

## O SUPREMO TRIBUNAL E A COMPENSAÇÃO SNUC. A ADI 3.378-DF

*José Marcos Domingues*

THE BRAZILIAN SUPREME COURT AND THE COMPENSATION  
NATIONAL SYSTEM OF UNITS OF NATURAL ENVIRONMENT  
CONSERVATION (SNUC): THE ADIN 3.378-DF

### RESUMO

ESTE TEXTO EXAMINA E CRITICA RECENTE JULGAMENTO DO STF, AINDA NÃO DEFINITIVO, QUE JULGA LEGÍTIMA A CHAMADA COMPENSAÇÃO FINANCEIRA SISTEMA NACIONAL DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DA NATUREZA (SNUC), EMBORA DANDO PARCIAL PROCEDÊNCIA À AÇÃO DIRETA AJUIZADA PELA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, PARA “DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DAS EXPRESSÕES INDICADAS NO VOTO REAJUSTADO DO RELATOR”. A ILEGITIMIDADE DA PREVISÃO LEGAL ESTARIA NO FATO DE QUE O VALOR DA COMPENSAÇÃO EM QUESTÃO “É DE SER FIXADO PROPORCIONALMENTE AO IMPACTO AMBIENTAL, APÓS ESTUDO EM QUE SE ASSEGUREM O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA”, SENDO PRESCINDÍVEL A “FIXAÇÃO DE PERCENTUAL SOBRE OS CUSTOS DO EMPREENDIMENTO”. A LEI Nº 9.985, DE 18 DE JULHO DE 2000, CRIOU O SISTEMA NACIONAL DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, NO BOJO DO QUAL SE INSEREM AS UNIDADES DO “GRUPO DE PROTEÇÃO INTEGRAL” (ART. 8º); EM APOIO ÀS MESMAS, A LEI DETERMINA O PAGAMENTO DE UMA COMPENSAÇÃO, A CUJA IMPLANTAÇÃO E MANUTENÇÃO ESTARÁ AFETADA A RECEITA RESPECTIVA (ART. 36, CAPUT). O TEXTO DISCUTE AS POSSIBILIDADES DE INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS RELATIVAS AO CASO, ABORDANDO OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JURISDICIONAL E SUGERINDO O QUE JULGA SER A MELHOR SOLUÇÃO PARA O CASO CONCRETO.

### PALAVRAS-CHAVE

STF; ADIN; COMPENSAÇÃO; SNUC; MEIO-AMBIENTE; IMPACTO.

### ABSTRACT

THIS TEXT EXAMINES AND CRITICIZES RECENT BRAZILIAN SUPREME COURT VERDICT, NOT IN DEFINITE YET, WHICH JUDGES LEGITIMATE THE FINANCIAL COMPENSATION NATIONAL SYSTEM OF UNITS OF NATURAL ENVIRONMENT CONSERVATION (SNUC) ALTHOUGH GIVING PARTIAL ORIGIN TO THE DIRECT ACTION BROUGHT BY THE NATIONAL INDUSTRY CONFEDERATION IN ORDER TO “DECLARE THE UNCONSTITUTIONALITY OF EXPRESSIONS INDICATED IN THE RELATER’S READJUSTED VOTE”. THE ILLEGITIMACY OF LEGAL PREVISION WOULD BE IN THE FACT THAT THE REFEREED COMPENSATION VALUE “SHOULD BE FIXED PROPORTIONALLY TO THE ENVIRONMENTAL IMPACT, AFTER STUDY IN WHICH ADVERSARY AND LEGAL DEFENSE ARE ASSEVERATED, PRESCINDED THE “PERCENTAGE FIXATION ON THE COSTS OF ENTERPRISE”. THE ACT 9985, 2000, 18TH JULY, CREATED THE NATIONAL SYSTEM OF UNITS OF CONSERVATION IN WHICH UNITS OF “INTEGRAL PROTECTION GROUP” ARE INSERTED (ART. 8º). THE ACT DETERMINES THE PAYMENT OF A COMPENSATION TO SUPPORT THEM AND ITS IMPLANTATION AND MANUTENTION WILL AFFECT THE RESPECTIVE RECEIPT (ART. 36, CAPUT). THE TEXT DISCUSSES THE POSSIBILITIES OF INTERPRETATION OF GENERAL CLAUSES RELATED TO THE CASE, BOARDING THE LIMITS OF JUDICIAL POWER ACTION AND SUGGESTING THE BEST SOLUTION FOR THE CONCRETE CASE.

### KEYWORDS

BRAZILIAN SUPREME COURT; ADIN; COMPENSATION; SNUC; ENVIRONMENT; IMPACT.

## INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 9 de abril de 2008, publicado em 20 de junho imediato, vem de julgar legítima a criação da chamada “compensação financeira SNUC”, embora dando parcial procedência à ação direta ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria, para “declarar a inconstitucionalidade das expressões indicadas no voto reajustado do Relator”.

As expressões acima formam a frase “não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais do empreendimento”. A ilegitimidade da previsão legal estaria no fato de que o valor da compensação em questão “é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa”, sendo prescindível a “fixação de percentual sobre os custos do empreendimento”.

A Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, no bojo do qual se inserem as unidades do “Grupo de Proteção Integral” (art. 8º); em apoio às mesmas, a lei determina o pagamento de uma *compensação*, a cuja implantação e manutenção estará afetada a receita respectiva (art. 36, *caput*).

Na terceira edição do nosso *Direito Tributário e Meio Ambiente*<sup>1</sup> analisáramos a espécie concluindo por seu caráter tributário.

Cabe agora proceder a um reexame do tema em face da decisão, ainda que provisoriamente, tomada pelo STF.

## I O TEXTO LEGAL IMPUGNADO

A Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, declara regulamentar o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII, da Constituição Federal, e instituiu o “Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza” (SNUC), dispondo que:

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

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

## 2 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Ação foi ajuizada em 16.12.2004; sem apreciação da medida liminar requerida, após prestadas as informações de lei e admissão de *amicus curiae*, o feito foi levado a julgamento em 14.07.2006, quando foi prolatado o voto do Ministro Relator pela improcedência do pedido.

Entrementes, em 25.01.2006, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região concedera liminar em agravo<sup>2</sup> em mandado de segurança “limitando a aplicação do percentual referente à compensação ambiental a 0,5%”.

Subsequentemente, em 13.02.2006, o IBAMA aforou a Suspensão de Segurança nº 2.875, quando pugnou pela legitimidade da Compensação e do percentual mínimo de 0,5%, embora relatando média geral de 2,36% com cobranças de até 3,6% (fls. 23); naquele momento, alegou a autarquia risco de perda de arrecadação de R\$ 730.000.000,00 (fls. 28).

Em 5 de abril imediato, antes que a Presidência do STF decidisse a Suspensão de Segurança, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) expediu a Resolução nº 371, publicada a 6, a qual, embora epigrafando estabelecer diretrizes para cálculo e cobrança da Compensação, em seu artigo 15 fixa o valor da Compensação “em 0,5% [...] até que o órgão ambiental estabeleça e publique metodologia para definição do grau de impacto ambiental”.

Em 7 de abril, sobreveio a decisão da Presidência do STF acolhendo a Suspensão de Segurança e deixando em vigor a Compensação SNUC tal como prevista na respectiva Lei; deferiu pleito do Ibama já superado pela autoridade normativa ambiental, não constando comunicação tempestiva ao STF da edição desse ato regulamentar.

A *Compensação* em tela teve sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal, controvertendo-se acerca do caráter indenizatório ou tributário da prestação de que se trata.

A Autora, Confederação Nacional da Indústria (CNI), entendera tratar-se de indenização mal instituída, fundamentalmente tendo em vista pressupor um dano em todo empreendimento de significativo impacto ambiental, ademais insuscetível de ser dimensionado *ex ante*, no momento da concessão da licença ambiental.

Em favor desse entendimento cite-se a opinião de Leme Machado,<sup>3</sup> para quem entre as ‘medidas mitigadoras’ previstas em Estudos de Impacto Ambiental “compreende-se, também, a compensação do dano ambiental provável, sendo “a compensação uma forma de indenização [...] devida pelo princípio da responsabilidade objetiva ambiental”, sendo que a Lei 9.985/2000 “posiciona-se claramente acerca da obrigação de compensar os danos ambientais”.

O *amicus curiae*, Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás, pugnou pela inconstitucionalidade da exação pela ótica tributária, eis que subsumida ao conceito de tributo, padecendo de variados vícios, especialmente quanto ao seu fato gerador e à sua base de cálculo.

Nesse sentido é a lição de Édis Milaré,<sup>4</sup> segundo o qual “a chamada compensação se aproxima da figura jurídica de um tributo inominado [...] respeito ao princípio da reserva de lei e ao da tipicidade da tributação”; em trabalho ulterior, em conjunto com Priscila Santos Artigas,<sup>5</sup> aprofunda-se o tema, enquadrando-se a Compensação na definição de tributo, “eis que a sua estrutura coincide com a conceituação de tributo prescrita no art. 3º do CTN”, e realçando-se, sobretudo, o caráter não sancionatório da Compensação, que seria devida em função de *impacto* ambiental, não sobre *dano* ambiental (que pressuporia ilicitude, esta, sim, suscetível de gerar indenização *ut* art. 927 do novo Código Civil, ainda assim graduada pelo critério do prejuízo ou da perda ambiental – art. 944, e não pelo valor do empreendimento).<sup>6</sup>

A decisão da Suprema Corte definiu o instituto como um “compartilhamento-compensação ambiental”, uma “forma de compartilhamento das despesas com as medidas oficiais de específica prevenção ante empreendimentos de significativo impacto ambiental” (nº 1 da ementa e p. 2 do voto do Relator – fls. 242 e 248 dos autos). O item 5 da ementa do acórdão dispõe que “O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento” (fls. 243).

## 2.1 FUNDAMENTOS DO VOTO CONDUTOR

Lembrando que essa obrigação de compensar os danos ambientais era anteriormente prevista na Resolução 10, de 03.12.1987, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, com a modificação operada pela Resolução 02, de 18.04.1996, o Ministro CARLOS BRITTO, Relator, entendeu que o art. 36 da Lei do SNUC “criou uma forma de compartilhamento das despesas com as medidas oficiais de específica prevenção ante empreendimentos de significativo impacto ambiental”, compartilhamento ou compensação “a ser **arbitrado pelo órgão ambiental licenciador** [...] sem ofensa] ao princípio da legalidade, uma vez que foi a própria Lei nº 9.985/00 que previu o modo de financiar os gastos da espécie, [...] não divisando] nenhuma agressão ao art. 2º da Carta Republicana, dado que o Poder Legislativo não delegou ao Poder Executivo a tarefa de criar obrigações e deveres aos administrados”, porque o órgão licenciador agirá “de acordo com a compostura do impacto ambiental que vier a ser dimensionado no relatório EIA-RIMA (...) não poderá, arbitrariamente definir o valor do financiamento compartilhado (...) em estrita conformidade com os dados técnicos do EIA-RIMA. Cabendo ao Poder Judiciário coibir, no caso concreto, eventuais excessos do administrador público quando da fixação do respectivo valor” (fls. 248-250). E, invocando o princípio do usuário-pagador, entende que “é de se inferir que o fato de, aqui e ali, inexistir efetivo dano ambiental não significa isenção do empreendedor em partilhar os custos de medidas **preventivas** (...) [já que o princípio] impõe ao empreendedor o dever de também responder pelas medidas de

**prevenção** de impactos ambientais que possam decorrer, significativamente, da implementação de sua empírica empreitada econômica”. Ademais, “a compensação ambiental se revela como instrumento adequado ao fim visado pela Carta Magna” (...) “não há outro meio eficaz para atingir essa finalidade” e “o encargo financeiro **imposto** (a compensação ambiental) é amplamente compensado pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez” (fls. 251-252).

## 2.2 A DIVERGÊNCIA MATERIAL

Desse entender divergiu frontalmente o Ministro Marco Aurélio, pensando que a compensação financeira em questão, assim como a recuperação do meio ambiente, depende de que este tenha sido degradado (§ 2º do art. 225 da CF), “premissa inafastável” que não se configura, ainda, no momento da análise do pedido prévio de licença ambiental (fls. 257), e que, de todo modo, pelo § 3º do art. 225 da CF, somente infratores à legislação ambiental estariam sujeitos a sanções administrativas correlatas, a par da pré-falada obrigação de indenizar danos; haveria conflito entre o § 1º do art. 36 Lei do SNUC e os citados dispositivos da Carta, que pressuporiam a pré-existência de dano ambiental para que se pudesse cogitar quer de indenização, quer de sancionamento, havendo “imposição de desembolso para obter-se a licença, sem mesmo saber-se a extensão de danos causados” (fls. 258-259); ademais, haveria inconstitucional “delegação ímpar”, “verdadeira carta em branco” da lei ao administrador público, pois aquela apenas estabeleceu patamar mínimo de 0,5% dos custos totais do empreendimento, o que, aliás, soaria a vera comissão, que qualifica de “extravagante ônus” (fls. 260), “considerados os investimentos realizados, quanto mais investir – inclusive visando à proteção do meio ambiente – mais pagará” (fls. 271).

## 2.3 AS REFLEXÕES VISANDO AO AJUSTE DO VOTO CONDUTOR

A seguir, o Ministro Ricardo Lewandowski, admitindo a compensação financeira, ponderou que o que estaria:

[...] em cogitação para eventual declaração de inconstitucionalidade”, seria “a *prefixação* de um percentual de meio por cento sobre o total dos custos do empreendimento, de um lado; de outro, a ampla *discrecionarietàade* que se atribui à autoridade de licenciamento ambiental (fls. 267).

Já o Ministro Menezes Direito, ao votar, também admitindo a figura da compensação, e entendendo que a lei “comanda um pagamento compulsório”, criticou-a no determinar um percentual mínimo de meio por cento, pois *poderá haver empreendimento que não cause significativo impacto ambiental* ou que o cause em valor inferior ao que decorre da aplicação desse percentual mínimo, enquanto para

a lei “não pode ser inferior a meio por cento”; a lei induziria à idéia de que, necessariamente, haverá sempre impacto ambiental, quando na realidade pode não haver” (fls. 277-278), para esclarecer adiante que “se deixará a fixação do valor para o órgão ambiental, *de acordo com o grau específico de impacto ambiental causado pelo empreendedor*” (fls. 279); no ponto, aduziu o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI que a discricionariedade da Administração “está reduzida pelo § 2º, porque é o EIA/RIMA que definirá qual será esse impacto ambiental” (*ibidem*), ratificando o Ministro MENEZES DIREITO que “o que nós retiráramos é a obrigatoriedade de ser sempre meio por cento do empreendimento. Retirar-se-ia, também, essa idéia de percentual. Poderia ser uma outra a forma, fixada pelo órgão próprio, para garantia da preservação do meio ambiente” (fls. 280-281), *exemplificando* adiante: “é possível que, no relatório de impacto ambiental, se estabeleça que, para fazer determinado tipo de empreendimento, *seja necessário determinado tipo de represamento*. Pode-se, então, estabelecer não um percentual sobre todo o empreendimento, mas *sobre determinada obra que se torne necessária para compatibilizar o empreendimento com a preservação do meio ambiente*” (fls. 290).

#### **2.4 A DIVERGÊNCIA QUANTO À AUSÊNCIA DE TETO**

O Ministro Joaquim Barbosa, embora admitindo a legitimidade da figura da compensação financeira, censurou a lei por “não ter sido fixado um patamar superior, ou seja, um percentual máximo a ser pago pelo empreendedor”; asseverando que a solução alvitrada pelos Ministros RICARDO LEWANDOWSKI e MENEZES DIREITO, de retirada do percentual mínimo de 0,5%, implicaria em remover o “parâmetro que o legislador fixou ao administrador” (“aí, sim, seria uma delegação em aberto”), terminou por propor interpretação conforme, sem redução de texto, “entendendo-se que a administração ambiental não poderá fixar percentual superior a meio por cento. Se o legislador não fixou patamar superior penso que o administrador não poderá fazê-lo” (fls. 287-288). O piso de 0,5% se configuraria no teto da compensação, na súmula interrogativa do Ministro Presidente.

#### **2.5 A FINALIDADE PREVENTIVA DA COMPENSAÇÃO**

Finalmente, destaque-se do voto do Ministro Celso de Melo a ilação que retira da obra *Direito Ambiental Brasileiro*, de Leme Machado, de que, em matéria de medidas compensatórias, o custo a ser imputado ao poluidor está também vinculado “a uma atuação preventiva” [...] “o investimento efetuado – e daí a canalização de tais recursos para esse propósito específico – tem uma finalidade clara: prevenir o dano” (fls. 291-292).

#### **2.6 A CONCLUSÃO**

Enfim, o item 5 da ementa do acórdão resume a decisão por maioria da Corte: “Inconstitucionalidade da expressão ‘*não pode ser inferior a meio por cento dos custos*’

*totais previstos para a implantação do empreendimento*, no § 1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000. O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento” (fls. 243). De sorte que, na dicção da maioria, o texto legal passou a ler-se, assim: “O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade, sendo fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento” (do voto do Ministro MENEZES DIREITO às fls. 280).

### 3 A CONSOLIDAÇÃO DO DISPOSITIVO INTERPRETADO

Tentando-se consolidar o texto legal após a susa interpretação conforme, ter-se-ia o teor seguinte:

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

§ 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade [...], *sendo fixado pelo órgão ambiental licenciador*, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento. (grifos nossos)

Ocorre que a ementa do acórdão menciona a declaração de inconstitucionalidade apenas da frase “não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento”, o que faria permanecer no texto legal reduzido a expressão “*o percentual*”, ficando então assim redigida a nova disposição, *verbis*:

§ 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade [...], *sendo o percentual fixado* pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento. (grifos nossos)

Salvo melhor juízo, a redação acima refletiria erro material na ementa, já que o voto do Ministro Menezes Direito, acolhido para ajuste do voto condutor, terá deixado clara a intenção de retirar da Compensação não só o percentual mínimo de meio por cento, como também “essa idéia de percentual”.

#### 4 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DAS PARTES

O v. aresto em questão foi impugnado por dois embargos de declaração, cujos pedidos revelam color infringente, da Autora e do Chefe do Poder Executivo,

Os embargos da CNI entendem que a decisão do STF “excluiu a base de cálculo do valor da compensação ambiental e o método de se apurá-lo” [...] “demonstrou não ser auto-aplicável, porquanto, ao não definir nem trazer critérios objetivos substitutos, acabou por deixar um vácuo metodológico” (fls. 469) [...] “e, por conseguinte, depende de regulamentação” (fls. 470), “já que não há estudo ou metodologia capaz, atualmente, de determinar o valor do impacto, a partir das novas condições estabelecidas” pelo STF (fls. 471).

Os embargos do Poder Executivo anotam que o acórdão do STF sobre a *Compensação SNUC* “acabou por excluir a respectiva base de incidência (...) consignando, ademais, a impossibilidade de se fixar, por percentual, a compensação”; pugna-se pela manutenção dos “custos totais para a implantação do empreendimento como base de cálculo” da *Compensação*, assim como pela “possibilidade de se fixar percentual para cálculo” (fls. 415 e 423); afirma-se que a exclusão da base de cálculo e da possibilidade de se fixar percentual sobre ela condiziriam a “uma nova valoração econômica dos bens ambientais (...) ruptura de paradigmas objetivos” (fls. 417), insistindo no método legal invalidado e destacando que a “valoração econômica dos bens ambientais não pode ser definida, apenas, com amparo no valor de mercado desses bens, já que alguns são imensuráveis”, sendo certo que “o custo do empreendimento mantém relação direta com o seu porte e, conseqüentemente, com o impacto ambiental por ele ocasionado” (...) a ser preservado como “parâmetro para aferir a magnitude do impacto ambiental” (fls. 418 e 424).

Invocando insegurança jurídica causada pela decisão, ambos os embargantes pretendem a modulação dos respectivos efeitos temporais, a CNI no intuito de não ver efeitos retroativos da decisão sobre licenciamentos concluídos ou em fase de conclusão (fls. 470), pedindo “seja confirmado que a ‘nova redação’ do § 1º do art. 36 não é auto-aplicável” ou que a declaração de inconstitucionalidade somente tenha eficácia a partir de 12 meses contados do trânsito em julgado ou da publicação de uma nova regulamentação” (fls. 471). E o Poder Executivo, admitindo que a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade afetaria as licenças ambientais concedidas, com revisão de EIA-RIMAs e de compensações já lançadas, procedimentos e valorações (fls. 420-422), pede que a eficácia da decisão se dê a partir de seis meses do trânsito em julgado ou pelo menos a partir da respectiva data (fls. 423-424).

#### 5 A REFLEXÃO DOUTRINÁRIA QUE SE ENSEJA

A decisão do Supremo Tribunal trata de tema altamente relevante para os destinos do País, qual seja o norte ambiental de seu necessário desenvolvimento, que há de ser sustentável, pena de não mais se poder falar de *vero desenvolvimento*.<sup>7</sup>

De fato, a Constituição Federal,<sup>8</sup> que desde a sua redação original prevê como princípio da Ordem Econômica a “defesa do meio ambiente”, foi emendada para explicitar que tal se dá “inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” (art. 170, VI, cf. Emenda 42/2003).

Seja por incidência do princípio do poluidor-pagador, seja por força da teoria da extrafiscalidade, agasalhando a *essencialidade ambiental*, como critério de *esverdeamento* das finanças públicas em geral e dos tributos em particular por uma nova seletividade, a *seletividade ambiental*,<sup>9</sup> o que era implicitamente aceito, hoje está positivado como um norma programática na Carta Magna.

Louve-se, pois, a posição da Suprema Corte ao não reconhecer na Compensação Snuc uma forma de indenização, por não ser ela fundamentada em efetivo *dano* ambiental, invocando neste ponto o princípio do *usuário-pagador* para justificar que o empreendedor custeie medidas de *prevenção* de impactos ambientais.

Pensamos que o vetor epistemológico mais adequado em matéria de medidas compensatórias é o princípio do *poluidor-pagador*, porque o impacto ambiental, como abaixo se verá em PRIEUR, é em si mesmo uma forma de poluição, a determinar recuperação ambiental ou *medidas compensatórias* ou *mecanismos de compensação*. E o princípio do *poluidor-pagador* está na raiz da tributação ambiental, como se vê na já abundante doutrina sobre o tema, em que avulta a obra de Herrera Molina,<sup>10</sup> secundado entre outros por Amy J. Holzinger.<sup>11</sup>

A literatura econômica não discrepa. Para Serôa da Motta e Frickman Young:<sup>12</sup>

*As perdas geradas pela degradação dos recursos naturais são obtidas através de estimativas de gastos necessários para evitar essas perdas [...] uma aplicação do conceito de despesas ambientais. (grifos nossos)*

Em todos esses ilustres juristas e economistas lê-se que *o valor do impacto ambiental negativo ou da perda ambiental é sempre medido pelo custo de sua recomposição; não pelo custo do empreendimento econômico ou da intervenção empresarial no Meio Ambiente.*

Ora, o princípio da proporcionalidade consiste na exigência de adequação dos atos estatais aos fins estabelecidos pela Constituição. É na verdade um requisito de legitimidade<sup>13</sup> dos atos estatais.

## 6 A ausência do debate tributário no acórdão

Por isso, e também porque prestações pecuniárias compulsórias devidas ao Estado em função de previsão em lei específica, em razão do exercício de uma atividade privada lícita (e até licenciada, como é o caso em questão), regem-se pelo Direito Tributário, ramo jurídico autônomo e competente para disciplinar a instituição e arrecadação

daquelas prestações que por ele se qualificam como tributos, nos termos do Código Tributário Nacional - CTN, que complementa a Constituição (art. 146, III, a) e traz “a definição de tributos”, entende-se *data venia* equivocado o foco da ação direta no combater a Compensação SNUC pelo ângulo da indenização mal instituída. Melhor razão teria o *amicus curiae*, que, em sua função própria de auxiliar o Tribunal a perceber mais amplamente a controvérsia, propôs à Corte a verdadeira natureza jurídica do instituto, que é tributária.

De todo modo, não se vê no acórdão *sub examen* qualquer discussão sobre esse tema fundamental trazido aos autos pelo Amigo da Corte. Também não se vê o enfrentamento da natureza jurídica indenizatória da Compensação proposta pela Autora da ação. Com o devido respeito, parece omissão a ser sanada de ofício pelo Tribunal, quiçá reavaliando a decisão embargada.

Ora, a Compensação SNUC é uma prestação legalmente obrigatória em dinheiro (obrigação de apoiar), não se destinando a punir ilicitude, pois o empreendimento especialmente impactante que está na sua origem é executado conforme o estado da arte em matéria de tecnologia, com a cabível mitigação ambiental, em função do desenvolvimento sustentável<sup>14</sup> exigido no atual estágio civilizatório.

A hipótese em que é devido esse *apoio financeiro* ao Estado recai na definição de tributo do art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN), que tem status de lei complementar e não pode ser derogado pela lei ordinária nº 9.985/2000 (*Lei do SNUC*); prescreve o CTN, consolidando a doutrina universal a respeito, que “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 por atividade administrativa plenamente vinculada” é tributo.

A obrigação *ex lege* não deriva de uma ilicitude, pois o empreendedor age na chamada “zona de tolerância”,<sup>15</sup> que se situa a meio caminho da “zona livre”<sup>16</sup> e da “zona proibida”<sup>17</sup> de utilização da Natureza. Aliás, a *Lei do SNUC* invoca como seus fundamentos os incisos I, II, III e VII do art. 225, § 1º, da Constituição Federal, e não o § 3º desse dispositivo, que é aquele que funda o combate à ilicitude ambiental por meio de sanções e reparações de danos causados.

Se as obrigações de implantar estação ecológica ou unidade de conservação conforme Resoluções do CONAMA,<sup>18</sup> nas palavras do Ministro Relator, são o precedente histórico da Compensação SNUC, não se deveria olvidar a natureza tributária do seu sucedâneo *in pecunia*, à luz do direito positivo brasileiro e da experiência internacional, como se verá adiante ao tratar-se de certo tributo ambiental alemão.

Pioneiro do Direito Ambiental, o Professor Michel Prieur,<sup>19</sup> trata dos instrumentos de aplicação do princípio do poluidor-pagador, mencionando entre eles os *mecanismos de compensação*.

Materialmente, do dever de implantar estação ecológica passou-se à de implantação de uma unidade de conservação e daí para a determinação de apoio financeiro

a uma unidade de proteção integral. Da delimitação normativa da “fattispecie” à hipótese de danos ambientais causados pela destruição de florestas e outros ecossistemas, por obras de grande porte, envolveu-se à previsão indiscriminada de *compensação* por empreendimentos de significativo impacto ambiental.

A Compensação SNUC deve ensejar um debate no STF sobre a natureza jurídica dessa dentre outras novas prestações pecuniárias que o Direito Ambiental vai trazendo à consideração da Doutrina e da Jurisprudência.

O tema da *tributação e políticas públicas*, ao propor uma nova visão integrada do fenômeno jus-financeiro,<sup>20</sup> especialmente pelo ângulo da *tributação ambiental*, com as tensões trazidas pela transversalidade que o ambientalismo produz na Ordem Jurídica, e que encontra reconhecimento hoje expresso no art. 170, V, da Constituição, haja vista o maior rigor material e formal do regime tributário, como garantia de Dignidade e Cidadania, enriquece o controle de proporcionalidade que cabe ao Poder Judiciário realizar em tema tão sensível.

## 7 ANÁLISE DOS ARGUMENTOS EXPENDIDOS PELO STF

### 7.1 MEDIDA DE PREVENÇÃO

Entendeu o acórdão embargado que a Compensação SNUC seria uma forma de compartilhamento de despesas com medidas oficiais de específica *prevenção* ante empreendimentos de significativo impacto ambiental.

Embora o Direito Ambiental seja integrado pelo princípio da prevenção, este se caracteriza como norma de conduta *ex ante*, a exigir, por exemplo, o EIA-RIMA e o licenciamento ambiental, ou seja estudos prévios para *dimensionamento* dos riscos, das *medidas mitigadoras*,<sup>21</sup> e até das conseqüências *inevitáveis* de um empreendimento.

Mas a Compensação SNUC não visa prevenir impacto ambiental; ela não se confunde com qualquer providência do empreendedor ou do Estado para evitar tal impacto; nem se destina a custear obra ou *sub-obra* para compatibilizar o empreendimento com a preservação do ambiente — para tanto existem as medidas mitigadoras. Não, a Compensação SNUC visa custear a implantação de uma unidade de proteção ambiental em outro local que não aquele onde se situa o empreendimento em questão. Isso não é prevenção, mas tentativa de reproduzir alhures um ecossistema significativamente impactado, ou pelo menos de reequilibrar aquele impacto negativo.

É preciso distinguir entre as medidas mitigadoras em sentido amplo (providências de reversão ou redução dos impactos ambientais) e as medidas mitigadoras em sentido próprio ou estrito, que são as medidas *compensatórias*, isto é, cabíveis no caso de “impacto irreversível”, nas palavras de Sílvia Capelli,<sup>22</sup> quando “impossível evitá-lo” (na linguagem de Leme Machado.<sup>23</sup> Ambos os autores entendem que a compensação

*in natura*, prevista em Resoluções anteriores do Conama, como a *compensação financeira* da Lei do Snuc são exemplos de medidas *compensatórias*. Eis aqui uma questão terminológica a ser precisada cientificamente (cf. nota 18 acima).

A Compensação SNUC pretende, como está no nome, **compensar** uma perda ambiental, sendo um *posterius* em relação a uma ocorrência inevitável, o significativo impacto ambiental, regendo-se, portanto, pelo *princípio do poluidor-pagador*, na sua vertente de determinação de recuperação ambiental ou de *medidas compensatórias* ou *mecanismos de compensação*, na lição de Michel Prieur,<sup>24</sup> que elenca entre estes “a compensação econômica, *financeira* ou ‘*in natura*’” quando “não se pode substituir [ou recuperar, adite-se] um meio natural, um biotipo ou uma espécie desaparecida. Faz-se o *poluidor pagar por uma poluição* quando não há restituição *in integrum* possível; (...) A compensação *in natura* acompanha freqüentemente certas providências de licenciamento (...) ela se assemelha neste caso às múltiplas formas de recuperação de áreas a cargo do poluidor” (grifos nossos).

É evidente a semelhança desse instituto com a *Compensação SNUC* brasileira.

Não se perca de vista que a obrigação de pagar a *Compensação SNUC* é na verdade sucedânea financeira de uma anterior<sup>25</sup> obrigação de fazer: implantar estação ecológica/unidade de conservação. E se a prestação financeira é compulsória recai na categoria tributária (art. 146, III, da CF c/c art. 3º do CTN).

Wilfried Kluth<sup>26</sup> relata que certa lei da Renânia do Norte-Westfalia prevê que o causador de degradação ambiental realize em outro lugar medidas compensatórias de proteção da natureza ou tratamento paisagístico, como a plantação de sebes e árvores. *Se isso não é possível ou resulta insuficiente*, prevê o pagamento de *prestações pecuniárias* que se designam como *tributos compensatórios* por danos à natureza. Segundo o Autor, o Tribunal Federal do Contencioso Administrativo alemão “qualifica o tributo compensatório de ‘tributo especial com características próprias’”, como no caso da lei de Baden Wurtemberg.

A semelhança desse instrumento germânico com a *Compensação SNUC* salta aos olhos e corrobora a afirmação de que se trata de vero tributo.

Se assim é, houve infração ao princípio da legalidade tributária (art. 150, I) e à separação de poderes (art. 2º), pois o Legislador demitiu-se do dever de prever os elementos essenciais da novel obrigação tributária, delegando ao Administrador mais do que a integração de conceitos jurídicos indeterminados através da aplicação de juízos técnicos de valor. Não caberia aqui nem a figura do regulamento *intra legem*, de que se socorreu o STF no caso do SAT, pois a Lei so Snuc sequer estabelece graus de impacto a serem objeto de integração ou concreção por norma *infra legal*.

Ainda que não se aceite a natureza tributária da Compensação, constata-se uma carta em branco, como exposto nas manifestações do Ministro Marco Aurélio (pois a lei apenas cogitou de “um patamar mínimo de 0,5% dos custos totais do empreendimento”, “uma vera e extravagante comissão”) e do Ministro Joaquim Barbosa (porque

“não [...] fixado um patamar superior, ou seja, um percentual máximo”). Não passaria pelo seus crivos, nem como indenização, nem como sancionamento.

### 7.2 DESNECESSIDADE DE FIXAÇÃO EM PERCENTUAL DO CUSTO TOTAL DO EMPREENDIMENTO

As compensações *in natura* antecessoras da Compensação Snuc (citadas pelo Ministro Relator) foram concebidas com proporcionalidade “ao dano ambiental” (Resolução CONAMA n° 10/87) ou “à alteração e ao dano ambiental” (Resolução CONAMA n° 02/96).

Com a edição da Lei n° 9.985, de 18 de julho de 2000, é que se partiu para a cobrança de uma prestação *in pecunia* desamarrada do dano (*rectius*, *impacto* ou *perda*) ambiental, mas vinculada ao custo total do empreendimento, que *não guarda conexão com aquele*, embora o Embargante-Réu insista no argumento.

Nesse ponto se afigura correta a censura do STF (daí a interpretação conforme dando procedência parcial a ação direta de inconstitucionalidade). Todavia, anular a proporcionalidade face ao custo do empreendimento não poderia levar à retirada da exigência lógica de proporcionalidade da *Compensação em relação à perda ou negativo impacto ambiental* a ser por ela *compensada*.

E qual o critério legal para apuração do valor daquela perda ou daquele impacto ambiental? Simplesmente não há. A lei era omissa e continua omissa mesmo após a pretendida interpretação conforme. O acórdão embargado entende que o EIA-RIMA deve conter a compostura do impacto ambiental que dimensionar, deixando-se ao órgão ambiental a fixação do valor da compensação de acordo com o grau específico de impacto ambiental causado pelo empreendedor.

Mas a lei não estabeleceu uma escala de graus de impactos a que se possa imputar esse ou aquele grau específico de impacto. Diverge ela, assim, dos precedentes da Taxa do IBAMA e do Seguro de Acidentes do Trabalho, que o STF placitou exatamente porque nas respectivas leis estavam tipificados graus baixo, médio e alto de risco ou de potencial de poluição, ou risco leve, médio ou grave, respectivamente (cfr. RE n° 416.601 e RE n° 343.446).

Por outro lado, ao EIA-RIMA não cabe pré-fixar valor de perda ambiental, muito menos de dano ambiental. O Decreto n° 99.274/90<sup>27</sup> e a Resolução CONAMA n° 01/86, que regulam os EIA-RIMAs, estabelece que o EIA-RIMA deve apenas proceder a diagnóstico ambiental, isto é, “definir os limites da área [...] a ser afetada pelos impactos”; “considerar os planos e programas governamentais [...] na área de influência do projeto, e sua compatibilidade”; “contemplar as alternativas tecnológicas e de localização do projeto”; definir “as medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos, [...] etc.”; e a “elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos positivos e negativos” (art. 6°).

O EIA-RIMA, portanto, é um trabalho técnico de diagnóstico e avaliação (no sentido de crítica, não de estimativa de valor pecuniário) do impacto ambiental e das alternativas de eliminação, mitigação ou compensação da perda ambiental correspondente.

Não obstante, se se entender que compete ao EIA-RIMA pré-quantificar o impacto, então não haverá necessidade de ato administrativo de fixação da Compensação, como manda a lei e é óbvio que seja, pois se trata de ato de autoridade a exigência e a liquidação de um ônus financeiro previsto em lei como Receita Pública, inclusive para ensejar contraditório, como quis ressaltar o STF.

## 8 A AVALIAÇÃO DO SIGNIFICATIVO IMPACTO AMBIENTAL

Com todas as vênias, a decisão da Suprema Corte expõe ainda mais as vicissitudes da Compensação SNUC, deixando o próprio Estado refém da aplicação de uma lei que até hoje não soube ou não conseguiu regulamentar.

É que inexistente no ordenamento jurídico pátrio definição do que seja *significativo* impacto ambiental.<sup>28</sup>

Mais, não há no ordenamento vigente indicação de *critérios* pelos quais a autoridade administrativa ambiental possa guiar-se na concretização desse conceito complexo, que recai na categoria dos *juridicamente indeterminados*.

E, ainda, não há na lei brasileira norma sobre a avaliação da perda ambiental ou do significativo impacto ambiental gerador da *Compensação*.

Além de a lei não estabelecer os critérios de avaliação das perdas ambientais, e *a fortiori* da eventual fixação administrativa da *Compensação*, a própria autoridade normativa ambiental (CONAMA) desde o ano 2000 (data da *Lei do SNUC*) até hoje não formulou esses critérios que pudessem minimamente orientar a Fiscalização Ambiental. Prova disso é que a RESOLUÇÃO n° 371, de 5 abril de 2006, citada nos embargos do Réu, *pretextando considerar* “a necessidade de se estabelecer diretrizes gerais que orientem os procedimentos para aplicação da compensação ambiental”, ao final e ao cabo, assim dispõe:

Art. 15. O valor da compensação ambiental *fica fixado em meio por cento*<sup>29</sup> *dos custos* previstos para a implantação do empreendimento *até que o órgão ambiental estabeleça e publique metodologia* para definição do grau de *impacto ambiental* [...] (grifos nossos)

Se a Administração Ambiental não soube ou não pode até aqui formular metodologia acima, agarrando-se ao esdrúxulo e inconstitucional (e censurado) percentual do custo total do empreendimento, é de se perguntar como ela agirá na ausência deste.

Na verdade, a decisão do STF deixa o Executivo órfão de qualquer critério: o que tinha é inconstitucional; a valoração da perda ambiental, ele não sabe ou não pode realizar.

A Lei n. 9.985/2000 contenta-se com *menos do que relevante* impacto ambiental, bastando que este seja *significativo* (assim considerado *pela Administração*) para gerar o dever de *compensar*.

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).

Deve-se realçar que quando a Constituição Federal usa a locução “*significativa* degradação do meio ambiente” (art. 225, § 1º, IV) fá-lo apenas para exigir *estudo* de impacto ambiental; mas quando a Constituição usa o vocábulo *relevante* é para permitir algo *extraordinário* no regime presidencialista, que é a medida provisória,<sup>30</sup> forma de *delegação legislativa* que de outra forma seria proibida pelo princípio da separação de poderes (cláusula pétrea).<sup>31</sup>

O direito constitucional positivo não discrepa da lingüística: relevante é mesmo algo muito mais grave do que significativo.

Do ponto de vista ambiental, se *impacto relevante* equivale a destruição de um ecossistema (Resolução CONAMA nº 2/96), e se *impacto significativo* é menos que isso, ou *qualquer coisa menos* que isso, já que não há critério legal de discriminação, então a *Lei do SNUC* pretendeu dar à Administração ambiental um *bill de indenidade*, pondo-lhe em mãos uma caixa vazia, onde literalmente *tudo* poderá gerar a obrigação de compensar.

Bem se vê que a indigência semântica do vocábulo *significativo*, a deixar no completo arbítrio subjetivo e incontrolável dos agentes da Administração a sua concretização, sem parâmetros objetivos na ordem jurídica, configura *insuportável quebra da legalidade* e, portanto, da segurança jurídica, apanágios do Estado de Direito. À Administração delegaram-se poderes legiferantes, *sem contrapesos* de controle político ou jurisdicional.

Registre-se que a Constituição fala em hipótese de *significativa* degradação ambiental (art. 225, § 1º, IV) para fundar a exigência legal de *estudo* de impacto ambiental; não para autorizar a *cobrança* de qualquer indenização ou tributo ambiental.

Adite-se finalmente que não é no inciso IV em que a *Lei do SNUC* busca fundamento para a indigitada compensação ambiental, mas nos incisos I, II, III e VII do § 1º do seu art. 225, que em nenhuma linha se valem daquele qualificativo ou da expressão degradação ambiental ou impacto ambiental significativo.

## 9 A EXPRESSÃO ECONÔMICA DO DANO AMBIENTAL

Quanto à *medida* dos recursos objeto da exação em tela percebe-se o déficit de qualidade legislativa: a *Lei do SNUC* se valeu de conceito jurídico indeterminado (“grau de impacto ambiental” – que deve ser, repita-se à exaustão, *significativo*) para desta feita proceder a uma *pseuda* valoração da compensação. E laborou mal. Sequer listou os graus de impactos possíveis de ocorrer. E sequer correlacionou a eles diferentes alíquotas ou prestações respectivas às diversas intensidades de comprometimento do Meio Ambiente em razão daqueles impactos variados.

O STF<sup>32</sup> teve oportunidade de plácitar o uso dos conceitos jurídicos indeterminados na tipificação tributária, exatamente em matéria de base de cálculo e alíquota quando rejeitou a argüição de inconstitucionalidade das normas regentes do Seguro de Acidentes do Trabalho. Nesse precedente, o STF reconheceu que *a lei fixara* base de cálculo *conexa* ao risco coberto pelo SAT (a remuneração do obreiro com fundamento na qual é ele de ser amparado em caso de sinistro); *fixou* também *as três alíquotas* da contribuição por sua vez *conexas* às gradações de *risco* por ela mesma mencionadas expressamente: 1%, 2% ou 3% conforme o grau de risco da atividade preponderante da empresa seja considerado leve, médio ou grave.<sup>33</sup>

Não é esse o caso da *Compensação SNUC*. Não, aqui a *Lei do SNUC* não traz parâmetros, critérios, a serem interpretados ou concretizados e que ao mesmo tempo orientem o juízo técnico da Administração ambiental, que assim fica livre, completamente livre (isto é, insuscetível de ser controlada) para fixar o valor de uma exação pecuniária de acordo com “*um grau*” de impacto ambiental não indicado pelo Legislador como grave ou alto, médio, leve ou baixo, máximo ou mínimo.

#### IO BASE DE CÁLCULO E LEGALIDADE

A falta de limites legais na *Lei do SNUC* para a quantificação da prestação a ser exigida do empreendedor é gritante. Dava-se um  *piso*, mas não se estabelecia o *teto* da *Compensação*, tornando-se virtualmente incontrolável a sua *fixação* unilateral pela Administração. O defeito foi claramente criticado pelo Ministro Joaquim Barbosa, vencido nessa parte. Agora, o STF propõe que a interpretação ou o contraditório do EIA-RIMA seja o parâmetro da Administração credora.

Parece haver, assim, uma *concentração de funções* na Administração, graças a desafortunado recuo ou vácuo legislativo (havendo o Congresso Nacional se demitido de sua prerrogativa e dever de produzir norma jurídica) que inviabiliza o contraste da atuação administrativa conforme a lei; e pela decisão ora comentada o Judiciário terá extrema dificuldade de exercer o seu múnus de controlar objetivamente a execução da lei lacunosa.

Nesse diapasão, ambos os embargos declaratórios apontam, vácuo legislativo em decorrência da decisão embargada do STF, sendo certo que a Autora propõe que os efeitos da interpretação conforme somente se dêem após a regulamentação da lei, talvez com o advento da metodologia de apuração do grau de impacto ambiental que a pré-citada Resolução CONAMA n° 371/2006 (nem qualquer outra até aqui) não conseguiu produzir.

Ora, para Seabra Fagundes:<sup>34</sup>

O procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei. Mas não basta que tenha sempre por fonte de

lei. É preciso, ainda, que se exerça segundo a orientação dela e *dentro dos limites* nela traçados. Só assim o procedimento da Administração é legítimo. (grifos nossos)

No Direito Tributário, sempre mais rigoroso com a legalidade, a lição tradicional de que a tipicidade tributária aparece como uma forma especial de legalidade, que, a par exigir reserva de lei formal, tem um conteúdo substancial, de maneira que os preceitos legais se devam formular de molde a “que não se transfira aos seus aplicadores a função de determinar o *an* e o *quantum* da obrigação tributária”.<sup>35</sup>

E o STF<sup>36</sup> fulminou a uma pretensa *taxa de fiscalização ambiental* do IBAMA, pela Lei nº 9.960, de 2000, entre outras razões porque “*não foram definidas as respectivas alíquotas ou o critério a ser utilizado para cálculo do valor devido*”.

*Ad argumentandum ex abundantia*, qualquer que seja a natureza jurídica que se pretenda para a *Compensação SNUC*, seja a indenizatória (aqui rejeitada), seja a tributária, seja ainda a da novel figura jurisprudencial de “compartilhamento de despesas com medidas oficiais”, parece evidente que não se encontra atendido o princípio da legalidade genericamente positivado no art. 5º, II, da Constituição Federal, pelo qual “ninguém é obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Insinua-se claro também que essa indigência legislativa leva à infringência de outro princípio cardeal do Estado de Direito, que é o da separação de poderes (art. 2º e art. 60, § 4º, inciso III).

## II ANTECIPAÇÃO DA OBRIGAÇÃO AO DANO

A *Lei do SNUC* determina que a *Compensação* é devida no *licenciamento* do empreendimento, com base nos respectivos custos totais *previstos*, antecipando esdruxulamente o débito da obrigação, isto é, a ocorrência de impacto ambiental.

Assim, se o momento em que surge o dever legal de *apoiar financeiramente* o Estado não é mais o da ocorrência de impacto ambiental, mas o do licenciamento ambiental, então, procede a divergência do Ministro Marco Aurélio, no sentido de que como nos casos acima citados, dá-se *uma exigência antes de o respectivo fato gerador haver ocorrido*, violando-se uma “premissa inafastável”, que é a prévia ocorrência de degradação ambiental, o que, como visto, soa injurídico, inverte a ordem natural das coisas (o Amo implacável a que aludiu Napoleão Bonarte) e fere a lógica do razoável a que se referiu Recacéns Siches).

## CONCLUSÕES

A natureza jurídica da compensação ambiental (*Compensação SNUC*) não pode ser dada processualmente como já resolvida pelo STF, face aos embargos declaratórios interpostos, que reclamam efeitos infringentes.

O momento é de uma oportunidade histórica para o STF reexaminar a questão sua grandeza de Suprema Corte. E a tarefa da Doutrina é ser útil ao Tribunal na elevadíssima missão de construir a melhor solução para o País, que Legislativo e Executivo não souberam editar, e que a um só tempo o Judiciário preserve a integridade da Constituição.

A linguagem progressivamente aberta e indeterminada utilizada pela lei (está em Karl Engisch),<sup>37</sup> que representa um refluxo do Legislador, máxime no campo da legislação de cunho técnico, como é o caso da legislação ambiental, e a pretensão integradora do Administrador que se arvora em autoridade normativa, tudo isso impõe ao Judiciário assumir uma função ainda mais relevante na defesa da Carta Fundamental.

Embora o Autor seja tradicionalmente favorável à utilização de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, em suma: tipicidade aberta,<sup>38</sup> não parece prudente admitir que a Lei não traga os elementos essenciais das obrigações e demais providências imponha à Cidadania, pena de se instaurar o arbítrio em lugar do Estado de Direito, quando este é o Estado que deixa controlar transparentemente.

Nesse sentido, em se tratando de prestação pecuniária, minimamente, a lei deve trazer os critérios objetivos da medida do ônus que pretenda impor: causa e momento lícitos da exigência, ordem de grandeza legítima e parcela desta que corresponda ao objeto da providência que determinar.

Em sede de compensação ambiental, releva o alerta do eminente Professor Michel Prieur:<sup>39</sup>

A 'idéia de compensar' as conseqüências prejudiciais é interessante, mas perigosa. A compensação pode ser técnica ou financeira. Pode ser a instalação de uma cortina de árvores [...] o financiamento de uma represa [...] de uma reserva natural [...]. Há então *uma espécie de comércio* [...] *É nisto que a compensação é perigosa* (grifos nossos)

Criticando certa lei francesa que preconiza *medidas de compensação a serem previstas no EIA-RIMA*, afirmando que tal orientação, inspirada em preocupações de ordem econômica, que procura "tudo compatibilizar, mesmo a natureza, é justamente sentida como tendo como um objetivo prejudicial".

Ora, a *Compensação SNUC* só poderia ser devida em face da prévia comprovação de uma perda ambiental quantificável conforme critérios, graus de impacto, previstos em lei e após a respectiva liquidação de fato e não presumida e projetada em Termo de Compromisso incontrolável na prática, ensejando toda sorte de abusos e demandas escusas dos atores envolvidos no processo de *negociação* citado por Prieur.

Das alternativas postas à consideração do STF, parece ser a tributária a que melhor responde à necessidade de dar segurança jurídica à Administração, gestora do interesse público ambiental, e aos Empreendedores socialmente responsáveis pelo impacto

que sua atividade empresarial gera no patrimônio de uso comum do povo, que é o Meio Ambiente, sem respeito ao qual não haverá sequer possibilidade de sobrevivência e fruição dos bens produzidos por este ou aquele empreendimento econômico, em prejuízo último à Cidadania e à Dignidade da Pessoa Humana.

Seja qual for o regime jurídico acolhido pelo STF para a *Compensação SNUC*, se não reconsiderar sua posição favorável a ela, como até aqui positivada, é fundamental que a Suprema Corte reflita sobre a exigência de lei para estabelecer critérios objetivos de avaliação de perdas ambientais decorrentes de significativo impacto ambiental (a definir-se), reflexão essa suscetível a gerar, por exemplo, adições ou condicionamentos integradores de interpretação conforme. Estará assim homenageando os princípios da legalidade e da separação de poderes, que hoje demandam colaboração e não exclusão ou compartimentalização de funções.

: ARTIGO APROVADO (30/04/2009) : RECEBIDO EM 04/11/2008

#### NOTAS

1 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, cap. VI.

2 Ag In nº 2005.01.00.060479-0-DF.

3 *Direito Ambiental Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 232.

4 *Direito do Ambiente*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 396.

5 “*Compensação Ambiental: questões controversas*”, in *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, ano 11 – julho-setembro/2006, p. 101/114, especialmente à p. 111.

6 *op. cit.*, p. 108-110.

7 Cf., do autor, *Direito Tributário e Meio Ambiente, cit.*, cap. II.

8 A preocupação ambientalista no Brasil não é, porém, novidade da Constituição de 1988, pois o Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 1934 - Art. 98 - proibindo construções capazes de *poluir* ou *inutilizar* a água do poço ou nascente alheia; Art. 109 – afirmando a ilicitude do *conspurar* ou *contaminar* as águas; e Art. 110 – determinando o *custeio* ds trabalhos para a salubridade das águas *pelos infratores*, além da sua responsabilidade criminal), o Código Penal de 1940 (Art. 271 – criminalizando a *corrupção* ou *poluição* de água potável), a Constituição de 1946 (art. 141, § 38 – prevendo *ação popular* para anular atos lesivos ao patrimônio público, regulada pela Lei nº 4.717/65) e a Carta de 1967/69 (pondo sob *proteção especial* do Poder Público os locais de *valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis*, bem como as *jazidas arqueológicas* – art. 172, parágrafo único) foram antecedentes pioneiros da defesa ambiental no País.

## 144: O SUPREMO TRIBUNAL E A COMPENSAÇÃO SNUC. A ADI 3.378-DF

9 O Convênio ICMS nº 101, de 12 de dezembro de 1997, prorrogado sucessivamente (até 30 de abril de 2007, pelo Convênio nº 10/2004), isenta do ICMS as operações com produtos também isentos de IPI ligados à conversão de energia eólica e solar. A *seletividade ambiental*, como a clássica, também determina a exoneração fiscal de bens essenciais, só que, agora, este vetor é o da *essencialidade ambiental*.

10 A idoneidade dos tributos ambientais “exige, antes de tudo, uma *adequada configuração dos fatos geradores e elementos quantitativos* do tributo ambiental [...] Esta relação exige, por regra geral, que as bases de cálculo não tenham caráter monetário, senão que se trate de *parâmetros em sentido estrito, constituídos por unidades de produtos contaminadores ou suscetíveis de produzir deterioração ambiental*.” (*Derecho Tributario Ambiental*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 166 – grifos nossos).

11 “Uma conexão deve existir entre a poluição que o ecotributo deseja prevenir e a entidade tributável. Se nenhuma conexão ou somente uma mínima conexão existir entre a base do tributo e a poluição, talvez não haja o impacto benéfico sobre a poluição.” *Eco-Taxes in the European Union: The need for a uniform structure*, *Wisconsin International Law Journal* (2003), p. 198 (grifos nossos).

12 *Sistemas Integrados – 3.3 Procedimentos de Valoração*, in *Contabilidade Ambiental: teoria, metodologia e estudos de casos no Brasil* (MOTTA, Ronaldo Seroa da, coord.). Rio de Janeiro: IPEA, 1995, p. 35.

13 Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

14 Esta, aliás, é a lição que se colhe no julgamento da medida cautelar na ADI n. 3.540, de que foi relator o Ministro Celso de Mello, em que o princípio do desenvolvimento sustentável é reconhecido como de “caráter eminentemente constitucional” (cf. ementa do acórdão).

15 HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. *Principios y Valores de la Fiscalidad Ambiental (Especial referencia a los tributos de tolerancia)*: apresentação no Congresso Internacional de Direito Tributário do Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Tributários, em 29.04.2005.

16 Correspondente ao mínimo existencial ambiental, onde a ação humana de subsistência não causa impacto.

17 Onde a incursão humana ultrapassa os padrões legais e é ilícita, sujeita a sanções repressivas.

18 Resoluções administrativas, aliás, inconstitucionais, porque não obedientes ao princípio da legalidade (art. 5º, II da Constituição).

19 *Droit de l'environnement*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1991, p. 128-129.

20 Sobre o assunto cf. a coletânea *Direito Tributário e Políticas Públicas* (DOMINGUES, José Marcos, coord. São Paulo: MP Editora, 2008).

21 *Medidas mitigadoras* são providências “destinadas a *prevenir* impactos negativos ou *reduzir* sua magnitude” (FREIRE, William e MARTINS, Daniela Lara. *Dicionário de Direito Ambiental e Vocabulário Técnico de Meio Ambiente*. Belo Horizonte: Ed. Mineira: 2003, p. 259) (grifos nossos).

22 *O Estudo de Impacto Ambiental, in Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão* (BENJAMIN, Antonio Herman V. – coord. São Paulo: RT, 1993, p. 152-169, esp. p. 163).

23 Leme Machado também inclui a recuperação ambiental como exemplo de medida compensatória.

24 *Droit de l'environnement*, cit., p. 128-129.

25 A Resolução CONAMA nº 10, de 3 de dezembro de 1987, preconizou compensação *in natura*, ou seja, a criação, pelos empreendedores, “*preferencialmente junto à área*”, de unidades de conservação ambiental, privadas, com finalidade semelhante à que tem hoje, na “*Lei do SNUC*”, a compensação financeira co-respectiva, isto é, uma prestação *in pecunia* em apoio a unidades de conservação mantida pelo Poder Público. Ulteriormente, a Resolução CONAMA nº 02, de 18 de abril de 1996, determinou a constituição de unidades de conservação públicas com recursos dos empreendedores “*na região do empreendimento*” (grifos nossos). Em todos estes casos dá-se uma avaliação econômica, patrimonial, financeira do

volume de recursos particulares a serem investidos pelo empreendedor ou por ele transferidos ao Estado, com a finalidade expressa de compor, estruturar uma área para *recompor*, re-equilibrar, o Meio Ambiente negativa e irremediavelmente impactado por determinado empreendimento econômico. Note-se, por fim, que o art. 36 da Lei do SNUC não se refere à necessária ou preferencial localização das Unidades de Proteção Integral na área ou na região do empreendimento.

26 *Protección del medio ambiente mediante tributos ecológicos en la República Federal Alemana, in Fiscalidad Ambiental* (Ana Yábar ed<sup>a</sup>). Barcelona: Cedecs Ed., 1998, p. 194.

27 “Art. 17. [...] § 1º Caberá ao CONAMA fixar os critérios básicos, segundo os quais serão exigidos estudos de impacto ambiental para fins de licenciamento, contendo, entre outros, os seguintes itens: a) diagnóstico ambiental da área; b) descrição da ação proposta e suas alternativas; e c) identificação, análise e previsão dos impactos significativos, positivos e negativos. § 2º O estudo de impacto ambiental será realizado por técnicos habilitados e constituirá o Relatório de Impacto Ambiental RIMA, (...)”. Cf., no ponto, CAPELLI, *op. cit.*, p. 162).

28 A Constituição Federal emprega o adjetivo no art. 225, § 1º, IV, sem todavia conceituá-lo; a Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) também não o faz (art. 10, § 4º); a *Lei do SNUC* (art. 36) e seu Regulamento (art. 31 e segs.), ainda uma vez, não o fazem; e nem o faz a Resolução CONAMA nº 1/86, sobre estudos de impacto ambiental (art. 1º), restringindo-se a preterir conceituar impacto ambiental (em pretensa adaptação do texto da Lei nº 6.938/81) pelo que esta define como “degradação” e “poluição”.

29 Curioso, no mínimo, é notar que o Governo Federal pleiteou a Suspensão de Segurança nº 2.875-8-DF, *contra a concessão de liminar* que limitava o percentual da *Compensação SNUC* a meio por cento do custo total dos empreendimentos em causa, tachando-a de atentatória às finanças públicas, para, não obstante, *dois dias antes* de obter a providência no STF no dia 7 de abril, editar o CONAMA a Resolução nº 371, *estabelecendo o mesmo limite*.

30 “Art. 62. Em caso de *relevância* e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.” (grifos nossos).

31 Art. 60, § 4º, III, c.c. art. 2º.

32 Recurso Extraordinário nº 343.446-2/SC, Relator: Min. Carlos Velloso.

33 Art. 22 da Lei nº 8.212/91, com a redação das Leis nº 9.528/97 e nº 9.732/98: “A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: [...] II. — para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve; b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio; c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

34 *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 5ª ed., 1979, p. 94. No mesmo sentido é o pungente alerta de CIRNE LIMA, para quem a necessidade da lei é a “necessidade individual de proteção contra o arbítrio despótico no exercício da autoridade pública” (*Sistema de Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Graf. Ed. Santa Maria, 1953, p. 71).

35 NOVOA, García. *El Principio de Seguridad Jurídica em Materia Tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 117.

36 ADIN nº 2.178-DF, acórdão unânime de 29.03.2000, fls. 81, publicado no DJ de 12.05.2000.

37 ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: tr. port. da edição alemã de 1983, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988; e 7ª edição da tr. port. da edição alemã (1983), 1996, p. 206-208.

38 Cf. OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito Tributário e Meio Ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta e afetação da receita*. Rio de Janeiro: 2ª ed., Renovar, 1999, p. 88-106; DOMINGUES, José Marcos. “*Legalidade Tributária: o princípio da proporcionalidade e a tipicidade aberta*”, in RIBEIRO, Ricardo Lodi; ROCHA, Sérgio André - coords. *Legalidade e Tipicidade no Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 55-70.

39 Cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, cit., p. 234 (grifos nossos).

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAPELLI, Sílvia. O Estudo de Impacto Ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. (coord.). *Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão*. São Paulo: RT, 1993, p. 152-169.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- DOMINGUES, José Marcos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- \_\_\_\_\_. (coord.). *Direito Tributário e Políticas Públicas*. São Paulo: MP Editora, 2008.
- \_\_\_\_\_. Legalidade Tributária: o princípio da proporcionalidade e a tipicidade aberta. In: RIBEIRO, Ricardo Lodi; ROCHA, Sérgio André (coord.). *Legalidade e Tipicidade no Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: tr. port. da edição alemã de 1983, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988; e 7ª edição da tr. port. da edição alemã (1983), 1996, p. 206-208.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- FREIRE, William; MARTINS, Daniela Lara. *Dicionário de Direito Ambiental e Vocabulário Técnico de Meio Ambiente*. Belo Horizonte: Mineira, 2003.
- GARCÍA NOVOA. *El Principio de Seguridad Jurídica em Materia Tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. *Derecho Tributario Ambiental*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- HOLZINGER, Amy J. *Eco-Taxes in the European Union: The need for a uniform structure*, Wisconsin International Law Journal (2003), p. 198, *passim*.
- KLUTH, Wilfried. Protección del medio ambiente mediante tributos ecológicos en la República Federal Alemana. In: *Fiscalidad Ambiental* (Ana Yábar ed<sup>a</sup>). Barcelona: Cedecs Ed., 1998, p. 194, *passim*.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.
- \_\_\_\_\_; ARTIGAS, Priscila Santos. Compensação ambiental: questões controvertidas. In: *Revista de direito ambiental*. São Paulo: RT, ano 11, jul-set/2006, p. 101-114.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- MOTTA, Ronaldo Seroa da. (coord.). *Sistemas integrados – 3.3 procedimentos de valoração*. In: *Contabilidade ambiental: teoria, metodologia e estudos de casos no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 1995.
- LIMA, Ruy Cirne Lima. *Sistema de direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Graf. Ed. Santa Maria, 1953.
- OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta e afetação da receita*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 88-106.
- PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1991.

*José Marcos Domingues*

Rua São Francisco Xavier, 524, 7º andar  
Maracanã – 20550-011  
Rio de Janeiro – RJ – Brasil  
jm.domingues@globo.com

LIVRE DOCENTE PELA UNIVERSIDADE ESTADUAL  
DO RIO DE JANEIRO (UERJ)  
PROFESSOR TITULAR DA UNIVERSIDADE ESTADUAL  
DO RIO DE JANEIRO (UERJ)