

Compensação ambiental criada pelo art. 36 da lei nº 9.985/00. Natureza jurídica. Obrigação *ex lege* direcionada à prevenção ou reparação de danos ambientais que pode incluir prestações de fatos e de coisas conforme indicado no estudo prévio de impacto ambiental

Possibilidade de cumprimento da obrigação diretamente pelo devedor, por terceiro – inclusive por entidades credenciadas pelo poder público – ou mediante pagamento direto ao tesouro.

O valor correspondente ao custo de cumprimento da medida não constitui verba pública salvo na hipótese de pagamento ao tesouro. Pagamento dos custos operacionais de cumprimento da medida com recursos da própria compensação. Possibilidade. Condições

Exma. Sra. Procuradora-Geral

I – INTRODUÇÃO

1. A Exma. Sra. Secretária de Estado do Ambiente, Dra. Marilene Ramos Múrias dos Santos, encaminha-nos este processo administrativo sob o nº E-07/000.436/2009 rogando parecer sobre:

a) a “natureza jurídica dos recursos da compensação ambiental” trazida pelo art. 36 e parágrafos da Lei nº 9.985 de 2.000, denominado Compensação por Significativo Impacto Ambiental do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC. Mais especificamente, *se estes recursos seriam “recursos públicos ou recursos privados (ainda que com uma destinação para fins públicos...)”* (fls. 03 grifos no original).

2. Na hipótese de estes recursos possuírem natureza privada, a Ilustre consulente indaga se:

b) seria possível para a Secretaria de Estado do Ambiente firmar ajustes com entidades sem fins lucrativos (ou termos de parceria, no caso de OSCIPs) para que estas venham a executar os projetos aprovados pela Câmara de Compensação Ambiental.

3. Por fim, caso as respostas às questões anteriores sejam afirmativas indaga se:

c) a referida entidade do terceiro setor poderia ter seus custos operacionais ressarcidos com os recursos da própria compensação ambiental.

4. Observa S.Exa que, tanto na hipótese de a compensação ambiental só poder ser executada apenas diretamente pelo próprio devedor dos recursos ou apenas diretamente pelo Estado, uma série de inconvenientes inerentes aos custos e despesas do aparato estatal fariam com que houvesse perda de eficiência na aplicação de recursos provenientes da compensação ambiental.

5. É o breve relatório.

6. Para análise da natureza jurídica da obrigação em questão faz-se necessário, primeiramente, seguir a evolução legislativa da compensação ambiental, para, posteriormente, expor a forma como a doutrina tratou o tema e analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal que alterou seu perfil, ao declarar parcialmente inconstitucional o disposto no § 1º do art. 36, tudo para, ao final, traçar as distinções entre a natureza jurídica do instituto e as formas de cumprimento ou execução da obrigação que ele corporifica, para procurar responder às questões objeto do parecer.

II – A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

7. O instituto da compensação ambiental possui seu embrião¹ no art. 1º da Resolução nº 10 de 1987 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, que possuía a seguinte redação:

Art. 1º. Para fazer face à reparação dos danos ambientais causados pela destruição de florestas e outros ecossistemas, o licenciamento de obras de grande porte, assim considerado pelos órgãos licenciador com fundamento no RIMA terá sempre como um dos seus pré-requisitos, a implantação de uma estação Ecológica pela entidade ou empresa responsável pelo empreendimento, preferencialmente junto à área.

8. Essa Resolução foi revogada pela Resolução CONAMA n.º 02/96 cujo art. 1º possuía a seguinte redação:

Art. 1º. Para fazer face à reparação dos danos ambientais causados pela destruição de florestas e outros ecossistemas,

¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Aspectos jurídicos da compensação ambiental do art. 36, §1.º, da Lei Brasileira de unidades de Conservação (Lei 9.985/2000)*. Revista de Direito Ambiental, n.º 46, abr/jun 2007, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 131.

o licenciamento de empreendimentos de relevante impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente com fundamento do EIA/RIMA, terá como um dos requisitos a serem atendidos pela entidade licenciada, a implantação de uma unidade de conservação de domínio público e uso indireto, preferencialmente uma Estação Ecológica, a critério do órgão licenciador, ouvido o empregador.

§ 1º. Em função das características da região ou em situações especiais, poderão ser propostos o custeio de atividades ou aquisição de bens para unidades de conservação públicas definidas na legislação, já existentes ou a serem criadas, ou a implantação de uma única unidade para atender a mais de um empreendimento na mesma área de influência.”

9. Adveio a Lei nº 9.985 de 18 de julho de 2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, e cujo art. 36 tem a seguinte redação:

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.

§ 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. (Grifo nosso)

10. Este dispositivo veio a ser regulamentado, no âmbito federal, pelo Decreto n.º 4.340 de 2002, cujos artigos 31 e seguintes definem detalhes acerca da compensação ambiental. O Decreto n.º 6.848, de 2009 acrescentou os artigos 32-A e 32-B, dispondo sobre critérios para cálculo do Valor da Compensação Ambiental pelo IBAMA, e que esta entidade ouvirá o Instituto Chico Mendes, para definição da destinação do valor apurado. Além disso, o decreto modificou substancialmente o art. 31 do decreto anterior, definindo certas balizas da metodologia a ser utilizada, e o art. 32, que passou a especificar as finalidades da Câmara de Compensação Ambiental.

11. Foi estabelecido também um convênio entre o Ministério do Meio Ambiente e a Caixa Econômica Federal, por meio do qual esta última se tornará gestora do Fundo de Compensação Ambiental, criado para dar mais rapidez à execução das compensações no benefício das unidades de conservação. Finalmente, a Resolução n.º 371 de 2006 do CONAMA estabeleceu as diretrizes para administração dos recursos financeiros advindos da compensação ambiental.

12. Ressalte-se que, a nosso ver (embora este não seja o objeto da consulta), o Estado do Rio de Janeiro e sua autarquia ambiental não estão vinculados ao decreto federal, já que a matéria que ele trata está sujeita ao condomínio legislativo do art. 24 da Constituição Federal.

13. Passemos então a uma breve exposição sobre a forma como o instituto em questão tem sido tratado pela doutrina.

III – NATUREZA E FUNDAMENTO DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL: PRIMEIRAS NOTAS

14. A leitura de Paulo Affonso Leme Machado, um dos grandes mestres do direito ambiental brasileiro, é um exemplo das dificuldades que acompanham a discussão do tema em questão. Embora afirme que o “dever” do empreendedor é o de “apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação” dever que “nasce para o empreendedor na potencialidade de dano significativo de seu empreendimento”, o autor trata a compensação em questão como “apoio financeiro” (embora a edição seja prévia ao acórdão do STF). No entanto, no mesmo capítulo, o autor reconhece a “possibilidade de o empreendedor ser proprietário e mantenedor de uma unidade de conservação”, hipótese na qual “o órgão ambiental competente não receberá diretamente a compensação financeira, mas será o órgão de fiscalização da implantação e da manutenção dessas unidades de conservação”².

15. A maior parte da doutrina brasileira entende que o instituto da compensação ambiental tem como fundamento o princípio do poluidor-pagador³, mencionando-se ainda os princípios da prevenção e da precaução⁴.

² MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo, Malheiros, 2003. pp. 764 e 768)

³ O que foi reconhecido pelo STF na ementa da Adin 3.378-6, que será analisada mais à frente.

⁴ SCARDUA, Fernando Paiva. LEUZINGER, Márcia Dieguez. POSFALDO, Christianne Regina Leandro. *Compensação Ambiental: natureza jurídica e dificuldades em relação à fixação e à internalização do montante a ser pago*. Revista de Direito e Política, vol. XIII – abr./jun – 2007, Editora Letras Jurídicas, São Paulo, p. 135.

16. O princípio do poluidor-pagador impõe que o causador da poluição arque com os custos para a mitigação ou eliminação dos danos que provoque, independentemente de culpa ou dolo⁵. Anote-se que nem por isso se pode concluir que a compensação ambiental consista em uma “tarifa” para poluir. O direito ambiental banuiu, há muito, a ideia de pagar para poluir. Economicamente é uma ideia que não se mantém, além de se mostrar contrária ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado insculpido no art. 225 da Constituição da República.

17. Sendo assim, a compensação ambiental se insere em um contexto de responsabilidade objetiva de proteção. Consiste em reparação por ato “lícito” – tendo em vista a licença ambiental – mas que, nem por isso, deixa de ser danoso e deixa de merecer a devida reparação.

18. A natureza reparatória do instituto em questão traz consequências importantes para a resposta à consulta pois, no direito ambiental, vigora com força a ideia de que a reparação tem que ser, sempre (salvo quando isso é impossível) direcionada à plena restauração do *statu quo ante*, privilegiando-se portanto a reparação *in natura*, em detrimento da reparação pecuniária.

19. Para José Marcos Domingues⁶ a compensação da Lei nº 9.985/2000 seria um tributo, podendo ser prestado *in natura* ou *in pecúnia*, fundamentando seu entendimento na doutrina do direito comparado, tendo em vista que em outros países, especialmente a Alemanha, adota-se o sistema tributário para as compensações ambientais. Defendia que também a desvinculação da alíquota mínima da compensação (0,5%) em relação ao efetivo prejuízo, a descaracterizaria como receita não tributária, somando-se ao fato de o seu pagamento ser prévio ao dano, o que afastaria o caráter de responsabilização⁷.

20. Já Marcelo Abelha Rodrigues⁸, aduz que, diante da impossibilidade de o dano ambiental ser evitado, o objetivo da compensação ambiental é repará-lo *in natura*, preferencialmente, ou *in pecunia*, na impossibilidade de outro modo, com a maior proximidade possível do *status quo ante*. Ao afirmar que o objetivo precípuo da obrigação em questão é “reparar” o dano, o autor, implicitamente, parece afirmar que se trata de obrigação de fazer (reparar o dano) ou, quando este pode ser evitado (não fazer).

21. No entanto, não é esta a conclusão do referido autor, que, no mesmo trabalho, afirma que o art. 36 em questão conteria um “duplo comando”, com “dois deveres jurídicos, umbilicalmente ligados entre si, mas com destinatários diferentes.” De um lado teríamos o dever do empreendedor de “apoiar a implementação e a manutenção de uma unidade de conservação”. Só que, segundo o autor, este “apoio”

⁵ CAETANO, Antonio Carlos. SILVA JUNIOR, Esio Beltrão da. PADUELI, Margarete Ponce. *A compensação ambiental e o desenvolvimento econômico – uma análise na indústria da mineração*. Revista de Direito e Política, vol. XIII – abr./jun – 2007, IBAP, São Paulo, p. 151.

⁶ DOMINGUES, José Marcos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 3.ª Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, p.192, *passim*.

⁷ A tese da natureza tributária foi combatida, dentre outros, por SCARDUA, LEUZINGER e POSFALDO, Op. Cit. p. 140 e ss.

⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Op. cit. p. 136.

“se dá por meio de um *dever de pagar quantia*”. De outro lado teríamos o dever do Poder Público de aplicar a verba correspondente na finalidade escolhida pelo legislador. Embora fale em dever de *pagar*, Marcelo Abelha, incorrendo em certa contradição, ressalta que “não se pode dizer que se trata de reparação *in pecúnia*, porque na própria norma foi definido o destino da quantia arrecadada”⁹.

22. Ainda para Marcelo Abelha, o fato da indenização ser prévia ao dano não desfigura sua natureza reparatória, sendo certo que este irá ocorrer, cabendo precisamente ao EIA/RIMA estimar o impacto ao meio ambiente antes que efetivamente se consume. Esse autor conclui o seguinte:

“A compensação ambiental não se enquadra em nenhuma das espécies tributárias existentes, possuindo natureza reparatória, que não se confunde com a responsabilidade civil. Insere-se no campo da compensação ecológica pré-estabelecida, por haver expressa previsão legal acerca de sua cobrança, nas hipóteses e percentuais previamente especificados pela Lei do SNUC.”¹⁰

23. De fato, a compensação ambiental objeto deste parecer possui natureza reparatória, mas esta não se insere no âmbito da responsabilidade pela reparação do dano ambiental que foi “herdada”¹¹ do direito civil. Com efeito, na classificação de José Rubens Morato Leite, a reparação ambiental pode ser classificada dividindo-se em quatro subespécies: jurisdicional, extrajudicial, normativa e relativa a fundos autônomos¹². Conclui em seguida que o tipo de obrigação aqui discutido se encaixa melhor na categoria de compensação ecológica preestabelecida, ou normativa¹³.

24. Maria Tereza Jorge Pádua¹⁴ entende a compensação da Lei nº 9.985/00, como uma forma de apoiar as unidades de conservação existentes. Reconhece essa autora, todavia, que não há mecanismo financeiro definido na lei para as unidades de conservação, sendo deixado ao regulamento o papel de definir exatamente os contornos jurídicos da compensação do SNUC. Com efeito, a compensação do SNUC não se enquadra em qualquer dos conceitos conhecidos pelo direito financeiro.

⁹ Op. Cit. p. 140/141.

¹⁰ Op. cit. Loc. cit.

¹¹ Considerando que o direito ambiental já é reconhecido como ramo autônomo do direito há muitos anos e considerando que o sistema de reparação pelo dano ambiental possui lei específica desde 1981 (Lei 6.938/81), que o afastava do sistema da responsabilidade civil geral, além de ser objeto de princípios específicos, entendemos que não está correto falar-se em responsabilidade “civil” pelo dano ambiental, mas sim em responsabilidade pela *reparação* do dano ambiental (distinta da responsabilidade administrativa e penal pela violação da legislação ambiental, que *pressupõem* a ocorrência de *ilícitos* e tem como consequências a aplicação de *sanções*). De resto, a distinção que defendemos tem uma matriz muito clara no art. 225 § 3º da Constituição Federal.

¹² LEITE, José Rubens Morato. Termo de ajustamento de conduta, *in Aspectos processuais do direito ambiental*. LEITE, José Rubens Morato (org.) *apud* SCARDUA, Fernando Paiva; *et alii*, op. cit. p. 143.

¹³ Op. cit. Loc. Cit.

¹⁴ PÁDUA, Maria Tereza Jorge. Análise crítica da nova lei de conservação da natureza do Brasil. Revista de Direito Ambiental, nº 22, Revista dos Tribunais, abr/jun 2001, p. 51.

25. Como se vê, embora haja certo consenso doutrinário quanto aos objetivos e fundamentos do instituto sob análise, bem como sobre sua evidente vinculação à necessidade de prevenir ou reparar os danos causados pelos empreendimentos objeto do licenciamento de que trata o dispositivo, não há muita concordância sobre sua natureza jurídica.

26. Em parte devido à defesa de sua natureza tributária, em parte pela indefinição do “montante” da reparação, o certo é que houve acirrado debate sobre a constitucionalidade da reparação ambiental da forma como foi estabelecida pela Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação de Natureza. A Confederação Nacional das Indústrias propôs a ação direta de inconstitucionalidade n. 3.378/2008 – DF, de relatoria do Min. Carlos Aires de Britto, perante o Supremo Tribunal Federal, que foi julgada em 09.04.2008 e que passamos a analisar a seguir.

IV – A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 3.378/2008

27. A ação direta de inconstitucionalidade n° 3.378, de relatoria do Ministro Carlos Britto, julgada em 09.04.2008, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria – CNI teve por objetivo questionar a constitucionalidade do art. 36 e parágrafos da Lei n° 9985/00.

28. A requerente alegava que o dispositivo ofenderia os princípios da legalidade, da separação de poderes, proporcionalidade e que a indenização, sem prévia mensuração do dano, poderia acarretar enriquecimento ilícito do Estado.

29. O Ministro Carlos Britto inicialmente votou pela improcedência do pedido, rejeitando todos os argumentos aduzidos na inicial. Para o relator, não teria havido ofensa ao princípio da legalidade, tendo em vista que os parâmetros legais teriam sido suficientes para caracterização da obrigação. Além disso, o estudo prévio de impacto ambiental (EIA/RIMA) seria uma baliza eficaz para a determinação da obrigação do particular de reparar o prejuízo ao meio ambiente. Igualmente, foram por ele afastadas as alegações de irrazoabilidade e desproporcionalidade do dispositivo.

30. Mas a tese vencedora¹⁵ acabou sendo a do saudoso Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que, em seu voto, entendeu ser cabível declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, para que apenas o percentual de 0,5% (meio por cento) fosse declarado inconstitucional, abrindo possibilidade para que outra forma de garantia de preservação do meio ambiente pudesse ser estabelecida.

31. Propôs o eminente ministro que se estabelecesse uma *relação de proporcionalidade entre a obrigação e o dano ambiental*, para maior garantia de preservação do meio ambiente, colocando de lado a idéia de pagamento compulsório *desvinculado dos efeitos ambientais negativos provocados pelo projeto*.

¹⁵ O Ministro Marco Aurélio Mello, por sua vez, votou pela procedência do pedido da ação direta, considerando inconstitucional o dispositivo. Entendeu existente delegação indevida do Poder Legislativo ao Poder Executivo, além de irrazoabilidade na fixação de percentual mínimo calculado sobre o valor total do projeto a ser licenciado. Já o Ministro Joaquim Barbosa propôs interpretação conforme a Constituição do dispositivo questionado, para que o referido percentual fosse fixo de modo a não variar de acordo com o dano, mas guardando sempre proporcionalidade com os custos totais do projeto

32. Não se especificou em qualquer dos votos qual o entendimento dos ministros sobre a natureza jurídica específica da obrigação, embora a supressão do percentual pareça sepultar a tese de que seria uma obrigação tributária. Ao final, portanto, o STF declarou a inconstitucionalidade da expressão “*não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento*” presente no § 1° do art. 36.

V – A NATUREZA JURÍDICA DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL

33. O entendimento de que a compensação em questão seria um tributo não foi, como visto, acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.378/DF, que, com a declaração de inconstitucionalidade do percentual mínimo, abalou o mais forte argumento favorável à corrente que advogava a natureza tributária dessa compensação ambiental. Embora tenha sido afastada a possibilidade de se entender a compensação ambiental como um instituto de direito tributário, continuou em aberto o questionamento sobre sua efetiva natureza jurídica.

34. Ainda que não seja uma obrigação *tributária*, não parece haver dúvida que a medida compensatória em questão se constitui em uma *obrigação*. Assim, na verdade, a resposta à primeira indagação da consulta deve consistir na classificação desta obrigação. Para classificar qualquer obrigação importa analisar seu objeto, que, nas palavras de Luis Manuel Teles de Menezes Leitão, “*vem a ser a prestação, ou seja, a conduta a que o devedor está vinculado.*”¹⁶

35. Segundo o dispositivo sob análise a obrigação criada pela lei e que tem como devedor o empreendedor é a de “*apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação*”, ou seja, está é a “*conduta*” ou “*prestação*” a que está obrigado o empreendedor. Assim, antes de se inquirir qual a “*natureza jurídica dos recursos da compensação ambiental*”, há que se inquirir *como* se “*apoia*” a “*implantação*” e a “*manutenção*” de uma unidade de conservação. Ora, a resposta é: de várias formas, ou seja, fazendo coisas diferentes.

36. 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) executando ou 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.).

37. Note-se que esta diversidade de prestações constava expressamente do ato normativo que, anteriormente à Lei do SNUC, regulava a compensação em questão.

¹⁶ Direito das obrigações vol. I, 7ª edição. Almedina: Coimbra, 2008, p. 132

Com efeito, o art. 1º § 1º da Resolução CONAMA nº 02/96 já autorizava que a medida consistisse no “custeio de atividades ou aquisição de bens para unidades de conservação públicas definidas na legislação, já existentes ou a serem criadas”¹⁷.

38. Quem decide concretamente o tipo de “prestação” é o ente licenciador. Mas tal decisão, nos termos do dispositivo sob análise e do precedente do STF, está longe de ser discricionária, já que deve decorrer das conclusões do estudo prévio de impacto ambiental que conta não apenas com a participação do empreendedor como também de toda a sociedade (que, aliás, é a verdadeira “credora” da obrigação, já que titular do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado).

39. Deve também ser destacado ser possível que a obrigação seja cumprida por meio de mais de uma prestação (por exemplo, realizando um levantamento da flora de determinada área e promovendo o replantio de outra), o que a faz, na classificação do direito das obrigações, uma obrigação cumulativa¹⁸.

40. Outra questão a ser destacada – já que ela é, a nosso ver, uma das fontes de confusão na análise da matéria – é a necessidade de distinguir entre o tipo ou natureza do apoio prestado (o que será feito, ou, na linguagem do direito das obrigações, qual a “prestação”) e a forma de execução deste apoio, ou seja, a forma de cumprimento ou adimplemento da obrigação. A nosso ver, o empreendedor obrigado a “apoiar”, pode optar por executar diretamente a ação ou prestação na qual se consubstanciará

¹⁷ O Decreto Federal n. 4.340 (que a nosso ver não vincula o Estado) mantém esta diversidade de prestações ao estabelecer que:
Art. 33. A aplicação dos recursos da compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985, de 2000, nas unidades de conservação, existentes ou a serem criadas, deve obedecer à seguinte ordem de prioridade:

- I – regularização fundiária e demarcação das terras;
- II – elaboração, revisão ou implantação de plano de manejo;
- III – aquisição de bens e serviços necessários à implantação, gestão, monitoramento e proteção da unidade, compreendendo sua área de amortecimento;
- IV – desenvolvimento de estudos necessários à criação de nova unidade de conservação; e
- V – desenvolvimento de pesquisas necessárias para o manejo da unidade de conservação e área de amortecimento.

¹⁸ Note-se que, nas palavras de Orlando Gomes, a obrigação cumulativa é “por excelência, uma obrigação composta. Quem a contrai tem de satisfazer diversas prestações como se fora uma só. Trata-se, por conseguinte, de obrigação com objeto múltiplo. (...) Apesar da aparente clareza do seu conceito, a caracterização pela conjunção das prestações é de enganosa simplicidade. Podem estar reunidas diversas obrigações simples, distintas uma das outras, mas coligadas, dando a impressão de que formam obrigação cumulativa. Necessário, assim, fixar seu traço característico. Não se deve confundir pluralidade de obrigações com pluralidade de prestações. O que distingue a obrigação cumulativa é a pluralidade de prestações, oriunda da mesma causa, decorrente, por outras palavras, do mesmo título. Se as diversas prestações correspondem a obrigações com diferentes causas, a pluralidade não se verifica no objeto da obrigação, pois que cada qual tem objeto simples.” (GOMES, Orlando. *Obrigações*, revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002 por Edwaldo Brito, 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008; p. 94).

O fato de diversas prestações, poderem, em tese, adimplir a obrigação faz com que, na hipótese concreta de ser escolhida uma única “prestação” (segundo a escolha do órgão licenciador) esta obrigação será classificada como alternativa.

o seu apoio¹⁹ ou pode contratar tal ação com terceiros. Assim, por exemplo, se um empreendedor vai apoiar a implantação de uma unidade de conservação construindo sua sede ele pode – em sendo, por exemplo, uma empresa de engenharia – construir diretamente tal sede ou contratar sua construção com terceiros.

41. Além de cumprir, direta ou indiretamente, a obrigação, também tem ocorrido que o empreendedor opte (embora, a nosso ver, isto não seja um direito do empreendedor, e sim uma faculdade do poder público) por desincumbir-se de sua obrigação mediante o pagamento do valor correspondente à prestação de apoio objetivada pela administração. Esta forma de cumprimento da obrigação que, repita-se, não deveria ser a forma original, é que tem gerado a dúvida objeto da consulta, como será abordado mais à frente.

42. É corrente, no direito das obrigações, a divisão das obrigações entre obrigações de dar, de fazer e de não fazer. Para Orlando Gomes,²⁰ por exemplo, as prestações positivas se subdividem em prestações de coisas e prestações de fatos, que se distinguem da seguinte maneira:

“A distinção entre as obrigações de dar e de fazer deve ser tratada sob o ponto de vista do credor, porquanto as prestações de coisa supõem certa atividade pessoal do devedor e muitas prestações de fatos exigem dação. Nas obrigações de dar, o que interessa ao credor é a coisa que lhe deve ser entregue, pouco lhe importando a atividade do devedor para realizar a entrega. Nas obrigações de fazer ao contrário, o fim é o aproveitamento do serviço contratado. Se não fosse assim, toda obrigação de dar seria de fazer e vice-versa²¹.”

43. Dentre as obrigações de dar se destaca, por sua importância, a obrigação pecuniária. É preciso, portanto, verificar como se enquadra a obrigação em questão porque só faz qualquer sentido se falar em “verba pública” – ou mesmo em “verba” – se a obrigação em questão for uma obrigação pecuniária.

44. Ora, nos parece evidente que o órgão licenciador deve, com base no estudo prévio de impacto ambiental, fixar sempre uma ou mais ações ou medidas concretas necessárias a evitar ou compensar o impacto do empreendimento. Este é o primeiro passo. O órgão licenciador não pode – e isto foi definitivamente afastado pelo STF – fixar um percentual sobre o valor do empreendimento sem qualquer relação com o impacto que o mesmo possa causar. Ocorre que tais ações ou medidas, como visto acima, serão em regra obrigações de fazer, podendo eventualmente ser uma obrigação de dar (não pecuniária).

¹⁹ O que é expressamente admitido, por exemplo, por SCARDUA, LEUZINGER e POSFALDO, para quem “pode não haver internalização” (dos recursos necessários ao cumprimento das medidas) “existindo a possibilidade de o empreendedor executar diretamente as ações previstas na licença”. Op. Cit. p. 149.

²⁰ GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 2004; p. 47 e ss.

²¹ Op. cit. loc. cit.

45. Ademais, como já dito, o objetivo do instituto em questão é a reparação do dano ambiental. Não há, por outro lado, qualquer dúvida de que a prestação específica (*in natura*) é o meio mais adequado para a reparação, pois é aquela que mais se aproxima da restauração do *status quo ante*. Este ponto, aliás, é amplamente reconhecido pela doutrina, como se vê dos ensinamentos de Edis Milaré (ainda que o trecho trate da reparação em geral, e não especificamente da medida objeto deste parecer):

“há duas formas principais de reparação de dano ambiental: a) o retorno ao *status quo ante* e b) a indenização em dinheiro. Não estão elas hierarquicamente em pé de igualdade.

A modalidade ideal – e a primeira que deve ser tentada, mesmo que mais onerosa – de reparação de dano ambiental é a reconstituição do meio ambiente lesado (...). Esta opção, verdadeira execução específica, vem claramente defendida no Direito brasileiro, inclusive em sede constitucional.

A regra, pois, é buscar-se, por todos os meios razoáveis, ir além da ressarcibilidade (indenização) em sequência ao dano, garantindo-se, ao contrário, a fruição do bem ambiental. Aquela, como já alertamos, não consegue recompor o dano ambiental. O valor econômico não tem o condão – sequer por aproximação ou ficção – de substituir a existência e fruição do meio ambiente ecologicamente equilibrado. O trabalho do legislador, por conseguinte, visa a garantir essa possibilidade de fruição e, só excepcionalmente, ressarcimento monetário da lesão.

Apenas quando a reconstituição não seja viável – fática ou tecnicamente – é que se admite a indenização em dinheiro. Essa – a reparação econômica – é, portanto, forma indireta de sanar a lesão.”²²

46. A reparação *in natura* é viabilizada mediante uma medida de recuperação, reparação ou prevenção, implantada com vistas a proporcionar os benefícios existentes no ecossistema anterior²³. De maneira geral, como visto, essa recuperação é feita mediante a imposição de *obrigações de fazer*. Veja-se como, na clássica lição de Sílvio Rodrigues, a compensação ambiental se enquadra no conceito de obrigação de fazer:

“Na obrigação de fazer o devedor se vincula a um determinado comportamento, consistente em praticar um ato, ou realizar uma tarefa, donde decorre uma vantagem para o credor”²⁴

47. 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 permitimos 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.

48. Em tese, é possível que o empreendedor se desincumba da obrigação prevista no art. 36 mediante o *pagamento* de um valor ao ente licenciador, mas este será o pagamento do custo – ou de parte do custo – não de uma obrigação em si pecuniária, mas sim de uma obrigação de fazer ou, eventualmente, de dar. Aliás, no próprio art. 36 existe uma clara separação entre o *caput*, que estabelece a natureza da obrigação – e de onde se extrai o tipo de prestação, e o §1º – parcialmente considerado inconstitucional pelo STF – que trata do “custo” desta prestação.

49. Note-se que, a nosso ver, esta deve ser a última hipótese, pois o objetivo da norma é, indubitavelmente, criar uma obrigação ligada à reparação, ou seja, obrigar o empreendedor a fazer algo para evitar ou minorar o dano do empreendimento que pretende instalar. Exatamente por esta razão, o empreendedor só pode cumprir sua obrigação mediante pagamento do valor a ela equivalente caso o órgão licenciador concorde com esta opção. O órgão licenciador, por outro lado, só deverá concordar com esta opção se considerar que esta é, efetivamente, a opção que gerará maior eficiência na implementação da medida (o que não parece ser o caso, como exposto pela consulente).

50. De todo modo, não se nega que o empreendedor pode preferir cumprir sua obrigação mediante simples pagamento e que – sob a condição acima exposta – o poder público pode concordar com esta opção. Esta possibilidade pode levar à falsa impressão de que a obrigação em questão é, essencialmente, de *pagar* ao ente licenciador um determinado valor que, então, seria uma verba pública. Também é verdade que a confusão entre a ação de apoiar e o seu custo pode, em parte, ter algum suporte no acórdão do STF que fala na competência do órgão licenciador para “fixar o quantum da compensação”.

51. Mas, no próprio acórdão, em especial no voto condutor do Ministro Menezes Direito, já se havia tratado da possibilidade da compensação ambiental ser realizada de modo diferente da simples entrega de dinheiro:

“Se Vossa Excelência me permitir, leio como ficaria a redação: ‘O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade, sendo fixado pelo órgão licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento’. Ou seja, o que nós retiraríamos é a obrigatoriedade de ser sempre meio por cento do empreendimento. Retirar-se-ia, também, essa idéia de percentual. Poderia ser uma outra forma, fixada pelo órgão ambiental, para a garantia da preservação do meio ambiente.” (ADI 3.378/DF)

²² In Direito do Ambiente, 1ª edição. São Paulo: RT, 2000, p. 336, grifamos.

²³ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil ambiental, as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004, p. 248.

²⁴ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil – Parte Geral das Obrigações, 3.ª Ed, São Paulo, Ed. Max Limonad, vol. II.

52. Mais à frente – já nos debates ocorridos durante o voto do Ministro Joaquim Barbosa (p. 290 do acórdão) – o saudoso Ministro MENEZES DIREITO esclarece:

“E, ademais, e me parece importante, estaríamos autorizando que seria possível, sim, fixar um outro modo de compensação para reposição do meio ambiente. *Por exemplo: é possível que, no relatório de impacto ambiental, se estabeleça que, para fazer determinado tipo de empreendimento, seja necessário determinado tipo de repesamento.* 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.”

53. Ou seja, ainda que o STF não tenha se alongado sobre a forma de execução da medida, não há, a nosso ver, nada no acórdão que vá de encontro às conclusões do presente parecer.

54. Mas a tentativa de classificar o custo ou verba necessária a adimplir esta obrigação de “apoiar” como uma receita ou verba pública esbarra em outros obstáculos a nosso ver intranponíveis. Com efeito, confunde-se a obrigação com *uma das – diversas –* formas que pode se revestir a sua prestação, ou, dito de outra forma, se confunde a *prestação* com o *custo* da prestação.

55. O equívoco da equiparação parece ficar mais claro com o exemplo de um particular que colide com uma viatura pública por sua culpa, amassando a porta do veículo. Isto fará nascer a obrigação do particular de recompor o dano (concertar a porta). *No entanto, o fato de nascer esta obrigação – de fazer – não transforma em verba pública a parcela do patrimônio do particular necessária ao custeio do prejuízo.* Pode ser, no entanto, que o particular, ao invés de providenciar a execução do serviço, opte por pagar ao estado o valor necessário para tanto. Este valor, uma vez pago ao estado, ingressará nos cofres públicos e passará a ser uma verba pública, mas isto não transforma a obrigação, desde sua origem, em uma obrigação de pagar.

56. Não é por outra razão que o Código Civil, exatamente no capítulo que trata das obrigações de *fazer* estabelece que:

Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar *à custa do* devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.

57. Ou seja, o fato de uma obrigação ter um “custo”, não transforma esta obrigação em obrigação pecuniária.

58. Mas o enquadramento da obrigação em questão como sendo sempre pecuniária, “transformando-a” em “verba ou receita pública” esbarra ainda em outras dificuldades de direito financeiro. Com efeito, como enquadrar como receita pública um “crédito” tão incerto? Incerto porque ninguém sabe quantos pedidos de licenciamento serão protocolados em determinado ano, nem quantos serão deferidos, nem qual o montante da obrigação, nem se o devedor optará por esta forma de prestação, que não é a preferida da lei? A dificuldade prossegue quando verificamos que até o “credor” é incerto, já que variará segundo o ente licenciador competente²⁵ e que, inclusive, o “crédito” pode desaparecer em um átimo (basta o empreendedor desistir de instalar o empreendimento²⁶).

59. Mas existe outra dificuldade, ainda no campo do direito financeiro. É que, mesmo os que consideram a obrigação em questão como obrigação de pagar não afastam a necessidade de que os recursos recebidos sejam aplicados exclusivamente na finalidade descrita na lei.

60. Ocorre que, de acordo com o princípio da universalidade (art. 2º da Lei n. 4.320/64), todas as receitas devem ser previstas no orçamento para que atendam a todas as despesas. As *exceções* a este princípio são as vinculações constitucionais e aquelas decorrentes da criação dos chamados fundos orçamentários especiais, previstos no art. 71 da Lei n. 4320 e que, nos termos do art. 167, IX, da Constituição Federal, só podem ser criados por lei formal. Ora, sem previsão constitucional e sem a criação de um fundo orçamentário especial – que não foi feito pela Lei do SNUC – não haveria como assegurar a vinculação pretendida pelo legislador²⁷.

61. Mas, se analisarmos a questão sob o ângulo da “despesa” pública existem outras dificuldades. Com efeito, como admitir uma despesa que decorrerá – ou seja, que será definida – não na Lei Orçamentária, mas, posteriormente, no curso de um futuro e incerto procedimento de licenciamento ambiental. Ademais, a Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 5º § 4º) estabelece que “é vedado consignar na lei orçamentária crédito com finalidade *imprecisa*”. É certo que a definição das despesas no orçamento deve conter *certo* grau de abstração, mas, no caso, seria impossível *sequer saber a categoria econômica* da despesa (que é o grau mais abstrato de sua classificação, nos termos do art. 12 da Lei n. 4.320/64) já que ela poderia ser uma despesa “corrente” (“*manutenção*” de unidade de conservação) ou uma despesa de “capital” (“*implantação*” de unidade de conservação).

62. Em suma, ainda que a obrigação em questão possa ser cumprida mediante um pagamento, e que este pagamento possa ser feito à administração, isto não torna

²⁵ Sempre entendemos que o licenciamento ambiental se dá em um único nível de competência. A matéria, no entanto, não é pacífica no direito ambiental. Ora, para os que admitem o “múltiplo” licenciamento a dificuldade em questão vai ao infinito. Com efeito, um oleoduto, por exemplo, pode passar por vários municípios. Admitindo o múltiplo licenciamento seria de se indagar em que orçamento deveria constar a “verba” da compensação ambiental ou mesmo para que ente o pagamento deveria ser feito.

²⁶ Obviamente antes da implantação do mesmo, e portanto do respectivo impacto.

²⁷ Nem se diga que a Lei do SNUC revogou a Lei 4.320, já que esta tem força de lei complementar face ao disposto no art. 165 § 9º da Constituição Federal.

a obrigação em questão um crédito pecuniário da administração pública. Na verdade, como já adiantado, a compensação ambiental em questão se constitui em uma obrigação *ex lege*, direcionada à prevenção ou reparação dos danos a serem causados pelo empreendimento sujeito ao licenciamento, a ser cumprida por meio de uma ou mais prestações à escolha do órgão licenciador, na forma das conclusões decorrentes do procedimento de licenciamento ambiental, em especial de seu EIA/RIMA.

63. Mas as dificuldades oriundas do direito financeiro foram percebidas por SCARDUA, LEUZINGER e POSFALDO, para quem:

“A internalização ou não dos recursos provenientes da cobrança propriamente dita também tem causado intenso debate no meio ambiental, tendo em vista existir um consenso de que acarretaria, minimamente, o seu contingenciamento, para não falar na diminuição dos recursos provenientes do governo em tais áreas, e até o desvio dos valores para outras áreas ditas prioritárias pelos órgãos governamentais, tendo em vista a possibilidade de reversão ao Caixa Único do Tesouro.

Daí resultam algumas indagações: como se pode internalizar tais recursos? Há necessidade de se internalizar os valores na Administração Pública? Quais as razões que conduzem à sua internalização?”²⁸

64. Os três autores, aliás, fornecem outra boa razão – de ordem teleológica – para que não se considere a obrigação em questão como uma obrigação de pagar ao Estado (preocupação que, aliás, também foi expressamente indicada pela Secretária de Estado Consulente), qual seja, o enorme risco de que a verba daí decorrente não seja aplicada na finalidade escolhida pela lei. Os autores, ademais, apontam para outra questão: uma coisa é saber qual a natureza do instituto em tela, outra, diferente, igualmente difícil, e ainda mais crucial para a efetividade do instituto, é saber qual a sua forma de cumprimento ou execução, ponto que voltaremos a enfrentar a seguir.

VI – O CUMPRIMENTO OU EXECUÇÃO DA MEDIDA COMPENSATÓRIA

65. Cumpre a essa altura da análise retornar à questão da forma de cumprimento ou execução da medida compensatória. Como se mostrou acima, o empreendedor pode – tem a *faculdade* de – executar diretamente a ação de apoio exigida como medida compensatória *ou* contratá-la com terceiros.

66. Além de ser esta a obrigação criada pela lei, o cumprimento (direto ou indireta) da medida pelo empreendedor será, muito provavelmente, mais consentâneo com o princípio da eficiência, com o princípio da subsidiariedade e com o objetivo de buscar a máxima tutela do meio ambiente.

²⁸ *Op. Cit.* p. 146.

67. O envolvimento do próprio Poder Público em atividades *materiais* de execução da medida é, a princípio, desnecessário e possivelmente prejudicial, tendo em vista que os custos e amarras do aparato estatal podem ser incompatíveis com a execução rápida e eficiente da medida, embora se amoldem perfeitamente a atividades de gerenciamento, controle e fiscalização.

68. Note-se que, nos termos do art. 2º § 1º XII da Lei n. 5.427/09 (Lei do Processo Administrativo Estadual), a administração deve “interpretar a norma administrativa da forma que *melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige*”. O fim público a que a norma se dirige é claríssimo: evitar o dano ambiental a ser causado pelo empreendimento ou obter a sua reparação da forma mais efetiva possível. Ora, na própria consulta, a Sra. Secretária manifesta sua preocupação de que a execução direta da medida pode causar “evidentes prejuízos ao objetivo da norma”. Ou seja, aparentemente há um reconhecimento de que interpretar o instituto em questão de forma a considerá-lo uma obrigação pecuniária não parece ser a melhor maneira de atender ao fim público a que ela se dirige.

69. Neste ponto, não se há de confundir os atos materiais de cumprimento da obrigação (executados, direta ou indiretamente pelo empreendedor, sujeito passivo da obrigação), com a necessária fiscalização por parte do poder público que estará agindo na qualidade de representante do verdadeiro credor da obrigação que é a coletividade.

70. Ocorrem casos, todavia, em que o particular não deseja executar as ações de apoio, por constituírem atividade estranha ao seu objeto social. Em lugar de se *forçar* o particular a realizar as atividades a que está obrigado – o que nos parece possível – nos parece igualmente possível que o poder público aceite que o empreendedor se desincumba de sua obrigação mediante o *pagamento* de seu valor em dinheiro.

71. Ora, este pagamento pode ser feito ao ente licenciador? Pode, e, neste caso – e somente neste – a verba correspondente passaria a ser uma “verba pública” (ainda que sua destinação à finalidade prevista em lei possa esbarrar nos obstáculos de direito financeiro expostos acima).

72. No entanto, nada impede que o poder público indique ao empreendedor entidades que – a seu juízo – são reconhecidas como aptas a executar a ação em questão, ou que, como parece ter feito a União, indique fundos específicos nos quais o valor correspondente ao custo da medida deva ser depositado. Com efeito, se o particular pode executá-las de forma direta, se pode contratar alguém para executá-las em seu nome, não há nenhuma razão para que não possa contratar tal execução com entidade que seja indicada, mediante certificação, credenciamento ou outro instrumento, pelo poder público. Registre-se que esta forma de execução não nos parece possa ser compulsória. Ou seja, não se pode *obrigar* o particular a repassar dinheiro para entidade específica²⁹ (mesmo que reconhecida pelo poder público), para a execução da medida, mas é possível *facultar* ao empreendedor esta opção.

²⁹ Salvo por imposição de lei formal (como pode ser o caso das hipóteses de urgência, face ao art. 249 do Código Civil).

73. A experiência na esfera federal parece comportar diversas formas de execução. Pelo menos é o que decorre do relato feito por SCARDUA, LEUZINGER E POSFALDO, que afirmam em seu trabalho (cuja cópia segue em anexo) que:

*“a internalização (dos recursos da compensação ambiental), pode se dar de várias formas, quer seja pela criação de um fundo fiduciário, como já assumido pelo governo federal no projeto ARPA, ou via o FNMA, em uma linha especialmente aberta para gerenciar tais recursos. Outra forma seria o repasse de tais recursos para uma conta específica de um agente executor, como o FCA, ou ainda mediante o depósito dos valores no Caixa Único do Tesouro, devendo, nesse caso, ser criada legalmente uma rubrica especial para sua utilização. Por fim, pode não haver internalização, existindo a possibilidade de o empreendedor executar diretamente as ações previstas na licença.”*³⁰

74. Ou seja, a intenção exposta na consulta nos parece plenamente viável. Na verdade, *conforme expressa autorização legal*³¹, “a Administração Pública pode, na persecução de seus fins e nos limites do seu poder discricionário, celebrar quaisquer contratos, consórcios, convênios e acordos administrativos, (...) com seus órgãos ou com administrados, salvo impedimento legal ou decorrente da natureza e das circunstâncias da relação jurídica envolvida, observados os princípios” “da transparência, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, impessoalidade, eficiência, celeridade, oficialidade, publicidade, participação, proteção da confiança legítima e interesse público.”

75. O permissivo legal é, portanto, bastante amplo. Assim, dentre as diversas soluções possíveis, certamente se incluem a celebração de convênios ou mesmo de termos de parceria com organizações da sociedade civil de interesse público³² (na forma da nova lei estadual de OSCIPs – Lei 5.501 de 07 de julho de 2009). *Por óbvio que a opção concreta por cada um destes caminhos deverá seguir a legislação própria* (em especial a Lei 8.666/93 e a referida Lei das OSCIPs).

76. Outra questão é saber se – optando-se pela celebração de convênio ou termo de pareceria com entidade sem fim lucrativo – se tal entidade poderia ter seus custos operacionais ressarcidos com os recursos da própria compensação ambiental. Ora, é certo que tais entidades não tem objetivo lucrativo e, portanto, não podem colocar no valor cobrado para execução dos respectivos instrumentos nenhuma margem de lucro.

Por outro lado, tampouco se pode exigir que a entidade tenha *prejuízo* com a execução do instrumento.

77. Assim, não nos parece haver nenhum impedimento para que os custos efetivamente incorridos com a execução do instrumento sejam ressarcidos pelo empreendedor. Note-se que, se o empreendedor contratasse uma empresa esta cobraria sua margem de lucro que, obviamente, seria custeada com o mesmo valor utilizado para custear a compensação. Da mesma forma, se o recurso fosse “internalizado” pelo poder Público, que tivesse que contratar uma obra, por exemplo, o preço desta obra certamente incluiria a margem de lucro do contratado.

78. O que não deve ser admitido é a utilização de “taxas” de administração utilizando percentuais sobre o valor a ser aplicado³³. O ressarcimento do custo operacional deve ser demonstrado por meio de planilhas, nada impedindo que nestas planilhas sejam incluídas partes do custo geral de funcionamento da entidade que possam, razoavelmente, ser alocados no projeto em questão.

VII – CONCLUSÃO

79. Em suma, a interpretação do instituto em tela, seja pelo seu histórico, objetivos ou pela interpretação sistemática, apontam no sentido de que não se pode confundir o custo ou os valores necessários para o cumprimento de uma obrigação com a própria obrigação, nem inferir que, pelo fato desta obrigação (e por decorrência os valores necessários ao seu cumprimento) ter uma finalidade pública, as verbas necessárias ao seu adimplemento seriam sempre públicas.

80. Desta forma, podemos concluir que:

- a) A compensação ambiental prevista no art 36 da Lei 9985/00 se constitui em uma obrigação decorrente de lei, direcionada à prevenção ou reparação dos danos a serem causados por empreendimentos de significativo impacto ambiental, a ser cumprida por meio de uma ou mais prestações (obrigação cumulativa) à escolha do órgão licenciador (na qualidade de representante da coletividade), na forma das conclusões decorrentes do procedimento de licenciamento ambiental, em especial de seu EIA/RIMA;
- b) como obrigação cumulativa a compensação em questão poderá incluir prestações de fatos e de coisas;

³³ Neste ponto a Lei Estadual das OSCIPs é expressa na vedação (art. 14, I) “de cláusulas ou condições que prevejam ou permitam: realização de despesas a título de taxa ou comissão de *administração, de gerência ou similar*”; É verdade que, pelo desenho que parece estar sendo concebido na SEA não haveria pagamento do poder público à OSCIP, mas, ainda assim, considerando a finalidade pública da medida compensatória, recomenda-se a aplicação da regra em questão aos instrumentos que vierem a ser celebrados entre o empreendedor e a entidade credenciada pelo Estado para executar a medida.

³⁰ Op. Cit. p. 149, grifamos.

³¹ Art. 76 c/c art. 2º da Lei n. 5.427/09 Lei do Processo Administrativo Estadual.

³² Note-se que, na esfera federal, é possível à OSCIP gerir de forma compartilhada uma unidade de conservação (art. 21 a 24 do Decreto n. 4.320/02).

- c) os recursos necessários ao cumprimento desta obrigação não são considerados “verba pública” (salvo se o próprio empreendedor for um ente público), facultando-se ao poder público admitir que a prestação seja dada em dinheiro, que só passará a ter natureza pública – no sentido de se transformar em verba pública – se o empreendedor optar por esta forma e o poder público aceitar que a melhor forma de cumprimento é, efetivamente, o ingresso dos recursos no tesouro;
- d) na hipótese da execução da medida ser feita; (i) diretamente pelo empreendedor; (ii) indiretamente pelo empreendedor por meio de entidade por ele escolhida e contratada ou (iii) indiretamente por meio de entidade indicada ou credenciada pelo poder público (sempre com a concordância do empreendedor), os recursos necessários à respectiva execução continuam a ser privados, ainda que vocacionados a uma finalidade pública, devendo o Poder Público, em qualquer das hipóteses, fiscalizar a integral execução da medida, com a concreta reparação ou prevenção do dano;
- e) caso a Secretaria de Estado do Ambiente opte por firmar ajustes com entidades sem fins lucrativos para credenciá-las a executar projetos de medidas compensatórias com recursos privados, cumprindo os requisitos da legislação aplicável (em especial da Lei 8.666/93) – o que não pode significar que a Secretaria abra mão do poder dever de fiscalizar a correta aplicação dos recursos – é juridicamente possível utilizar parte destes recursos para ressarcir os custos operacionais que as entidades do terceiro setor comprovadamente tenham com a execução de cada medida compensatória, o que deverá ser demonstrado por meio de planilhas detalhadas, vedada a adoção de taxas de administração.

Por fim, considerando que subsiste dissensão sobre a matéria recomenda-se que a questão seja objeto de ato normativo da Chefia do Poder Executivo, sugerindo-se ainda remessa de cópia do presente ao Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

É o que nos parece deva ser levado à superior apreciação de V.Exa.

Em 28 de outubro de 2009

RODRIGO TOSTES DE ALENCAR MASCARENHAS
Subprocurador-Geral do Estado

VISTO

Aprovo o Parecer nº 04/09-RTAM-PG-2, da lavra do Subprocurador-Geral do Estado, Dr. Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, que, em resposta à consulta formulada pela Exma. Sra. Secretária de Estado do Ambiente, analisando a natureza da obrigação prevista no art. 36 da Lei Federal n. 9.985 de 18 de julho de 2000 (que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza), concluiu que se trata de obrigação *ex lege*, direcionada à prevenção ou reparação dos danos a serem causados por empreendimentos de significativo impacto ambiental, a ser cumprida por meio de uma ou mais prestações à escolha do órgão licenciador, na forma das conclusões decorrentes do procedimento de licenciamento ambiental, em especial de seu EIA/RIMA.

Concluiu ainda o parecer que, como obrigação cumulativa, a compensação em questão poderá incluir prestações de fatos e de coisas e que os recursos necessários ao cumprimento desta obrigação não são considerados “verba pública” (salvo se o próprio empreendedor for um ente público), facultando-se ao poder público admitir que a prestação seja dada em dinheiro, que só passará a ter natureza pública - no sentido de se transformar em verba pública - se o empreendedor optar por esta forma e o poder público aceitar que a melhor forma de cumprimento é, efetivamente, o ingresso dos recursos no tesouro.

Quanto à forma de cumprimento da obrigação entende o parecerista que, na hipótese da execução da medida ser feita: (i) diretamente pelo empreendedor; (ii) indiretamente pelo empreendedor por meio de entidade por ele escolhida e contratada ou (iii) indiretamente por meio de entidade indicada ou credenciada pelo poder público (sempre com a concordância do empreendedor), os recursos necessários à respectiva execução continuam a ser privados, ainda que vocacionados a uma finalidade pública, devendo o Poder Público, em qualquer das hipóteses, fiscalizar a integral execução da medida, com a concreta reparação ou prevenção do dano. Caso a Secretaria de Estado do Ambiente opte por firmar ajustes com entidades sem fins lucrativos para credenciá-las a executar projetos de medidas compensatórias com recursos privados, cumprindo os requisitos da legislação aplicável (em especial da Lei 8.666/93) - o que não pode significar que a Secretaria abra mão do poder-dever de fiscalizar a correta aplicação dos recursos - é juridicamente possível utilizar parte destes recursos para ressarcir os custos operacionais que as entidades do terceiro setor comprovadamente tenham com a execução de cada medida compensatória, o que deverá ser demonstrado por meio de planilhas detalhadas, vedada a adoção de taxas de administração.

Por fim, acolhendo sugestão do parecerista, sugerimos à Secretaria de Estado do Ambiente que considere a possibilidade de elaborar minuta de decreto disciplinando a matéria.

Oficie-se ao Eg. Tribunal de Contas do Estado remetendo cópia do parecer e deste visto para ciência.

Devolva-se à Secretaria de Estado do Ambiente.

Em, 30 de outubro de 2009.

LUCIA LÉA GUIMARÃES TAVARES
Procuradora-Geral do Estado