráter de compulsoriedade.”⁴³¹.

O preço público não é uma espécie tributária, tendo natureza contratual e voluntária (não compulsória).

Para a compensação ambiental ter a natureza jurídica de serviço público, deveria ela corresponder a uma remuneração paga pelo empreendedor pela utilização dos recursos ambientais. Não é este o perfil da compensação ambiental, porém.

De qualquer forma, impõe-se desvendar os argumentos dos adeptos desta corrente.

⁴³¹ Cobrança pelo uso da água: natureza jurídica. As cobranças estaduais, p. 307.

5.3.2.1 A cobrança de preço público na implementação do princípio do usuário-pagador

No Direito Ambiental, o preço público tem lugar na efetivação do princípio do usuário-pagador que, por sua vez, preconiza que aquele que utilizar recursos ambientais com fins econômicos deve pagar uma contribuição.⁴³²

Assim o é porque muitos recursos ambientais, como a água e os minerais, apesar de serem bens difusos (o próprio art. 225 da CF é categórico em afirmar que os bens ambientais são de uso comum de todos), sob administração do Poder Público⁴³³, são, por vezes, apropriados individualmente por pessoas e empresas, tanto para usos privados como para usos comerciais/industriais.

Quando alguém usa um bem que não lhe pertence – e os bens ambientais, por pertencerem a todos, não pertencem a ninguém com exclusividade – deve dar uma retribuição ao(s) titular(es) deste bem ou, no caso de bens difusos, ao(s) seu(s) gestor(es).

Segundo Marcelo Abelha Rodrigues, sendo os bens ambientais de uso comum de todos, “aquele que se utiliza dos componentes ambientais de forma incomum deverá pagar a conta pelo uso invulgar, ainda que ‘devolva’ o

⁴³² Dispõe o art. 4º, inc. VII da Lei 6.938/1981 que a Política Nacional do Meio Ambiente visará à imposição “ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.”

⁴³³ Já tivemos a oportunidade de esposar nosso entendimento sobre a natureza jurídica dos bens ambientais (A proteção da fauna sob a ótica constitucional, p. 24 e ss.): são bens difusos – portanto nem públicos, nem privados -, pertencentes indivisivelmente a um número indeterminável de pessoas, ligadas entre si por circunstâncias de fato, exatamente nos termos da definição de direitos e interesses difusos dada pelo Código de Defesa do Consumidor, art. 81, par. único, inc. I. Por conta disso, deve-se entender que quando a Constituição e outras leis se referem a bens ambientais como bens públicos ou pertencentes a pessoas jurídicas de direito público, querem, na verdade, dizer que ao Poder Público ou a tais pessoas jurídicas de direito público cabe a administração e gestão destes bens e não propriamente lhes atribuir o domínio. Nessa mesma linha, a preleção de Álvaro Luiz Valery Mirra: “o Estado, em matéria de meio ambiente, atua como simples administrador de um bem que pertence à coletividade e não como proprietário desse bem” (Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil, p. 8).

componente ambiental nas mesmas ou em melhores condições do que quando o tomou por empréstimo”, dado que, “pelo menos por algum momento, teria havido um cerceamento do uso normal do bem ambiental, ou, por outro lado, se privilegiou para algum usuário o uso invulgar de um bem que a todos pertence.”⁴³⁴

Antonio Herman Benjamin, endossando a colocação supra, arremata que o usuário deve pagar pelo uso do bem ambiental que é de todos para evitar a situação que chama de “subsídio”. Isso porque, “se o recurso é coletivo e uns poucos o estão utilizando sem qualquer compensação pelo seu esgotamento ou uso, então a conta está sendo coberta pelo público em geral.” E, ainda mais grave, a mesma coletividade que não está sendo compensada pelo uso do bem, está suportando “as despesas com medidas destinadas a protegê-los.”⁴³⁵

A retribuição financeira pelo uso do bem ambiental se dá para o Estado, a uma porque seria impossível distribuir tais recursos entre sujeitos indeterminados e indetermináveis (a coletividade, titular dos bens ambientais), a duas porque o Estado é o gestor deste bem e, bem cumprindo o princípio do usuário-pagador, acabará por aplicar o valor obtido na melhoria do bem utilizado.⁴³⁶

É nessa linha que a Lei 9.433/1997, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, estabelece a cobrança pelo uso da água – cobrança essa com a natureza de preço público⁴³⁷ – sob o pretexto de fazer com que a água

⁴³⁴ Elementos de Direito Ambiental, p. 228.

⁴³⁵ Responsabilidade civil pelo dano ambiental, p. 19.

⁴³⁶ Toshio Mukai, por entender que o art. 225 da Constituição atribuiu a natureza jurídica de bem difuso ao meio ambiente, rechaça a possibilidade de cobrança de preço público pelo uso de bens ambientais, salvo com relação à água visto que o art. 20 da mesma Constituição afirma se tratar de um bem público. “...os recursos ambientais, salvo os hídricos e o subsolo (que é bem público da União, distinto do solo (art. 176 da CF), não podem ser considerados públicos, constitucionalmente, como quis o inc. I do art. 2º da Lei 6.938/81, razão por que é essa disposição inconstitucional, assim como o inc. VII do art. 4º da mesma lei, em sua parte final, por não terem sido recepcionados pela nova Constituição. Portanto, quanto aos demais recursos ambientais, por não serem considerados públicos pela Constituição, a cobrança de preço público pela sua utilização exclusiva será inconstitucional e ilegal.” (Direito Ambiental Sistematizado, p. 58).

⁴³⁷ Nesse sentido: GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito de Águas, p. 224; MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente, p. 661; SILVA, Fernando Quadros da. A gestão dos recursos hídricos após a Lei 9.433, de 08 de janeiro de 1997, p. 84. MUKAI, Toshio. Direito Ambiental Sistematizado, p. 52 e ss;

seja vislumbrada como bem econômico e tenha reconhecido seu real valor, de incentivar a racionalização de seu uso e, por fim, de obter recursos para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos⁴³⁸.

E também é nessa linha que o Código de Mineração (Decreto-lei 227/1967, alterado pela Lei 9.314/1996), em seu art. 20, inc. II, institui a “taxa anual por hectare” que, apesar do nome, nada mais é do que um preço público exigido para autorização de pesquisa em jazida.⁴³⁹

Aqueles que associam a compensação ambiental ao princípio do usuário-pagador, defendem que a sua natureza jurídica é a de preço público, ou seja, a de um valor cobrado do empreendedor pela utilização dos bens ambientais.

Defensor dessa corrente, Ricardo Carneiro expõe seus argumentos:

“Ora, a utilização de recursos naturais por parte das atividades econômicas produtivas implica necessariamente uma interferência, em graus e formas variadas, no equilíbrio ecológico do meio ambiente, enquanto bem de uso comum e patrimônio da inteira coletividade. Ocorre, portanto, uma apropriação privada de um bem de titularidade difusa, sem que a sociedade seja por isso devidamente compensada em razão dos custos sociais decorrentes que lhe são impostos. Aqui reside, pois, o fundamento mediato da implementação de medidas compensatórias, alicerçada, em derradeira hipótese, na segunda parte do inciso VII do art. 4º da Lei 6.938/1981, que insere, dentre os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, a imposição ao usuário do dever de contribuir pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.”⁴⁴⁰

DOMINGUES, José Marcos. Cobrança pelo uso da água: natureza jurídica. As cobranças estaduais, p. 308 e ss.

⁴³⁸ Art. 12 da Lei 9.433/1997.

⁴³⁹ O STF já solidificou o entendimento de que a taxa anual por hectare é um preço público - e não um tributo - decorrente da exploração pelo particular de um bem da União (ADIn 2.586-DF, j. 16.05.2002).

⁴⁴⁰ A Reserva Particular do Patrimônio Natural – RPPN como beneficiária da compensação ambiental prevista na Lei 9.985/2000, p. 282.

Continua o autor, reforçando sua adesão à corrente que coloca a compensação ambiental no âmbito do princípio do usuário-pagador, rechaçando a corrente que a põe sob o manto do princípio do poluidor-pagador:

“Dessa forma, a exigência de medidas compensatórias se assenta no princípio do usuário-pagador, demandando uma contrapartida do empreendedor pelo uso regular e lícito dos recursos ambientais. Em nada se relaciona, ipso facto, com o princípio do poluidor-pagador, o qual, na legislação brasileira, se consubstancia na responsabilidade ambiental, devendo o agente responsável por atividade lesiva ao meio ambiente recuperar ou indenizar os danos a que der causa. Disso decorre que as medidas compensatórias não têm caráter reparatório – posto que de dano ambiental aqui não se cuida – e sim retributivo.”⁴⁴¹

Quer nos parecer que esse raciocínio reduz a compensação ambiental a uma contraprestação paga por aqueles que utilizam recursos ambientais quando, na verdade, sua natureza é mais abrangente pois alcança até aqueles empreendimentos que não utilizam ou exploram recursos naturais.

Por isso é preciso diferenciar o pagamento pelo uso de bens ambientais, em nome do princípio do usuário-pagador, do pagamento feito para compensar os prejuízos ambientais que um empreendimento causará, ante o fato de não haver tecnologia disponível para impedi-los.

Como o princípio do usuário-pagador tem por escopo garantir a quantidade e a perenidade dos recursos ambientais utilizados, acaba por incidir até mesmo quando inexistente qualquer impacto ambiental⁴⁴². Ora, mas se o pressuposto da compensação ambiental é justamente o impacto ambiental negativo (e não o uso dos bens ambientais), não vemos como identificar este instituto jurídico com o princípio em apreço.

⁴⁴¹ *Ibidem*, mesma página.

⁴⁴² É como ensina Marcelo Abelha Rodrigues: “...o usuário pagador obriga a arcar com os custos do ‘empréstimo’ ambiental, aquele que beneficia do ambiente (econômica ou moralmente), mesmo que esse uso não cause qualquer degradação. Em havendo degradação, deve arcar também com a respectiva reparação. Nesta última hipótese diz-se que o usuário foi poluidor.” (Ob.cit., p. 227).

Dessa forma, esposamos nossa conclusão de que a compensação ambiental não se reveste da natureza jurídica de preço público, tampouco encontra abrigo no princípio do usuário-pagador, porque sua finalidade não é pagar ao Estado uma contraprestação pelo uso ou exploração de um bem público ou difuso; é compensar os prejuízos a serem causados ao meio ambiente, por determinados empreendimentos, que o estado da arte não consegue afastar.

Por conseguinte, ela, compensação ambiental, será exigida do empreendimento causador de impactos ambientais negativos não mitigáveis, sendo irrelevante se este empreendimento utilizará em sua atividade, ou não, um bem público ou difuso, ou melhor, um bem ambiental.

Partilhando desse mesmo entendimento, Paula Rin Souza e Lia D. Chagas Dornelles professam:

“A compensação, por sua vez, tem peculiaridades que a diferenciam do preço público, visto não estar pagando pela utilização de um bem da União [...] mas indenizando um bem da coletividade que foi suprimido em razão de uma atividade particular...”⁴⁴³

O que pode ocorrer no concreto é o empreendedor ser forçado a pagar uma determinada quantia (preço público) como usuário-pagador de um bem ambiental e, concomitantemente, um outro *quantum* como causador de impacto ambiental significativo não evitável (compensação ambiental). É o caso, por exemplo, de uma indústria potencialmente poluidora que despeja seus efluentes líquidos, após o devido tratamento, nos corpos d'água receptores⁴⁴⁴. Por este despejo, pagará à Agência Nacional das Águas – ANA⁴⁴⁵ uma certa quantia a título de retribuição pelo

⁴⁴³ Parecer/AGU/PGF/IBAMA/PROGE nº 286, de 20 de junho de 2003, p.6.

⁴⁴⁴ Vide Lei 9.433/1997 (art. 12, inc. III e art. 21, inc. II), Resolução CONAMA 357/2005 (art. 24 e ss.) e art. 208 da Constituição do Estado de São Paulo.

⁴⁴⁵ Art. 4º, inc. IX da Lei 9.984/2000.

uso da água; pelos impactos não elimináveis apurados no licenciamento ambiental, pagará a compensação ambiental.

5.3.3 Reparação de danos ambientais futuros

Pelo entendimento que temos da compensação ambiental, fazemos coro à corrente que sustenta ser ela uma **reparação de danos ambientais futuros**⁴⁴⁶, ou seja, uma **reparação antecipada** ou **ex ante**, devida em virtude de danos não mitigáveis/não evitáveis, identificados, porém, antes mesmo de sua ocorrência concreta.

A propósito, para ilustrar que esse intuito sempre permeou a compensação ambiental, as duas Resoluções CONAMA que a disciplinaram antes da Lei 9.985/2000, informavam explicitamente que este instituto jurídico tinha por função “a **reparação dos danos ambientais** causados pela destruição de florestas e outros ecossistemas” (art. 1º da Res. CONAMA 10/1987 e art. 1º da Res. CONAMA 02/1996).

Falar em reparação de danos quando ainda danos não há, pode causar espécie. Mas a razão de ser da compensação tem tanta lógica e razoabilidade que uma análise mais profunda para a compreensão deste instituto deve enfraquecer a resistência que alguns ainda lhe opõem.

Façamo-nos entender.

Quando, em Direito Ambiental, fala-se em **compensação** de danos, vem à mente, de imediato, a ocorrência de uma lesão ao meio ambiente irreversível,

⁴⁴⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, p. 791; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Aspectos jurídicos da compensação ambiental, p. 135 e ss.; MELO, Ana Alice Moreira de. Compensação ambiental, p. 41; SOUZA, Paula da Rin; DORNELLES, Lia D. Chagas. Parecer/AGU/PGF/IBAMA/PROGE nº 286, de 20 de junho de 2003, p.5.

que não permitirá a reparação *in natura* ou o retorno ao *statuo quo ante* e que, por isso mesmo, dará lugar à reparação *por equivalente*, mediante o oferecimento de bens e/ou serviços que representem algum benefício ao entorno, ou à reparação pecuniária, mediante o pagamento de valor em dinheiro (ao Fundo Federal ou aos fundos estaduais de defesa dos direitos difusos).

A compensação ambiental prevista na Lei do SNUC não está tão distante desta compensação de danos, já que, igualmente, tem por escopo minorar os efeitos de uma perda ecossistêmica importante com um ganho ecossistêmico diverso (já que o que foi “perdido” não será mais “reconquistado”), mas nem por isso menos relevante.

A mais sensível diferença entre estas duas “compensações” é temporal: a compensação de danos “clássica” é exigida do poluidor ou degradador quando o meio ambiente já sofreu um impacto irreversível – ela age, por conseguinte, posteriormente ao dano - e a compensação ambiental da Lei 9.985/2000 é exigida do empreendedor quando ele estiver prestes a causar um impacto irreversível - e inevitável, agindo, dessa forma, anteriormente ao dano. Em suma, uma é exigida quando o ambiente já foi impactado, a outra quando não for possível impedir o impacto. No primeiro caso, a compensação sucede o dano ambiental e no segundo, a compensação o precede.

Daí o acerto da afirmação feita por Mariana Oliveira Pinto, de que a compensação ambiental da Lei do SNUC consiste numa reparação “peculiar”, com a responsabilidade civil do empreendedor traçada previamente aos danos, isto é, com a concretização do pagamento “antes mesmo do dano efetivamente ocorrer.”⁴⁴⁷

Mas se os impactos ambientais de um dado empreendimento são previstos antes de sua ocorrência, por que não evitá-los, por exemplo, determinando

⁴⁴⁷ Estudos de impacto ambiental e Unidades de Conservação: algumas ponderações sobre a compensação de impactos, p. 299.

o uso da tecnologia disponível que logre neutralizá-los ou mesmo, num caso mais extremo, impedindo a realização da obra ou atividade?

Como já expusemos fartamente no tópico 2.2.5, mesmo com todas as condicionantes estabelecidas pelo órgão ambiental e com a adoção da melhor tecnologia existente à época, as obras e atividades podem, ainda, gerar impacto ambiental negativo – o qual terá que ser suportado em virtude dos benefícios sociais e gerais que o empreendimento proporcionará à coletividade.

Nessa esteira, Paulo de Bessa Antunes diz existirem danos social e ecologicamente aceitáveis:

“Quando um determinado empreendimento está sendo examinado por um órgão ambiental, cabe à administração, em juízo de ponderação entre benefícios e custos, definir a quantidade de danos ambientais que é social e ecologicamente aceitável. Sim, por mais estranho que possa parecer, a nossa sociedade admite que existam danos aceitáveis.”⁴⁴⁸

O pensamento de Marcelo Abelha Rodrigues segue na mesma direção:

“...como o bem ambiental serve à função ecológica e à função econômica, necessariamente haverá muitas situações de conflito entre esses dois valores, de modo que, em consonância com a própria política nacional do meio ambiente – segundo a qual se deve compatibilizar o desenvolvimento econômico com a proteção do meio ambiente – não raro se permitirá/autorizará/licenciará atividades e empreendimentos, ainda que sejam impactantes do equilíbrio ecológico (art. 4º, I da Lei 6.938/81).”⁴⁴⁹

⁴⁴⁸ Recuperação, mitigação, compensação ou contrapartida. Disponível em <<http://arruda.rits.org.br/notitia/servlet/newstorm.ns.presentation.NavigationServlet?publicationCode=6&pageCode=94&textCode=15752&date=currentDate&contentType=html>>. Acesso em 16 nov.2006. Na mesma oportunidade, o autor comenta que, porém, nem sempre tais análises “são realizadas de forma adequada e, em seu nome, já se cometeu muita barbaridade.”

⁴⁴⁹ Aspectos jurídicos da compensação ambiental, p. 136.

É verdade, então, que alguns impactos ambientais negativos terão que ser tolerados. Mas o sacrifício terá que ser compartilhado entre a população e o empreendedor. Já que aquela sofrerá a perda parcial da qualidade ambiental em decorrência da obra ou atividade desenvolvida por este, este deverá minorar essa perda oferecendo um outro ganho ambiental – eis aí a compensação ambiental, cujo ganho, no caso de empreendimentos enquadrados no art. 36 da Lei 9.985/2000, estará relacionado à proteção e melhoria das unidades de conservação.

Reclamam os opositores da compensação ambiental que sua imposição se revela destituída de causa, vez que o órgão ambiental só pode licenciar os empreendimentos que eliminem ou reduzam ao mínimo possível os impactos negativos e que, se assim o fizerem, não causarão impactos irreversíveis. Sem os impactos irreversíveis, desaparece a razão de ser da reparação prévia⁴⁵⁰, pois a reparação não tem lugar onde não há dano.

O argumento é sedutor, mas não se sustenta.

Isso porque, como já expusemos de início (cf. tópico 2.2.5), não é verdade que só serão licenciados os empreendimentos destituídos de qualquer impacto ambiental.

O próprio IBAMA, órgão ambiental federal, afirma a impossibilidade de mitigação de determinados impactos ambientais e justifica neste dado real a necessidade de se compensar a coletividade pelo prejuízo certo, inafastável, porém “jurídica e socialmente suportável”:

⁴⁵⁰ Veja-se o exemplo constante da petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria (ADIN 3378): “Se o EIA/RIMA não previr, no âmbito do processo de licenciamento, a eliminação e/ou a mitigação dos impactos ambientais significativos, não será deferida a licença ambiental. Por que, então, pagar compensação ambiental, se não haverá significativo impacto ambiental, que constitui o suporte jurídico que respalda a sua cobrança?...por que teriam os empreendedores de pagar a compensação ambiental, na potencialidade de dano significativo de seu empreendimento, se não causarão significativo impacto ambiental na operação de suas atividades, já que terão que ser eliminados ou mitigados ao máximo, nos termos do respectivo processo de licenciamento?”.

“[...] alguns impactos não são possíveis de serem mitigados, entre eles a perda da biodiversidade, a perda de áreas representativas do patrimônio cultural, histórico e arqueológico. Neste caso, a única alternativa possível é a compensação destas perdas através da destinação de recursos para a manutenção de Unidades de Conservação ou criação de novas unidades.”⁴⁵¹

Trata-se de uma afirmação delicada, admitimos, pois se está a falar de uma permissão para a causação de impacto ambiental, mediante o pagamento de um valor. Mas, como acertadamente pondera Francisco José Marques Sampaio,

“a possibilidade de determinada atividade vir a causar danos ao meio ambiente não é suficiente para torná-la proibida em caráter absoluto, pois o interesse público de conservação do meio ambiente saudável precisa ser conciliado com o objetivo igualmente relevante de promover-se o desenvolvimento econômico do país.”⁴⁵²

Realmente, admite-se um impacto ambiental negativo. Mas sempre tendo por fundamento, de um lado, os diversos impactos positivos, seja no próprio campo ambiental, seja no social ou econômico, e, de outro, a inevitabilidade de tais impactos - se eles pudessem ser evitados ou mitigados, o órgão ambiental exigiria a eliminação e a mitigação e não as trocarias – pelo menos não as poderia trocar - pelos recursos da compensação.

Marília Passos Torres de Almeida, ao comentar o equívoco desse argumento, usa o mesmo raciocínio por nós esposado:

“A aprovação, pelo órgão ambiental, do licenciamento de um empreendimento, seja de significativo impacto ambiental, ou não, não quer dizer que foi constatado que, de sua instalação e operação, não haverá dano ao meio ambiente.
(...)”

⁴⁵¹ Disponível em <<http://www.ibama.gov.br/compensacao/index.php?p=historico>>. Acesso em 18.10.2006.

⁴⁵² SAMPAIO, Francisco José Marques. Evolução da responsabilidade civil e reparação de danos ambientais, p. 187.

A decisão do órgão ambiental reflete o *sopesar dos impactos positivos e negativos*, bem como a distribuição dos ônus e benefícios para a sociedade, analisando a conveniência do empreendimento. Trata-se, portanto, de uma ponderação de valores a ser feita pela Administração Pública.

Isso que dizer que impactos negativos existirão, cabendo à medidas mitigadoras e de controle ambiental a minimização dos danos ambientais passíveis de serem mitigados e controlados. Em contraponto, para aqueles que não podem ser evitados (como, por exemplo, a supressão de remanescentes de Mata Atlântica), medidas compensatórias não de ser adotadas, uma vez que a sociedade não pode suportar os efeitos negativos gerados para fazer jus ao lucro de particulares.”⁴⁵³

Por isso tudo, acreditamos não haver espaço para se confundir ou se equiparar a compensação ambiental com a “venda do direito de poluir”. Esse direito não existe. O que existe, isso sim, é o direito de todos à dignidade e à qualidade de vida, cujo atendimento pleno demanda a conjugação de diversos fatores, alguns deles, inclusive, conflitantes, como o equilíbrio ambiental e as atividades industriais e econômicas degradadoras, porém fornecedoras de diversos e imprescindíveis bens. A compensação ambiental busca ajustar e harmonizar essas atividades discordantes e não, obviamente, viabilizar os “desejos poluidores” do empreendedor. Tanto é que, em casos de degradação grave ou nas hipóteses em que os benefícios propostos pelo projeto não sejam expressivos, se comparados aos seus impactos negativos, nem a compensação ambiental logrará justificar o empreendimento, o qual, por conseguinte, não será licenciado.

Oportuno mencionar que a Resolução SMA 56/2006, do Estado de São Paulo, que trata da graduação de impacto ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, para fins de determinação do percentual da compensação antecipada, deixa claro, em seu art. 4º, que a compensação ambiental “não deve interferir no processo decisório do licenciamento ambiental, sendo aplicada apenas àqueles empreendimentos considerados ambientalmente viáveis.” Em outros termos (e corroborando tudo que afirmamos há pouco): a existência do

⁴⁵³ Compensação ambiental na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação – Lei 9.985/00, p. 320-21.

instituto da compensação ambiental não deve servir de fundamento para todo e qualquer empreendimento, mas apenas para aqueles que tenham viabilidade do ponto de vista ambiental.

5.3.3.1 Reparação de danos futuros e responsabilidade civil

Quando se põe a trabalhar o conceito de responsabilidade, José de Aguiar Dias empresta a doutrina de G. Marton para defini-la como “a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às conseqüências desagradáveis dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pelo preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas.”⁴⁵⁴

Nessa linha de raciocínio, a responsabilidade pode ser utilizada em vários campos do Direito, como um mecanismo punitivo e corretivo das infrações à ordem jurídica cometidas por pessoas físicas e jurídicas. Daí falarmos em responsabilidade civil (violação das normas de cunho civil), responsabilidade penal (violação das normas instituidoras de tipos penais) e responsabilidade administrativa (violação das normas instituidoras de tipos administrativos).

Para o Direito Ambiental, a responsabilidade civil, a penal e a administrativa são de grande importância – revelada, inclusive, pela Constituição Federal, em seu art. 225, §3º. No entanto, para o instituto jurídico da compensação ambiental, é a responsabilidade civil que interessa especificamente, motivo pelo qual este tópico lidará apenas com ela.

A responsabilidade civil é o instituto jurídico que tem por finalidade impor àquele que causar um dano jurídico a outrem (**violação** de um, direito, portanto, de normas jurídicas), o dever de repará-lo (**conseqüência** da

⁴⁵⁴ Da responsabilidade civil, p. 5.

violação da ordem jurídica). A reparação de danos, por conta disso, está sempre atrelada à responsabilidade civil.⁴⁵⁵

Uma vez entendido e aceito que a natureza jurídica da compensação ambiental é a de reparação de danos futuros, um novo questionamento deve ser enfrentado e superado: a relação desta reparação de danos com o instituto da responsabilidade civil.

A questão exsurge porque a reparação de danos sempre esteve – como ainda está - associada à responsabilidade civil, sendo que a responsabilidade civil, de seu turno, tem como pressuposto a ocorrência efetiva e concreta de um dano – o que a doutrina chama de dano *certo* e *atual*. Melhor dizendo, a reparação é decorrência da responsabilidade civil e não há responsabilidade civil sem dano. Logo, sem dano, não há que se falar em reparação.

À vista disso, a reparação prévia, antes da ocorrência do dano, é incomum para o sistema da responsabilidade civil. Como lembram Edis Milaré e Priscila Santos Artigas, “para se determinar a reparação por um dano, não se pode prescindir do pressuposto do efetivo dano ao meio ambiente.”⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ Vê-se, por vezes, a imposição do dever de reparar os danos no âmbito penal, como por exemplo, na transação penal ou na suspensão condicional do processo – medidas alternativas que, na seara ambiental, estão condicionadas à prévia composição dos danos (transação, art. 27 da Lei 9.605/1998) ou à prévia reparação (*sursis* processual, art. 28 da Lei 9.605/1998). Nem por isso a reparação de danos se torna uma sanção penal ou um instituto próprio da responsabilidade penal. Tem-se, neste caso, o Direito Penal emprestando a sua “força” para acelerar ou concretizar a sanção civil. A esse respeito, invocamos as palavras certeiras de Eládio Lecey, em resposta positiva a pergunta sobre a pertinência da função reparadora do direito penal: “Em matéria de meio ambiente, considerando-se a danosidade coletiva e macrossocial das condutas que atentam contra dito bem, difuso por excelência, ainda mais necessária se revela a busca de reparação do dano. E o direito penal, como instrumento de pressão, em razão de sua coercibilidade garantida pelas sanções criminais, mais severas do que as cíveis, e como meio de solução mais pronta aos conflitos, se apresenta útil à efetivação da reparação. Assim, deve o direito penal, embora precipuamente preventivo e punitivo, ser também reparador, possibilitando pronta garantia ao bem jurídico tutelado por suas normas.” (Direito ambiental penal reparador: composição e reparação do dano ao ambiente: reflexos no juízo criminal e a jurisprudência, p. 96).

⁴⁵⁶ Ob.cit., p. 108.

Superando alguns dogmas do sistema da responsabilidade civil, está em gestação um movimento doutrinário em defesa da responsabilidade civil preventiva, que atue antes da ocorrência do dano, diante da simples colocação do meio ambiente em risco.

Um desses doutrinadores, Domingos Sávio de Barros Arruda, chamando de “vetusto” o sistema da responsabilidade civil vigente, afirma duas vertentes: a da responsabilidade civil pelos danos, atuais ou futuros, e a responsabilidade civil que “advém do risco ambiental intolerável.”⁴⁵⁷ Esta última, para se configurar, depende da observância de dois elementos: *conduta* (ação ou omissão que gera um estado de risco ambiental) e *condicionalidade danosa* (circunstância fática, decorrente de uma conduta humana voluntária, configuradora de um risco intolerável ao meio ambiente).⁴⁵⁸

Em encontro interestadual de juízes e promotores realizado na cidade mineira de Araxá, em abril de 2002, o tema foi trazido à baila e, após as discussões entre os participantes concluiu-se que “é preciso desenvolver estudos voltados para estabelecer uma doutrina chamada **responsabilidade civil preventiva**, fundamental para adequação da tutela ambiental sob a ótica da prevenção.” (g.n)⁴⁵⁹

De nossa parte, embora ainda nos mantenhamos firmes no entendimento de que a responsabilidade civil tem como elemento primordial o dano, de sorte a não acreditarmos na responsabilidade civil em função dos riscos – para estes continuamos aplicando o princípio da prevenção e da precaução -, somos da opinião de que o sistema da responsabilidade civil comporta a reparação de danos **futuros**, ainda não causados, porém de ocorrência certa, devidamente antevista.

⁴⁵⁷ Ob.cit., p. 38.

⁴⁵⁸ Ob.cit., p. 59.

⁴⁵⁹ Carta de Princípios para o meio ambiente aprovada no Encontro Interestadual do Ministério Público e da Magistratura para o meio ambiente realizado em Araxá - Princípio 14.

Danos futuros não são meros riscos, que podem ou não concretizar-se. São danos certos, porém, ainda não concretizados.

Naturalmente que a “certeza” do dano futuro não tem a mesma força do dano atual, pois este já existe, pode ser conhecido no concreto. Por isso, a reparação do dano futuro não se dará apenas mediante a certeza absoluta de sua ocorrência mas sim a partir de uma certeza “mitigada”, ou seja, de uma fortíssima e robusta probabilidade⁴⁶⁰, que, no caso dos danos ambientais, será demonstrada pelo “estudo completo, baseado em dados técnicos fornecidos por equipe multidisciplinar e contrastados com análises do órgão ambiental no procedimento de EIA-RIMA.”⁴⁶¹

A aceitação da reparação de danos futuros é evidente em nossa doutrina.

Celso Antonio Bandeira de Mello⁴⁶², ao discorrer sobre o dano indenizável, teoriza que este deve incidir sobre um direito, deve também ser certo (e não apenas possível) e tanto pode ser atual como **futuro**, desde que real.

Aguiar Dias⁴⁶³ é enfático em afirmar que o prejuízo deve ser certo, rechaçando, assim, a reparação de danos hipotéticos⁴⁶⁴, mas deixa claro que o dano certo pode ser atual e futuro, ambos os quais reparáveis.

⁴⁶⁰ Aguiar Dias, associando os lucros cessantes à reparação de danos futuros, afirma que para a indenização daqueles, “a mera possibilidade não basta, mas também não se exige a certeza absoluta”, emendando que o critério acertado de apuração “está em condicionar o lucro cessante a uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares ao caso concreto” (Ob.cit., p. 978).

⁴⁶¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Aspectos jurídicos da compensação ambiental, p. 137.

⁴⁶² Ob.cit., p. 946.

⁴⁶³ Da responsabilidade civil, p. 977.

⁴⁶⁴ É assente nos tribunais que danos hipotéticos, potenciais, não são passíveis de reparação: “Em sede de proteção coletiva e de interesses difusos não se aceita a responsabilização sem a ocorrência de dano efetivo, sabido que o chamado dano potencial não enseja indenização, ainda que a lei disponha que a responsabilidade se escora na teoria do risco e não na teoria da responsabilidade aquiliana” (Ap. Civ 24.495-5/1 – 3ª C.Dir.Público, TJSP, Rel. Des. Rui Stoco – j.03.11.1998)

Sem destoar, Álvaro Luiz Valery Mirra⁴⁶⁵ aceita também a existência de danos futuros, ainda que sua extensão seja momentaneamente indeterminada, mas desde que sejam certos quanto a sua existência.

Ainda sobre os danos futuros, Domingos Sávio de Barros Arruda, ensinando que não se equiparam à mera conjectura ou suposição de dano, assevera:

“Ninguém é capaz de negar a complexidade que, muitas vezes, envolve a configuração do dano ambiental eis que, não raramente, ele resulta de processos cumulativos e/ou sinérgicos, cujos efeitos só se manifestam em momento bem posterior à conduta que lhe deu origem. Ainda assim, nesses casos, o dano que está no porvir deve ser certo, não hipotético ou eventual, isto é, aquele que pode não vir a concretizar-se. O dano futuro, passível de pronta reparação, não se compatibiliza com a mera conjectura ou mesmo plausibilidade de ocorrência, até porque, estas circunstâncias, são próprias do risco. A verdade é que, fora os casos em que os efeitos da conduta não se manifestam no momento presente (dano atual), só será lícito falar em dano ambiental, quando, ao se fazer, concretamente, a avaliação das circunstâncias fáticas apresentadas forem ultrapassadas as fronteiras das possibilidades de dano e se ingressar no terrenos da certeza, em vista dos elementos que apontam, com segurança, sua efetiva ocorrência no futuro.”⁴⁶⁶

Tendo em vista que, como este mesmo autor aduz, o risco é apenas “uma possibilidade de ocorrência futura, enquanto que, na hipótese de dano, o prejuízo é um fato certo, embora possa se verificar no presente, ou mesmo, no porvir”⁴⁶⁷, resta claro que a responsabilidade civil pelos **danos futuros** não equivale à responsabilidade civil pelos **riscos**. A primeira, o ordenamento jurídico já reconhece, a segunda, poderá vir a reconhecer se a doutrina e o sistema evoluírem definitivamente nesse sentido.

⁴⁶⁵ Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente, p. 70.

⁴⁶⁶ Ob.cit., p. 50-1.

⁴⁶⁷ Ob.cit., p. 48.

Caio Mário da Silva Pereira relata que a reparação do dano futuro não encontra objeção doutrinária, apesar de também não ter aprovação unânime e espousa a visão de Planiol, Ripert e Esmein sobre a possibilidade de ressarcimento de um prejuízo ainda não positivado mas com realização desde logo previsível pelo fato da certeza do desenvolvimento atual, em evolução, mas incerto quanto à quantificação. E arremata não ser preciso que “o prejuízo esteja inteiramente realizado, exigindo-se apenas que se tenha certeza de que se produzirá.”⁴⁶⁸

Carlos Roberto Gonçalves, conquanto leciona que o dano reparável deve ser certo e **atual**, emenda que esta regra não é absoluta, admitindo, em certos casos, que o dano seja futuro porém certo “no sentido de que seja suscetível de avaliação na data do ajuizamento da ação de indenização”⁴⁶⁹. E, quanto ao dano ambiental futuro, conclui:

“Na questão do dano ambiental é bastante possível a previsão de reparação de um dano ainda não inteiramente realizado mas que fatalmente se produzirá, em decorrência de fatos já consumados e provados, como nas hipóteses de dano decorrente de atividades nucleares, danos à saúde e aos rios decorrentes do emprego de agrotóxicos, danos aos ecossistemas de uma região em razão de vazamento de oleoduto etc.”⁴⁷⁰

A compensação ambiental prévia, portanto, decorre da responsabilidade civil do empreendedor sem consistir, porém, na reparação de danos já causados (como é mais comum em sede de responsabilidade civil) mas na antecipação da cobrança por danos ambientais a serem efetivados no futuro.

Demais disso, temos também a diferenciar a compensação ambiental, decorrente da responsabilização civil do empreendedor por danos futuros, da responsabilidade civil clássica, a compulsoriedade de uma frente à voluntariedade

⁴⁶⁸ Responsabilidade civil, p. 40.

⁴⁶⁹ Responsabilidade civil, p. 94

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 95.

da outra. Enquanto a responsabilidade civil do causador de danos é compulsória, ou seja, independe da vontade do empreendedor já que, querendo ou não, será forçado a reparar o prejuízo, a compensação ambiental é um ônus do empreendedor que deseja desenvolver uma atividade.

Em termos práticos, se o empreendedor não se desincumbir desse ônus, não será punido, tampouco forçado a fazê-lo. **Como consequência, porém, não obterá as licenças ambientais desejadas e, portanto, a permissão para realizar o seu empreendimento.**

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.”⁴⁷¹

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.⁴⁷²

⁴⁷¹ Ob.cit., p.336.

⁴⁷² Ob.cit., p. 788.

Para alguns, soa estranho 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 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 impactos. 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 expediente processuais para retardar o quanto possível a sua condenação civil.⁴⁷³

Sendo assim, estamos com Marcelo Abelha Rodrigues⁴⁷⁴, 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

⁴⁷³ 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.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, mesma página.

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.

A compensação ambiental determinada antes da implantação da atividade e antes da concretização de um dano, é exigida com base na forte e sólida identificação de um dano, 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, é possível que não se consiga antever, neste procedimento, toda a extensão e a diversidade dos impactos do empreendimento, os quais se revelarão apenas no decorrer do desenvolvimento da atividade licenciada.

Na hipótese de impactos ambientais não previstos no licenciamento ambiental concretizarem-se posteriormente ou mesmo na hipótese de acidentes ambientais igualmente não antevistos no procedimento, poderá o empreendedor livrar-se da reparação ou indenização em virtude de já haver pago a compensação ambiental, atendendo a exigência do art. 36 da Lei 9.985/2000?

Somente uma resposta negativa é a que cabe para 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 pagar 0,5% (ou mais) dos custos do empreendimento para 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 meio de evitá-lo. Se não o fizer e “novos” impactos e danos ao ambiente decorrerem de sua atividade, responderá por eles⁴⁷⁵, sem que isso implique *bis in idem* - mesmo porque esses “novos” impactos e danos sequer chegaram a ser compensados previamente.⁴⁷⁶

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

⁴⁷⁵ 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.

⁴⁷⁶ 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.

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 pagado a compensação ambiental, remanescer um passivo ambiental que lhe possa ser creditado.”⁴⁷⁷

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.”⁴⁷⁸

E para reforçar que este é o entendimento doutrinário majoritário, trazemos à colação mais um extrato, este da lavra de Marcelo Abelha Rodrigues⁴⁷⁹, 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.

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 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

⁴⁷⁷ A compensação ambiental como fonte de custeio de unidades de conservação, p. 163.

⁴⁷⁸ Compensação ecológica: um dos modos de reparação do dano ambiental, p.64.

⁴⁷⁹ Aspectos jurídicos da compensação ambiental, p. 138.

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 pré-visto. Neste caso, poderá alegar em sua defesa a extinção dessa obrigação ressarcitória, valendo-se da compensação já exercida como defesa substancial (exceção substancial).⁴⁸⁰

Assim, do fato da compensação ambiental referir-se a impactos ambientais não mitigáveis detectados antes mesmo de sua ocorrência, decorre duas conseqüências básicas:

- (i) Os impactos previstos no licenciamento ambiental e já compensados pelo empreendedor nos termos do art. 36 da Lei do SNUC não poderão ser objeto de ação civil pública por danos ambientais, sob pena de *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 o 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 empreendedor deverá repará-lo *in natura*, ou seja, reconstituir o ambiente lesado, promovendo o retorno ao *statuo quo ante*.

Na primorosa lição de Edis Milaré, temos que

⁴⁸⁰ *Ibidem*, mesma página.

“A modalidade ideal - e a primeira que deve ser tentada, mesmo que mais onerosa - de reparação do dano ambiental é a reconstituição ou recuperação 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 dinheiro 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 ressarcibilidade (indenização) em seqüência 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 ecologicamente equilibrado.”⁴⁸¹

Por conta disso, em nenhum momento é oferecida ao poluidor a alternativa de OU recuperar o ambiente lesado OU compensar os danos causados. Havendo possibilidade de recuperação da qualidade ambiental, o empreendedor estará 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 negativo, mediante a recomposição do equilíbrio ambiental outrora existente.

A compensação ambiental criada pela Lei do SNUC não afronta o preceito acima disposto, pois não invalida a ordem pré-estabelecida 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.

⁴⁸¹ Tutela Jurídico-civil do Ambiente, p. 31.

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.”⁴⁸²

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.

⁴⁸² Imposto vestido de verde. Disponível em <<http://www.dannemann.com.br/site.cfm?app=show&dsp=pba16&pos=5.15&lng=pt>>, acessado em 25/11/2006.

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.

5.6 Reparação antecipada e desistência do empreendimento

A reparação antecipada traz benefícios à coletividade, que se vê compensada por um prejuízo (necessário) 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, desembolsada para compensar um dano que não chegará a causar.

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

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

Uma medida possível seria que se utilizasse 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 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 considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo 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/RIMA⁴⁸³.

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-á também – pelo menos à luz da legislação atual - os “devedores” da compensação ambiental.

Como 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 repetir-mos.

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 causadores de impactos ambientais que, também, sejam (i) lícitos;

⁴⁸³ 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 “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, 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.

(ii) públicos e privados; (iii) 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 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”?

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.⁴⁸⁴

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 nexos de causalidade ligando esse dano ao sujeito/atividade.

⁴⁸⁴ 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 conseqüentemente 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.219-20).

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, daí porque 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.”⁴⁸⁵

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)⁴⁸⁶

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 satisfazer 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.”⁴⁸⁷

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,

⁴⁸⁵ Responsabilidade civil nas relações de consumo, p. 37.

⁴⁸⁶ Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente, p. 36.

⁴⁸⁷ Responsabilidade Civil, Meio Ambiente e Ação Coletiva Ambiental, p. 282.

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."⁴⁸⁸

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 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.”⁴⁸⁹

A situação não muda quando os danos ambientais são conhecidos desde antes da concessão das licenças cabíveis ao empreendimento degradador.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 282-3.

⁴⁸⁹ Direito Ambiental Brasileiro, p. 352.

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 desconhecidos, não foram autorizados e no primeiro, sendo conhecidos, foram tolerados, com a contrapartida de uma compensação ambiental⁴⁹⁰. 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 supra destacadas, que não há incompatibilidade alguma na exigência da reparação de danos de uma atividade devidamente licenciada e cujos danos foram antevistos e, face à necessidade do empreendimento, “autorizados” pelo órgão ambiental licenciador.

5.7.2 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:

⁴⁹⁰ 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.

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

Não poderia ser diferente pois o fato de um empreendimento ser público não o torna menos agressivo ao meio ambiente, nem menos impactante.⁴⁹¹ 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 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 reais), a Petrobrás 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 Cairuçu e a APA Tamoios.⁴⁹²

⁴⁹¹ 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).

⁴⁹² Disponível em <http://www.ibama.gov.br/compensacao/index.php?id_menu=385>, acessado em 25/11/2006.

5.7.3 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, a geração de energia (hidrelétricas, termelétricas etc.), a segurança e o desafogamento do trânsito (estradas, ferrovias etc.) e o fornecimento de bens imprescindíveis à vida moderna (mineração, indústrias 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.

5.7.4 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.

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, deve ser submetida ao licenciamento ambiental e, eventualmente (quando a modificação puder 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 de estrutura ou do processo produtivo, sem o aumento das instalações.

5.7.5 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.

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 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 generalista: 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 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 potencialmente degradador.** 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 (*in natura* ou *in pecunia*) “posterior”, preconizada pelo art. 225, §3º da Constituição e pelo art. 14, §1º da Lei 6.938/81.

(ii) **não poderá ser cogitada senão no licenciamento ambiental e quando o mesmo tiver por objeto um empreendimento causador de impacto significativo, sujeito a EPIARIMA.** 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 conseqüência, 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, em situações excepcionais, que detalharemos a seguir.

5.7.5.1 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”), 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 Melo⁴⁹³ 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.⁴⁹⁴

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 mediante o pagamento de um percentual sobre o custo do empreendimento, como

⁴⁹³ Ob. cit., p. 81.

⁴⁹⁴ Este também é o entendimento de Paula da Rin de Souza e Lia D. Chagas Dornelles. Parecer/AGU/PGF/IBAMA/PROGE nº 286, de 20 de junho de 2003, p.18-9.

quer a 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 será exigida uma compensação ambiental em caso de ampliação ou modificação causadoras de impacto significativo, conforme tópico 5.7.4, pois, aí sim, terá início um “novo” licenciamento ambiental.

5.7.5.2 Empreendimentos sujeitos ao licenciamento corretivo

A partir das premissas gerais sobre a exigibilidade da compensação ambiental, insculpidas no início do sub-tópico anterior, podemos ingressar na discussão sobre a incidência da compensação ambiental *ex ante* sobre empreendimentos submetidos ao licenciamento ambiental corretivo.

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 licenciamento ambiental prévio, como aos empreendimentos que, desdenhando a lei que o exigia, foram implantados sem as licenças ambientais correspondentes.

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.

5.7.5.2.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.

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

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 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 afirmamos 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 (isso sim é aplicação *imediata* 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.⁴⁹⁵

Resultado disso é que não haverá momento algum para que o causador de um dano se exima de repará-lo.

5.7.5.2.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).

Posto isso, serão submetidos ao licenciamento corretivo. E, diferente das situações abordadas nos dois tópicos anteriores, serão submetidos ao pagamento de uma compensação ambiental, 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.

⁴⁹⁵ O tema é bem elucidado por Nelson Nery Jr e Rosa Maria B.B. de Andrade Nery: “Não se aplica à 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).

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 como as quais.

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...):

“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 Rodrigues⁴⁹⁶ 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,

⁴⁹⁶ Sistema Nacional de Unidades de Conservação, p. 133.

reformular, 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, Sérgio Guerra⁴⁹⁷ 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 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.

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, lídima 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.”⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ Compensação ambiental nos empreendimentos de significativo impacto, p. 135.

⁴⁹⁸ 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 instituto em comento. No entanto, a lógica do argumento serve também àqueles que, como nós, sustentam ser a compensação ambiental uma medida de reparação de danos: a compensação ambiental é exigida no

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 CF.

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.”⁴⁹⁹

Mas então é possível que o próprio ordenamento jurídico imponha a 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, nas hipóteses que 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.

Alvino Lima, nessa linha, aduz que há um **direito de lesar outrem**.

“Este direito pode decorrer do paralelismo inexorável das atividades humanas, como se dá no direito de concorrência; pode nascer no antagonismo de atividades, no entrecchoque de direitos, exercendo-se a legítima defesa; encontra-se nos princípios reguladores do direito de vizinhança, por uma necessidade inexorável, o direito de molestar o vizinho; no direito de exprimir o pensamento ou de se abster, vários são os preceitos jurídicos que consagram a irresponsabilidade do autor de uma lesão.”⁵⁰⁰

Já Celso Antonio Bandeira de Mello fala em “meros agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social” e se explica:

“A vida em Sociedade implica a aceitação de certos riscos de sujeição a moderados gravames econômicos a que todos estão sujeitos, ocasional e transitoriamente, conquanto em escala variável e na dependência de fatores circunstanciais. São pequenos ônus que não configuram dano anormal. Por esta razão descabe responsabilidade do Estado pela simples intensificação da poeira numa via pública objeto de reparação, inobstante tal fato provoque,

⁴⁹⁹ Ob.cit., p. 83, nota de rodapé.

⁵⁰⁰ Culpa e risco, p. 204.

como é natural, deterioração mais rápida da pintura dos muros das casas adjacentes. Idem com relação à transitória e breve interrupção da rua para conserto de canalizações, cujo efeito será obstar ao acesso de veículos às casas de seus proprietários, o que os obrigará, eventualmente, ao incômodo de alojá-los em outro sítio, com possíveis despesas geradas por isto. Assim, também, não configurariam dano moral providências legítimas, embora as vezes constrangedoras, como a revista, desde que efetuada sem excessos vexatórios, por agentes policiais ou alfandegários em alguma pessoa, seja por cautela, seja por suspeita de que porta consigo arma, bem ou produto que não poderia portar ou que, na circunstância, ser-lhe-ia defesa trazer consigo.”⁵⁰¹

Ora, se a compensação ambiental é um mecanismo de reparação dos **danos** futuros, as alterações ambientais juridicamente irrelevantes – que não são consideradas como dano, do ponto de vista jurídico – não serão objeto da compensação ambiental.

Tratando agora das alterações ambientais juridicamente relevantes, podemos dizer que estas sim são entendidas, sob o ângulo jurídico, como situações de **dano**, ensejadoras de responsabilização civil do agente e subsequente reparação ou indenização.

Essas alterações ambientais juridicamente relevantes causadas por empreendimentos potencialmente degradadores, se **toleráveis**, justificarão a obra ou atividade correspondente, ainda que sob a condição da reparação ambiental prévia (compensação ambiental *ex ante*); se **intoleráveis**, não justificarão a obra ou atividade correspondente, nem mesmo sob a condição da reparação ambiental prévia.

Como a compensação ambiental só terá lugar em face da implantação de empreendimento poluidor, quando ele for obstaculizado por conta da intolerabilidade de seus impactos ambientais negativos, não haverá que se falar em danos futuros, tampouco em reparação antecipada/compensação ambiental.

⁵⁰¹ Ob.cit., p. 947.

Por isso concordamos com Marília Passos Torres de Almeida que, escorada em Paulo Affonso Leme Machado, coloca que antes de se perguntar se os danos ambientais são compensáveis, mister perguntar se são admissíveis. E exemplifica situação que, em seu entender, implicaria dano intolerável: “...se, quando da elaboração do EIA, for apontada a possibilidade de o empreendimento causar extinção em alguma espécie da fauna ou da flora, seu projeto não poderá receber a aprovação do Poder Público e, conseqüentemente, nenhuma compensação é admissível.”⁵⁰²

Assim visto, interessam à compensação ambiental apenas as alterações ambientais juridicamente relevantes TOLERÁVEIS.

Como regra, o ordenamento jurídico não aceita a causação de danos a terceiros, buscando de vários modos evitá-los ou repará-los.

Contudo, há uma série de situações que, a despeito de sua danosidade, são autorizadas pelo mesmo ordenamento jurídico. O instituto da desapropriação exemplifica muito bem esta colocação: o Estado está autorizado pela Constituição Federal a desapropriar imóveis privados para a consecução de seus objetivos. A desapropriação, portanto, é uma atividade autorizada pelo Direito. Mas, de outro lado, o proprietário expropriado sofre um prejuízo e este prejuízo não é autorizado pelo Direito (por isso, consiste em dano jurídico), tanto é que o poder expropriante deve lhe pagar uma indenização prévia, justa e em dinheiro para obter para si a propriedade do bem.

Dessa forma, oportuno dizer que não se pode confundir a lesão irrelevante para o Direito (de que tratamos acima) com a atividade danosa autorizada pelo Direito e com o dano tolerado pelo Direito.

⁵⁰² Ob.cit., p.314.

A *lesão irrelevante para o Direito* nada mais é do que aquele prejuízo que o as pessoas suportam, em geral, em nome da convivência social, e que, por essa razão, não é repudiado pelo direito e não gera às “vítimas” qualquer tipo de reparação. Na verdade, sequer se trata de dano jurídico. Já a *atividade danosa autorizada pelo Direito* é aquela que está amparada ou senão determinada por uma norma jurídica, mas que, nada obstante, causa um dano **jurídico e indenizável** a terceiro, isto é, um dano que este terceiro teria o direito de não sofrer. E o *dano tolerado pelo Direito* significa a lesão jurídica e indenizável, resultado da *atividade danosa autorizada pelo Direito*, mas ela própria, lesão, não autorizada pelo Direito, sendo quando muito suportada porque impossível contê-la – por isso esta lesão sempre faz jus a uma reparação/indenização.

Em suma, correto afirmar que a lesão irrelevante para o Direito - que decorre, no mais das vezes, de um “direito de lesar outrem”, como apontado por Alvin Lima, supra -, nunca será um dano indenizável, pois à vítima não assiste o direito de não sofrê-lo. O mesmo já não podemos dizer de um dano que, embora provocado por uma atividade respaldada pelo Direito, não é, ele próprio autorizado pelo sistema⁵⁰³.

Em apertada síntese, quando, mesmo com autorização legal, um dano jurídico é causado a terceiros, é obrigatória a sua reparação e/ou indenização.

Transportando a lição para o Direito Ambiental, mais precisamente para o licenciamento de atividades potencialmente poluidoras, temos que algumas dessas atividades causarão danos ambientais no futuro – devidamente previstos no licenciamento – mas que, sendo eles juridicamente toleráveis, não obstarão o empreendimento.

⁵⁰³ A doutrina costuma distinguir a indenização do ressarcimento utilizando-se do critério da atividade danosa *contrária* ou *conforme* o Direito. Fala-se em indenização quando o prejuízo sofrido pela vítima deriva de ato ou atividade permitidos pela lei, como é o caso da desapropriação. Já de ressarcimento se fala quando o dano decorre de um ato ou atividade proibidos pela lei, ou de ato ou atividade que, por mais que permitidos pela lei, não estavam por ela autorizados a causar danos a terceiros, como é o caso de indústrias devidamente licenciadas que poluem o meio ambiente.

Os danos ambientais, conquanto autorizados, não deixam de ser danos e, *a fortiori*, não deixam de ser reparáveis ou indenizáveis. Daí se falar em compensação ambiental *ex ante*, que nada mais é do que uma reparação antecipada pelos danos ambientais que advirão da atividade licenciada.

Estando claro que a compensação ambiental terá lugar quando se tratar de alterações juridicamente significantes e toleráveis (*rectius*: danos toleráveis), mister agora definir os aspectos e a amplitude dos danos jurídicos que ensejarão sua aplicação.

Adiantamos que para serem compensados previamente os danos devem apresentar as seguintes características: (i) danos ao meio ambiente (com exclusão, portanto, dos danos por intermédio do meio ambiente); (ii) danos futuros e (iii) danos certos. Da mesma forma, a compensação ambiental pode contemplar: (i) danos agravadores da lesão ambiental, (ii) danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

5.8.1 Danos ao meio ambiente e danos por intermédio do meio ambiente

Serão objeto da compensação ambiental apenas os danos ambientais, ou seja, os danos causados aos bens corpóreos e incorpóreos ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho, de natureza difusa, afetando o direito da coletividade ao equilíbrio ambiental.

Estão excluídos, por conseguinte, os danos ambientais reflexos ou, para homenagear a terminologia usada por Álvaro Luiz Valery Mirra⁵⁰⁴, os danos causados por intermédio do meio ambiente. E isso se aplica tanto aos danos individuais como aos danos difusos e coletivos relacionados a outros bens jurídicos, não ambientais.

⁵⁰⁴ Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente, *passim*.

A razão da exclusão é óbvia. Os danos por intermédio do meio ambiente não são danos ecológicos ou ambientais⁵⁰⁵. Nada mais são do que danos individuais, coletivos ou difusos, que refletem a lesão a direitos outros que não o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Sendo assim, podem e devem ser pleiteados individual ou coletivamente, pelo próprio lesado ou por qualquer outro legitimado, em ação judicial e em momento distintos.

Além disso, no licenciamento ambiental o órgão ambiental se ocupa de verificar os impactos da atividade poluidora no meio ambiente e a possibilidade de sua repercussão negativa no direito difuso à qualidade do entorno. Não tem condições – e nem esse é o seu papel – de verificar eventuais danos que as pessoas **individualmente** consideradas sofrerão posteriormente em sua saúde, patrimônio e quaisquer outros bens jurídicos. E quanto aos danos que sofrerão **coletivamente**, decorrentes, por exemplo, dos impactos sociais e econômicos do empreendimento, mesmo que sejam eles detectados e expostos no licenciamento, o serão apenas com a finalidade de subsidiarem a decisão do órgão ambiental referente à aprovação, ou não, do empreendimento e à exigência, ou não, de medidas compensatórias específicas, conforme explicaremos no tópico 5.9.

5.8.2 Danos futuros

Se estamos falando de uma compensação prévia, é porque ela se dá antes da concretização do dano ambiental. Por assim dizer, cuida de promover uma reparação por danos futuros.

Por conta disso, a reparação de danos ambientais efetivamente causados se verifica no âmbito da responsabilidade civil pós-dano, não tendo como fundamento o art. 36 da Lei 9.985/2000. Seu alicerce está no art. 225, §3º da CF e

⁵⁰⁵ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ob.cit., p. 79.

art. 14, §1º da Lei 6.938/1981, que estabelecem a regra geral da responsabilidade civil ambiental.

Quanto à previsão e aceitação da reparação ambiental de danos futuros por nosso ordenamento jurídico, bem como sobre a justiça de imposição de tal medida antecipatória, reportamo-nos aos esclarecimentos e fundamentos trazidos à tona nos tópicos 5.3.3.1 e 5.4, respectivamente.

5.8.3 Danos certos

A reparação de danos futuros não prescinde da certeza do dano pois não se indeniza dano meramente hipotético, que pode não se concretizar adiante. Assim, só serão compensados antecipadamente aqueles impactos e danos que os conhecimentos técnicos puderem prever com segurança antes da implantação do empreendimento.

Naturalmente que aqui se trata de uma “certeza mitigada”, pois mesmo com toda a precisão da ciência, a certeza absoluta só se terá mesmo quando o dano se concretizar.

Nem por isso, porém, deve-se abrir espaço para que toda sorte de dano hipotético seja englobado na compensação ambiental. Fosse assim, o sistema da responsabilidade civil por danos futuros perderia todo seu prestígio pois ficaria muito mais para mecanismo arrecadatório do que reparatório.

Assim, os danos com uma probabilidade pequena, remota e incerta de ocorrência não deverão ser computados na compensação ambiental, mas, sem sombra de dúvidas, deverão ser monitorados pelo órgão ambiental fiscalizador, após a implantação e início da operação do empreendimento, com o intuito de prevê-los e preveni-los, caso venham a se revelar concretamente.

Desse fato decorre a necessidade de se investir recursos e esforços de monta em estudos técnicos e científicos para a definição de um critério seguro de detecção de danos ambientais futuros.

5.8.4 Danos agravadores da lesão ambiental

Quanto aos danos agravadores de uma situação ambiental já desfavorável, estes, também, serão objeto da compensação ambiental prévia, da mesma forma que já são hoje objeto da reparação *a posteriori*.

O fato de não serem a causa principal de um dano ambiental não os torna irrelevantes ou inofensivos. Equivale dizer que qualquer participação na causação do dano, ainda que seja apenas para torná-lo mais sério, já é o bastante para ensejar a reparação civil.⁵⁰⁶

Segundo Édis Milaré, o dano preexistente não constitui motivo de exoneração da responsabilidade por danos causados posteriormente (os “agravadores”) pois

“deve-se ter presente, nestas hipóteses, que o fator cumulativos dos agentes poluidores projeta efeitos adversos só muito tempo depois de sua emissão, e que podem ser agravados pela contribuição de novas atividades.”⁵⁰⁷

⁵⁰⁶ Os conhecimentos de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery são sempre oportunos e bem-vindos: “O nexo de causalidade é exigido como requisito para que se reconheça o dever de indenizar, quer se trate de responsabilidade objetiva, quer da subjetiva. E basta para que se o reconheça, haja o autor praticado ato que se revele como potencial causador do dano. **Não se exige, por óbvio, que esse ato tenha sido causa exclusiva do dano** [...]. O que é necessário, isto sim, é a presença da *conexão causal*, vale dizer, relação de causa e efeito entre a atividade do agente e o dano dela advindo [...]. O importante é salientar que não existe, para o nosso direito positivo, relevância quanto à separação entre causa ‘principal’ e causa ‘secundária’ do evento danoso para diminuir ou excluir o dever de indenizar. Se da atividade do agente resultar dano ressarcível, há esse dever [...]. Assim, **seja qual for a participação de alguém na causação de um dano, há, para ele, o dever de indenizar.**” (g.n) - (Responsabilidade civil, meio ambiente e Ação Coletiva Ambiental, p. 281).

⁵⁰⁷ Direito do Ambiente, p. 839.

A esse respeito, o Tribunal de Justiça de São Paulo teve oportunidade de se manifestar, mantendo a condenação de uma empresa que poluiu, por derramamento de óleo, o estuário do município de Santos, apesar do mesmo já se encontrar poluído antes desse evento:

“INDENIZAÇÃO – Dano ao meio ambiente – Poluição ambiental por derramamento de óleo no mar por barcaça – Comprovação por perícia – Irrelevância da preexistência de elemento poluidor no local – Decreto condenatório que independe de invocação de culpa, consoante o art. 14 da Lei 6.938/81 – Multa estabelecida na Lei 5.357/67 que não o impede, por ser independente da aplicação das penalidades ali previstas – Verbas que devem reverter ao Fundo para a Reconstituição de Bens Lesados, criado pelo art. 13 da Lei 7.347/85 e regulamentado pelo Dec. 92.302/86.

[...]

Com relação ao mérito a prova pericial demonstrou, de maneira incontestada, a poluição ambiental provocada pelo derramamento de óleo da barcaça Gisela, e pouco importa que o estuário de Santos já estivesse poluído, eis que o fato transbordou dos limites do tolerável, danificando áreas marginais, e seria, mesmo, contra-senso inadmitir poluição apenas porque já preexistiria elemento poluidor no local” (Ap. Civ. 80.345-1 – 3ª Câmara TJSP, j. 7 abr.1987, rel. Des. Toledo César).

Se a reparação de danos futuros (*a anteriori*) e a reparação de danos atuais (*a posteriori*) estão abrangidas no mesmo instituto e regime jurídico (da responsabilidade civil), diferenciando-se basicamente pelo momento da concretização dos danos, claro está que são regidas pelos mesmos critérios, de sorte que a medida que se aplica a uma, aplicar-se-á também a outra, salvo evidente incompatibilidade.

Isto posto, se o empreendimento a ser instalado for agravar a degradação ambiental já existente no local, deverá compensar este “agravamento”. Para tanto, o órgão ambiental computará no cálculo da compensação ambiental o acréscimo danoso da nova atividade.

5.8.5 Danos ambientais patrimoniais e extrapatrimoniais

Não só os danos patrimoniais como os danos extrapatrimoniais devem ser computados na compensação ambiental, visto que ambos se referem a um dano ambiental. Ou, de forma mais apropriada, ambos são efeitos de um mesmo dano ambiental.

Dessa forma, o empreendimento que venha afetar um prédio ou monumento de valor histórico e, por conta disso, ferir de forma irremediável o direito da coletividade à integridade do meio ambiente cultural, causará um dano ambiental extrapatrimonial, dano esse que poderá, senão deverá, ser objeto da compensação ambiental.

5.9 Compensação ambiental *ex ante* e medidas compensatórias específicas: impossibilidade de cumulação

Não há que se confundir a compensação ambiental regulada pelo art. 36 da Lei 9.985/2000 com as medidas compensatórias impostas pelo órgão ambiental como condicionantes do licenciamento ambiental.

Sobre as medidas compensatórias, ensinam Edis Milaré e Priscila Santos Artigas:

“[...] normalmente os órgãos ambientais licenciadores impõem, antes mesmo de qualquer investida no meio ambiente, condicionantes de natureza compensatória nas licenças ambientais emitidas. São as chamadas medidas compensatórias, que podem ser assim exemplificadas: o fomento de um programa de educação ambiental; o financiamento de pesquisas científicas; o replantio da mata ciliar de um rio importante para o município e outras muitas.”⁵⁰⁸

⁵⁰⁸ Ob.cit., p. 105.

Com efeito, ambas partem do mesmo princípio: o de que certas atividades trazem consigo impactos ambientais negativos inevitáveis, mas, a despeito disso, terão que ser realizadas em nome do interesse público. Sendo assim, se a coletividade terá que suportar esse ônus, merecerá ser recompensada com um bônus.

Do exposto se extrai que ambas têm a finalidade de compensar um impacto ambiental inafastável. Mas cada qual, porém, incidirá em circunstâncias específicas: a compensação ambiental *ex ante*, no licenciamento de empreendimentos sujeitos ao EPIA/RIMA e as medidas compensatórias, nos demais procedimentos de licenciamento ambiental.

Enquanto a compensação ambiental tem caráter mais genérico, focada que é no impacto negativo *global* do empreendimento, as medidas compensatórias tendem a ser mais específicas, voltadas para impactos pontuais da obra ou atividade. Como resultado, o benefício gerado pela primeira acabará sendo também genérico, porquanto oferecerá um ganho ambiental mas não necessariamente relacionado com a perda observada; já o benefício gerado pela segunda invariavelmente terá uma relação mínima com o prejuízo, fazendo com que o ganho ambiental tenha natureza equivalente ou bastante próxima da perda.

A medida compensatória não chega a ser uma espécie de reparação *in natura*, já que não devolve o ambiente lesado ao estado anterior à lesão, mas tenta, tanto quanto possível, neutralizar diretamente o dano a ser provocado. Essa característica não se faz presente na compensação ambiental antecipada, como será minudenciado no tópico 5.11.

Para melhor ilustrar a diferença entre os institutos jurídicos em comento, tomemos por base o impacto irreversível provocado por um empreendimento industrial a um curso d'água da região. Se este empreendimento for causador de

impacto significativo, estará sujeito à compensação ambiental prevista na Lei do SNUC, pela qual aplicará recursos, necessariamente, em unidades de conservação. Se este mesmo empreendimento, porém, for causador de impacto ambiental mediano, estando dispensado, por conseguinte, do EPIA/RIMA, estará sujeito a uma medida compensatória específica, que poderá ser o desenvolvimento de uma cartilha sobre a proteção de recursos hídricos ou o patrocínio de um seminário sobre o tema ou, ainda, a construção de uma estação de medição da qualidade das águas dos rios da região, dentre outras.

Se compensação ambiental e medidas compensatórias visam, cada qual a seu modo, contrabalançar um prejuízo ambiental detectado no licenciamento ambiental, claro é que não podem incidir ao mesmo tempo, i.e, que não podem ser exigidas pelo órgão licenciador sobre um mesmo dano.

Sobre a impossibilidade de cumulação entre elas, continuam os autores Edis Milaré e Priscila Santos Artigas:

“Há que se considerar, no entanto, que a exigência de medidas compensatórias inseridas em condicionantes do licenciamento ambiental exclui, sob pena de *bis in idem*, a possibilidade de se exigir também o recolhimento da exação denominada compensação ambiental prevista na Lei 9.985/2000, e vice-versa.

De fato, o dano ou impacto é um só, de modo que a forma de compensação desse dano ou impacto também deve ser uma só. Assim, nas ocasiões em que a hipótese de incidência da compensação ambiental prevista no art. 36, §1º da Lei 9.985/2000 se concretizar (qual seja: licenciamento de empreendimento de significativo impacto ambiental, de acordo com o EIA/RIMA), há que se exigir tão somente o seu pagamento, mediante a destinação de valor específico para a implantação de unidade de conservação. Nessas circunstâncias, portanto, não podem ser impostas medidas compensatórias no decorrer do licenciamento ambiental.”⁵⁰⁹

Os autores estão com a razão. Não se pode compensar o mesmo impacto ambiental duas vezes – e já tivemos oportunidade de tecer essa observação no

⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 105.

tópico 5.5, quando tratamos do descabimento da reparação civil de danos causados ao meio ambiente na hipótese destes já terem sido objeto da compensação ambiental *ex ante*.

Se está claro que não se pode exigir, sobre um mesmo dano, a compensação ambiental do art. 36 da Lei do SNUC e medidas compensatórias específicas, resta saber se o órgão ambiental pode escolher entre uma e outra, no caso concreto.

A resposta só pode ser negativa. Isso se deve, grosso modo, ao fato de quando a Lei do SNUC exige a compensação ambiental *ex ante*, não deixa espaço para a adoção de medidas compensatórias específicas⁵¹⁰, que já estas estarão abrangidas naquela. Por outro lado, quando esta lei não exige a compensação ambiental *ex ante* (e não a exige para empreendimentos dispensados de EPIA/RIMA), esta não poderá ser imposta pelo órgão licenciador, havendo lugar, portanto, APENAS para as medidas compensatórias específicas (sobre a previsão legal de tais medidas, cf. tópico 6.1).

Mas essa regra, ao que nos parece, comporta exceções.

Por vezes a própria lei determina algumas medidas compensatórias específicas para certos impactos ambientais – é o que faz, por exemplo, o Código Florestal quando condiciona supressão de vegetação de preservação permanente à adoção de medida compensatória do impacto (cf. tópico 4.2.2) ou a Lei da Mata Atlântica quando exige, para a supressão de Mata Atlântica, o reflorestamento de área equivalente a que será desmatada (cf. tópico 4.2.4).

⁵¹⁰ Isso se deve ao fato de que a compensação ambiental é exigida no art. 36 da Lei do SNUC de forma peremptória, de sorte que o órgão ambiental está obrigado a exigí-la do empreendedor sempre que a obra ou atividade for causadora de impacto ambiental significativo, portanto, sujeita ao EPIA/RIMA. Assim sendo, parece não haver, para estes empreendimentos, espaço para a exigência de outras medidas compensatórias, muito embora, em algumas circunstâncias, elas pareçam até igualmente ou mais condizentes com o dano que será gerado.

É como se a lei dissesse que, para certos casos, mais vale uma compensação específica do que uma compensação geral – decerto porque a primeira oferece um sucedâneo mais próximo e relacionado ao próprio dano causado. Na hipótese, por exemplo, da compensação para supressão de Mata Atlântica, calcada no reflorestamento da mesma quantia de vegetação suprimida, a lei parece entender mais benéfico usar a compensação para evitar a diminuição de remanescentes florestais do bioma (em porções já tão ínfimas) do que para investir na melhoria de uma unidade de conservação.

Em nosso pensar, quando a lei estabelecer uma medida compensatória específica, ela deverá ser exigida pelo órgão licenciador inclusive nos licenciamentos ambientais sujeitos à compensação ambiental *ex ante*. Em casos tais, compensação ambiental e medida compensatória terão que conviver no mesmo processo, mas o impacto que for objeto de medida compensatória não deverá ser computado na compensação ambiental, sob pena de *bis in idem*.

Vale trazer ao conhecimento que a Lei 11.428/2006, ao condicionar a supressão de vegetação secundária do Bioma Mata Atlântica, para fins de atividades minerárias, a uma medida compensatória específica (cf. tópico 4.2.4), diz que ela se dará sem prejuízo da compensação ambiental *ex ante*:

“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, 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.” (g.n)

Para que uma leitura apressada desse art. 32 não retire a credibilidade de tudo quanto afirmado neste tópico, urge que se faça uma interpretação atenta do dispositivo.

Quando o inciso II reclama, das atividades minerárias, a recuperação de área equivalente à área do empreendimento, com as mesmas características ecológicas, está, ao que tudo indica, exigindo uma compensação específica relacionada aos danos decorrentes da supressão/comprometimento da vegetação de mata atlântica. Não tem, portanto, caráter abrangente a ponto de englobar, na medida, todos os danos não mitigáveis do empreendimento minerário – estes, sim, serão objeto da compensação ambiental prevista na Lei do SNUC.

Para completar a abordagem deste assunto, devemos esclarecer que a vedação de cobrança simultânea da compensação ambiental antecipada e medidas compensatórias se aplica apenas quando ambas se referirem ao mesmo dano **ambiental**.

É sabido que a compensação ambiental regradada pelo art. 36 da Lei 9.985/2000 diz respeito apenas aos danos inevitáveis causados ao meio ambiente, não a todo e qualquer bem jurídico. Consequentemente, os impactos sociais e econômicos do empreendimento, conquanto devam ser contemplados nos estudos ambientais e também levados em conta pelo órgão licenciador na análise do projeto, não serão compensados antecipadamente na forma prescrita pela Lei do SNUC.

Por isso, os impactos sociais e econômicos, negativos e inafastáveis, poderão ser compensados previamente por meio de medidas compensatórias específicas – não mais de cunho ambiental, mas de cunho econômico e social – inclusive ao lado e sem prejuízo da compensação ambiental *ex ante*.

5.10 Valor

Como a compensação ambiental *ex ante* está atrelada à reparação por danos futuros IRREVERSÍVEIS, ela nunca se dará como uma reparação *in natura*. Muito pelo contrário, sempre será convertida em um determinado valor pecuniário, que, por seu turno, terá uma destinação específica, já delineada em lei.

O critério a ser utilizado para se apurar referido valor é dado pelo art. 36, §1º da Lei 9.985/2000:

“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.”⁵¹¹

Veremos adiante (cf. tópico 6.2) que embora a finalidade da compensação ambiental seja reparar os danos ambientais futuros inevitáveis, o critério eleito pela lei para chegar ao *quantum* da reparação não condiz com esta finalidade. Afinal, se ela se traduz em uma indenização prévia pelos danos irreparáveis, seu valor deve refletir, dentro do possível, as perdas ambientais, não o custo do investimento.

5.10.1 Base de cálculo

Reza a Lei 9.985/2000 que o valor da compensação ambiental corresponderá a 0,5% (meio por cento), no mínimo, sobre os custos totais previstos para a implantação do empreendimento.

⁵¹¹ Praticamente repetindo o critério legal, o Decreto 4.340/2002 dispõe, no parágrafo único do art. 31: “Os percentuais serão fixados, gradualmente, a partir de meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, considerando-se a amplitude dos impactos gerados...”

Parece não haver segredo: todos os investimentos, gastos feitos pelo empreendedor para implantar o seu projeto, sofrerão a incidência do percentual mencionado, para fins de cálculo da compensação ambiental.

Indo mais a fundo, entretanto, verifica-se não haver clareza, na lei, sobre o cômputo de certas despesas nos custos de implantação do empreendimento, tais como tributos, investimentos ambientais etc.

Em nosso sentir, quando a lei se vale do termo “custos de implantação” está aludindo aos valores desembolsados para construir e equipar o empreendimento, ou seja, tudo que se gastou para viabilizar técnica e materialmente o seu funcionamento. Vai-se muito além dos dispêndios de construção, englobando os de aquisição de maquinário, de compra de terreno, de adoção de medidas mitigadoras de impactos, dentre outros.

No entender de Paulo Affonso Leme Machado, é preciso primeiro compreender o significado do termo “implantação” para daí então se chegar ao significado e extensão de “custos de implantação”. Para ele

“Implantar uma indústria não é a mesma coisa que construir uma casa. Nesta, dependendo do grau de conforto que se queira, feitos a alvenaria e o telhado instalada a parte elétrica e hidráulica, já há a possibilidade para abrigar o ser humano. A implantação de uma indústria requer não só a construção das unidades ou plantas industriais, como sua ocupação com a maquinaria que vai fazê-la operar, com a tecnologia adequada, inclusive com o tratamento e disposição final dos efluentes e rejeitos. O conceito de ‘implantação’ é mais amplo do que o conceito de ‘instalação’. A implantação supõe a possibilidade imediata do funcionamento completo da unidade, culminando com a licença de operação.

[...]

O ‘custo da implantação’ abrange, portanto, o custo do empreendimento planejado até a fase da plena produção, isto é, da operação.”⁵¹²

⁵¹² Ob.cit., p. 793.

Marcelo Abelha Rodrigues, a partir da ótica contábil e econômica, defende que nos custos do empreendimento estão “todas as medidas monetárias que o empreendedor teria que gastar na produção de bens e serviços durante o processo produtivo e com esta finalidade”⁵¹³, inclusive as externalidades ambientais internalizadas pelo empreendedor. E entende estarem abarcados, também, nos *custos totais* mencionados pela lei, os tributos incidentes no processo de implantação do empreendimento, relativos à mão de obra, compra de bens e serviços.

A questão da abrangência do termo “custos de implantação” foi levada ao Judiciário pela Associação Brasileira de Concessionárias de Energia Elétrica, em mandado de segurança impetrado contra o IBAMA, com o intuito de afastar a cobrança da compensação ambiental acima de 0,5%, em trâmite na 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (MS nº 2005.34.00.01.8663-0).

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, julgando o agravo de instrumento interposto por referida Associação em face do IBAMA, manifestou-se pela inclusão, na base de cálculo da compensação ambiental, do valor dos tributos, mas pela exclusão dos custos das medidas preventivas de impacto:

“Quanto à exclusão da base de cálculo da compensação ambiental dos custos referentes a tributos e outras medidas compensatórias e mitigatórias, não assiste razão à Agravante, já que os gastos decorrentes de obrigações tributárias são inerentes à própria atividade desenvolvida pelas empresas concessionárias de energia elétrica, sem pertinência com a preservação ambiental, não interferindo os relacionados com medidas preventivas na determinação da base de cálculo do tributo que, nos termos do art. 31 do Decreto 4.340/2002, é feita com fundamento no grau de impacto, considerados, apenas, os impactos negativos e os que não podem ser atenuados.”⁵¹⁴

⁵¹³ Aspectos jurídicos da compensação ambiental, p. 141.

⁵¹⁴ Agravo de Instrumento nº 2005.01.00.060479-0/DF, Rel. Des. Catão Alves, j. 25/01/2006. Em 07/04/2006, referida decisão teve seus efeitos suspensos pela Min. Ellen Gracie, do Supremo Tribunal Federal, a pedido do IBAMA, na Suspensão de Segurança 2.875, sob o seguinte argumento: “No presente caso, encontra-se devidamente demonstrada a lesão à ordem pública considerada em termos de ordem administrativa, ordem constitucional, ante o fato de que a compensação ambiental visa a auxiliar a implantação e a manutenção de unidades de conservação, bem como a proporcionar a execução de medidas preventivas de danos ambientais, e a decisão ora impugnada, ao limitar a

Recentemente o CONAMA se manifestou sobre os custos de implantação do empreendimento, não no sentido de defini-lo com exatidão mas no sentido de englobar determinadas despesas que outrora se discutia estarem ou não integradas na base de cálculo da compensação ambiental.

Rezam os primeiros parágrafos do art. 3º da Resolução CONAMA 371/2006:

“Art. 3º, §1º. Os investimentos destinados à melhoria da qualidade ambiental e à mitigação dos impactos causados pelo empreendimento, **exigidos pela legislação ambiental**, integrarão os seus custos totais para efeito do cálculo de compensação ambiental.

§2º. Os investimentos destinados à elaboração e implementação dos planos, programas e ações, **não exigidos pela legislação ambiental, mas estabelecidos no processo de licenciamento ambiental** para mitigação e melhoria da qualidade ambiental, não integrarão os custos totais para efeito do cálculo de compensação ambiental.”

Em suma, para a Resolução CONAMA nº 371/2006 devem ser incorporados na base de cálculo da compensação ambiental os custos para melhoria da qualidade do ambiente e para mitigação dos impactos negativos EXIGIDOS PELA LEI e excluídos os que forem EXIGIDOS PELO ÓRGÃO LICENCIADOR.

Marcelo Abelha Rodrigues faz uma observação pertinente ao disposto no art. 3º, §2º do diploma legal em tela, acima transcrito:

aplicação do percentual referente à compensação ambiental, previsto no art. 36, §1º, da Lei 9.985/00, a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, certamente prejudicará a implantação e a manutenção de unidades de conservação, bem assim a prevenção de potenciais danos ambientais que, em última análise, garantem o direito fundamental de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (Constituição Federal, art. 225).” Em 30 de maio de 2007, a presidente do STF julgou o agravo regimental prejudicado, pela perda do objeto, face à sentença proferida em primeira instância (1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal), no mandado de segurança em questão, DENEGANDO A SEGURANÇA.

“...quis dizer o legislador que integrará o custo total *todos os investimentos que sejam exigidos pela legislação ambiental*. Mas aqui fica uma pergunta: seria possível exigir no licenciamento ambiental alguma medida, plano e ação que não fosse com base na legislação ambiental? A forma como coloca o parágrafo segundo do artigo 3º citado acima, dá a entender que poderiam existir custos exigidos no licenciamento, mas que não teriam guarida na legislação ambiental. Neste caso, *concessa maxima venia*, o poder público estaria violando o princípio da legalidade em exigir algo sem previsão legal (art. 5º, II c/c art. 37, caput todos da Constituição Federal de 1988).”⁵¹⁵

De fato, mesmo que a lei não determine o emprego de tal ou qual equipamento ou medida anti-poluição, de modo específico, fato é que ela exige que os empreendimentos não causem impactos ambientais negativos – ou, na pior das hipóteses, os mitiguem. Sendo assim, quando o órgão ambiental impõe a utilização de um aparelho de combate à poluição não previsto em lei, mas que tenha por objetivo evitar danos ambientais, está, na verdade, requerendo do empreendedor um investimento “exigido pela legislação ambiental”.

Por conta disso, a interpretação mais adequada deste dispositivo legal é a de que os “investimentos não exigidos pela legislação ambiental” são aqueles que geram ganhos/benefícios ambientais **adicionais**, isto é, que não têm por finalidade simplesmente prevenir, mitigar ou compensar os impactos próprios do empreendimento. Se não estão na lei, são custos realizados pelo empreendedor voluntariamente ou por força de ajuste feito com o órgão ambiental.

5.10.2 Percentual

O art. 36 da Lei 9.985/2000 estabelece um percentual mínimo para o cálculo da compensação ambiental, de 0,5%, e permite que o órgão licenciador eleve este percentual, conforme também se elevar o grau de impacto ambiental do empreendimento.

⁵¹⁵ *Ibidem*, p. 142.

Para quem entende que a compensação ambiental é um tributo, impensável que o percentual incidente sobre a base de cálculo – a chamada “alíquota” - seja fixada pelo órgão ambiental, visto que a alíquota de tributos deve, necessariamente, em respeito ao princípio da legalidade, ser estabelecida por lei.

Por conta disso, a partir do entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região sobre a natureza jurídica de tributo da compensação ambiental, o Agravo de Instrumento interposto pela Associação Brasileira de Concessionárias de Energia Elétrica em face do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais – IBAMA, visando impedir que este órgão ambiental estabelecesse percentual de compensação maior do que o previsto na Lei 9.985/2000, foi acolhido parcialmente para limitá-lo, então, a 0,5% (meio por cento).

Vejamos os argumentos esposados pelo Rel. Des. Catão Alves:

“[...]”

7 - Ora, nos termos do art. 97, IV, do Código Tributário Nacional, apenas lei em sentido estrito pode fixar as alíquotas de tributos, não sendo possível sua imposição ao alvedrio da autoridade administrativa.

8 – Desse modo, fere o princípio da legalidade a determinação inserta no art. 36, 1º, da Lei nº 9.985/2000, quando estabelece que o percentual de compensação ambiental será fixado pelo órgão ambiental licenciador de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento, limitando-se a determinar um percentual mínimo, sem delinear como deverá ser feita a sua gradação.”⁵¹⁶

Com efeito, **fosse** a compensação ambiental um tributo, o *decisum* acima transcrito não mereceria reparos.

⁵¹⁶ Agravo de Instrumento nº 2005.01.00.060479-0/DF, Rel. Des. Catão Alves, j. 25/01/2006. Sobre o desfecho deste recurso, vide comentário do rodapé 514.

Como, porém, em nossa visão a compensação ambiental não tem a natureza jurídica de tributo, não nos parece possa prosperar essa resistência ao estabelecimento de percentuais variáveis por um órgão do Executivo, como o IBAMA ou a CETESB (no Estado de São Paulo), com base no argumento de que apenas lei poderia fazê-lo. Em sede de reparação de danos – eis aqui a natureza jurídica da compensação ambiental – a lei se restringe à fixação dos parâmetros gerais, cabendo ao Judiciário e, por vezes ao Executivo, encontrarem o valor concreto a partir de tais parâmetros.

No entanto, o fato de não opormos restrições ao estabelecimento do percentual da compensação ambiental por um órgão do Executivo, não significa que concordemos com o critério adotado pela Lei 9.985/2000 para a apuração de seu valor – aplicação de um percentual sobre os custos do empreendimento -, conforme esposaremos em detalhes no tópico 6.2.

Apesar de nossas restrições, porém, somos obrigados a nos render ao fato de que este é o critério atualmente vigente e que, sendo assim, devemos buscar dar-lhe o máximo de efetividade – naturalmente, dentro do que a lei e os princípios jurídicos permitirem.

Superada a questão da possibilidade de variação do percentual da compensação ambiental por decisão e escolha do órgão ambiental, debruçemo-nos sobre a existência de um percentual mínimo legal e a inexistência de um percentual máximo – itens estes também alvo de polêmicas.

Quanto à existência de um percentual mínimo, Alexandre Camanho de Assis justifica este piso legal de 0,5% na necessidade de se impedir a fixação de compensação ambiental em quantias irrisórias, pagas apenas para a satisfação de uma obrigação legal:

“A lei, ao estabelecer um piso, satisfaz um imperativo de proporcionalidade que veicula uma proibição de déficit, tendente a

impedir que uma atividade estatal seja ínfima a ponto de não alcançar seus verdadeiros propósitos.”⁵¹⁷

No entanto, é de se convir que certos empreendimentos podem ter um custo bastante alto e que a aplicação do percentual legal, mínimo que seja, sobre este custo (que é a base de cálculo adotada pela Lei 9.985/2000), pode representar uma quantia tão elevada que até mesmo chegará a ser desproporcional aos danos causados – o que haverá de afastar a compensação ambiental de seu verdadeiro propósito, que é o de, pura e simplesmente, contrabalançar uma perda (e não gerar recursos financeiros).

Nessa linha, Marcelo Abelha Rodrigues questiona a justiça do percentual mínimo:

“...o critério que fixa o montante sobre o qual incidirá o percentual de 0,5% e indicará o valor mínimo a ser compensado, pode se mostrar deveras injusto. Primeiro porque muitas vezes o custo total do empreendimento pode ser indicativo de que o empreendedor teria investido em planos, bens e tecnologias limpas, que normalmente elevam o custo de um empreendimento. Segundo porque não há relação lógica entre o custo total do empreendimento e a impactação do meio ambiente. É possível que empreendimentos de custo menor sejam mais impactantes do que empreendimentos de custo maior. A relação entre impacto ambiental e custo para a implantação não é sempre um indicador seguro de que haveria razoabilidade na fixação do dever de compensar pelos prejuízos ambientais não mitigáveis. Com isso, queremos dizer que o critério eleito pelo legislador para fixar o que se denominou de “ piso mínimo ” da compensação ambiental é absolutamente irrazoável e inseguro para o empreendedor, além de prejudicial para o próprio meio ambiente.”⁵¹⁸

Por esse motivo, mais adequado seria a inexistência do percentual mínimo para afastar o risco de estabelecimento de uma compensação ambiental injusta – e, por que não dizer, ilegal - para o empreendedor, sempre cabendo, obviamente, o controle de legalidade da decisão do órgão ambiental, para assim

⁵¹⁷ Ob.cit., p. 163.

⁵¹⁸ *Ibidem*, p. 141-2.

evitar que este, usando mal e porcamente de sua discricionariedade técnica, fixasse um percentual ínfimo apenas para aliviar os custos do empreendedor, deixando danos não mitigáveis sem compensação.⁵¹⁹

Uma outra crítica ferrenha que fazem à Lei 9.985/2000 – especialmente os empreendedores - é sobre sua omissão na fixação de um percentual máximo para o cálculo da compensação ambiental, deixando a critério do órgão ambiental o estabelecimento desse número, sem um parâmetro claro para se chegar a ele.

Marcelo Abelha Rodrigues, em direção oposta a esta corrente, entende desnecessária, senão descabida, a fixação de um percentual máximo para a compensação ambiental. Para ele, não fere o princípio da legalidade o não estabelecimento de um teto legal e, conseqüentemente, a entrega dessa tarefa ao órgão ambiental, visto que apenas este, no caso concreto, tem condições de apurar o **real** impacto não mitigável do empreendimento:

“Ora, parece-nos que não seria razoável se o legislador tivesse fixado o valor máximo a ser pago sem que, diante das peculiaridades do caso concreto, aferisse qual o grau de impacto. Fez certo o legislador porque, em matéria ambiental, é necessária a fixação de conceitos jurídicos indeterminados (grau de impacto), justamente porque apenas diante de cada caso é que se poderá chegar, com a maior razoabilidade/proporcionalidade possível, ao valor da referida compensação. Seria verdadeiro truísmo e utopia imaginar que o legislador pudesse antever quais os impactos ecológicos não mitigáveis de todos os tipos de empreendimentos que causam significativa impactação do meio ambiente. Por isso, agiu certo ao prever que cabe ao órgão ambiental fixar o montante a ser destinado, levando-se em consideração o grau de impacto ecológico não mitigável pelo empreendimento.”⁵²⁰

⁵¹⁹ É sabido que o Poder Judiciário não pode analisar o mérito dos atos administrativos discricionários. Contudo, mesmo os atos discricionários devem obediência à lei e qualquer desvio pode ensejar controle judicial.

⁵²⁰ *Ibidem*, p. 139-140.

Com efeito, apesar da insegurança imposta ao empreendedor em razão da inexistência de um teto compensatório, trata-se de um “mal inevitável” – mas nem por isso injustificável. Sim, porque se quer a compensação ambiental contrabalançar as perdas ambientais trazidas por uma determinada obra ou atividade, a imposição de quaisquer limites percentuais (e, portanto, limites financeiros) poderia, em certos casos, deixar alguns danos ambientais de fora deste remédio. A aceitação de um percentual máximo implicaria, por assim dizer, a aceitação de um teto indenizatório para os danos ambientais. Ou seja, mesmo que se verificasse, na situação concreta, que os danos não elimináveis superariam o valor do teto legal, nada mais se poderia exigir do empreendedor e a sociedade acabaria arcando com este prejuízo.

Dessa forma, não se deve criticar a falta de um teto indenizatório mas, sim, no presente momento, a ausência de critérios claros e aceitáveis para a **definição** do percentual da compensação ambiental a partir do grau de impacto inevitável do empreendimento, ou mesmo a inexistência de um outro critério mais equilibrado de apuração do valor da compensação ambiental, desassociado da fórmula “percentual sobre base de cálculo” (cf. tópico 6.2).

De qualquer maneira, tanto vem sendo combatido o emprego de alíquotas variáveis pelo órgão ambiental, sem um limite determinado, que, para evitar aguerridas discussões até a edição de parâmetros adequados de apuração do grau de impacto ambiental, a Resolução CONAMA 371/2006 houve por bem determinar:

“**Art. 15.** O valor da compensação ambiental fica fixado em meio por cento dos custos previstos para a implantação do empreendimento até que o órgão ambiental estabeleça e publique metodologia para definição do grau de impacto ambiental.”

À vista disso, a partir de 6 de abril de 2006 (data da publicação da Resolução CONAMA 371), o órgão ambiental ficou impedido de estabelecer percentuais acima de 0,5%. Só poderá voltar a adotar percentuais diversos após a

edição de norma definidora dos parâmetros para a apuração do grau de impacto ambiental.⁵²¹

Cumpra mencionar, por derradeiro, que a luta contra a falta de um percentual máximo para a apuração do valor da compensação ambiental vem se dando também na esfera legislativa.

O Projeto de Lei 266/2007⁵²², apresentado pelos Deputados Rogério Lisboa e Márcio Junqueira (DEM), propõe a mudança do §1º do art. 36 da Lei do SNUC para abolir o percentual mínimo da compensação ambiental bem como para estabelecer como limite MÁXIMO o equivalente a 0,5% (meio por cento) sobre o valor do investimento⁵²³. Ou seja, o que hoje na Lei 9.985/2000 é o percentual mínimo, viraria, se aprovado este PL, o percentual máximo.

As justificativas dadas pelos autores do PL:

“A compensação ambiental, na forma como estabelecido pela Lei do SNUC, pode onerar em muito o empreendedor, pois essa lei deixou ao arbítrio do administrador público a definição do valor a ser cobrado para a implantação de unidades de conservação.

Dessa forma, a compensação ambiental, ao invés de funcionar como instrumento de conciliação entre as partes, tem acirrado os conflitos entre ambientalistas e empreendedores, tendo em vista os exageros cometidos por órgãos licenciadores.

Estamos certos de que a política de unidades de conservação é de extrema importância para a proteção da biodiversidade no País, mas carece de recursos públicos para sua efetiva implantação. Sabemos, também, que a compensação estabelecida pela Lei do SNUC é um

⁵²¹ Vale informar que o Estado de São Paulo adiantou-se e estabeleceu, por meio da Resolução SMA 56/2006, os procedimentos para gradação de impacto ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, para fins de determinação do percentual de compensação ambiental.

⁵²² O PL 266/2007 (e seus apensos) encontra-se na Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CMADS) desde 29 de março de 2007, segundo informado na homepage da Câmara dos Deputados. Informação disponível em <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>> Acesso em 25 fev.2007.

⁵²³ Esta é a reivindicação também da CNI – Confederação Nacional da Indústria (informação disponível em <<http://implantacao.cni.org.br/lumis/main.jsp?lumPageld=40288097122DE18801122F29B2BC0AAB&it emId=8A9015D01403B1F70114083A2D0A7178>> Acesso em 30 jun.2006) e do setor elétrico (informação disponível em <<http://www.abrace.org.br/download/1%20-%20Paper%20-%20COMPENSAÇÃO%20AMBIENTAL%20-%20Final.pdf>> Acesso em 30 jul.2007), dentre outros.

mecanismo importante para viabilizar essa política, ao mesmo tempo em que promove a mitigação de impactos ambientais de grandes projetos.

Entretanto, não podemos aceitar que a compensação venha a constituir a principal ou talvez até única fonte de recursos para as unidades de conservação. A proteção do nosso patrimônio genético é, antes de tudo, responsabilidade do Estado. A iniciativa privada não pode arcar com os custos da conservação do meio ambiente.”

Apensado ao PL 266/2007 temos dois outros – ambos igualmente desejosos de um teto máximo para o percentual da compensação ambiental.

O PL 453/2007, do Deputado Ciro Pedrosa (PV), e o PL 701/2007, do Deputado Sandes Júnior (PP) mais “generosos” com o meio ambiente, alteram o §1º do art. 36 da Lei do SNUC para que a compensação ambiental reste fixada em no máximo 5% (cinco por cento) dos custos totais de implantação do empreendimento.

5.11 Destinação

A Lei 9.985/2000 é clara em direcionar os recursos da compensação ambiental à implantação, manutenção e mesmo criação de unidades de conservação do Grupo de Proteção Integral, quais sejam: Estações Ecológicas, Reservas Biológicas, Parques, Monumentos Naturais e Refúgios de Vida Silvestre (art. 8º da Lei 9.985/2000):

“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.” (g.n).

Apenas excepcionalmente permite que parte dos recursos da compensação ambiental seja vertida para unidades de conservação do Grupo de Uso Sustentável

(a saber: Área de Proteção Ambiental, Área de Relevante Interesse Ecológico, Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva de Fauna, Reserva de Desenvolvimento Sustentável e Reserva Particular do Patrimônio Natural, conforme art. 14 da Lei 9.985/2000) – quando elas forem afetadas pelo empreendimento:

“Art. 36, §3º. Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento⁵²⁴, 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.**” (g.n)

Daí se extrai que a lei atrela inteiramente a compensação ambiental às unidades de conservação. E, preferencialmente, às unidades de conservação de proteção integral.

Indagadas pela Câmara Técnica de Compensação Ambiental/IBAMA sobre a possibilidade de emprego dos recursos da compensação ambiental em projetos não relacionados às unidades de conservação, Paula da Rin Souza e Lia D. Chagas Dornelles respondem que a Lei 9.985/2000 determina de forma muito clara e definitiva a destinação de tais recursos, e arrematam:

“a) projetos relativos à fauna, recursos pesqueiros, proteção e fiscalização ambiental de entornos de UCs, etc. são passíveis de obtenção de recursos desde que não sejam independentes das Unidades de Conservação e estejam plenamente vinculados ao que dispõe a legislação citada. Isto é, desde que se justifiquem como desenvolvimento de pesquisas necessárias para o manejo da unidade de conservação e área de amortecimento.
b) UCs de Uso Sustentável, assim como UCs estaduais ou municipais, serão contempladas sempre que estas ou seus entornos forem afetados.”⁵²⁵

⁵²⁴ A Lei 9.985/2000 define zona de amortecimento como “o entorno de uma unidade de conservação, onde as atividades humanas estão sujeitas a normas e restrições específicas, com o propósito de minimizar os impactos negativos sobre a unidade” (art. 2º, XVIII).

⁵²⁵ Parecer/AGU/PGF/IBAMA/PROGE nº 286, de 20 de junho de 2003, p.11-2.

A questão que se coloca é se a compensação ambiental deveria ficar adstrita à criação e implantação de unidades de conservação, considerando a possibilidade de se proporcionar ganhos ambientais à coletividade atingida pelos danos, por inúmeros outros mecanismos, como, *v.g.*, reflorestamento de áreas degradadas e remediação de áreas contaminadas (naturalmente, quando não for possível identificar o poluidor visto que, neste caso, o reflorestamento ou a remediação terão que ser promovidos exclusivamente às suas custas e não às custas dos recursos da compensação).

Nesse sentido, bem observa Paulo Affonso Leme Machado que

“o pagamento ou a contribuição monetária criada não atinge todos os campos em que possam incidir os efeitos da atividade a ser licenciada, pois a poluição das águas e da atmosfera, a poluição sonora, a poluição do solo, através de rejeitos e de agrotóxicos não estão abrangidas na compensação a ser paga. Isso porque o pagamento a ser efetuado pelo empreendedor será destinado somente às unidades de conservação.”⁵²⁶

Deve-se observar, de pronto, que a compensação não é reparação *in natura*, daí a razão de não atuar diretamente sobre o bem impactado. Sendo uma forma de aliviar a perda parcial da qualidade ambiental, quando impossível impedi-la, pode ser traduzida em qualquer benefício ambiental – no caso, a escolha da lei foi a criação e/ou melhoria da situação das unidades de conservação.

Por outro lado, não se pode ignorar que a melhoria do sistema das unidades de conservação não representa, do ponto de vista técnico, a única forma de compensar os impactos irremediáveis de um empreendimento degradador.

Do ponto de vista jurídico, contudo, fez-se uma opção. Ou seja, partindo-se da constatação de que o investimento em unidades de conservação seria uma forma

⁵²⁶ Direito Ambiental Brasileiro, p. 791.

adequada (embora não única) de compensar os males gerados por uma obra ou atividade degradadora, decidiu o legislador canalizar a compensação para este fim.

A orientação adotada pela lei, porém, não é bem recebida por todos os doutrinadores. Marília Passos Torres de Almeida⁵²⁷, por exemplo, é uma crítica desse modelo, que prefere a formação e manutenção de “ilhas isoladas de conservação” ao invés de promover a restauração de um bem diverso mas com funções ecológicas equivalentes ao bem danificado.

Sob uma outra ótica, há quem questione a aplicação de recursos da compensação ambiental em atividades próprias da administração pública, ou seja, em atividades que deveriam ser custeadas pelo Poder Público, independentemente dos valores da compensação, como aquelas desenvolvidas em prol das unidades de conservação. Paulo de Bessa Antunes é um deles:

“[...] é bastante discutível o sentido de compensação estabelecida pela própria lei e pelo decreto, pois compensação ambiental – em minha opinião - deve significar uma melhoria ambiental – jamais uma substituição de tarefas que devem ser realizadas *ex officio* pelo próprio Poder Público. Em realidade, a prioridade estabelecida pelo artigo 33 do decreto [4.340/2002] está voltada para ações institucionais que devem ser previstas nos orçamentos das unidades de conservação.”⁵²⁸

De qualquer modo, não se pode negar que a criação de novas unidades de conservação, assim como a melhoria de sua gestão, fiscalização e manutenção, representam uma proteção absolutamente bem-vinda da biodiversidade brasileira⁵²⁹,

⁵²⁷ Ob.cit., p. 324-25.

⁵²⁸ Direito Ambiental, p. 610.

⁵²⁹ Sobre as unidades de conservação, Antonio Herman Benjamin professa que sua importância está muito além de sua beleza. E que se o SNUC tanto as preserva, não é apenas por sua riqueza paisagística: “Não é um concurso de beleza natural. Tutela, a um só tempo, o formoso e o feio, o economicamente útil e o inútil, o visível e o invisível a olho nu, o aprazível e o incômodo, o acolhedor e o inóspito, o habitável e até o inabitável.

O que se visa com a instituição de uma unidade de conservação é a algo bem mais grandioso e complexo, pois, além de resguardar paisagens de notável beleza cênica, almeja-se manter a restaurar a biodiversidade, proteger espécies ameaçadas de extinção, assim como as características relevantes de natureza geológica, geomorfológica, espeleológica, arqueológica, paleontológica e cultural e os

tão ameaçada nos dias de hoje. Por isso a aprovação do caminho escolhido pela Lei 9.985/2000 – **pelo menos no que tange aos danos ambientais promovidos no ambiente natural**. (vide tópico 6.3, sobre a impertinência de compensação de danos ao ambiente cultural e artificial com benefícios ao ambiente natural).

Além disso, não se deve olvidar que os empreendimentos potencialmente poluidores não sujeitos ao EPIA/RIMA compensarão seus impactos negativos inafastáveis por meio de medidas compensatórias específicas, não necessariamente atreladas às unidades de conservação. Tem-se aí a garantia de que outros bens ambientais carentes de cuidados serão também beneficiados.

5.11.1 Escolha das unidades de conservação beneficiárias

A indicação das unidades de conservação a serem beneficiadas com os recursos da compensação ambiental é feita pelo órgão licenciador, considerando as propostas apresentadas no EPIA/RIMA, ouvidos o empreendedor, nos termos do art. 36, §2º da Lei 9.985/2000, e outros interessados, conforme consta do art. 10, §1º da Resolução CONAMA 371/2006⁵³⁰.

Mas quais os critérios que orientam a decisão do órgão licenciador? Ou, de outra forma, que critérios utilizará o órgão ambiental para decidir que tal ou qual unidade de conservação receberá o apoio financeiro em questão?

A Lei 9.985/2000, em seu art. 36, §3º, fornece um único parâmetro vinculador específico: as unidades de conservação ou zonas de entorno afetadas diretamente pelo projeto a ser empreendido, deverão necessariamente ser

recursos hídricos e edáficos.” (Introdução à Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, p. 292).

⁵³⁰ O art. 10, §1º da Resolução CONAMA 371/2006 assegura “a qualquer interessado o direito de apresentar por escrito, durante o procedimento de licenciamento ambiental, sugestões justificadas de unidades de conservação a serem beneficiadas ou criadas”, sendo que, conforme o §2º, tanto as sugestões apresentadas por estes interessados como as apresentadas pelo próprio empreendedor não vinculam o órgão ambiental licenciador, que deverá apenas justificar as razões de sua escolha.

contempladas com os recursos da compensação ambiental, independentemente de se tratarem de unidades de conservação do Grupo de Proteção Integral ou do Grupo de Uso Sustentável:

“Art. 36, §3º. Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento [...] **a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.**” (g.n)

Muitas vezes, porém, nem mesmo existe uma unidade de conservação nas proximidades ou na área de influência do empreendimento, que possa ser por ele afetada. Em casos tais, como se dará a escolha do órgão ambiental licenciador?

Na falta de critérios legais, somos obrigados a aceitar que haverá uma certa discricionariedade na decisão, seja para que ele, órgão ambiental, decida investir na criação de uma nova unidade de conservação, seja para que decida verter os recursos para uma unidade de conservação não atingida diretamente pelo empreendimento.

A Resolução CONAMA 371/2006 busca fornecer um critério direcionador, sem, porém, solucionar a questão por completo.

Segundo o seu art. 9º, as unidades de conservação ou zonas de amortecimento afetadas diretamente pelo empreendimento ou atividade a ser licenciada, independentemente do grupo a que pertençam, deverão ser contempladas com os recursos da compensação ambiental, “considerando, dentre outros, os critérios de proximidade, dimensão, vulnerabilidade e infra-estrutura existente” (inc. I) – até aí, nada muito diferente do que já diz a Lei 9.985/2000. Não havendo, contudo, unidades de conservação ou zonas de amortecimento diretamente afetadas, uma parte dos recursos da compensação ambiental deverá ser destinada à criação, implantação ou manutenção de unidade de conservação do

Grupo de Proteção Integral “localizada **preferencialmente** no mesmo bioma e na mesma bacia hidrográfica do empreendimento ou atividade licenciada, considerando as Áreas Prioritárias para a Conservação, Utilização Sustentável e Repartição dos Benefícios da Biodiversidade, identificadas conforme o disposto no Decreto nº 5.092, de 21 de maio de 2004, bem como as propostas apresentadas no EIA/RIMA.” (inc. II), e a outra parte dos recursos deverá ser empregada “na criação, implantação ou manutenção de outras unidades de conservação do Grupo de Proteção Integral em observância ao disposto no SNUC.” (parágrafo único).

Assim, claro está que, em primeiro lugar, serão beneficiadas as unidades de conservação (de proteção integral ou uso sustentável) afetadas pelo empreendimento. Na sua falta, parece estar autorizada uma divisão de recursos entre: (i) unidades de conservação preferencialmente localizadas nas proximidades do empreendimento, ou seja, na mesma bacia hidrográfica e no mesmo bioma⁵³¹, ainda que não afetadas por ele e (ii) quaisquer outras unidades de conservação do Grupo de Proteção Integral.

Pode parecer, à vista disso, que a destinação dos recursos da compensação ambiental está bem definida e justificada. Todavia, a questão da abrangência geográfica da compensação ambiental ainda não encontrou uma solução pacífica. Propomo-nos mais adiante, no tópico 6.4, a enfrentar esta questão e a oferecer uma contribuição para o debate.

Frise-se, por fim, que o órgão licenciador não precisa – na verdade não deve – restringir os benefícios da compensação ambiental às unidades de conservação do mesmo ente federativo, de modo que um licenciamento na esfera estadual pode vir a beneficiar uma unidade de conservação federal, da mesma forma

⁵³¹ Como o termo *preferencialmente* não significa *obrigatoriamente*, fica subentendido que não havendo unidades de conservação (estamos falando das **não** afetadas pelo empreendimento) dentro do mesmo bioma e, concomitantemente, da mesma bacia hidrográfica, poderão ser eleitas unidades de conservação outras, ainda que de bioma diverso mas na mesma bacia hidrográfica do empreendimento, ou dentro do mesmo bioma do empreendimento, mas em bacia hidrográfica distinta.

que um licenciamento na esfera federal pode vir a beneficiar uma unidade de conservação municipal.

Neste particular endossamos a visão de Paulo Affonso Leme Machado, que professa:

“Os recursos arrecadados devem ir para as unidades de conservação existentes na área, sejam elas federais, estaduais ou municipais, independentemente do órgão licenciador ser federal, estadual ou municipal.”⁵³²

Não se deve olvidar, contudo, que para que esta medida funcione, será imprescindível uma boa comunicação entre o órgão licenciador de um ente federativo com o órgão gestor da unidade de conservação sob tutela do outro ente, haja vista não ser adequado que o primeiro defina as prioridades e necessidades da unidade de conservação gerida pelo segundo.

5.11.2 Prioridades na aplicação dos recursos

Ao órgão licenciador cabe não apenas decidir quais unidades de conservação serão agraciadas com os recursos da compensação ambiental mas quais atividades serão executadas com tais recursos (sempre com apoio da Câmara de Compensação Ambiental, conforme disposto no art. 32 do Decreto 4.340/2002).⁵³³

Regulamentando o mecanismo de aplicação dos recursos, o art. 33 do Decreto 4.340/2002 encerra:

⁵³² Ob.cit., p. 795.

⁵³³ “Art. 32 do Decreto 4.340/2002. Será instituída no âmbito dos órgãos licenciadores câmaras de compensação ambiental, compostas por representantes do órgão, com a finalidade de analisar e propor a aplicação da compensação ambiental, para a aprovação da autoridade competente, de acordo com os estudos ambientais realizados e percentuais definidos.”

“A aplicação dos recursos da compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985, de 2000, nas unidades de conservação, existentes ou a serem criadas, deve obedecer à seguinte ordem de prioridade:

I - regularização fundiária e demarcação das terras;

II - elaboração, revisão ou implantação de plano de manejo;

III - aquisição de bens e serviços necessários à implantação, gestão, monitoramento e proteção da unidade, compreendendo sua área de amortecimento;

IV - desenvolvimento de estudos necessários à criação de nova unidade de conservação; e

V - desenvolvimento de pesquisas necessárias para o manejo da unidade de conservação e área de amortecimento.

Parágrafo único. Nos casos de Reserva Particular do Patrimônio Natural, Monumento Natural, Refúgio de Vida Silvestre, Área de Relevante Interesse Ecológico e Área de Proteção Ambiental, quando a posse e o domínio não sejam do Poder Público, os recursos da compensação somente poderão ser aplicados para custear as seguintes atividades:

I - elaboração do Plano de Manejo ou nas atividades de proteção da unidade;

II - realização das pesquisas necessárias para o manejo da unidade, sendo vedada a aquisição de bens e equipamentos permanentes;

III - implantação de programas de educação ambiental; e

IV - financiamento de estudos de viabilidade econômica para uso sustentável dos recursos naturais da unidade afetada.”

A regularização fundiária vem em primeiro lugar pois é por seu intermédio que o poder público passa a ser proprietário das terras que compõem a unidade de conservação para, assim, poder efetuar a ingerência e gestão completa do espaço – e, por isso, naturalmente, esta medida expropriatória só será implementada nas unidades de conservação cujas terras tenham realmente que ser públicas, o que ocorrerá quando o regime jurídico da unidade de conservação impuser sérias restrições de uso e gozo ao proprietário.⁵³⁴

⁵³⁴ A maior parte das unidades de conservação de proteção integral deve ser criada em áreas públicas. Por isso os arts. 9º, §1º, 10, §1º e 11, §1º da Lei 9.985/2000 rezam que as áreas particulares incluídas nas estações ecológicas, reservas biológicas e parques devem ser desapropriadas. Já no caso dos monumentos naturais e refúgios de vida silvestre, dispõem os arts. 12, §2º e 13, §2º que a desapropriação deve ocorrer havendo incompatibilidade entre os objetivos da área e as atividades privadas ou não havendo aquiescência do proprietário às condições propostas pelo órgão responsável pela administração da unidade para a coexistência da UC com o uso da propriedade.

É certo que “ao se criar ‘no papel’ uma UC não se garante a sua existência, é preciso que a área seja demarcada e os proprietários de terras no seu interior sejam indenizados, deixando as terras de forma pacífica.”⁵³⁵ Sabe-se que muitas unidades de conservação de proteção integral, que deveriam ser compostas apenas por terras públicas mas são, de fato, compostas por terras privadas não desapropriadas, não são efetivamente implementadas em razão de intenso litígio entre poder público e proprietários, que resistem à desocupação da área, seja por não aceitarem a criação do espaço protegido, seja porque não receberam a devida indenização para deixá-la.

O plano de manejo, que vem em segundo lugar, é

“o documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais de uma unidade de conservação, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade” (art. 2º, inc. XVII da Lei 9.985/2000).

Sem ele, a Unidade de Conservação não pode ser implementada – afinal, é o plano de manejo que determina as atividades que podem, como e quando podem ser desenvolvidas na área, as áreas restritas a determinados usos etc. Por isso ele é obrigatório para todas as unidades de conservação, devendo ser elaborado no prazo de 5 anos contados de sua criação, conforme preceitua o art. 27 e §3º da Lei 9.985/2000.

Quanto aos bens e serviços necessários à implantação, gestão, monitoramento e proteção da unidade e de sua zona de amortecimento, podem ser citados os equipamentos que auxiliam na fiscalização, os veículos utilizados pela

⁵³⁵ KELECOM, Alphonse; BERNARDO, Christianne. Análise crítica da Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da natureza. Disponível em <<http://www.ebape.fgv.br/radma/doc/POP/POP-043.pdf>> Acesso em 30 mar.2007.

equipe responsável pela gestão da área, os espaços destinados aos projetos de educação ambiental, as atividades de combate a incêndios ou de reflorestamento de áreas desmatadas etc.

Já os estudos necessários à criação de nova unidade de conservação constituem, na verdade, uma exigência da Lei 9.985/2000 para a instituição de UCs de proteção integral e de uso sustentável, conforme se depreende do art. 22, §2º, *in verbis*:

“Art. 22, § 2º. A criação de uma unidade de conservação **deve ser precedida de estudos técnicos** e de consulta pública que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade, conforme se dispuser em regulamento.” (g.n)

Nos dizeres de José Eduardo Ramos Rodrigues, a serventia destes estudos reside no fato de que podem “evitar a criação irresponsável de Unidades de Conservação sem um mínimo de justificativa científica, ou em espaços que lhe sejam incompatíveis.”⁵³⁶

Ainda sobre os estudos necessários à criação de unidades de conservação, vale mencionar que a Resolução CONAMA 347/2004, que dispõe sobre a proteção do patrimônio espeleológico, confirma a regra constante da Lei do SNUC de que o empreendedor de obras ou atividades causadoras de impactos significativos, sujeitas a EPIA/RIMA, é obrigado a apoiar a implantação e a manutenção de unidade de conservação, acrescentando que este apoio “poderá nos termos do art. 33, do Decreto no 4.340, de 22 de agosto de 2002, constituir-se em estudos e pesquisas desenvolvidas, preferencialmente na região do empreendimento, que permitam identificar áreas para a implantação de unidades de conservação de interesse espeleológico.”

⁵³⁶ Sistema Nacional de Unidades de Conservação, p. 95.

Por fim, as pesquisas necessárias para o manejo da unidade de conservação e respectiva zona de amortecimento são extremamente úteis para direcionamento do órgão ambiental com relação às atividades necessárias à proteção da área.

Da lista de atividades acima comentadas, apenas a elaboração do plano de manejo e a realização de pesquisas para o manejo é que podem ser promovidas, com os recursos da compensação ambiental, nas unidades de conservação de uso sustentável e de proteção integral situadas em áreas privadas. Mas, além dessas, outras duas são acrescentadas ao rol: programas de educação ambiental e estudos de viabilidade econômica com vistas a orientar o proprietário para o uso sustentável dos recursos naturais existentes no imóvel.

5.12 Execução

A execução da compensação ambiental tem um momento pré-estabelecido na norma, sendo que ela pode se dar de forma direta ou mediante a adesão do empreendedor ao Fundo de Compensações Ambientais da Caixa Econômica Federal - a escolha por uma dessas modalidades de execução cabe ao próprio empreendedor.

5.12.1 Momento

É certo que a compensação ambiental, por se tratar de uma reparação prévia, deve ser paga antes da causação dos danos que ela visa remediar.

A Resolução CONAMA 371/2006 define as etapas a serem percorridas desde a fixação do valor da compensação, pelo órgão ambiental, até o seu pagamento, pelo empreendedor.

Segue-se, então, que antes da emissão da Licença de Instalação, o empreendedor deverá apresentar ao órgão licenciador a previsão dos custos totais de implantação do empreendimento, conforme dita o art. 4º.

O órgão licenciador, de seu turno, terá que estabelecer o percentual da compensação ambiental quando da emissão da Licença Prévia ou, quando esta não for exigível, quando da emissão da Licença de Instalação, nos termos do art. 5º. Vale dizer, à vista de tais dispositivos, que o percentual poderá ser definido antes mesmo que o órgão ambiental venha a conhecer o custo total do empreendimento, até porque a fixação desse percentual levará em conta a gradação do impacto e não o valor da obra ou atividade.

Uma vez fixado o valor da compensação ambiental, e sempre antes da emissão da Licença de Instalação, o órgão ambiental e o empreendedor firmarão termo de compromisso ou convênio⁵³⁷, que preverá, dentre outros, o cronograma de desembolso e o mecanismo de atualização das quantias dos desembolsos. É o que rezam os parágrafos 2º e 3º do art. 5º.

Frise-se que, conforme expressa disposição do §1º do art. 5º, “não será exigido o desembolso da compensação ambiental antes da emissão da Licença de Instalação”. Com efeito, é a Licença de Instalação que de fato garantirá ao empreendedor que o empreendimento será levado adiante (claro, a depender do atendimento de todas as condicionantes impostas pelo órgão ambiental), daí a razão de se tê-la como marco para o pagamento.

⁵³⁷ De acordo com o art. 3º, inc. II da Instrução Normativa IBAMA 47/2004-N, termo de compromisso é o “instrumento firmado entre o IBAMA e o Empreendedor estabelecendo as condições de execução da compensação ambiental devendo ser assinado até a liberação da Licença de Instalação - LI.”. Quando o empreendedor for órgão público, ao invés de se firmar um termo de compromisso, firmar-se-á, um convênio, segundo dispõe o art. 3º, inc. III da IN 47/2004.

Mas, e se por questões de interesse público ou em razões outras quaisquer, a Licença de Operação do empreendimento vem a ser indeferida quando o empreendedor, porém, já pagou o valor parcial ou total da compensação ambiental? Entendemos que, à hipótese, deve-se aplicar a devolução dos recursos ao empreendedor, pelos mesmos motivos já espostos no tópico 5.6: não sendo causado danos ambientais, o pagamento destinado a compensá-los terá sido indevido, não sendo lícita a apropriação de tais valores pelo poder público, nem mesmo se já tiverem sido aplicados nas unidades de conservação beneficiárias.

5.11.2 Modalidades

5.11.2.1 Direta

Os recursos da compensação ambiental não ingressam nos cofres públicos. É dizer que a compensação ambiental obriga o empreendedor ao desembolso de determinados valores, mas não determina a sua entrega ao Poder Público; determina, isso sim, que o responsável pelo empreendimento licenciado os aplique diretamente nas unidades de conservação beneficiárias da compensação – ou, mais precisamente, nas atividades elencadas como prioritárias pelo órgão competente.

No caso, por exemplo, do empreendimento rodoviário “Rodoanel Mário Covas – Trecho Sul”, no Estado de São Paulo, a compensação ambiental pelos danos gerados no Município de São Paulo, foi imposta a DERSA – Desenvolvimento Rodoviário S/A nos seguintes termos:

“[...]”

2. Com relação à Compensação Ambiental estabelecida pela Lei 9.985/00, fica acordado que a DERSA se obriga a desapropriar áreas para implantação de Unidades de Conservação no total de

1.200 ha, a serem locadas em consonância com estudos a serem desenvolvidos pela DERSA e pela PREFEITURA.

2.1. A DERSA obriga-se ainda a demarcar e a cercar estas Unidades de Conservação, bem como a elaborar os seus planos de manejo por sua conta e risco;

2.2. As obrigações acima estabelecidas são condicionantes para a expedição da Licença de Operação;

2.3. A partir da entrega das áreas, devidamente desimpedidas de interferências, a PREFEITURA assume a total responsabilidade para o gerenciamento e manejo das referidas Unidades de Conservação;

2.4 A PREFEITURA obriga-se a apresentar e reivindicar estas Unidades de Conservação como sendo a compensação a ser determinada pela Câmara de Compensação Ambiental da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo, para o Município de São Paulo-SP;

2.5 A PREFEITURA acompanhará todos os passos de implantação e desapropriação das áreas, obrigando-se a fornecer todas as informações de que disponha, inclusive o cadastro das propriedades, nos casos de áreas urbanas;

2.6. A DERSA obriga-se a desapropriar uma faixa contínua, ainda que de largura variável, de terra, de até 300 metros, contígua às laterais do Rodoanel Mario Covas - Trecho Sul, como medida mitigatória, em relação ao impacto gerado pela obra, limitando a desapropriação as seguintes condicionantes:

A- A faixa a ser desapropriada deverá ser revestida de vegetação nativa e ou exótica;

B- A referida faixa de até 300 metros, poderá ainda se incorporar como área a ser desapropriada, imóveis caracterizados como áreas agricultáveis em estado de abandono ou caracterizadas como de solo frágil, quando necessário para impedir a descontinuidade da faixa protegida;

C- A DERSA obriga-se ainda a demarcar, cercar e elaborar o plano de manejo da faixa de até 300 metros no município de São Paulo, por sua conta e risco;

D- As obrigações acima estabelecidas são condicionantes da expedição da Licença de Operação;

E- A partir da entrega das áreas aqui definidas e da expedição da L.O, a PREFEITURA assume a total responsabilidade para o gerenciamento e manejo da referida faixa de até 300 metros;

F- A PREFEITURA acompanhará todos os passos de implantação e desapropriação da área, obrigando-se a fornecer todas as informações disponíveis sobre as áreas e as propriedades que venham a ser atingidas pela referida faixa variável de até 300 metros." (g.n)⁵³⁸

⁵³⁸ Instrumento de Transação para compensação e mitigação ambiental do Rodoanel Mario Covas Trecho Sul, firmado em 21 de dezembro de 2005, entre Prefeitura Municipal de São Paulo e Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente, de um lado, e o Estado de São Paulo, Secretaria Estadual de Transportes e a DERSA - Desenvolvimento Rodoviário S/A, de outro. Disponível em http://portal.prefeitura.sp.gov.br/secretarias/meio_ambiente/banco_textos/0033/0035 Acesso em 22 dez.2006

Extrai-se desse exemplo que a empreendedora não entregou recursos ao Poder Público municipal; assumiu, por sua conta e risco, as atividades objeto da compensação ambiental.

5.11.2.2 Por adesão ao Fundo de Investimentos CAIXA-Compensações Ambientais (FCA)

Por um acordo firmado entre Ministério do Meio Ambiente e Caixa Econômica Federal, em março de 2006, criou-se o Fundo de Compensações Ambientais (FCA), ao qual os empreendedores podem aderir voluntariamente, em busca de uma alternativa à aplicação direta dos recursos da compensação ambiental.

O Fundo de Compensações Ambientais acaba facilitando o cumprimento da compensação ambiental pelo empreendedor, já que lhe permite que “troque” o investimento direto nas ações determinadas pelo órgão ambiental – que, via de regra, são estranhas as suas atividades regulares – pela destinação do *quantum* correspondente ao fundo que, por sua vez, cuidará de executar as atividades outrora a cargo do empreendedor.

O empreendedor interessado em aderir ao Fundo deverá informar a Câmara de Compensação Ambiental/IBAMA, para que esta adesão conste expressamente do Termo de Compromisso a ser celebrado entre o órgão licenciador e o empreendedor. Também constarão deste Termo de Compromisso, dentre outros, o valor, as regras de execução da compensação ambiental por meio do FCA e uma cláusula específica de mandato, autorizando o IBAMA a utilizar os recursos depositados, no cumprimento do plano de trabalho pré-definido.

Além do Termo de Compromisso com o órgão ambiental, o empreendedor firmará um instrumento com a Caixa Econômica Federal, intitulado “contrato de serviços entre a CAIXA e o Empreendedor”, pelo qual contratará diversos de seus serviços, tais como o de *administração do FCA* e o de *gerenciamento e controle da operação*, que “são inerentes à existência do Fundo e envolvem as operações de resgate, pagamento e prestação e contas”⁵³⁹, e outros, complementares (e não obrigatórios), de *Gerenciadora Pública*, que compreende o apoio ao planejamento, execução, acompanhamento e fiscalização de programas e projetos, e *Portal de Compras Caixa*, que visa a realização, pela internet, de licitação para aquisição de bens e serviços para as unidades de conservação – tais ações serão operacionalizadas pelo IBAMA, em nome do empreendedor.

Frise-se, por necessário, que os custos relativos aos serviços oferecidos pela CAIXA “serão extraídos do valor da compensação ambiental, não implicando em qualquer despesa extra para o empreendedor.”⁵⁴⁰

Para cada obra licenciada será aberta uma conta específica pelo empreendedor. Os recursos devidos pelo empreendedor poderão ser depositados integralmente ou, se ajustado com o órgão ambiental, parceladamente – estando claro, porém, “que os depósitos deverão ocorrer no máximo em quatro parcelas iguais e limitadas a dois depósitos anuais”⁵⁴¹ e que haverá um prazo para conclusão da obrigação: até o final do período de vigência da Licença de Instalação⁵⁴².

⁵³⁹ Disponível em <http://www.ibama.gov.br/compensacao/download.php?id_download=44> Acesso em 20 mai.2007.

⁵⁴⁰ Disponível em <http://www.ibama.gov.br/compensacao/download.php?id_download=44> Acesso em 20 mai.2007.

⁵⁴¹ Disponível em <http://www.ibama.gov.br/compensacao/download.php?id_download=44> Acesso em 20 mai.2007.

⁵⁴² É o que estabelece o §3º da cláusula terceira do modelo de “Termo de Compromisso entre o Ibama e o Empreendedor”, a se ver: “O valor devido da compensação ambiental deverá estar disponibilizado até o final do período de vigência da Licença de Instalação.” (Disponível em <http://www.ibama.gov.br/compensacao/download.php?id_download=44> Acesso em 20 mai.2007).

Por se tratar de um acordo entre o Ministério do Meio Ambiente a Caixa Econômica Federal, o mecanismo em comento serve apenas aos licenciamentos ambientais da esfera federal. No entanto, como os empreendimentos licenciados na esfera federal podem afetar unidades de conservação estaduais e municipais, as quais, dessa forma, farão jus aos benefícios da compensação ambiental, prevê-se, no Termo de Compromisso entre o IBAMA e o Empreendedor, que “para a execução dos recursos destinados as Unidades de Conservação Estaduais e Municipais deverão ser elaborados Termos de Compromissos específicos ou instrumento análogo entre o Empreendedor e os Órgãos Gestores destas Unidades, acordado entre as partes a forma de execução, em atendimento a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação/SNUC e seus regulamentos.” (Cláusula primeira, §3º).⁵⁴³

⁵⁴³ Disponível em <http://www.ibama.gov.br/compensacao/download.php?id_download=44> Acesso em 20 mai.2007.

6 CONTRIBUIÇÃO PARA O APERFEIÇOAMENTO DO INSTITUTO DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL, QUANTO À EXIGIBILIDADE, VALOR, ABRANGÊNCIA E DESTINAÇÃO, CONSIDERANDO SUA NATUREZA JURÍDICA DE REPARAÇÃO PRÉVIA POR DANOS AMBIENTAIS INEVITÁVEIS E JURIDICAMENTE TOLERÁVEIS

6.1 Necessidade de ampliação dos critérios de exigibilidade da compensação ambiental

6.1.1 Inadequação do critério atual

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 6.381/1981 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 deteriorem. 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 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.”⁵⁴⁴

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.

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.”⁵⁴⁵

⁵⁴⁴ Ob.cit., p. 315-16.

⁵⁴⁵ Seus argumentos, esposados antes da edição do Decreto 5.566/2005: “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

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).

No entanto, parece-nos que, ainda que pelo meio errado, o art. 31 original estava certo 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 significativos, porém, causadores de impactos.

Nada obstante, essa discussão sobre a extrapolação do Decreto 4.340/2002, ao que consta, não atenta para a verdadeira natureza jurídica da compensação: se a idéia 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 irreversibilidade de algum dano no licenciamento ambiental de obra ou atividade. É a irreversibilidade 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”⁵⁴⁶. E complementa que “qualquer

‘estudos ambientais’ não são aptos a gerar obrigação da compensação ambiental” (Direito Ambiental Brasileiro, 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 764, nota de rodapé).

⁵⁴⁶ Compensação ambiental: considerações sobre a experiência de Minas Gerais na implementação da Lei do SNUC, p. 338.

estudo que possa comprovar e quantificar o dano ambiental não passível de mitigação poderá ensejar a obrigação de sua compensação.”⁵⁴⁷

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

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, falamos no tópico 5.9.

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.”⁵⁴⁸

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

⁵⁴⁷ *Ibidem*, mesma página.

⁵⁴⁸ Ob.cit., p. 316.

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.”⁵⁴⁹.

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 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).

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.

6.1.2 Proposta

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.

⁵⁴⁹ Parecer/AGU/PGF/IBAMA/PROGE nº 286, de 20 de junho de 2003, p.5

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. Ou, pelo menos, para deixar claro que todos os empreendimentos causadores de impactos irremediáveis, devem compensá-los previamente, ora mediante a adoção da compensação *ex ante* (com destinação de recursos para as unidades de conservação), ora mediante a adoção de medidas compensatórias específicas – que, frise-se, podem ser até mais interessantes em certos casos, em virtude da maior flexibilidade de destinação que lhes é conferida – o que não ocorre com a compensação ambiental da Lei do SNUC, que “carimba” os recursos, destinando-os obrigatória e exclusivamente, às Unidades de Conservação, conforme visto no tópico 5.11.

Em isso ocorrendo, teríamos estampadas na lei duas regras gerais sobre reparação antecipada de danos ambientais: uma aplicável aos empreendimentos causadores de impactos significativos, sujeitos ao EPIA/RIMA, outra aplicável aos demais empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental. 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.

6.2 Necessidade de adequação do valor da compensação ambiental

6.2.1 Inadequação do critério atual

O art. 36 da Lei 9.985/2000 nos faz chegar ao valor da compensação ambiental mediante a aplicação de um percentual sobre os custos totais de implantação do empreendimento, percentual esse de no mínimo 0,5%.

Um dos argumentos suscitados por Edis Milaré e Priscila Santos Artigas contra a compreensão da compensação ambiental como uma forma de reparação de danos, é o de que o critério utilizado para o cálculo do valor da compensação não condiz com essa natureza, isto é, com a natureza reparatória:

“[...] se a intenção da instituição da compensação ambiental era reparatória de eventual dano ao meio ambiente, o cálculo da compensação deveria ser consentâneo com a regra do art. 944 do CC/2002, ou seja, estritamente de acordo com a extensão do dano, não sendo possível estabelecer um percentual variável e que tende ao infinito, incidente sobre os custos totais do empreendimento, pois é certo que esse critério raramente coincidirá com o efetivo dano ambiental ocorrido.

Ao contrário, os critérios estabelecidos pela Lei 9.985/00 para o cálculo da compensação ambiental (percentual X custos totais) possibilita a exigência de uma indenização em muito superior aos futuros e incertos danos que o empreendimento poderá trazer ao meio ambiente.”⁵⁵⁰

Embora não compartilhemos do mesmo entendimento dos autores quanto à natureza jurídica da compensação ambiental – ambos dizem se tratar de um tributo, mais especificamente, uma contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE) - concordamos com eles quanto à inadequação do critério adotado pela Lei do SNUC sobre a apuração do valor da compensação ambiental.

Ora, se a função da compensação ambiental é reparatória – e já manifestamos nossa adesão a este pensamento doutrinário -, ela deve guardar, tanto quanto possível, relação com o dano que pretende compensar, deve tentar refletir no

⁵⁵⁰ Ob.cit., p.110.

valor monetário apurado, com o máximo de fidelidade possível, a perda ambiental sofrida.

No entanto, não é bem o que faz o art. 36 da Lei em comento.

Com efeito, é de se reconhecer que o critério atual não está inteiramente desconectado do dano, tanto é que determina que o percentual a incidir sobre a base de cálculo seja fixado de acordo com a gradação do impacto ambiental – assim, quanto maior o impacto, maior o percentual e maior o valor final da compensação. Mas a sua relação com o dano termina aí, pois ao fazer incidir este percentual sobre uma base de cálculo constituída pelo custo do empreendimento, acaba por ignorar a lesão ambiental em detrimento da “riqueza” da atividade lesiva.

Tentam encontrar coerência na fixação da base de cálculo pelo custo do empreendimento pelo fato de que os empreendimentos mais caros são, proporcionalmente, os mais poluidores. Entretanto, a lógica do “quanto mais caro o empreendimento, maior o impacto”, é equivocada. Um empreendimento de custo exorbitante pode representar um impacto ambiental reduzido ou mediano, enquanto que um empreendimento de custo mais modesto pode representar um impacto maior. No primeiro caso, ainda que o percentual seja posto no mínimo legal – já que, mesmo achando justo, o órgão licenciador não pode ficar aquém dele -, o montante da compensação será elevado, e, eventualmente, superará o próprio dano causado; no segundo caso, ainda que o percentual seja estabelecido acima do mínimo legal, não se chegará a um valor elevado, com o risco de corresponder a um valor bastante inferior ao do dano gerado.

Nossa contestação tem companhia.

Reforçando nossos argumentos, Ricardo Carneiro observa que o art. 36 da Lei 9.985/2000 elegeu critério absolutamente inadequado para a definição do *quantum* compensatório:

“Com efeito, ao fazer incidir um percentual sobre os dispêndios financeiros empregados na implantação do empreendimento e não sobre a estimativa do valor econômico de seus reflexos negativos, por certo o legislador ordinário parece ter pressuposto que o grau de impacto ambiental causado por uma determinada atividade econômica guarda alguma proporção, ou, por algum modo, decorre do volume de recursos necessários à sua consecução, o que é absolutamente enganoso, não se podendo, em princípio, inferir qualquer causalidade entre o total dos valores investidos na implementação de um empreendimento e a abrangência de seus efeitos sobre o meio ambiente.

Nesse sentido é possível que empreendimentos dotados de reduzidos custos de implantação apresentem um impacto ambiental extremamente significativo, enquanto outros, de valores consideravelmente mais elevados, gerem impactos negativos de pequena magnitude.”⁵⁵¹

De igual forma, insurgem-se Leonardo Geluda e Carlos Eduardo Frickmann Young:

“...uma proposta de valoração da compensação ambiental deve ser baseada na extensa literatura sobre valoração ambiental, completamente ignorada na proposta do IBAMA – além de gerar um resultado absurdo – por interpretar que o valor da compensação deva ser calculado em função do valor do empreendimento, tal proposta penalizaria os projetos que mais gastassem em controle ambiental e beneficiaria aqueles nos quais os custos do investimento sejam os menores possíveis!”⁵⁵²

⁵⁵¹ A Reserva Particular do Patrimônio Natural – RPPN como beneficiária da compensação ambiental prevista na Lei 9.985/2000, p. 284. O autor também questionava a incidência do percentual sobre as despesas suportadas pelo empreendedor com as medidas voluntárias não exigidas pela legislação ambiental: “...é também inconcebível que um determinado projeto, em razão de exigências inerentes à própria dinâmica do licenciamento ambiental, ou ainda de compromissos voluntários assumidos por seu responsável, tenha seus custos ampliados pela adoção de ações e medidas de controle ambiental e de prevenção da poluição. E isso mostra a incoerência da utilização desse critério como base de cálculo para a incidência do percentual compensatório, sendo certo que em casos semelhantes, quando mais o empreendedor investir no contingenciamento dos impactos de sua atividade, tanto mais será onerado pela definição da correspondente medida compensatória.” Com o advento da Resolução CONAMA 371/2006, porém, parece-nos que esta sua contestação não tem mais razão de ser, tendo em vista que seu art. 3º, §2º exclui dos “custos totais do empreendimento” (=base de cálculo da compensação ambiental), os investimentos destinados à elaboração e implementação dos planos, programas e ações **não exigidos pela legislação ambiental** mas estabelecidos no licenciamento ambiental para a mitigação e melhoria da qualidade ambiental.

⁵⁵² Financiando o éden: potencial econômico e limitações da compensação ambiental prevista na lei do sistema nacional de unidades de conservação da natureza, p. 649.

Naturalmente, não ignoramos os bons propósitos do legislador. O dano ambiental é, realmente, de difícil quantificação⁵⁵³, sendo esta “uma das grandes dificuldades surgidas na aplicação prática da reparação do dano ambiental”⁵⁵⁴, afigurando-se legítimo, portanto, que os criadores e aplicadores da norma procurem critérios objetivos para a apuração de um valor monetário equivalente ou aproximado ao do prejuízo causado.

Estes critérios, porém, devem ser estabelecidos com máxima cautela para que não destoem do dano, redundando em um valor excessivo ou um valor irrisório ou, ainda, no caso da compensação ambiental, para que não criem situações de desigualdade para empreendedores que estejam a provocar impactos semelhantes no meio ambiente, mas cujas obras tenham custos de implantação bastante diferenciados – o que, em última instância, significará valores de compensação ambiental também bastante diferenciados.

6.2.2 Proposta

Se, como apontado no tópico anterior, o critério para estabelecimento da compensação ambiental, atualmente vigente, pode gerar injustiça tanto para os empreendedores (que, por vezes, pagarão valor superior ao dano causado pelo simples fato de que seus empreendimentos têm custo elevado) como para a coletividade (que, por vezes, receberá benefícios em valor inferior ao dano suportado pelo simples fato de que o empreendimento poluidor tem custo reduzido), convém que se reflita sobre um novo critério, mais técnico do que econômico, para apuração do valor da compensação ambiental – inclusive com a possibilidade de abandono de

⁵⁵³ “...no que tange ao dano ambiental, as dificuldades quanto à reparação pecuniária são marcantes, pois a conversão monetária para fins de cálculo indenizatório é, na maioria dos casos, impossível. Quanto vale monetariamente uma espécie em extinção? Ou um patrimônio histórico?” (LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial, p.218).

⁵⁵⁴ FREITAS, Gilberto Passos de. Ilícito penal ambiental e reparação do dano, p. 70.

percentuais mínimos e máximos, para que o órgão ambiental tenha mais liberdade técnica (que não se confunde com arbitrariedade ou desvio de poder) para encontrar o valor da compensação a partir dos impactos reais da obra ou atividade e não a partir de operações matemáticas com uma base de cálculo fixa e alíquotas amarradas.

Em decorrência do exposto, concluímos, com Leonardo Geluda e Carlos Eduardo Frickmann Young, que o equívoco do critério adotado pela lei “deve ser desfeito: a compensação deve ser função do dano estimado, e não do custo total do empreendimento.”⁵⁵⁵

Sabemos se tratar de um desafio e tanto, do qual, porém, não podemos fugir, mesmo porque, não se tem aí uma tarefa invencível – veja-se, por exemplo, a metodologia para definição da gradação do impacto para fins de fixação do percentual, em estudo pelo IBAMA e já definida por alguns órgãos ambientais estaduais: cuida-se de uma metodologia para identificação e qualificação (aproximada) dos danos ambientais, que, em nosso entender leigo, poderia ser aprimorada para também quantificá-los monetariamente.

6.3 Necessidade de direcionamento de parte dos recursos da compensação ambiental para o meio ambiente cultural e artificial afetados pelo projeto

6.3.1 Inadequação do critério atual

As obras e atividades instaladas no território nacional podem causar impactos ambientais negativos de natureza diversas, ora repercutindo no ambiente

⁵⁵⁵ *Ibidem*, mesma página.

natural, ora no ambiente artificial, ora no ambiente cultural, ora, ainda, no ambiente do trabalho.⁵⁵⁶

Se tais impactos não forem elimináveis ou mitigáveis, deverão ser compensados previamente, tanto pela adoção de medidas compensatórias específicas (empreendimentos não sujeitos ao EPIA/RIMA), como pelo cumprimento da compensação ambiental prevista no art. 36 da Lei 9.985/2000 (empreendimentos sujeitos ao EPIA/RIMA).

Expusemos no tópico 5.9 que a vinculação das medidas compensatórias à natureza do dano que se quer compensar é a regra (e uma **boa** regra), enquanto que, em sede de compensação *ex ante*, referida vinculação é praticamente inexistente, tendo em vista que a destinação dos recursos da compensação encontra-se pré-definida na lei. Assim, no primeiro caso, a destruição irreversível de um monumento histórico será compensada com algum ganho para o patrimônio histórico-cultural, mas no segundo será compensada com a melhoria de unidades de conservação, portanto, do patrimônio natural.⁵⁵⁷

Considerando, portanto, que a totalidade dos recursos da compensação ambiental será aplicada em benefício das unidades de conservação, claro está que os impactos provocados no ambiente urbano e cultural não serão compensados por meio do instituto jurídico contido no art. 36 da Lei 9.985/2000 – a atenção da lei ficou toda para o ambiente natural (flora, fauna, biodiversidade etc.).

Marília Passos Torres de Almeida tece sua crítica:

⁵⁵⁶ Sobre a divisão “didática” do meio ambiente em natural, artificial, cultural e do trabalho, consultar: BECHARA, Erika. A proteção da fauna sob a ótica constitucional, p. 8 e ss.; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro, p. 21 e ss; SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional, p. 21 e ss.

⁵⁵⁷ Naturalmente, há exceções já que, por vezes, a unidade de conservação agrega ao seu valor natural um relevante valor histórico-cultural, de sorte que a sua melhoria representará um ganho para ambiente cultural também.

“Os valores da compensação ambiental não contribuem para atingir a melhoria da qualidade de vida urbana, em virtude de não poderem ser aplicados em projeto de melhorias urbanas, tais como instalação de rede de esgoto e tratamento de água, aterros sanitários para resíduos e destinação final do lixo urbano, atividade de planejamento e gerenciamento urbano, etc.”⁵⁵⁸

Com efeito, se a compensação pretende contrabalançar a posição desfavorável em que são colocadas as vítimas da degradação, deve procurar, tanto quanto possível, gerar um ganho semelhante ao bem perdido. Essa a razão de advogarmos a existência de um tratamento diferenciado, em sede de compensação ambiental, para os danos ambientais do ambiente natural, cultural e artificial.

6.3.2 Proposta

Quanto aos danos provocados aos recursos naturais, nenhuma mudança temos a sugerir, pois entendemos correta e adequada a opção do legislador em compensar estes impactos ambientais por meio de benefícios e melhoria às unidades de conservação.

Quanto aos danos incidentes sobre o ambiente cultural e artificial, propomos que a lei institua, clara e explicitamente, uma distinção, seja para esclarecer que eles não devem ser considerados no cálculo da compensação ambiental, abrindo assim a possibilidade de serem objeto de medidas compensatórias específicas, determinadas no mesmo procedimento de licenciamento ambiental, seja para mantê-los incluídos neste cálculo mas prevendo a destinação de parte dos recursos da compensação para ações específicas em prol do patrimônio cultural ou artificial (respeitando, sempre, os demais critérios de aplicação, como a localização na área de influência do projeto e a equivalência entre o bem beneficiado e o bem prejudicado).

⁵⁵⁸ Ob.cit., p. 325.

É imperioso esclarecer que a Resolução CONAMA 371/2006 é categórica em restringir a apuração do grau de impacto ambiental do empreendimento aos danos causados ao meio ambiente **natural**, dizendo, em seu art. 2º, que “o órgão ambiental licenciador estabelecerá o grau de impacto ambiental causado pela implantação de cada empreendimento, fundamentado em base técnica específica que possa avaliar os impactos negativos e não mitigáveis aos **recursos ambientais** identificados no processo de licenciamento...” (g.n) e, no §1º deste artigo, que para “o estabelecimento do grau de impacto ambiental serão considerados somente os impactos ambientais causados aos **recursos ambientais, nos termos do art. 2º, inciso IV da Lei n o 9.985, de 2000**” (g.n), quais sejam: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

Muito embora esta definição até siga ao encontro de uma de nossas propostas apresentada acima, tememos que ela esteja em desacordo com a Lei 9.985/2000 que, em seu art. 36, exige a compensação ambiental de empreendimentos causadores de significativos impactos ambientais, definidos no EPIA/RIMA, englobando, assim, toda sorte de impactos ambientais, e não apenas os atinentes aos recursos naturais.⁵⁵⁹

⁵⁵⁹ Em reunião do CONAMA realizada nos dias 14 e 15 de abril de 2005, no Rio de Janeiro, a Procuradora da República Maria Luiza Grabner, apresentou diversos questionamentos sobre a minuta de resolução que este colegiado discutia – que, algum tempo depois, foi aprovada como Resolução CONAMA 371.

Especificamente sobre a redação do art. 2º, §1º, reputou inadequada a restrição da apuração do grau de impacto ambiental “somente aos impactos ambientais causados ao meio ambiente natural”, dando como justificativa: “a) O artigo 36 da Lei do SNUC não restringe a aplicação da compensação ambiental somente aos casos de significativo impacto ao “ambiente natural”. Antes, refere-se a “significativo impacto ambiental” de maneira ampla. As definições de “impacto ambiental”, por sua vez podem ser buscadas na Resolução CONAMA 001/86, artigo 1º e Resolução CONAMA 306/2002, que, do mesmo modo, não se restringem ao meio ambiente natural mas, pelo contrário, necessariamente contemplam o meio ambiente dito “artificial” e “cultural”. Além do que, a Res. CONAMA 001/86 é expressa ao determinar a elaboração de matriz de impactos sobre o meio físico, biótico e sócio-econômico por ocasião do EIA-RIMA, não havendo, assim, qualquer razão, seja do ponto de vista legal, seja do ponto de vista científico, para a pretendida restrição da aplicação da compensação ambiental do art. 36 da Lei do SNUC” (Disponível em <http://ccr4.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/gt-licenciamento/documentos-docs/reuniao_resolucao_conama_medidas_compensacao.pdf> Acesso em 15 mai.2007).

Por isso, a despeito da Resolução CONAMA 371/2006, insistimos que a própria Lei 9.985/2000 estabelece a distinção entre a compensação ambiental para impactos causados ao meio ambiente natural, ao meio ambiente cultural e ao meio ambiente artificial.

6.4 Necessidade de vinculação dos recursos da compensação à área afetada pelo empreendimento/área de influência do projeto

6.4.1 Inadequação do critério atual

Vimos que o art. 36, §3º da Lei do SNUC deseja que as unidades de conservação afetadas pelo empreendimento, sejam de proteção integral, sejam de uso sustentável, recebam os recursos da compensação ambiental, na forma de bens e serviços.

Repetimos o dispositivo, apenas para firmarmos o entendimento:

“Art. 36, §3º. Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento [...] a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.” (g.n)

Importa observar que este dispositivo legal obriga que as unidades de conservação afetadas sejam agraciadas com os recursos da compensação ambiental, mas não restringe seus valores a elas. Parece criar, dessa forma, uma margem de liberdade para que o órgão ambiental destine parte dos recursos a unidades de conservação não afetadas pela obra ou atividade.

A Resolução CONAMA 371/2006, vimos também, procura direcionar melhor os recursos da compensação ambiental, acentuando, em seu art. 9º, que eles

serão aplicados nas unidades de conservação afetadas pela obra ou atividade e, apenas na ausência de unidades de conservação na área de influência do projeto (pelo menos é o que dá a entender a conjugação dos incisos I e II do art. 9º), é que os recursos da compensação poderão seguir para outras unidades de conservação – agora, exclusivamente as de proteção integral – sendo parte deles para as unidades de conservação preferencialmente localizadas no mesmo bioma e na mesma bacia hidrográfica do empreendimento licenciado, e parte para as demais unidades de conservação do SNUC.

Dos diplomas legais citados podemos extrair a conclusão de que os recursos da compensação ambiental devem, sim, beneficiar a área de influência do projeto, sem prejuízo, porém, de beneficiarem áreas não atingidas e não prejudicadas pelo empreendimento.

De qualquer forma, o fato da vontade da lei estar clara, não significa estar aceita pela doutrina jurídica.

Na discussão sobre a abrangência do espaço geográfico alcançado pela compensação ambiental de um empreendimento, há, de um lado, os que defendem que apenas as unidades de conservação na área de influência do projeto podem concorrer aos recursos da compensação; de outro, há os que advogam a distribuição destes recursos para além da área de influência do projeto.

Para Paulo Affonso Leme Machado, partidário da primeira corrente,

“os recursos que o empreendedor pagar têm uma relação inegável com a área em que os prejuízos ambientais possam ocorrer. O órgão licenciador, portanto, não pode indicar unidades de conservação que não estejam ou na área de influência do projeto, na sua bacia hidrográfica ou na sua microrregião geográfica, se essas unidades de conservação ali já existirem.”⁵⁶⁰

⁵⁶⁰ Direito Ambiental Brasileiro, p. 795.

A endossar a primeira corrente, Carlos Teodoro José Hugueneu Irigaray, assegurando que apesar da Lei 9.985/2000 não determinar o investimento da compensação ambiental *preferencialmente* junto a área do empreendimento, a interpretação sistemática dos princípios não permitiria outro entendimento:

“Na medida em que a compensação decorre de um impacto, aferido em EIA/RIMA, que atinge áreas delimitadas e ecossistemas específicos, devem ser aplicadas nessas áreas os recursos destinados a título de compensação. Vale ressaltar que existem, porém, projetos que são suscetíveis de causar impactos interestaduais, como um gasoduto; nesse caso ampliam-se as possibilidades de aplicação dos recursos recebidos a título de compensação.”⁵⁶¹

Guilherme José Purvin de Figueiredo, por seu turno, admite a razoabilidade das ponderações da primeira corrente mas, alinhando-se à segunda corrente, argumenta que aquela interpretação

“extrapola o que disse o legislador e impõe amarras inúteis para o administrador ambiental, que pode perfeitamente concluir que a compensação ambiental traria proveito muito maior para a regularização fundiária de um bioma particularmente precioso do que para, digamos, a criação de uma nova unidade de conservação em uma região de pouca relevância ecológica. Sob o ponto de vista legal, é inteiramente regular a aplicação dos recursos da compensação em unidades de uso sustentável mais carentes, ainda que situadas em região distante daquela em que ocorre o impacto ambiental.”⁵⁶²

Na mesma linha de raciocínio, Sérgio Guerra observa que a Lei 9.985/2000, ao não prever a necessidade de aplicação dos recursos da compensação ambiental preferencialmente na região do empreendimento ou em favor dos ecossistemas afetados, libera-os de uma vinculação obrigatória à área de influência do empreendimento, de sorte que “a Unidade de Conservação de Proteção

⁵⁶¹ Compensação ambiental: solução ou confusão?, p.210.

⁵⁶² A propriedade no Direito Ambiental, p. 268.

Integral a ser contemplada não precisa necessariamente estar junto ao sítio do projeto.”⁵⁶³

Vale ressaltar que as Resoluções CONAMA 10/1987 e 02/1996 confirmavam, de certa forma, o segundo entendimento, vez que ambas impunham ao empreendedor a obrigação de implantar uma Estação Ecológica ou unidade de conservação de proteção integral “preferencialmente junto à área” (art. 1º da Resolução 10/1987) ou “preferencialmente, na região do empreendimento” (art. 1º, §2º da Resolução 02/1996). Sendo apenas preferencial, e não obrigatória, a implantação da unidade de conservação na área de influência do projeto, nada impedia que, por motivos justos, as UCs beneficiárias estivessem localizadas fora da área ou região do empreendimento.

Mesmo sem ser explícita, a Lei 9.985/2000 permite sejam contempladas com os recursos da compensação ambiental unidades de conservação não localizadas na área de influência do projeto, como bem percebido pelos seguidores da segunda corrente, acima mencionados.

A Resolução CONAMA 371/2006, embora diga que quando unidades de conservação forem afetadas pelo empreendimento, os recursos da compensação ambiental serão **integralmente** destinados a elas (e haverá quem questione a constitucionalidade deste comando normativo, haja vista ter ido além do que foi a própria lei), libera a aplicação de tais valores para unidades de conservação de quaisquer outras localidades, quando o empreendimento não afetar nenhuma unidade de conservação diretamente.

Feitas todas essas considerações, podemos dizer que engrossamos a lista dos partidários da primeira corrente, que reivindica a destinação da compensação ambiental às unidades de conservação afetadas pelo projeto e/ou às

⁵⁶³ Compensação ambiental nos empreendimentos de significativo impacto, p. 132-3.

que, sem serem afetadas diretamente pelo projeto, encontram-se em sua “área de influência”.⁵⁶⁴

Não podemos ignorar que a finalidade da compensação ambiental *ex ante* é, grosso modo, oferecer um benefício àqueles que sofrerão um prejuízo. Assim, ainda que a qualidade ambiental seja um bem difuso, os impactos ambientais de um dado empreendimento afetarão um espaço geográfico mais ou menos determinado, que seja um bairro, uma região, um município ou, ainda, vários municípios. Se os moradores e trabalhadores deste bairro, região ou município é que sofrerão as consequências dos impactos ambientais negativos da obra ou atividade, nada mais justo que sejam recompensados por isso. Ou, em outras palavras, nada mais correto que eles sejam compensados pela perda parcial da qualidade ambiental decorrente de um empreendimento, com um ganho ambiental derivado da criação ou melhoria de uma unidade de conservação situada nas proximidades, a qual eles podem ter fácil e cômodo acesso.

Assim não fosse, correríamos o risco de assistir um prejuízo irreversível causado por um empreendimento em área de Mata Atlântica sendo compensado, por exemplo, mediante a implantação de uma estação ecológica na Amazônia – o que, definitivamente, não parece ser a *mens legis*.

6.4.1 Proposta

A despeito de não o dizer a Lei 9.985/2000, sustentamos que os recursos da compensação ambiental devem se restringir às comunidades diretamente afetadas pelos impactos não mitigáveis do empreendimento degradador.

⁵⁶⁴ De acordo com o art. 5º, inc. III da Resolução CONAMA 01/1986, a *área de influência do projeto* é a “área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos.” Pode ocorrer de uma unidade de conservação estar na área de influência do projeto, mas não sofrer danos diretos ou indiretos por causa dele.

Elas é que devem ser recompensadas mediante a ampliação ou melhoria dos espaços ambientais especialmente protegidos de seu contato mais próximo.

Nessa esteira, não havendo unidades de conservação diretamente afetadas pelo empreendimento, que sejam beneficiadas as unidades de conservação localizadas na área de influência do projeto e/ou que sejam criadas novas neste mesmo território. Ou, dependendo da quantidade de recursos oriundos da compensação ambiental, que seja feita uma divisão equilibrada entre todas essas finalidades, pois ainda assim, os benefícios serão gerados para a comunidade que mais sofrerá com a degradação ambiental.

É bem verdade, porém, que mesmo entre as comunidades afetadas, umas sofrem os impactos mais diretamente, outras mais remotamente. Essa gradação do prejuízo, em nosso sentir, deve ser levada em conta na distribuição dos recursos entre as unidades de conservação beneficiárias, salvo quando o investimento em uma unidade de conservação puder gerar benefícios para todas as comunidades – nesta hipótese não será indispensável a repartição dos recursos para compensar todos os afetados, embora ainda seja possível e, em certos casos, conveniente.

Tudo quanto defendido neste tópico, porém, não consta claramente da lei, motivo pelo qual defendemos que mais essa sugestão seja, em momento oportuno, discutida para eventual inserção na Lei 9.985/2000.

CONCLUSÃO

1. A Constituição Federal, ao dedicar um capítulo todo ao meio ambiente (Capítulo VI, Título VII), fez assegurar a toda a coletividade o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.
2. Os princípios ambientais do desenvolvimento sustentável, da prevenção e precaução e do poluidor-pagador, buscam a harmonia entre o desenvolvimento econômico e social e a qualidade do ambiente e, mais, qualidade de vida.
3. As atividades econômicas e sociais podem causar alterações ambientais insignificantes (e que, por isso mesmo, não interessam ao Direito), e alterações ambientais adversas com significância (e que, por essa razão interessam ao Direito).
4. Dentre as alterações ambientais adversas, ou com significância, algumas serão toleradas em razão da extrema importância da atividade degradadora e outras não serão toleradas de forma alguma, em razão da gravidade e insuportabilidade de tais impactos negativos.
5. A atividade causadora de alterações ambientais adversas toleráveis poderá ser desenvolvida, a critério do órgão ambiental, mediante a adoção de todas as medidas mitigadoras de impacto e, para os impactos não mitigáveis, mediante o pagamento de uma compensação ambiental antecipada.
6. A compensação ambiental é disciplinada atualmente pela Lei 9.985/2000 e seu regulamento, Decreto 4.340/2002, e pela Resolução CONAMA 371/2006.

7. A natureza jurídica da compensação ambiental é a de **reparação antecipada por danos ambientais futuros** (porém, certos) previstos no licenciamento ambiental, os quais não podem ser mitigados ou eliminados pela tecnologia e conhecimento científico disponíveis. Fica, dessa forma, afastada a natureza jurídica de tributo ou de preço público.
8. De acordo com a Lei 9.985/2000, a compensação ambiental deve ser exigida apenas dos empreendimentos degradadores em cujo licenciamento ambiental seja obrigatória a apresentação de EPIA/RIMA (empreendimentos causadores de impactos *significativos*, portanto).
9. O empreendedor deverá, pela compensação ambiental, apoiar a criação e a implantação de unidades de conservação de proteção integral, destinando-lhe um valor correspondente a 0,5%, (meio por cento) no mínimo, dos custos totais do empreendimento, o que poderá fazer mediante execução direta (compra e contratação de bens e serviços) ou indireta (repasse dos recursos ao Fundo de Compensações Ambientais, gerido pela Caixa Econômica Federal).
10. Mesmo sendo um instrumento útil, para não dizer imprescindível, à política ambiental, contém falhas de implementação graves, que chegam a comprometer a natureza do instituto e até mesmo os seus benefícios.
11. Para contornar algumas imperfeições da lei instituidora da compensação ambiental *ex ante*, sugerimos e fundamentamos algumas modificações quanto aos critérios de exigibilidade, de apuração do valor, de abrangência e de destinação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. 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. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 18:198-212, 2000.

ALMEIDA, Marília Passos Torres de. Compensação ambiental na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação – Lei 9.985/00. In: BENJAMIN, Antonio Herman (org). **Paisagem, Natureza e Direito**. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2005, vol. 2, p. 307-328.

ALVES, Sérgio Luis Mendonça. **Estado Poluidor**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, 243 p.

_____; A prescrição no Direito Ambiental Brasileiro. In: CIANCI, Mirna (coord.). **Prescrição no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.386-418.

ANDRADE, Filippe Augusto Vieira de; GULIN, Maria Aparecida Alves Villar. A compensação como forma de reparação por danos causados ao meio ambiente. PENTEADOR, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça Penal, 6: críticas e sugestões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 194-205.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 9ª ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 988 p.

_____; **Recuperação, mitigação, compensação ou contrapartida?** O Eco, fev. 2006. Disponível em:

<<http://arruda.rits.org.br/notitia/servlet/newstorm.ns.presentation.NavigationServlet?publicationCode=6&pageCode=94&textCode=15752&date=currentDate&contentType=html>>. Acesso em: 16 nov. 2006.

_____; **Imposto vestido de verde**. O Eco, ago.2004. Disponível em <

<http://www.dannemann.com.br/site.cfm?app=show&dsp=pba16&pos=5.15&lng=pt.>>

Acesso em: 20 nov.2006.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **Direito Comunitário do Meio Ambiente**. Cadernos CEDOUA. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

_____; **O princípio do poluidor-pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente**. Boletim da Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

ARRUDA, Domingos Sávio de Barros. A categoria acautelatória da responsabilidade ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 42:25-68, 2006.

ASSIS, Alexandre Camanho de. A compensação ambiental como fonte de custeio de unidades de conservação. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**. Minas Gerais: Del Rey, nº 04:155-166, 2005.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1993, 182 p.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª ed. rev. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, 1008 p.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, vol. I, 765 p.

BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento e meio ambiente: as estratégias de mudanças da Agenda 21**. 7ª ed. rev. atual. Petrópolis: Vozes, 2005, 159 p.

BECHARA, Erika. **A proteção da fauna sob a ótica constitucional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, 186 p.

BENATTI, José Heder; RODRIGUES, Liana da Silva. Cobertura Vegetal na propriedade privada e o conceito da redução compensada. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; LECEY, Eladio; CAPPELLI, Sílvia (org). **Meio ambiente e acesso à justiça: Flora, Reserva Legal e APP**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007, vol. 3, p. 121-135.

BENJAMIN, Antonio Herman V. Função Ambiental. In: **Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 9-82.

_____ ; Responsabilidade civil por dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 9:52, 1998.

_____ ; A Natureza no Direito Brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. In: Escola Superior do Ministério Público. **Caderno Jurídico: Bioética e Biodireito.**, São Paulo: ESMP-Imprensa Oficial do Estado, nº 2, 2001, p. 149-169.

_____ ; Introdução à Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. (coord.). **Direito Ambiental das áreas protegidas**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 276-316.

_____; Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro. In: SOARES Jr., Jarbas; GALVÃO, Fernando (coord). **Direito Ambiental na visão da Magistratura e do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.11-115.

_____; MILARÉ, Edis. **Estudo Prévio de Impacto Ambiental: teoria, prática e legislação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, 245 p.

BRUSEKE, Franz Josef. O problema do desenvolvimento sustentável. In: CAVALCANTE, Clóvis (org.). **Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável**. 4ª ed. São Paulo: Cortez; Recife: Joaquim Nabuco, 2003, p. 29-40.

CAPPELLI, Sílvia. O estudo de impacto ambiental na realidade brasileira. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. (coord.) **Dano ambiental – prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 152-169.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português e da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.1-11.

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

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 22ª ed. rev. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, 1.041 p.

CARVALHO, Fernanda Viana de. Compensação ambiental: considerações sobre a experiência de Minas Gerais na implementação da Lei do SNUC. In: BENJAMIN, Antonio Herman (org). **Fauna, Políticas Públicas e instrumentos legais**. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2004, p.333-341.

CAVALCANTI, Clóvis. Sustentabilidade da economia: paradigmas alternativos de realização econômica. In: _____. **Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável**. 4ª ed. São Paulo: Cortez; Recife: Joaquim Nabuco, 2003, p. 153-174.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6ª ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2005, 584 p.

CHACHA, Senise Freire; SILVA, Lúcia Helena da. A natureza jurídica da compensação ambiental. **Revista de Direito e Política**. São Paulo: IBAP- Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, nº 5:79-96, 2005.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 8ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 938 p.

COIMBRA, José de Ávila Aguiar. **O Outro Lado do Meio Ambiente**. Campinas: Millennium, 2002, 560 p.

COLLAÇO, Maria Heliodora do Vale Romeiro. **Do direito ao desenvolvimento**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6038>. Acesso em 19 dez.2006.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. **Proteção jurídica do meio ambiente – I Florestas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, 426 p.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. A compensação ambiental diante de danos irreparáveis. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 21:279-285, 2001.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Legislação brasileira do estudo de impacto ambiental. In: TAUK, Sâmia Maria (org.). **Análise ambiental: uma visão multidisciplinar**. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista: FAPESP: SRT: FUNDUNESP, 1991, p. 37-54.

DAWALIBI, Marcelo. Licença ou autorização ambiental? **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 17:179-187, 2000.

_____ ; O poder de polícia em matéria ambiental, In: FINK; Daniel Roberto *et. al.* **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 92-114.

DESTEFENNI, Marcos. **A responsabilidade civil ambiental e as formas de reparação do dano ambiental: aspectos teóricos e práticos**. Campinas: Bookseller, 2005, 255 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, 823 p.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 1148 p.

_____ ; Responsabilidade civil no plano ecológico. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense nº 317:3-12, 1992.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 17ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 4: Direito das Coisas, 543 p.

DOMINGUES, José Marcos. **Direito tributário e meio ambiente**. 3ª ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 380 p.

_____ ; Cobrança pelo uso da água: natureza jurídica. As cobranças estaduais (parecer). **Revista Interesse Público**. Porto Alegre: Notadez, nº 39:299-319, 2006.

FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, 254 p.

FERRAZ, Roberto. Tributação ambientalmente orientada e as espécies tributárias no Brasil. In: TÔRRES, Heleno Tavares. **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 333-353.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**. 3ª ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, 2.128 p.

FERREIRA, Heline Sivini. Compensação ecológica: um dos modos de reparação do dano ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Aspectos processuais do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 56-72.

FIGUEIREDO, Guilherme Purvin de. **A propriedade no Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004, 286 p.

_____ ; **Curso de Direito Ambiental – Interesses difusos, natureza e propriedade**. Rio de Janeiro: Portal Jurídico (GAZETAJURIS), 2006, 416 p.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, 622 p.

_____ ; Reflexões sobre a intervenção do Estado do Domínio Econômico e as contribuições interventivas. In: MACHADO, Hugo de Brito. **As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro**. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2003, p. 391-401.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 8ª ed. rev. atual.amp. São Paulo: Saraiva, 2007, 554 p.

_____ ; **Direito de o empreendedor desenvolver sua atividade em face de EIA/RIMA favorável no âmbito do Direito Ambiental brasileiro**. Disponível em: <http://www.saraivajur.com.br>>. Acesso em: 30 nov.2006.

FINK, Daniel Roberto; MACEDO, André Camargo Horta de. Roteiro para licenciamento ambiental e outras considerações. In: FINK; Daniel Roberto *et. al.* **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 1-37.

_____ ; O controle jurisdicional do licenciamento ambiental. In: FINK; Daniel Roberto *et. al.* **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 74-91.

FRANÇA, Limongi. Reparação do dano moral. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 631:29-37, 1988.

FREITAS, Gilberto Passos de. **Ilícito penal ambiental e reparação do dano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 255 p.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. 3ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 263 p.

GAMA, Tácio Lacerda. **Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, 303 p.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12^a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, 1030 p.

GELUDA, Leonardo; YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann. Financiando o éden: potencial econômico e limitações da compensação ambiental prevista na lei do sistema nacional de unidades de conservação da natureza. In: **IV Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação**. Curitiba: Fundação O Boticário de Proteção à Natureza, 2004, v. 1, p. 641-651.

GLEISER, Marcelo. Clonando a ressurreição. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 5 nov., 2000, Caderno Mais, p. 29

GOLDEMBERG, José. Progresso e meio ambiente. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 18 abr., 2006, Editoriais.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 3^a ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, tomo 2: La defensa del usuario y del administrado, 1998.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de Águas: disciplina jurídica das águas doces**. São Paulo: Atlas, 2001, 245 p.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GUERRA, Sérgio. Compensação ambiental nos empreendimentos de significativo impacto. In: WERNECK, Mário *et. al.* **Direito Ambiental visto por nós advogados**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.129-145.

IRIGARAY, Carlos Teodoro Hugueney. Controle de poluição. In: RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; IRIGARAY, Carlos Teodoro Hugueney. (org). **O Direito e o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Peirópolis; Brasília: IEB – Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005, p. 273-342.

_____; Compensação ambiental: solução ou confusão?, In: BENJAMIN, Antonio Herman (org). **Paisagem, Natureza e Direito**. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2005, vol. 1, p. 201-212.

ISKANDAR, Jamil Ibrahim. **Normas da ABNT comentada para trabalhos científicos**. 2ª ed. rev. amp. Curitiba: Juruá, 2006, 94 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, 863 p.

KELECOM, Alphonse; BERNARDO, Christianne. **Análise crítica da Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da natureza**. Disponível em <<http://www.ebape.fgv.br/radma/doc/POP/POP-043.pdf>> Acesso em 30 mar.2007.

LECEY, Eladio. Direito ambiental penal reparador: composição e reparação do dano ao ambiente: reflexos no juízo criminal e a jurisprudência. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 45:92-106, 2007.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. 4ª ed. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005, 494 p.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 343 p.

_____ ; Dano ambiental: compensação ecológica e dano moral ou extrapatrimonial. ILDA – Instituto Lusíada para o Direito do Ambiente (org.) **Actas das I Jornadas Luso-brasileiras de Direito do Ambiente**. Lisboa: Instituto do Ambiente, 2002, p. 49-91.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2ª ed.rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 347 p.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 308 p.

LUCARELLI, Fábio Dutra. Responsabilidade civil por dano ecológico. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 700:7-26, 1994.

LYRA, Marcos Mendes. Dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 8:49-83, 1997.

MACEDO, Ricardo Kohn de. A importância da avaliação ambiental. In: TAUKE, Sâmia Maria (org.). **Análise ambiental: uma visão multidisciplinar**. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista: FAPESP: SRT: FUNDUNESP, 1991, p. 11-26.

_____ ; Equívocos e propostas para a avaliação ambiental. In: TAUKE, Sâmia Maria (org.). **Análise ambiental: uma visão multidisciplinar**. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista: FAPESP: SRT: FUNDUNESP, 1991, p. 27-36.

MACHADO, Hugo de Brito (coord). **As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro**. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2003, 607 p.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14ª ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2006, 1094 p.

_____ ; Itinerário do Direito Ambiental Brasileiro: prevenção, controle e reparação. In: SOARES Jr., Jarbas; GALVÃO, Fernando (coord). **Direito Ambiental na visão da Magistratura e do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.117-129.

MAIA FILHO, Roberto. Poluição do ar - alguns aspectos jurídicos. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). **Direito Ambiental em Evolução**. Curitiba: Juruá, 2002, v. 3, p.331-345.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Direito Ambiental e as ações inibitória e de remoção do ilícito. In: PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Direito Ambiental e cidadania**. Leme: JH Mizuno, 2007, p.119-156.

MARQUES, Márcio Severo. **Classificação constitucional dos tributos**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.

MATEO, Ramón Martin. **Tratado de Derecho Ambiental**, Madrid: Editorial Trivium, S.A, 1991, vol. I, 501 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27^a ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, 790 p.

_____ ; **Direito de construir**. 9^a ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, 480 p.

MELO, Ana Alice Moreira de. **Compensação ambiental**. Dissertação de Mestrado. Nova Lima/MG: Faculdade de Direito Milton Campos, 2006.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 4^a ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 1119 p.

_____ ; Tutela jurídico-civil do ambiente. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 0:26-72, 1995.

_____ ; ARTIGAS, Priscila Santos. Compensação ambiental: questões controvertidas. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 43:101-114, 2006.

_____ ; SETZER, Joana. Aplicação do princípio da precaução em áreas de incerteza científica: exposição a campos eletromagnéticos gerados por estações de radiobase. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 41:7-25, 2006.

MIRANDA, Sandro Ari Andrade de. Taxa ou preço público: qual a natureza da contraprestação paga ao órgão responsável, quando do licenciamento ambiental?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 733, 8 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6984>>. Acesso em: 28 mar. 2007.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Impacto ambiental: aspectos da legislação brasileira**. 3ª ed. rev. amp. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, 136 p.

_____ ; **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. 2ª ed. atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, 428 p.

_____ ; Fundamento do Direito Ambiental no Brasil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 706:7-29, 1994.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 5ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, 214 p.

NALINI, José Renato. **Ética Ambiental**. Campinas: Millennium, 2001, 394 p.

NERY Jr., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria B.B. de. Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. (coord.) **Dano ambiental – prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 278-307.

_____ ; **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil extravagante em vigor**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2002.

NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. O conteúdo jurídico no princípio da precaução no Direito Ambiental Brasileiro. In: **Estado de Direito Ambiental: tendências**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 189-228.

NUSDEO, Fábio. **Desenvolvimento e ecologia**. São Paulo: Saraiva, 1975, 144 p.

OLIVEIRA, Antonio Inagê de Assis. **O licenciamento ambiental**. São Paulo: Iglu, 1999, 262 p.

PACCAGNELLA, Luis Henrique. Dano moral ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 13:44-51, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 350 p.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Contribuições de intervenção no domínio econômico**. São Paulo: Dialética, 2002, 143 p.

PINTO, Mariana Oliveira. Estudos de impacto ambiental e Unidades de Conservação: algumas ponderações sobre a compensação de impactos. In: BENJAMIN, Antonio Herman (org). **Paisagem, Natureza e Direito**. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2005, vol. 2, p.295-305.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Regime Jurídico das Licenças**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, 224 p.

PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 4^a ed. Paris: Dalloz, 2001, 944 p.

RAMPAZZO, Sônia Elisete. A questão ambiental no contexto do desenvolvimento econômico. In: BECKER, Dinizar Fermiano (org). **Desenvolvimento sustentável: necessidade e/ou possibilidade?** 4^a ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2002: 161-190.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; DERANI, Cristiane. Princípios gerais do Direito Internacional Ambiental. In: RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; IRIGARAY, Carlos Teodoro Hugueney. (org). **O Direito e o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Peirópolis; Brasília: IEB – Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005, p.87-122.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Manual da monografia jurídica**. 4^a ed. rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, 234 p.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. Reparação de danos ambientais. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 19:129-156, 2000.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. **Sistema Nacional de Unidades de Conservação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 205 p.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental**. 2^a ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 364 p.

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

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 27ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 4: Direito das Coisas, 432 p.

SACHS, Ignacy. **Ecodesenvolvimento - crescer sem destruir**. São Paulo: Vértice, 1986.

_____; **Do crescimento econômico ao ecodesenvolvimento**. Disponível em <http://www.cfh.ufsc.br/~nmd/do_crescimento_economico_ao_ecod.htm> Acesso em: 15 dez.2006.

SALIBA, Ricardo Berzosa. A natureza jurídica da “compensação ambiental”: vícios de inconstitucionalidades. **Revista Interesse Público**. Porto Alegre: Notadez, nº 29:197-214, 2005.

SAMPAIO, Francisco José Marques. **Evolução da responsabilidade civil e reparação de danos ambientais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 293 p.

_____; **Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998, 260 p.

SEGUIN, Elida. **O Direito Ambiental: nossa casa planetária**. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 480 p.

SENDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos**. Cadernos CEDOUA. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil: fontes contratuais das obrigações: responsabilidade civil**, 5ª ed. rev. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, v. V, 440 p.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, 250 p.

SILVA, Danny Monteiro da. **Dano ambiental e sua reparação**. Curitiba: Juruá, 2006, 400 p.

SILVA, Fernando Quadros da. A gestão dos recursos hídricos após a Lei 9.433, de 08 de janeiro de 1997. In: FREITAS, Vladimir Passos de. (org). **Direito Ambiental em evolução**. Curitiba: Juruá, p. 75-89, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed. rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2006, 878 p.

_____; **Direito Ambiental Constitucional**. 6ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, 351 p.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente: emergências, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001, 896 p.

_____; **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri, SP: Manole, 2003, 204 p.

SOUZA, Luiz Antonio de. **Tutela criminal difusa**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1999.

SOUZA, Paula da Rin; DORNELLES, Lia D. Chagas. **Parecer/AGU/PGF/IBAMA/PROGE nº 286, de 20 de junho de 2003**, 24 p.

STAHEL, Andri Werner. Capitalismo e entropia: os aspectos ideológicos de uma contradição e a busca de alternativas sustentáveis. In: CAVALCANTE, Clóvis (org.). **Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável**. 4ª ed. São Paulo: Cortez; Recife: Joaquim Nabuco, 2003, p. 104-127.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, 287 p.

_____; Medidas compensatórias e a intervenção em áreas de preservação permanente. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; LECEY, Eladio; CAPPELLI, Sílvia (org). **Meio ambiente e acesso à justiça: Flora, Reserva Legal e APP**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007, vol. 3, p. 3-19.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. O Direito Ambiental e seus princípios informativos. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 30:155-178, 2003.

VAN ACKER, Francisco Thomaz. **Licenciamento ambiental**. Apostila Básica III. Disponível em <<http://www.ambiente.sp.gov.br/EA/adm/admarqs/Dr.VanAcker.pdf>> Acesso em 21 mar.2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 3ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003, v.3: Contratos em espécie, 662 p.

WALD, Arnold. O Direito do Desenvolvimento. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 383:7-18, 1967.

WOLD, Chris. Introdução ao estudo dos princípios de Direito Internacional do Meio Ambiente. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.5-31.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. A implementação dos direitos fundamentais e o paradigma constitucional: as novas concepções e os desafios aos

operadores do Direito. In: _____. **Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, p.31-53.