



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

COMPENSAÇÃO AMBIENTAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: ANÁLISE DE
ASPECTOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA 0004121-47.2013.8.19.0055

Yuri Leite Silva Sing Toledo

Rio de Janeiro

2017

YURI LEITE SILVA SING TOLEDO

COMPENSAÇÃO AMBIENTAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: ANÁLISE DE
ASPECTOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA 0004121-47.2013.8.19.0055

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Ambiental. Professora Orientadora: Maria Carolina Amorim

Rio de Janeiro

2017

COMPENSAÇÃO AMBIENTAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: ANÁLISE DE ASPECTOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA 0004121-47.2013.8.19.0055

Yuri Leite Silva Sing Toledo

Graduado em Direito pela Universidade Candido Mendes. Advogado. Pós-graduando em Direito Ambiental pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – ainda que já tenha sido objeto de norma geral editada pela União e alvo de discussão no Supremo Tribunal Federal, em sede ação declaratória de inconstitucionalidade, o instituto da compensação ambiental se apresenta como um dos temas que ainda geram inúmeras controvérsias no Direito Ambiental. Isso porque trata-se de um mecanismo que une o particular ao ente público na missão de assegurar um direito fundamental – o meio ambiente ecologicamente equilibrado – sem prejudicar o desenvolvimento das atividades econômicas. Este trabalho busca oferecer esclarecer detalhes do instrumento econômico em questão e de apontar as possibilidades conferidas aos tribunais superiores dado ao posicionamento exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ao se debruçar sobre a compensação ambiental.

Palavras-chave – Direito Ambiental. Compensação Ambiental. Poluidor-Pagador. Instrumento Econômico.

Sumário – Introdução. 1. Compensação ambiental do art. 36 da Lei n. 9.985/2000: Instrumento econômico do processo de desenvolvimento sustentável. 2. Considerações sobre a natureza jurídica da compensação ambiental e suas formas de execução. 3. Análise de aspectos do Acórdão proferido pela Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na Ação Civil Pública 0004121-47.2013.8.19.0055. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo da presente pesquisa científica é tecer considerações sobre o instituto da compensação ambiental instituída pelo Sistema Nacional das Unidades de Conservação – Lei Federal nº 9.985/2000 à luz de considerações da doutrina especializada e da jurisprudência existente sobre o assunto. O mote para a discussão é o acórdão proferido pela Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no julgamento da Ação Civil Pública 0004121-47.2013.8.19.0055.

Para tanto são analisados aspectos referentes à natureza jurídica e às modalidades de execução da compensação ambiental, com ênfase no caso do Estado do Rio de Janeiro. A análise conduzida sobre a jurisprudência selecionada no Tribunal Fluminense não se dá de forma exaustiva de modo que não são abordados aspectos referentes à classificação do Fundo

Brasileiro Para a Biodiversidade – FUNBIO como OSCIP ou sobre a legalidade do Convênio nº 003/2009, que esta instituição privada firmou com o Estado do Rio de Janeiro para gestão dos recursos da compensação ambiental.

O tema é controvertido, pois questiona se a atuação do Poder Público consegue, pelo sistema adotado hoje, atender ao dever constitucional de proporcionar desenvolvimento sustentável garantindo o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O primeiro capítulo traz noções gerais sobre o instituto da compensação ambiental e procura abordá-lo como um instrumento econômico integrante do processo de desenvolvimento sustentável e fundado no princípio do poluidor-pagador.

Em seguida, o segundo capítulo tece comentários sobre a natureza jurídica da compensação ambiental e suas modalidades de execução tomando como base a jurisprudência do STF e do TCU sobre a matéria para analisar três controvérsias: (i) se a obrigação tratada no art. 36 da Lei n. 9.985/2000 seria de fazer ou de pagar; (ii) se o montante de recursos definido pelo órgão ambiental e aplicado pelo empreendedor teria natureza pública ou privada e (iii) se a obrigação do art. 36 da Lei n. 9.985/2000 poderia ser executada diretamente pelo empreendedor e/ou de forma indireta, seja por meio do órgão ambiental ou por meio de terceiros conveniados.

Por fim, procura-se correlacionar as conclusões alcançadas pela caracterização da compensação ambiental com a abordagem conduzida no acórdão da Ação Civil Pública 0004121-47.2013.8.19.0055.

1. COMPENSAÇÃO AMBIENTAL DO ART. 36 DA LEI N. 9.985/2000: INSTRUMENTO ECONÔMICO DO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Para a compreensão e análise do instituto da compensação ambiental faz-se necessário encará-lo pela perspectiva de um instrumento econômico integrante do processo de desenvolvimento sustentável e fundado no princípio do poluidor-pagador.

A evolução do conceito de desenvolvimento sustentável é reflexo do amadurecimento das discussões¹ que questionam a relação do homem com a natureza e da

¹ De acordo com Leonardo Boff: “A categoria sustentabilidade é central para a cosmovisão ecológica e, possivelmente, constitui um dos fundamentos do novo paradigma civilizatório que procura harmonizar ser humano, desenvolvimento e Terra entendida como Gaia. Comumente a sustentabilidade vem acoplada ao desenvolvimento. Oficialmente o conceito desenvolvimento sustentável foi usado pela primeira vez na Assembléia Geral das Nações Unidas em 1979. Foi assumido pelos governos e pelos organismos multilaterais a partir de 1987 quando, depois de quase mil dias de reuniões de especialistas convocados pela ONU sob a coordenação da primeira ministra da Noruega Gro Brundland se publicou o documento Nosso Futuro Comum. É

necessidade de estabelecimento de um racional que permita se alcançar equilíbrio intergeracional e justiça ambiental na ação humana, possibilitando-se atender às necessidades das gerações atuais, sem comprometer a capacidade das futuras de fazerem o mesmo².

O marco legal³ que instrumentalizou o conceito de desenvolvimento sustentável e instituiu o alicerce para os princípios do poluidor-pagador no ordenamento jurídico brasileiro é a Política Nacional do Meio Ambiente⁴ (PNMA), que enumerou dentre seus objetivos a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico (art. 4º, I, da Lei n. 6.938/1981); e a imposição, ao poluidor⁵ e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos (art. 4º, VII, da Lei n. 6.938/1981).

A tutela conferida ao meio ambiente pela CRFB/88, ao longo do art. 225⁶, reforça as diretrizes do desenvolvimento sustentável ao elencar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito difuso, essencial à sadia qualidade de vida, fundamental, pois, e intrinsecamente vinculado às diretrizes para a ordem econômica, conforme art. 170⁷, cabendo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Dentre os instrumentos trazidos pela PNMA, destacam-se para a presente análise o licenciamento ambiental de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental – art. 9º, IV da Lei n. 6.938/1981 – e a avaliação de impactos ambientais,

lá que aparece a definição tornada clássica: sustentável é o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”. BOFF, Leonardo. História da Sustentabilidade. Disponível em <http://www.mobilizadores.org.br/wp-content/uploads/2014/05/coletanea-artigos_boff.pdf>. Acesso em: 04. set. 2017.

² Sobre a evolução do conceito de desenvolvimento sustentável: VEIGA, José Eli da. Para entender o desenvolvimento sustentável. 1ª ed. São Paulo: editora 34, 2015.

³ Apesar de instrumentalizado pela PNMA, foi a Lei n. 6.803/1980 que inovou ao trazer em seu art. 1º: “Nas áreas críticas de poluição (...) as zonas destinadas à instalação de indústrias serão definidas em esquema de zoneamento urbano, aprovado por lei, que compatibilize as atividades industriais com a proteção ambiental”.

⁴ A PNMA foi instituída pela Lei n. 6.938/1981.

⁵ De acordo com o art. 3º, IV, da Lei n. 6.938/1981, poluidor é a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental. Mais adiante, no art. 14, §1º, fica registrada a obrigação do poluidor de indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade.

⁶ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁷ 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;

mormente, pelo estudo prévio de impacto ambiental e seu respectivo relatório – art. 9º, III, da Lei n. 6.938/1981 c/c Resolução CONAMA 01/86.

O estudo prévio de impacto ambiental conduzido pelo empreendedor e submetido ao órgão ambiental licenciador aplica-se para subsidiar a possibilidade de se exercer uma atividade potencialmente causadora de significativa degradação, ao expor os possíveis impactos a serem causados pela atividade que está sendo licenciada. Considerando as conclusões do estudo, no bojo do licenciamento ambiental são discutidas e estabelecidas as condições, restrições e medidas de controle necessárias ao exercício de atividade potencialmente poluidora.

Nessa fase são delimitados os impactos ambientais negativos separando-se aqueles que podem ser mitigados ou eliminados⁸ daqueles que, apesar de não serem mitigáveis, atendem a uma necessidade coletiva sendo, portanto, toleráveis.

A tolerabilidade de determinado impacto ambiental negativo está em linha com o contexto constitucional de equilíbrio entre meio ambiente e ordem econômica. Além disso, considerando que toda atividade econômica e social é, em maior ou menor grau, poluente⁹, tem-se que alguns impactos ambientais são inafastáveis, no sentido em que nem mesmo a melhor tecnologia existente¹⁰ é capaz de eliminar totalmente a lesividade da atividade ao meio ambiente.

Por esse entendimento, a Lei n. 9.985/2000, que cria o Sistema Nacional das Unidades de Conservação e que visa, entre outros objetivos, contribuir para a preservação e a restauração da diversidade de ecossistemas naturais – art. 4º, III, da Lei n. 9.985/2000 – e promover o desenvolvimento sustentável a partir dos recursos naturais – art. 4º, IV, da Lei n. 9.985/2000 – institui, por meio do art. 36¹¹, ao empreendedor de atividade que cause

⁸ Érika Bechara esclarece que a compensação não é nem medida preventiva, nem medida mitigadora de impacto ambiental negativo, sendo tão distinta que só terá espaço onde tais medidas não puderem ser implementadas. BECHARA, Erika. *Licenciamento e compensação ambiental na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC)*. São Paulo: Atlas, 2009. p.167.

⁹ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *A implementação dos direitos fundamentais: as novas concepções e os desafios aos operadores do direito*. In: BECHARA, Érika. *Licenciamento e compensação ambiental na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC)*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 80.

¹⁰ De acordo com Herman Benjamin: “Portanto, o Poder Público só pode licenciar atividade poluidora quando, mesmo com “a melhor tecnologia existente”, ainda assim atividade não consegue eliminar totalmente sua lesividade ao meio 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 qualidade ambiental”. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. *Função Ambiental*. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8754.P.81/82>. Acesso em: 02. out. 2017.

¹¹ 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.

significativo impacto ambiental, uma obrigação de apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral¹², denominada compensação ambiental¹³. Caberá ao órgão ambiental licenciador apenas fixar o percentual do montante de recurso a ser destinado à medida compensatória e estabelecer qual unidade de conservação será beneficiada, exceto nos casos em que haja impacto direto em uma unidade de conservação ou sua zona de amortecimento, a qual será automaticamente uma das beneficiadas.

A Lei 9.985/2000 é a manifestação do legislador diante da necessidade de estabelecer mecanismos nacionais que assegurem o equilíbrio do meio ambiente a fim de atender aos incisos I, II, III e VII, do §1º, do art. 225, da Constituição de 1988¹⁴.

Nesse contexto, conforme ensina Érika Bechara¹⁵:

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

§ 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

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

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

¹² Art. 8º O grupo das Unidades de Proteção Integral é composto pelas seguintes categorias de unidade de conservação: I - Estação Ecológica; II - Reserva Biológica; III - Parque Nacional; IV - Monumento Natural; V - Refúgio de Vida Silvestre.

¹³ Conforme elucidada Rodrigo Mascarenhas, antes de ganhar a forma hoje estabelecida pelo art. 36 da Lei 9.605/1998, o instituto da compensação ambiental teve origem no art. 1º da Resolução CONAMA nº 10, de 1987, tendo sido posteriormente alterada pela Resolução CONAMA nº 02/96. Por óbvio, deve ser lembrado que a compensação ambiental aqui referida não se confunde com outras medidas compensatórias ou mesmo com o instituto previsto na Lei 11.428/2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica.

¹⁴ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

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

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (...) VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

¹⁵ BECHARA, Érika. *Licenciamento e compensação ambiental na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC)*. São Paulo: Atlas, 2009. p.166.

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.

Desse modo, tem-se que a compensação ambiental objetiva promover o compartilhamento dos ônus e bônus da atividade impactante de forma equilibrada sem privilegiar o empreendedor ou os titulares do bem difuso impactado, que é o meio ambiente equilibrado.

Nas palavras de Maurício Mota¹⁶:

A compensação ambiental representa uma contrapartida, financeira ou de outra natureza, pelo impacto nos bens ambientais decorrente do desenvolvimento de um empreendimento ou de uma atividade econômica. Além disso, a compensação cumpre o papel de compensar os demais titulares do direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pelas externalidades provocadas pela nova instalação. Em suma, trata-se de um instrumento econômico, imposto por norma legal, de gestão do meio ambiente.

A compensação ambiental é, portanto, a instrumentalização direta do princípio do poluidor-pagador, por meio do qual ocorre a internalização das externalidades ambientais negativas nos custos do processo produtivo de modo que se evite a socialização das perdas e a privatização dos ganhos.

Danielle Moreira e Flavia Neviani¹⁷ esclarecem o racional implícito nesta compensação-compartilhamento¹⁸:

Essa internalização de custos é de responsabilidade direta do empreendedor, que também é o beneficiário direto dos bônus a serem proporcionados pelo empreendimento, de forma que o custo ambiental esteja incorporado em seu custo de produção, não impingindo a conta das externalidades negativas do empreendimento apenas à população, titular do direito difuso ao bem essencial impactado: o meio ambiente (art. 225, caput, CF/88).

Diante da importância e complexidade deste instrumento diversas questões já foram e ainda são objeto de discussão na doutrina e jurisprudência levando, inclusive, em

¹⁶ MOTA, Maurício. A Função Socioambiental da Propriedade: A Compensação Ambiental como Decorrente do Princípio do Usuário Pagador. Revista de Direito da Cidade, Rio de Janeiro, vol.07, nº 02. ISSN 2317-7721 p.776-803, 2015.

¹⁷ MOREIRA, Daniele de Andrade; NEVIANI, Flávia de Souza. *Compensação Ambiental do Sistema Nacional de Unidades de Conservação no Estado do Rio de Janeiro*. In: JACCOUD, Cristiane. Comentários à Legislação Ambiental do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017. p.186.

¹⁸ O STF utilizou esse termo para se referir à natureza jurídica da compensação ambiental no julgamento da ADI 3378.

determinados casos, a inviabilizar sua devida execução, conforme será abordado no capítulo a seguir.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL E SUAS MODALIDADES DE EXECUÇÃO

Uma vez encarada como um instrumento econômico de compartilhamento de custos ambientais derivados de uma atividade econômica geradora de impactos significativos faz-se necessário entender qual a natureza da obrigação endereçada ao empreendedor para concluirmos de que modo esta pode ser executada.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema e o fez por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.378-6 (ADI 3.378-6), julgada em 09.04.2008. Nos termos do voto do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto¹⁹, utilizado na ementa, o instituto foi reconhecido constitucional e intitulado como um “compartilhamento-compensação”, por “densificar o princípio do usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade pelos custos ambientais derivados da atividade econômica”.

No mesmo julgado, foi fruto de intenso debate no Plenário do STF trecho do parágrafo primeiro do art. 36, posteriormente refutado inconstitucional, que vinculava o cálculo do montante de recursos da compensação ambiental aos custos despendidos na instalação do empreendimento. Ao concluir pela inconstitucionalidade do trecho “não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento”, o STF reconheceu que o valor a ser despendido deve guardar relação direta de causalidade com o impacto ambiental não mitigável causado pela instalação do empreendimento. Trata-se, portanto, de uma obrigação reparatória *ex ante* cuja base de fixação reside nas constatações do estudo prévio de impacto ambiental²⁰.

¹⁹ Em apurada análise sobre a jurisprudência do STF, Érika Bechara aponta que “o Ministro Carlos Ayres Brito atrelou o instituto ao princípio do usuário-pagador, afastando o seu caráter indenizatório e firmando se tratar de um “compartilhamento de despesas”; o Ministro Menezes Direito também não vislumbrou caráter indenizatório na compensação ambiental mas, sim, caráter compensatório; o Ministro Marco Aurélio a enxergou como indenização prévia (e, por isso, a reputou inconstitucional) e o Ministro Ricardo Lewandowski a identificou como reparação de danos, em conformidade com os princípios do poluidor-pagador, da precaução e da antevisão (por este último, justificando reparação de danos ainda não concretizados”. Ibidem. p.169.

²⁰ Érika Bechara estabelece a distinção entre as diferentes correntes que buscavam classificar a natureza jurídica da compensação ambiental: BECHARA, Érika. *Licenciamento e compensação ambiental na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC)*. São Paulo: Atlas, 2009. p.169/204.

Apesar do STF ter trazido luz para determinados aspectos da compensação ambiental, fato é que não era objeto²¹ da ADI 3.378-6 discutir sua natureza ou suas formas de operacionalização.

Persiste até o presente momento cenário incerto no plano legislativo nacional sobre como deve ser realizada a obrigação de apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação²², tendo em vista que o Decreto 4.340/2002, mesmo após as alterações promovidas pelo Decreto 6.848/2009, posteriores ao julgamento da ADI 3.378-6, não foi capaz de sanar as dúvidas atinentes ao instituto. Destacam-se três controvérsias que incidem diretamente no caso aqui estudado: (i) se a obrigação trazida pelo art. 36 da Lei n. 9.985/2000 seria de fazer ou de pagar; (ii) se o montante de recursos definido pelo órgão ambiental e aplicado pelo empreendedor teria natureza pública ou privada e (iii) se a obrigação do art. 36 da Lei n. 9.985/2000 poderia ser executada diretamente pelo empreendedor e/ou de forma indireta, seja por meio do órgão ambiental ou por meio de terceiros conveniados.

O órgão que mais se debruçou sobre tais controvérsias foi o Tribunal de Contas da União (TCU). Em detalhada análise, Danielle Moreira e Flávia Neviani²³ apresentam as oscilações no posicionamento do TCU por meio da análise dos Acórdãos TCU 2.650/2009, 1.853/2013 e 1.004/2016, abordagem que será aproveitada neste trabalho.

O Acórdão TCU 2.650/2009²⁴ remonta à forma com a qual inicialmente se desempenhava a gestão dos recursos da compensação ambiental no plano federal. A discussão

²¹ Maurício Mota resume os pontos trazidos pela Confederação Nacional das Indústrias, autora da ADI 3.378-6: 1. o art. 36 da Lei n. 9.985/2000 feria o princípio da legalidade, pois delegava a órgão administrativo a fixação da compensação ambiental devida pelo empreendedor; 2. essa delegação promovida pelo ato normativo questionado seria ilegítima, pois estaria violando o princípio da divisão e harmonia entre os poderes; 3. a compensação seria paga apenas por empreendimentos que conseguiram licenciamento ambiental, ou seja, aqueles em que não há dano significativo, não sendo razoável a cobrança da compensação; 4. a indenização representa reparação pelos danos causados, sendo imprescindível a prévia ocorrência e a prévia valoração desses danos sob pena de locupletação por parte do Estado, com violação ao princípio da proporcionalidade; e 5. haveria ofensa aos arts. 5º, II, e 37, caput, da CF/1988. Revista de Direito da Cidade, vol.07, nº 02. ISSN 2317-7721 pp.776-803.

²² Conforme descreve o Parecer nº 04/09-RTAM-PG-2, emitido pelo Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Rodrigo Mascarenhas: “A título meramente exemplificativo é possível apoiar a “implementação” de uma unidade de conservação por meio de distintas “prestações”: (a) doando terras sobre as quais a unidade será implementada; (b) construindo as benfeitorias necessárias ao funcionamento da unidade (sede, alojamentos de pesquisadores, acessos, cercas etc.); (c) realizando ou financiando estudos necessários à implantação (levantamentos de fauna e flora, levantamento da situação fundiária, etc.). Na mesma linha, é possível “apoiar” a “manutenção” de uma unidade de conservação, por exemplo (a) custeando serviços necessários ao funcionamento da unidade (serviços de limpeza, por exemplo ou (b) fornecendo material de consumo (uniforme dos funcionários, gasolina para os veículos etc)”.

²³ MOREIRA, Daniele de Andrade; NEVIANI, Flávia de Souza. ob. cit. pp.189-204.

²⁴ Em razão do mecanismo FCA foi instaurado em fevereiro de 2007 o Processo 004.532/2007-9, perante o TCU, que resultou no Acórdão 299/2007, que determinava a realização de auditoria operacional com o objetivo de avaliar a gestão dos recursos da compensação ambiental pelo IBAMA. Esta nova auditoria resultou no processo 021.971/2007-0, no qual foi realizada a apreciação do referido relatório de auditora, culminando no Acórdão 2.650/2009.

tomou como base o resultado do relatório de auditoria operacional conduzido sobre o Fundo de Compensações Ambientais (FCA), mecanismo de gestão compartilhada dos recursos da compensação ambiental, desenvolvido pela Caixa Econômica Federal (CEF), por meio de Acordo de Cooperação firmado com o IBAMA em 2006.

O FCA expandiu as possibilidades do empreendedor quanto à forma de adimplemento com a obrigação do art. 36 da Lei n. 9.985/2000, que até então era desempenhada apenas na modalidade direta, ou seja, por intermédio de equipe própria do causador do impacto ou por meio de terceiros contratados para este fim.

Conforme relatado no Acórdão TCU 2.650/2009, no FCA o empreendedor firmava Termo de Compromisso com o IBAMA, bem como contrato de prestação de serviços com a CEF, sendo aberta uma conta específica nesta para depósito dos recursos correspondentes à obrigação. Ao concretizar a adesão o empreendedor autorizava o IBAMA a movimentar os recursos financeiros aportados ao fundo e, em seguida, recebia termo de quitação integral ou parcial da obrigação²⁵.

A análise conduzida pelo Relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues²⁶, concluiu por considerar que a compensação ambiental possui natureza de obrigação de fazer e não de pagar, sendo seus recursos naturalmente privados e não públicos, não cabendo assunção da obrigação do empreendedor pelo órgão público, tal como ocorria no mecanismo FCA.

Merece, neste momento, menção ao argumento trazido no Parecer 04/09-RTAM-PG-2²⁷, da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, que elucida a necessidade de a

²⁵ Daniele Moreira e Flávia Neviani, ob. cit., chamam atenção para o fato de que a CEF era remunerada pela prestação dos serviços e que incidia, ainda, taxa de administração. Do mesmo modo, vinte por cento da rentabilidade era mantida como verba de contingência, para garantir contratos de serviços e aquisições previstos nos termos de compromisso.

²⁶ Veja-se excerto do Acórdão 2.650/2009: “A lei não criou qualquer prestação pecuniária compulsória (...) nem impôs ao empreendedor a obrigação de pagar ou recolher qualquer quantia aos cofres dos órgãos de licenciamento ambiental (...) na verdade, a lei criou uma única obrigação, obrigação de fazer (...). A obrigação decorrente da compensação ambiental, embora mensurável economicamente, não envolve o recolhimento de recursos ao erário ou a qualquer fundo a ser gerido pelos responsáveis pelas unidades de conservação. (...) A obrigação de fazer, prevista em lei, não pode ser reduzida à obrigação de pagar valor para que órgãos de licenciamento ambiental ou outras entidades venham cumprir as obrigações do empreendedor de implantar e manter unidades de conservação. (...) A obrigação legal deve ser cumprida diretamente pelo empreendedor, destinatário da lei, sem a necessidade de promover qualquer ingresso de recursos nos cofres públicos. Ao órgão de licenciamento ambiental, a lei é bem clara, cabe apenas definir o montante a ser empregado pelo empreendedor nessa finalidade e as unidades de conservação que serão beneficiadas, melhor dizer, apoiadas, pelas atividades custeadas pelos recursos privados. (...) Descabido, portanto, falar em recursos da compensação ambiental indevidamente geridos por entidades privadas. A irregularidade que verifico nos autos é outra, diametralmente oposta, que é o indevido recolhimento de valores a título de compensação ambiental e sua aplicação pelos órgãos públicos”.

²⁷ MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Parecer 04/09-RTAM-PG-2. In Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, vol.67, 2009, p.290-310.

prestação reparatória ser específica, sempre que possível, *in natura*, em razão desta ser a que mais se aproxima da restauração do *status quo ante* ao dano:

A reparação *in natura* é viabilizada mediante uma medida de recuperação, reparação ou prevenção implantada com vistas a proporcionar os benefícios existentes no ecossistema anterior. De maneira geral, como visto, essa recuperação é feita mediante a imposição de obrigações de fazer (...). No entanto, e esta parece ser a fonte da confusão no trato da matéria, qualquer obrigação de fazer ou de dar tem um custo. Ora, se permitirmos a equiparação entre o custo de uma prestação e a obrigação em si, todas as obrigações seriam sempre pecuniárias, o que é um evidente absurdo. Assim, o que o órgão licenciador deve fazer é estipular que a obrigação será cumprida mediante a ação X (que sempre terá um custo Y) e não estipular, simplesmente, que a obrigação consiste no pagamento de Y.

Novo relatório de auditoria operacional analisou os modelos de aplicação e fiscalização de recursos da compensação ambiental no plano federal e nos Estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo e Piauí, resultando no Acórdão TCU 1.853/2013²⁸.

O modelo FCA, questionado pelo Acórdão TCU 2.650/2009, foi extinto em julho de 2009, pelo que passou a vigorar novo modelo arquitetado pelo Contrato de Prestação de Serviços 71/2008, firmado entre a CEF e o ICMBio²⁹, no qual foram criadas junto à CEF contas escriturais, não mais em nome dos empreendedores, mas sim relacionadas a cada um dos empreendimentos e unidades de conservação beneficiadas, que receberam os novos valores e aqueles correspondentes às respectivas contas FCA.

Considerando este novo arranjo, o relatório de auditoria elencou três modalidades de execução possíveis para a compensação ambiental, sendo elas direta, indireta e indireta por meio de terceiros. A primeira modalidade, execução direta³⁰ pelo empreendedor, já havia sido alvo de análise anteriormente pelo TCU, não havendo qualquer objeção a sua aplicabilidade. Já a obrigação indireta foi tida como a modalidade mais comum, sendo esta dividida entre a forma adotada pelo ICMBio – depósito da quantia pelo empreendedor em contas escriturarias

²⁸ O Processo 14.293/2012-9, instaurado em razão de Requerimento 29/2012, do Senado Federal, culminou no Acórdão TCU 2.708/2012, que determinou nova auditoria operacional, culminando no Acórdão TCU 1.853/2013.

²⁹ Órgão criado em 2007, no plano do Executivo Federal, pela Lei n. 11.516/2007, com a atribuição para executar ações da Política Nacional das Unidades de Conservação.

³⁰ Ressalta-se trecho do Acórdão TCU 1.853/2017, que reforça não ser a compensação ambiental uma obrigação personalíssima: ‘Não há obrigatoriedade de a CA ser exclusivamente executada de forma direta e pelo próprio empreendedor. A CA é obrigação imputável somente ao empreendedor, contudo, não é obrigação personalíssima que só possa ser cumprida pelo próprio devedor. Além disso, a imputação de obrigação ao empreendedor para a qual ele não detenha conhecimento técnico para a sua execução, resolve a obrigação, sem necessidade de ressarcimento por parte do devedor, resultando, assim, em prejuízo à CA. Estes argumentos estão em conformidade com a Lei n. 9985/2000, art. 36, e com o Código Civil, arts. 247-249. É também favorável a este posicionamento o signatário do Parecer 04/09-RTAM-PG, emitido no âmbito da Procuradoria Geral do estado do Rio de Janeiro’.

na CEF para posterior operacionalização pelo ICMBio – e a forma adotada pelos estados de Minas Gerais, São Paulo e Piauí – com a internalização das quantias em orçamento público.

Por fim, a execução indireta por terceiro foi trazida conforme exemplo do Estado do Rio de Janeiro, por meio da análise do Fundo da Mata Atlântica (FMA), instituído pelo Convênio 003/2009, firmado entre a Secretaria de Estado do Ambiente do Rio de Janeiro (SEA) e o Fundo Brasileiro para a Biodiversidade (FUNBIO). Neste caso³¹, a entidade conveniada, ou seja, o FUNBIO, seria a responsável pelos procedimentos para manutenção, operação e controle dos recursos da compensação ambiental.

A principal consequência do Acórdão 1.853/2013 veio no sentido da recomendação 9.1.1.1³², endereçada ao ICMBio, para que este se abstinhasse de autorizar a execução indireta tal como prevista no Contrato de Prestação de Serviços 71/2008. Isso em razão dos seguintes termos:

A obrigatoriedade de os recursos da CA serem inseridos no OGU e recolhidos via conta única do Tesouro Nacional, quando este instituto não for executado diretamente pelo empreendedor nem transferido (o financeiro) para entidade sem fim lucrativo, com vista à execução da CA, decorre das disposições constantes da CF, arts. 165, § 5º, inciso I, e 167, inciso I e § 1º; da LRF arts. 8º, caput, 48, 48ª, incisos I-II; e na Lei n. 4.320/64, arts. 1º- 4º e 91.

³¹ Destacam-se as seguintes considerações sobre este mecanismo feitas pelo TCU: “Como vantagem dessa forma de execução, pode-se apontar a segurança jurídica, posto que é uma forma de execução prevista na legislação. Nessa modalidade também se verificam a diminuição da burocracia na gestão dos recursos e o risco de tais recursos serem contingenciados ou não serem provisionados, no exercício seguinte, para as ações a que foram destinados, uma vez que não transitam pelo orçamento público. Para aplicações que não sejam inerentes à ação do Estado, há também a desoneração da máquina pública. Como risco dessa modalidade, é possível apontar a baixa qualidade das contratações efetuadas, caso a entidade executora não seja tecnicamente qualificada ou não conheça do assunto. Existe também a possibilidade de questionamento da idoneidade da entidade executora, com risco de má aplicação dos recursos. A execução por intermédio de terceiros oferece ainda o risco de desconstituição da entidade executora, trazendo perigo à continuidade das ações de aplicação da CA. Como desvantagens da modalidade de execução indireta por intermédio de terceiros, verifica-se a remuneração pela prestação dos serviços, onerando, de certa forma, os custos de aplicação da CA, e a perda da economia de escala, caso as aquisições sejam realizadas de forma isolada. Pelas razões expostas, essa modalidade de execução também não se mostra muito eficiente na aplicação dos recursos da CA. Tendo-se cuidado, contudo, ao escolher a entidade a ser contratada para executar os recursos da CA, de forma a minimizar os riscos de insucesso, essa modalidade pode trazer os principais pontos positivos da execução direta (desoneração da máquina administrativa e o fato de os recursos não transitarem pelo OGU) e, havendo o monitoramento e a fiscalização das ações realizadas pelo órgão gestor responsável pela UC, é possível alcançar os resultados verificados na execução indireta, qual seja, o de otimizar a aplicação dos recursos, fazendo contratações com eficiência, eficácia e efetividade”.

³² “9.1.1.1. se abstenha de autorizar os empreendedores a cumprirem a obrigação de apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação estabelecida no art. 36 da Lei n. 9.985/2000 mediante depósito do valor da compensação ambiental em contas escriturais abertas na Caixa Econômica Federal em nome do empreendimento, conforme previsto na parte final do caput e no § 2º do art. 11 da Instrução Normativa ICMBio 20, de 22 de novembro de 2011, ante a inexistência de previsão de tal procedimento na referida lei e no decreto que a regulamenta;”.

Pela leitura combinada dos dois Acórdãos³³ já citados é possível concluir que a compensação ambiental é vista pelo TCU como uma obrigação de fazer do empreendedor que poderá ser executada de forma direta ou indireta, sendo, esta segunda, opção facultativa. Ainda, o mecanismo a ser utilizado na forma de execução indireta deve obedecer ao princípio da unidade orçamentária, salvo se operado por terceiro mediante instrumento com base legal³⁴.

A última decisão do TCU a ser analisada trata-se justamente do Acórdão TCU 1.004/2016, proferido em razão do Pedido de Reexame do Acórdão 1.853/2013, pelo ICMBio e MMA.

O Relator do Pedido de Reexame, Ministro Raimundo Carreiro, ofereceu elementos para considerar que a obrigação trazida pela Lei 9.985/2000 poderia ser encarada como uma obrigação de pagar, tendo em vista que o verbo “apoiar” “dá margem a interpretações quanto à possibilidade da execução se efetivar pelo empreendedor [execução direta], se consistiria no repasse de recursos financeiros [execução indireta], ou, ainda, se as duas formas seriam possíveis”. Além disso, o Ministro Relator considerou que em razão da falha dos atos normativos instituidores da compensação ambiental – Lei n. 9.985/00 e Decreto 4.340/02 – “deveria admitir o disciplinamento da matéria pelas resoluções e portarias expedidas pelos órgãos ambientais (CONAMA, IBAMA, ICMBio, Comitê de Compensação Ambiental Federal – CCAF)”, a uma porque as normas não se mostram conflitantes e a outra, pois os normativos institucionais suprem as lacunas das normas principais, sem contrariá-las.

Não foi este o entendimento que prevaleceu, restando mantida a recomendação do Acórdão 1.853/2013, reconhecendo a absoluta incompatibilidade vertical da Instrução Normativa 20/2011 do ICMBio³⁵:

- No caso concreto, a Instrução Normativa 20/2011 do Instituto Chico Mendes instituiu, ao arropio da Lei 9.985/2000 a possibilidade de execução indireta da

³³ Em complemento, colaciona-se conclusão de Danielle Moreira e Flávia Neviani, ob. cit. p.162: Pelo exame dos acórdãos acima referidos, conclui-se que o TCU reconheceu não haver determinação legal para que os recursos de compensação ambiental integrem necessariamente o orçamento público. A corte de contas federal admitiu nos referidos acórdãos (Acórdãos TCU 2650/2009 e 1.853/2013) que os recursos de compensação ambiental podem ser executados tanto diretamente pelo empreendedor – ou, indiretamente, por meio da disponibilização de recursos à entidade privada sem fins lucrativos em mecanismo de gestão adotado pelo órgão gestor.

³⁴ Instrução Normativa ICMBio 20/2011.

³⁵ Ainda sobre o Acórdão 1.853/2013: “Voto do Revisor no sentido do desprovemento do recurso, a partir da conclusão de absoluta ilegalidade do ato normativo administrativo - Instrução Normativa 20/2011- da lavra do Instituto Chico Mendes, nos termos da pacífica jurisprudência do Tribunal de Contas da União, com a perspectiva de gestão irregular de recursos federais, a partir da operação extraorçamentária dos recursos pela entidade, ao invés de pelos empreendedores privados, no curso da obrigação de fazer - voltada à recomposição do meio-ambiente - como determina a lei. - Remessa de cópia dos autos ao Ministério Público Federal, para a prática dos atos que entender cabíveis”.

obrigação de compor os danos ambientais. Ao fazê-lo, inovou e extrapolou os termos da legislação, tornando-se nula e írrita, uma vez que atenta não só contra os termos expressos da lei 9.985/2000, mas contra a jurisprudência do TCU e contra a própria razão de ser da instituição - em troca de recursos privados - que é a proteção do meio-ambiente. - A Instrução Normativa do Instituto Chico Mendes traveste a obrigação de fazer, expressamente constante da Lei 9.985/2000, de recomposição do meio ambiente, atribuída exclusivamente ao empreendedor, em mera obrigação de dar, mediante a transferência para os seus cofres de recursos privados, em caráter extraorçamentário, para que o próprio instituto, indiretamente, promova a recuperação ambiental, liberando in actio o ente privado responsável.

Percebe-se que prevaleceu o entendimento de que a compensação ambiental deve ser classificada como uma obrigação de fazer, cujo montante de recursos destinados ao cumprimento desta obrigação possui natureza privada, podendo ser executada de forma direta ou indireta, desde que não implique em transferência da obrigação do ente privado para o poder público pela mera destinação de recursos ao erário.

3. ANÁLISE DE ASPECTOS DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELA DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA 0004121-47.2013.8.19.0055

Em meio às discussões do TCU, em 24.06.2013, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por meio da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo de Araruama ajuizou a Ação Civil Pública (ACP) 0004121-47.2013.8.19.0055, que foi inicialmente distribuída perante a 2ª Vara Cível da Comarca de São Pedro da Aldeia do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em face do Instituto Estadual do Ambiente (INEA), do Estado do Rio de Janeiro (ERJ) e da associação civil Fundo Brasileiro para a Biodiversidade (FUNBIO).

Com a ACP, pretendia o Ministério Público ver reconhecida a ilegalidade do Convênio 003/2009, tendo em vista que pela análise da situação fática, tratar-se-ia, verdadeiramente, de contrato de prestação de serviços, no qual uma entidade privada, escolhida para função sem passar pelo processo licitatório, administraria os recursos, de acordo com o MPRJ, públicos da compensação ambiental, firmando contratos de prestação de serviços com terceiros, também sem licitação, cobrando taxa de administração, sem que fosse possível que o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE/RJ) exercesse o controle

sobre suas contas³⁶. Embasado em tais conclusões, requereu, por fim, que o INEA e o ERJ fossem proibidos de repassar, assim como o FUNBIO de gerenciar, qualquer valor referente às obrigações do art. 36, da Lei n. 9.985/2000, especificamente sobre os valores a serem destinados para unidades de conservação inseridas na área abrangida pelo Parque Estadual Costa do Sol³⁷.

Após o Tribunal reformar decisão que concedeu tutela provisória³⁸ em primeira instância, foi dado provimento à exceção de incompetência, que redistribuiu a demanda para a 15ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital.

Nesse interregno, o ERJ publicou a Lei n. 6.572/2013, com o objetivo de suplementar³⁹ norma geral que regula a compensação ambiental – a Lei n. 9.985/2000 – para disciplinar de que modo poderia ocorrer a execução das medidas de apoio à implementação e manutenção de unidade de conservação beneficiada pela compensação ambiental.

A Lei n. 6.572/2013, por meio de seus arts. 2ª e 3º, estabeleceu três modalidades para a execução da compensação ambiental no ERJ ao permitir: (i) a execução direta pelo empreendedor – art. 2º, I –; (ii) a execução direta, por intermédio de terceiro contratado para este fim – art. 2º, II –; e (iii) a execução indireta por meio de mecanismo operacional e financeiro implementado pela Secretaria de Estado do Ambiente “para viabilizar e centralizar a execução conjunta de obrigações de diversos empreendedores, objetivando ganho de escala, de sinergia e de eficiência na proteção do meio ambiente”⁴⁰ – art.3º.

Com isso, e após o fluir do processo, foi proferida sentença de improcedência dos pedidos autorais, que reconheceu a natureza privada dos recursos oriundos da compensação ambiental, e declarou a legalidade do mecanismo estabelecido pelo Convênio 003/2009, conforme se extrai do conteúdo abaixo⁴¹:

³⁶ Veja-se trecho extraído da Exordial: “É ilegal a transferência a uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), por convênio, da gestão de recursos públicos mediante remuneração variável, sem licitação ou procedimento com todas as garantias formais e materiais do processo licitatório, que garantam isonomia e economicidade”.

³⁷ O Parque Estadual da Costa do Sol, criado pelo Decreto 42.929/2011, tem cerca de 9.840,90 hectares dividido em quatro setores, sendo cada um deles composto por uma ou mais áreas distintas, que abrangem os municípios de Araruama, Armação dos Búzios, Arraial do Cabo, Cabo Frio, Saquarema e São Pedro da Aldeia.

³⁸ A Presidente do TJRJ, resumidamente, considerou que por se tratar de questão complexa, acerca da proteção ao meio ambiente, da gestão de recursos provenientes de compensação ambiental, bem como do próprio sistema legislativo e administrativo formulado para sua implementação, deveriam ser assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa, antes do deferimento de mediada *inaudita altera pars*.

³⁹ No exercício da competência concorrente estabelecida no art. 24 da CRFB/1988, podem os Estados suplementar a norma geral ao preencher seus vazios falando sobre tema não abordado na legislação da União.

⁴⁰ Lei n. 6.572/2013.

⁴¹ Ainda sobre a sentença: “[...] Ora, parece bastante razoável que uma entidade conveniada ao Estado, que não recebe repasse de recursos estatais, porém recebe e gere recursos privados, destes possa efetivar o ressarcimento de seu correspondente custo operacional, demonstrando seus custos semestrais (estimados no Anexo 2) e

Nesses moldes, em se tratando de verbas de origem e natureza privadas, geridas por entidade brasileira com inegável expertise na matéria (inclusive reconhecida internacionalmente), conveniada ao ERJ por sua Secretaria própria, orientada e fiscalizada na aplicação dos recursos privados por órgão ambiental estatal (Câmara de Compensação Ambiental da SEA), auditada externamente por entidades privadas de auditoria, atuando segundo a formatação normativa agora suportada por lei formal do poder competente, não se vislumbra qualquer irregularidade passível de reprimenda estatal judicial. Ademais, face à natureza privada dos recursos geridos pelo FUNBIO e aplicados segundo as prioridades fixadas pelo órgão de controle ambiental estatal, inexigíveis os rígidos regramentos licitatórios da Lei 8.666/93, sendo admissíveis processos simplificados de seleção para a atividade exercida, no interesse de sua eficiência para chegar-se o fim almejado.

Insatisfeito com a sentença, o Ministério Público apresentou recurso de apelação alegando, em síntese, os mesmos argumentos anteriormente apresentados, com o acréscimo de pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 6572/2013, além de destacar que a ACP não discutia tão somente a natureza jurídica da compensação ambiental, mas também as diversas ilegalidades⁴² trazidas pelo Convenio 003/2009.

A 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro conheceu do recurso e julgou parcialmente procedente a apelação, nos termos do voto do Relator, Desembargador Fernando Cerqueira Chagas, para:

“1º) declarar nulo o Convênio nº 03/2009 e, por consequência, todos os seus aditivos. 2º) proibir o INEA e o Estado do Rio de Janeiro de repassarem, assim como o FUNBIO de gerenciar, qualquer valor referente às obrigações do art. 36 da Lei SNUC advindo de empreendimentos localizados nos Municípios abrangidos pelo Parque Estadual da Costa do Sol ou destinados a ele (PECS), ou destinados a qualquer outra unidade de conservação localizada em um dos mesmos Municípios, inclusive o PECS, que não seja para o FECAM. 3º) determinar ao FUNBIO a restituição ao FECAM de todos os valores referentes à compensação ambiental utilizados para o custeio de suas atividades de gestão e aplicação, ou não utilizados na recuperação ambiental, de empreendimentos localizados nos Municípios abrangidos pelo Parque Estadual da Costa do Sol ou destinados a ele (PECS), ou destinados a qualquer outra unidade de conservação localizada em um dos mesmos

autorizada da SEA. Se alguém tem de pagar por esse custo, que seja o empreendedor privado, e não os cidadãos contribuintes”.

⁴² Conforme relatório do Acórdão proferido pela 11ª Câmara Cível do TJRJ, “as questões levantadas na Apelação dizem respeito (...) a indelegabilidade das funções objeto do Convênio 003/2009 e seu aditivo, havendo violação do art. 40, I e II, da Lei nº 13.019, de julho de 2014, que estabelece normas gerais aplicáveis a todos os entes federativos na elaboração de parcerias com entidades sem fins lucrativos; a inconstitucionalidade do §2º do art. 3º da Lei nº 6.572, havendo ofensa aos arts. 70, 71 e 225 da CF; ofensa à Lei nº 8.666/93, pois as OCIPs [sic] não podem intermediar contratações com empresas que detêm finalidade lucrativa; ilegalidade de pagamento de taxa de administração para o FUNBIO”.

Municípios, inclusive o PECS a serem apurados em liquidação de sentença, desde 2009. 4º) determinar ao INEA, ao Estado do Rio de Janeiro e ao FUNBIO que submetam, imediatamente, ao Tribunal de Contas do Estado, as contas detalhadas de todas as contratações já realizadas pelo FUNBIO ou qualquer outra entidade, para as finalidades do art. 36 da Lei do SNUC, desde a assinatura dos Convênios”

Grande controvérsia foi instaurada pelo que caracteriza o cerne dos itens 2 e 3 do Acórdão, tendo em vista a conclusão alcançada pelo Relator da Apelação no sentido de que “pouco importando a sua natureza [fala-se sobre a compensação ambiental], se pública ou privada, por força do disposto nas transcritas letras *e* e *g* (do art. 3º, da Lei n. 1.060/86)⁴³, e em obediência estrita ao art. 263 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, deve ser vertida somente ao FECAM”.

A Lei 1.060 instituiu em 1986 o então denominado Fundo Especial de Controle Ambiental (FECAM)⁴⁴, fundo contábil, sem personalidade jurídica, e, portanto, diretamente subordinado à Administração Direta do Estado do Rio de Janeiro⁴⁵, cujo objetivo se caracterizava em atender às necessidades financeiras dos projetos e programas ambientais do Estado. Inicialmente, o mote de atuação era o apoio à Política Estadual de Controle Ambiental⁴⁶ e às garantias trazidas pela Lei n. 6.938/1981, além de se inspirar em duas iniciativas: (i) no Fundo de Defesa de Interesses Difusos⁴⁷, previsto no art. 13 da Lei n. 7.347/1985 e (ii) no sucesso⁴⁸ do *Superfund*, fundo instituído, em dezembro de 1980, pelo Congresso dos Estados Unidos da América no bojo do *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act* (CERCLA), cujo objetivo era a recuperação de áreas contaminadas, com recursos oriundos de taxas impostas a grandes poluidores.

⁴³ Art. 3º - Constituem-se em recursos do FECAM: [...] e) empréstimos, repasses, doações, subvenções, auxílios contribuições, legados ou quaisquer outras transferências de pessoas físicas ou jurídicas nacionais, estrangeiras ou internacionais, de direito público ou privado, diretamente ou através de convênios; [...] g) outros recursos eventuais.

⁴⁴ Atualmente, o art. 2º da Lei n. 1.060/1986 denomina o FECAM como Fundo Estadual de Conservação Ambiental. A alteração na denominação do FECAM foi trazida pela Lei n. 2.575/96 e mantida pela Lei n. 3.520/2000. Já a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, no art. 263, denomina o FECAM como Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano.

⁴⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano (FECAM) como Instrumento de Política Pública Ambiental*. In: JACCOUD, Cristiane. Comentários à Legislação Ambiental do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017. p.259.

⁴⁶ O Decreto-Lei Nº 134/1975 dispõe sobre a prevenção e o controle da poluição do meio ambiente no Estado do Rio de Janeiro.

⁴⁷ O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 e atualmente regulamentado pelo Decreto 1.306/1994, tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos, tendo como origem da maior parte de seus recursos as condenações judiciais e valores pagos como multas ou indenizações, tal como previsto no art. 1º do Decreto n. 1.306/1994.

⁴⁸ <https://www.epa.gov/superfund/superfund-success-stories> - Acessado em 04.09.2017.

No bojo do realinhamento democrático trazido pela Constituição de 1988, com a inovação no trato constitucional dado ao meio ambiente pelo art. 225, o Estado do Rio de Janeiro, no exercício do poder constituinte originário promulgou sua Constituição, que trouxe no art. 263, disposição que autorizava⁴⁹ a criação do FECAM, fundo que deveria ser destinado à implementação de programas e projetos de recuperação e preservação do meio ambiente.

O FECAM, agora alçado ao nível constitucional, foi regulamentado pelo Poder Executivo por meio do Decreto n. 10.973/1988, com o objetivo de utilizar seus recursos em programas e projetos ambientais de órgãos públicos estaduais, prefeituras municipais, universidades públicas e organizações não-governamentais, sem fins lucrativos, sendo, posteriormente⁵⁰, vedada sua utilização para pagamento de pessoal da administração pública direta e indireta ou de despesas de custeio diversas de sua finalidade.

Nota-se que em nenhum momento foi atribuído às ações ambientais caráter vinculativo ao FECAM. Na verdade, os recursos do FECAM, esses sim, são vinculados às ações ambientais promovidas pelos legitimados pela Lei 1.060/1986 e pela Constituição Estadual. Portanto, é possível concluir que recursos privados oriundos de obrigação posta por lei nacional não precisam obrigatoriamente ingressar no FECAM.

Para o avanço neste raciocínio, faz-se necessário identificar quais recursos devem ingressar no FECAM.

Desde a Lei 1.060/1986, uns dos recursos⁵¹ atribuídos ao FECAM eram aqueles provenientes de repasses, doações ou quaisquer outras transferências de pessoas físicas ou jurídicas nacionais, estrangeiras ou internacionais, de direito público ou privado, diretamente ou através de convênios⁵², além de outros recursos eventuais⁵³, não especificados. A

⁴⁹ Paulo de Bessa Antunes, ob. cit., ressalta que nada havia a ser autorizado tendo em vista que o Poder Constituinte Estadual é soberano para questões relacionadas às instituições estaduais. Além disso, ressalta-se que o FECAM já havia sido instituído quando da reforma constituinte estadual.

⁵⁰ Conforme estipulado no art. 263 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e pelo art. 2º da Lei n. 3520/2000.

⁵¹ Atualmente os recursos que constituem o FECAM são aqueles previstos ao longo do art. 3º da Lei 1.060/1986: a) 5 % (vinte por cento) da compensação financeira a que se refere o art. 20, § 1º da Constituição da República 2; b) produto das multas e indenizações referentes a infrações à legislação de proteção ambiental federal e estadual aplicadas ou recolhidas pelo Estado do Rio de Janeiro, inclusive as provenientes de condenações fundamentadas na Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985 3; c) produto de arrecadação de taxas ou contribuições pela utilização de recursos ambientais; d) dotações e créditos adicionais que lhe forem atribuídos; e) empréstimos, repasses, doações, subvenções, auxílios contribuições, legados ou quaisquer outras transferências de pessoas físicas ou jurídicas nacionais, estrangeiras ou internacionais, de direito público ou privado, diretamente ou através de convênios; f) rendimentos provenientes de suas operações ou aplicações financeiras; g) outros recursos eventuais. Além disso, a Constituição Estadual também garante ao FECAM 10% da compensação financeira a que se refere o art. 20, § 1º, da Constituição Federal, a que faz jus o Estado do Rio de Janeiro, quando se tratar de petróleo e gás extraído da camada do pré-sal, não se aplicando nesse caso o disposto para casos regulares.

⁵² Art. 3º, e, da Lei 1.060/1986.

⁵³ Art. 3º, g, da Lei 1.060/1986.

Constituição do Estado, em 1989, também dispôs sobre os recursos que deveriam ser endereçados ao FECAM listando, entre outros, aqueles oriundos de repasses, doações, ou quaisquer transferências de recursos⁵⁴. Nota-se que a redação constitucional não replicou o fragmento “de pessoas físicas ou jurídicas nacionais, estrangeiras ou internacionais, de direito público ou privado, diretamente ou através de convênios”.

Levando-se em consideração ambas as redações não é possível inferir que o repasse de recursos de ente privado para mecanismo financeiro instituído por outro ente privado, este segundo conveniado ao ERJ, se enquadraria como uma das transferências de recurso previstas na legislação do FECAM, mesmo que dentre os programas e projetos ambientais a ele atribuídos estejam aqueles destinados à fiscalização e recuperação da Mata Atlântica e proteção da biodiversidade e à implantação das unidades de conservação da natureza, como parques, reservas e área de preservação ambiental, incluindo plano diretor, plano de manejo, demarcação, sede e educação ambiental das populações do entorno.

Isso porque o repasse de recursos ao mecanismo financeiro está diretamente vinculado à sua natureza de cumprimento de obrigação instituída pelo art.36 da Lei 9.985/2000.

Esta interpretação, inclusive, visa assegurar que haja mais de uma maneira de obedecer às diretrizes da Lei 9.985/2000, uma vez que tanto o fundo público estadual referente aos programas ambientais, quanto o mecanismo financeiro que gere recursos privados estão alinhados na proteção à biodiversidade e ao desenvolvimento sustentável.

Considerando as premissas adotadas pelo julgador *ad quem*, é possível que os tribunais superiores venham novamente a enfrentar o tema da compensação ambiental com a oportunidade de dirimir todas as dúvidas que ainda persistem sobre instrumento de extrema importância para o alcance pleno do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Até a data de fechamento deste artigo ainda não foram julgados os recursos especiais e extraordinários interpostos tanto pelo ERJ quanto pelo FUNBIO.

⁵⁴ Art. 263,§1º, IV, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro

CONCLUSÃO

A compensação ambiental deve ser encarada de acordo com os preceitos legais nos quais foi concebido o instituto, ou seja, trata-se da instrumentalização direta do princípio do poluidor-pagador, na qual ocorre a internalização das externalidades ambientais negativas nos custos do processo produtivo, de modo que se evite a socialização das perdas e a privatização dos ganhos.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foi incumbido de se manifestar sobre tema altamente controvertido, que já foi alvo de análise nas diferentes instâncias legislativas, administrativas e judiciais, sem que tenha havido qualquer manifestação que esgote as discussões e traga segurança jurídica ao instituto da compensação ambiental.

Em que pese o entendimento adotado em primeira instância, nota-se que a abordagem conduzida no acórdão da Ação Civil Pública 0004121-47.2013.8.19.0055 não observou a *ratio* que originou o instituto da compensação ambiental e se firmou em entendimento que não enfrenta de forma completa os dilemas que embasaram as manifestações tanto do autor quanto do réu.

A solução apresentada para a gestão dos recursos oriundos da compensação ambiental – a remessa ao FECAM – se apresenta distante de atender ao propósito estipulado pelo instituto no sentido de apoiar a implementação de unidade de conservação do grupo de proteção integral, ao passo que os recursos que ordinariamente são endereçados ao FECAM possuem destinação não vinculada, podendo atender a diversos programas e projetos ambientais ou de desenvolvimento urbano.

Sem prejuízo da discussão que ainda virá, o acórdão serviu para trazer novas questões a serem debatidas no plano estadual, notadamente no que diz respeito à configuração utilizada pelo FECAM para gerir recursos com finalidade específica dada por legislação nacional.

Caberá aos tribunais superiores, uma vez que enfrentarão a matéria por meio de recurso especial e extraordinário, trazer solução ao impasse que congelou a gestão das unidades de conservação no estado do Rio de Janeiro.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano (FECAM) como Instrumento de Política Pública Ambiental. In: JACCOUD, Cristiane (Org.). *Comentários à Legislação Ambiental do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

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

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e. *Função Ambiental*. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8754>>. p.81/82.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage>>. Acesso em 04 set. 2017.

_____. Lei n. 6.803, de 02 de julho de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6803.htm>. Acesso em 04 set. 2017.

_____. Lei n. n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>. Acesso em 20 fev. 2017.

_____. Lei n. 9.985, de 8 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Lei n. Complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Lei n. 6.572, de 31 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/8de374a0e01bad2583257c1a0060b529?OpenDocument>>. Acesso em: 04 set. 2017.

_____. Lei n. 1.060, de 10 de novembro de 1986. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/01017f90ba503d61032564fe0066ea5b/10190914b8d64c0b0325654b00801bd0?OpenDocument>> Acesso em: 04 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria n. 021.971/2007-0. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Acórdão 2650/2009. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2650%2520ANOACORDAO%253A2009/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 04 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Solicitação do Congresso Nacional n. 014.293/2012-9. Relator Ministro Weder de Oliveira. Acórdão 1853/2013. Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDA>

O%253A1853%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 04 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Pedido de Reexame de Solicitação do Congresso Nacional n. 014.293/2012-9. Relator Ministro Raimundo Carreiro. Revisor e Redator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Acórdão 1004/2016. Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1004%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ação Civil Pública n. 0004121-47.2013.8.19.0055. Relator Fernando Cerqueira Chagas.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.378-6. Relator Ministro Calos Britto. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=534983>>. Acesso em: 04 set. 2017.

BOFF, Leonardo. História da Sustentabilidade. Disponível em <http://www.mobilizadores.org.br/wp-content/uploads/2014/05/coletanea-artigos_boff.pdf>. Acesso em: 04. set. 2017.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Parecer 04/09-RTAM-PG-2. In *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, vol.67, 2009, p.290-310.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, Daniele de Andrade; NEVIANI, Flávia de Souza. Compensação Ambiental do Sistema Nacional de Unidades de Conservação no Estado do Rio de Janeiro. In: JACCOUD, Cristiane (Org.). *Comentários à Legislação Ambiental do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

MOTA, Maurício. A Função Socioambiental da Propriedade: A Compensação Ambiental como Decorrente do Princípio do Usuário Pagador. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, vol.07, nº 02. ISSN 2317-7721 pp.776-803, 2015.