

# ACORDOS SUBSTITUTIVOS COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO AMBIENTAL

SUBSTITUTIONAL AGREEMENTS AS AN INSTRUMENT OF ENVIRONMENTAL REGULATION

ACUERDOS SUSTITUTIVOS COMO INSTRUMENTOS DE REGULACIÓN AMBIENTAL

Sérgio Guerra<sup>1</sup>

Romulo S. R. Sampaio<sup>2</sup>

**Resumo:** Acordos substitutivos podem ser utilizados como alternativa regulatória ambiental em matéria de compensação por ato lícito e por ato ilícito. São há muito aceitos pelas normas de Direito Ambiental em ambos os casos, mas praticados pela Administração Pública apenas mediante compensação por ato lícito, ou seja, por impacto ambiental. Falta de segurança jurídica constituiu histórico obstáculo à ampla utilização deste instrumento de regulação ambiental. A consensualidade vem sendo tratada como uma nova tendência pela moderna teoria de Direito Administrativo. A regulação ambiental serve de estudo de caso para demonstração da efetividade dessa alternativa regulatória na maximização do interesse público a partir da análise de conveniência no caso concreto. Recentes alterações normativas no Direito Ambiental, promovidas pelos Decretos 9.179/17 e MP 809/17, podem aumentar a segurança jurídica para otimização e promoção dos acordos substitutivos na regulação ambiental. Podem servir também de referencial normativo para outras áreas reguladas, potencializando o interesse público pela consensualidade.

**Licença CC BY:**

Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte original.



**Palavras-chave:** Acordos substitutivos. Consensualidade. Compensação ambiental. Regulação ambiental. Decreto 9.179/17. MP 809/17.

1 Pós-Doutor (*Visiting Researcher*, Yale Law School), Doutor e Mestre em Direito. Pós-Doutor em Administração Pública. Diretor e Professor Titular de Direito Administrativo da FGV Direito Rio no Programa de Mestrado em Direito da Regulação. Editor da Revista de Direito Administrativo — RDA. Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Coordenador do Curso Internacional Business Law da University of California - Irvine. Embaixador da Yale University no Brasil. Consultor jurídico da Comissão de Direito Administrativo da OAB/RJ. E-mail: Sergio.Guerra@fgv.br.

2 Doutor e Mestre em Direito Ambiental – Elisabeth Haub School of Law - Pace University, NY/EUA. Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) e graduação em Direito pela PUC-PR. Professor permanente do Mestrado em Direito da Regulação e graduação em Direito da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO RIO) e professor adjunto - Elisabeth Haub School of Law - Pace University, NY/EUA. Professor Visitante da Georgia State University College of Law em Atlanta/EUA. Membro da Comissão Permanente de Direito Ambiental da OAB/RJ. E-mail: Sergio.Guerra@fgv.br.

**Abstract:** Consent agreements have the potential to serve as an environmental regulatory alternative in issues regarding compensation for licit and illicit actions. These agreements have long been accepted by the rules of Environmental Law in both cases, but are only used in practice by the Public Administration through compensation for licit actions i.e. environmental impacts. The lack of a clear set of procedural rules has historically constituted an obstacle to the wider use of this environmental regulatory instrument. Consensus have been treated as a new trend by modern theory of Administrative Law. The practice of consent agreements in Environmental Regulation serves as a useful case study to illustrate the effectiveness of this regulatory alternative in maximizing the public interest in a case by case analysis. Recent regulatory changes in Environmental Law, introduced by Decree 9,179/17 and MP 809/17, can enhance the legal stability, optimizing and promoting the use of consent agreements in environmental regulation. These regulatory changes can also serve as a normative framework for other areas of regulation, maximizing the public interest through consensus.

**Keywords:** Consent agreements. Consensus. Environmental compensation. Environmental regulation. Decree 9,179/17. MP 809/17.

**Resumen:** Acuerdos sustitutivos pueden ser utilizados como alternativa regulatoria ambiental en materia de compensación por acto lícito y por acto ilícito. Son aceptos por las normas de Derecho Ambiental en ambos casos, pero practicados por la Administración Pública apenas mediante compensación por acto lícito, o sea, por impacto ambiental. La falta de seguridad jurídica constituyó un histórico obstáculo a la amplia utilización de este instrumento de regulación ambiental. La consensualidad viene siendo tratada como una nueva tendencia por la moderna teoría de Derecho Administrativo. La regulación ambiental sirve de estudio de caso para demostración de la efectividad de esta alternativa regulatoria en la maximización del interés público a partir del análisis de conveniencia en caso concreto. Recientes alteraciones normativas en el Derecho Ambiental, promovidas por los Decretos 9.179/17 y MP 809/17, pueden aumentar la seguridad jurídica para optimización y promoción de los acuerdos sustitutivos en la regulación ambiental. Pueden servir también de referencial normativo para otras áreas reguladas, potencializando el interés público por la consensualidad.

**Palabras-clave:** Acuerdos sustitutivos. Consensualidad. Compensación ambiental. Regulación ambiental. Decreto 9.179/17. MP 809/17.

## INTRODUÇÃO

É comum indagar-se se, antes ou após a decisão administrativa, em que, por exemplo, houver sido imposta uma penalidade ao agente privado no âmbito da função estatal de poder de polícia, seria jurídico celebrar algum acordo com a Administração Pública; isto é, se a suspensão de uma sanção em troca de determinada obrigação atenderia o princípio da juridicidade.<sup>3</sup> Em outras palavras,

<sup>3</sup> O princípio da juridicidade é uma expressão cunhada por Adolfo Merkl, compreendendo a subordinação da atuação da Administração Pública à Constituição e à lei, nessa ordem, podendo ser conferido em *Teoría general*

trata-se de se questionar se, em seu aspecto de controle, a sanção decorrente da regulação pode estar sujeita à consensualidade entre Administração Pública e agente regulado quando diante de real e concreta possibilidade de se maximizar o interesse público.

Com efeito, uma decisão tomada por um agente estatal, representante de determinado órgão público regulador, tem a natureza de ato administrativo. Em regra, esse ato é obrigatório (imperativo) e deve ser cumprido pelo particular. Começa a valer a partir da sua ciência, seja por meio de intimação pessoal, seja mediante publicação no órgão de imprensa oficial.

O não cumprimento espontâneo, voluntário, pelo particular, de uma imposição administrativa, importa descumprimento de um ato decorrente do poder de polícia. Enseja a aplicação das penalidades contidas nas normas legais e nos instrumentos de consentimento (licenças e autorizações). O particular, regra geral, só não deve cumprir a decisão administrativa se obtiver uma decisão administrativa superior ou decisão judicial, de natureza cautelar, que lhe retire o efeito de imperatividade imediata.

Esse quadro, contudo, vem se alterando em diversos setores. A legislação atual, em situações variadas, permite aquilo que a doutrina denomina de "acordo substitutivo". Exemplos dessa nova fase do direito público aparecem nos acordos firmados pela Comissão de Valores Mobiliários ("CVM"), pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE") e, especialmente, pelas agências reguladoras. No setor de infraestrutura, concessionárias de serviço público, em alguns casos, deixam de pagar os valores decorrentes de multas aplicadas por agência reguladora, por exemplo, por não cumprirem um plano de investimentos e expansão de redes. Em vez de serem sancionadas pelo agente regulador, as concessionárias propõem - e firmam - um acordo para aplicação de valores em determinadas utilidades.

Em matéria de proteção ambiental, os acordos substitutivos são permitidos há quase quatro décadas, muito antes da reforma do modelo institucional da

---

*del derecho administrativo*. [Tradução não identificada]. Granada: Ed. Comares, 2004, p. 202 ss, e objeto de amplo e profundo estudo de Paulo Otero em *Legalidade e Administración Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 15 ss.

Administração Pública na década de 1990. Desde a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, doravante “LPNMA”), os órgãos ambientais podem se valer de medidas compensatórias em substituição aos clássicos tipos de sanções administrativas. Esse instituto em matéria de regulação ambiental veio concebido como um instrumento de política ambiental, denominado de “penalidade compensatória”. Na prática, contudo, mesmo regulamentado durante as décadas de 1980, 1990 e 2000, raras foram as oportunidades em que os órgãos ambientais aceitaram a penalidade compensatória por acordo de compromisso.

Recentemente, o tema voltou com força em matéria de regulação ambiental com o detalhamento minucioso do procedimento e da forma do “Programa de Conversão da Multa Simples em Serviços de Preservação, Melhoria e Recuperação da Qualidade do Meio Ambiente” (artigos 139 e seguintes do Decreto 6.514, de 22 de julho de 2008), com as alterações promovidas pelo Decreto 9.179, de 23 de outubro de 2017.

Diante desse contexto, a consensualidade no aspecto de controle da regulação, sendo tratada pela doutrina de Direito Administrativo como uma “nova fase do direito público”, já se encontra inserida no subsistema de Direito Ambiental desde o início da década de 1980, ainda que de forma imperfeita, conforme demonstrado no presente manuscrito.

Releva notar que, diante das chamadas novas tendências de direito público voltadas para a consensualidade e maior paridade na relação entre Administração Pública e agentes regulados, mostra-se útil recuperar o histórico de consensualidade na composição de atos sancionatórios porque, conforme argumentamos neste trabalho, quando dosada dentro da esfera do exercício do juízo discricionário do agente autuante, pode reverter em maior benefício para o interesse público.

A possibilidade de acordos substitutivos na área ambiental, por isso, constitui-se valioso estudo de caso para a hipótese aqui apresentada, qual seja, de que a consensualidade é um efetivo instrumento de regulação no seu aspecto punitivo (ou de controle). A resistência dos órgãos ambientais em considerarem

os acordos substitutivos diante da falta de regras procedimentais claras revela-se como forte indício de problema para confirmação da hipótese aqui apresentada. Soma-se a esse potencial desafio o princípio da unidade de caixa ou unidade de tesouraria como obstáculo à maximização do interesse público pela consensualidade manifestada pelos acordos substitutivos. Esse problema é ilustrado pelo entendimento do Tribunal de Contas da União (“TCU”), no acórdão 1.732/2016, restritivo da compensação indireta decorrente de ato lícito (impacto) em matéria ambiental. Normas procedimentais claras e autorizativas de excepcionalidade do mencionado princípio, quando houver real e concreta possibilidade de maximização do interesse público por meio de acordos substitutivos, podem potencializar a segurança jurídica e eliminar as barreiras que impedem que a consensualidade seja utilizada como efetivo instrumento de controle punitivo em todos os setores regulados.

A presente pesquisa, sob temática inovadora e original, foi realizada com opção metodológica a partir de uma abordagem multimétodo, o que permitiu analisar a questão de maneira ampla e não limitada a uma discussão puramente teórica. Partiu-se do estudo de caso do instrumental regulatório de controle em matéria ambiental para construção da hipótese de que a consensualidade, nessa esfera, pode maximizar o interesse público. A partir da constatação empírica da resistência dos órgãos ambientais na celebração de acordos substitutivos de penalidades compensatórias e do reconhecimento do clássico princípio da unicidade de tesouraria, identificaram-se os problemas a serem enfrentados para confirmação da hipótese desse trabalho.

Com a publicação do Decreto 9.179/2017, que trouxe detalhamento procedimental e de forma para a celebração dos acordos substantivos e da Lei 11.516, de 28 de agosto de 2007, com as alterações promovidas pela Medida Provisória (“MP”) 809, de 1º de dezembro de 2017, que indica para possível solução ao obstáculo da unicidade de tesouraria, sugere-se que há amento de segurança jurídica capaz de finalmente colocar em prática a consensualidade como instrumento de regulação em sua modalidade de controle, ou punitiva. Propõe-se, a partir dessa constatação, que a receptividade da consensualidade em matéria de regulação de controle ambiental pode ser difundida para

todas os outros setores regulados. Para o desenvolvimento do objeto dessa pesquisa, adotou-se também não só a revisão bibliográfica referente ao tema da consensualidade administrativa, mas também uma interpretação normativa e análise jurisprudencial.

Nessa linha, estruturou-se o trabalho em quatro partes. Uma primeira, dedicada à contextualização do poder de polícia e aos esclarecimentos doutrinários acerca da imperatividade do ato administrativo. Na segunda parte, tratou-se da consensualização do Direito Administrativo como uma demanda emergente, não apenas no aspecto de comando da regulação, como também, e de especial interesse para a hipótese desenvolvida neste artigo, na sua manifestação por meio de controle sancionatório. Dedicou-se o terceiro capítulo à aplicação e à adaptação do referencial teórico das duas primeiras seções ao estudo de caso da regulação ambiental. Resgatou-se o seu histórico, desde que concebida pela LPNMA em 1981 para demonstrar o pioneirismo do instituto da consensualidade na forma do instituto da “punição compensatória” e revelar suas deficiências impeditivas de uma efetiva operacionalização prática durante os seus quase quarenta anos de vigência.

Neste mesmo capítulo, utilizou-se o exemplo da compensação ambiental prevista no artigo 36 da Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (“Lei 9.985/2000”, doravante “Lei do SNUC”) para revelar que a prática da consensualidade na regulação ambiental é difundida em seu aspecto de comando, com a preservação do poder discricionário da Administração Pública e sempre em atenção à maximização do interesse público. A Lei do SNUC serve também como exemplo para diferenciar a consensualidade no controle de ato lícito (“compensação por impacto”) da consensualidade no cumprimento de sanção decorrente de ato ilícito (“penalidade compensatória”). Por fim, a jurisprudência do TCU sobre o princípio da unidade de tesouraria no caso da compensação por impacto ambiental serve de indício de obstáculo que deve ser superado para operacionalização prática da “penalidade compensatória”.

A quarta e última seção deste trabalho traz as conclusões, fundamentadas neste estudo de caso da área ambiental. Especificamente, demonstrou-se que as recentes alterações normativas no Decreto 6.514/08 e na Lei 11.516/07 podem

indicar o caminho para superação dos obstáculos identificados de falta de segurança jurídica e mitigação da unidade de tesouraria quando presente opção real e concreta de maximização do interesse público. Com isso, conclui-se que o histórico, a evolução e a modernização do instrumento da consensualidade da regulação ambiental em seu aspecto de controle pode contribuir para difusão e consolidação dessa nova tendência de consensualização do Direito Administrativo.

## **PODER DE POLÍCIA E A IMPERATIVIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO**

O Estado Democrático de Direito estabelece um regime de liberdades fundamentais, assegurando aos cidadãos um elenco de direitos individuais, constitucionalmente protegidos, os quais devem ser exercidos com observância e respeito aos direitos dos demais cidadãos. Por ter o Estado avocado para si, a obrigação de manter incólume os direitos individuais, tornou-se indispensável disciplinar os aspectos da vida social e dotar a Administração Pública de funções para restringir o direito e proibir o abuso sem a necessidade de submetê-las ao Poder Judiciário. Para tanto, o Estado se vale da função conhecida como “poder de polícia”.

Essa função pode ser conceituada como sendo o conjunto de intervenções do poder público no sentido de disciplinar, negativamente, a ação dos cidadãos, objetivando prevenir ou reprimir perturbações à ordem pública, dividindo-se em ordem, consentimento, fiscalização e sanção, só podendo ser exercida por órgão ou entidade de direito público, nos termos da competência atribuída por lei.<sup>4</sup>

Cumprido destacar que por poder de polícia deve-se entender, na esteira do conceito positivado no artigo 78, do Código Tributário Nacional (“CTN”), a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Ademais, é importante destacar que, em tese, considera-se regular o exercício do poder de polícia, de acordo com o disposto no parágrafo único do

<sup>4</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16<sup>a</sup>. Ed. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2014, p.438.

citado artigo 78 do CTN, o desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. Ou seja, sempre se levou em conta, como pressuposto legal para o exercício do poder de polícia, que o mesmo seja exercido (i) pela autoridade pública a qual (ii) a lei atribuiu específica competência. Veja como essa função foi examinada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

No sistema jurídico brasileiro, o emprego do poder estatal para restringir e condicionar liberdades e direitos individuais é uma exceção às suas correspectivas afirmações e garantias constitucionais, daí a razão pela qual somente possa ser exercido sob estrita reserva legal (CF, art. 5.º, II). Ao legislador, portanto – por ser o competente para definir as hipóteses excepcionais de restrição e condicionamento de direitos individuais em prol do interesse público, é que cumpre a tarefa, nada simples, de instituir normas de polícia, com vistas a dosar e a adequar o exercício dos direitos individuais às exigências do convívio social, atendendo ao que Otto Mayer denominou de realidades individuais com o emprego dos meios de ação administrativos. Porém, como essas normas de polícia devem ser aplicadas a miríades de diferentes hipóteses concretas da vida social, em que hipotéticas condutas capazes de prejudicar o interesse geral poderão assumir matizes que escapam às mais elaboradas previsões e exemplificações normativas, o legislador nelas se vale da caracterização de tipificações suficientemente abertas para, genericamente, abrangê-las a todas, expressando-as em comandos de conteúdo amplo, valendo-se do instituto da discricionariedade, para cometer ao administrador público o encargo de regulá-los e de aplicá-los aos casos concretos no exercício das funções de polícia.<sup>5</sup>

Nesse exato sentido, oportuna é a transcrição de texto clássico de Caio Tácito, ao observar a importância do exercício do poder de polícia decorrente da força de lei:

O exercício do poder de polícia pressupõe, inicialmente, uma autorização legal explícita ou implícita atribuindo a um determinado órgão ou agente administrativo a faculdade de agir. A competência é sempre condição vinculada dos atos administrativos, decorrentes necessariamente de prévia enunciação legal. A sua verificação constitui, portanto, outro limite à latitude da ação de polícia que somente poderá emanar de autoridade legalmente habilitada.<sup>6</sup>

5 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2014, p.438.

6 TÁCITO, Caio. O Poder de Polícia e seus limites, *Revista de Direito Administrativo*, v. 27, janeiro - março/1950, p. 4 e 11.

Destaca-se das lições transcritas anteriormente a necessidade de preservação de controlada amplitude discricionária no exercício do poder de polícia pela Administração Pública. A impossibilidade de detalhamento por lei de toda e qualquer situação de controle impõe ao agente estatal a necessidade de, com responsabilidade, exercer o poder de polícia que melhor atenda ao interesse público.<sup>7</sup> A imposição de multa, muitas vezes, pode não ser a melhor alternativa sancionatória. Os muitos anos até a consolidação administrativa e judicial do débito, atrelados ao recolhimento ulterior a um fundo sem destinação específica e com regras bastante restritivas de reversão em investimentos, podem sugerir, a depender da análise do caso concreto, que uma composição com efeitos imediatos, reais e concretos se constitua em penalidade compensatória mais eficiente.<sup>8</sup>

A instrumentalização desse caráter compensatório da sanção revela a importância dos mecanismos de consensualidade no Direito Administrativo, defendidos como uma nova tendência dessa disciplina jurídica a partir do reconhecimento da possibilidade de potencialização do interesse público e de maior paridade na relação entre Administração Pública e agente regulado.<sup>9</sup>

7 Nesse sentido, a consensualidade está umbilicalmente ligada ao princípio da legalidade. Nas palavras de Renato Horta Rezende a "...utilização da consensualidade funda-se na teoria discursiva do direito (HABERMAS, 2012) em que a validade das integrações sociais está condicionada ao procedimento racional e imparcial de elaboração normativa cujo criador e destinatário se confundem. Assim, se para a formação da norma coercitiva institucional é necessário o consenso eleitoral na formação das casas representativas, em momento posterior, é razoável admitir que, não sendo a norma suficiente a regular todas as circunstâncias fáticas do convívio social, a incompletude legislativa deve ser resolvida por meio de atos consensuais." (MUZZI FILHO, 2013). REZENDE, Renato H. A Impostergável Necessidade de Adequação da Administração Pública Tributária à Lógica Racional Negocial Pós-Moderna. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 134/2017, maio – junho/2017, p. 279.

8 Pela eficiência, a consensualidade ganha *status* constitucional, na medida em que, segundo André R. Cyrino, decorre "(i) da necessidade da máxima realização do amplo e custoso rol de direitos fundamentais previstos na Constituição; (ii) do dever de escolhas adequadas e necessárias sobre quais direitos serão realizados, em cada momento, em maior ou menor intensidade; (iii) da análise de custo-benefício sobre tais escolhas, decorrente do dever de proporcionalidade; (iv) da verificação da melhor intensidade da intervenção estatal a partir dos princípios gerais da ordem econômica, isto é, na busca da intervenção mais eficiente, ou sensata; bem como (v) da existência de dispositivos específicos de desenvolvimento e bem-estar (art. 3º), eficiência (art. 37) e economicidade (art. 70)". CYRINO, André R. *Direito Constitucional Regulatório. Elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. São Paulo: Renovar, 2010, p. 162.

9 Para Paula L. R. Lopes, a atuação consensual da Administração Pública, calcada na juridicidade, encontra fundamento constitucional, na medida em que se conforma aos princípios democrático, cidadania, dignidade da pessoa humana, livre iniciativa e eficiência. Assim, para o autor, a consensualidade constitui "...princípio constitucional implícito, decorrente do princípio fundamental da democracia...". LOPES, Paula L. R. Atuação Administrativa Consensual: Acordo Substitutivo Envolvendo Atos de Improbidade Administrativo. *Revista de Processo*, v. 274/2017, dez/2017, p. 383.

## CONSENSUALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Se devidamente intimado da decisão regulatória – e em não havendo possibilidade de interposição de recurso administrativo com efeito suspensivo –, o agente regulado deixa de cumprir o ato sancionador, o agente regulador poderá adotar as medidas para “intervir na vontade da parte regulada para fazer cumprir a decisão, ressalvada, apenas, a hipótese de cobrança de multas (que deve ser feita em juízo)”.<sup>10</sup>

Bem por isso, Marcos Juruena Villela Souto adverte que a decisão regulatória se impõe e a parte que não a cumpre voluntariamente, sem obter qualquer decisão cautelar que lhe retire o efeito de imperatividade para possibilitar, se ainda cabível, algum tipo de discussão quanto à sua validade ou eficácia, está descumprindo o ordenamento setorial, violando, assim, condição de permanência no seguimento regulado.<sup>11</sup> Após a decisão reguladora judicante, em que houver sido imposta uma penalidade ao agente regulado, é justo concluir pela possibilidade de adoção pelo regulador de um ajustamento da sanção, de modo que se satisfaçam, com igual modo de contentamento, os interesses envolvidos, instrumento esse que se convencionou denominar, pela doutrina, de “acordos substitutivos”. Diogo de Figueiredo Moreira Neto leciona que os “acordos substitutivos” são termos firmados pela Administração Pública, diretamente ou mediante provocação do interessado, quando uma composição ou ajuste for mais vantajoso ao interesse público do que as consequências decorrentes de um ato administrativo proferido em um processo administrativo.<sup>12</sup> A consensualidade está umbilicalmente atada à ideia de respeito à boa-fé entre o Estado e o agente regulado:

A consensualidade, por certo, não estará destinada a substituir as formas tradicionais de ação imperativa do Estado, mas, sem dúvida, já representa uma mudança substancial em inúmeras modalidades de atuação, concorrendo para a redução do arbítrio e da conflitualidade, sempre mais frequentes na atuação predominantemente unilateral do Estado.<sup>13</sup>

10 *Idem*, p. 66.

11 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 65.

12 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003, p. 153.

13 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 118-119.

Regra geral, não há um roteiro nem prestações predeterminadas acerca do que fazer em substituição às sanções. Esses acordos podem ser firmados por provocação do agente privado interessado ou, até mesmo, pela própria Administração Pública. Devem estar presentes quando uma composição consensual for mais vantajosa ao interesse público do que a simples penalização (aplicação de sanção) pelo poder estatal. Nesses casos, em que houver a possibilidade de ser firmado um acordo substitutivo, a sanção pode ser substituída por determinada prestação, desde que tal providência, na ponderação dos interesses envolvidos, resultar numa otimização do benefício geral em relação à restrição do direito do particular.

A consensualidade como instituto de maximização do interesse público na atividade de controle exercida pela Administração Pública já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal ("STF") em acórdão de 2002:

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimatezação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.<sup>14</sup>

No caso, houve expresse reconhecimento de que a transação celebrada entre Administração Pública e as autoras da ação que questionara o poder de controle de município de Minas Gerais maximizava o interesse público. Nessa linha, a análise fática pelo tribunal de origem conclui inexistir renúncia a direitos, alienação de bens ou assunção de obrigação extraordinária pela municipalidade, fatores capazes de infirmar o acordo substitutivo firmado entre poder público e administradas. O STF conclui pela desnecessidade de lei autorizativa para o exercício da consensualidade, bastando que a análise do caso concreto confirme a real e concreta chance de maximização do interesse público pela composição.<sup>15</sup>

14 RE 253885/MG, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento em 04/06/2002 na Primeira Turma.

15 Nessa linha, o entendimento do STF está em consonância com a doutrina de REZENDE, Renato H. segundo a qual: "A consensualidade compreende uma das potencialidades decorrentes da lógica racional negocial voltada para a prevenção ou resolução de conflitos, assim, ainda que os partícipes possuam cada qual razões instrumentais pessoais, existindo, inicialmente, o prévio direcionamento à resolução, a consensualidade será possível." REZENDE, Renato H., ob. cit., p. 281.

Não obstante, em que pese esse entendimento do STF de 2002, a falta de norma procedimental e de forma desses acordos substitutivos mina a confiança dos administradores públicos em promoverem essa consensualidade como instrumento regulatório de controle. A regulação em matéria ambiental é exemplo disso. Embora com referencial normativo desde 1981, com a publicação da Lei 6.938/81, raras foram as vezes em que órgãos ambientais aceitaram trocar penalidades disciplinares por penalidades compensatórias. O recém-publicado Decreto 9.179/17, responsável pelo detalhamento procedimental e de forma do “Procedimento de Conversão de Multa Simples em Serviços de Preservação, Melhoria e Recuperação da Qualidade do Meio Ambiente”, sugere que o referencial normativo pretérito, por se apresentar incompleto, não garantia a necessária segurança jurídica ao administrador para buscar a consensualidade com o administrado no exercício do poder de polícia ambiental.

### **ACORDO SUBSTITUTIVO NA ÁREA AMBIENTAL**

Na esfera da regulação ambiental, a consensualidade no cumprimento de obrigações sancionatórias constitui ferramenta expressamente prevista desde 1981, ano de publicação da norma instrumental de referência, qual seja, a Lei 6.938/81 (“LPNMA”). Na lista dos instrumentos de política ambiental contida no artigo 9º da LPNMA, o inciso IX dispôs sobre “penalidades disciplinares” e também sobre “penalidades compensatórias”. Abriu-se, com isso, a possibilidade de a Administração Pública ambiental utilizar de sanção em sentido estrito, bem assim de convertê-la em compensação. Estava, pois, aberta a porta para o instituto do acordo substitutivo tratado no presente ensaio.

O regulamento da LPNMA, contido no Decreto 88.351, de 1º de junho de 1983, em seu artigo 45 e § único, detalhou a “penalidade compensatória” ao permitir a suspensão da exigibilidade da sanção de multa quando o infrator se obrigava à adoção “...de medidas específicas para cessar a degradação ambiental.” O Decreto 94.764, de 11 de agosto de 1987, alterou a redação desse dispositivo para acrescentar à obrigação de cessar a degradação ambiental, a obrigação também de corrigi-la. O instituto da “penalidade compensatória” foi mantido pelo artigo 42 e § único do Decreto 99.274, de 6 de junho de 1990, que revogou os dois primeiros.

A instrumentalização dessa obrigação, segundo esse mesmo dispositivo, deveria se dar por termo de compromisso, autêntica ferramenta de manifestação da consensualidade substitutiva. A preservação do juízo discricionário da Administração Pública na defesa do interesse público vinha garantida pela condicionalidade da aprovação do termo de compromisso pelo órgão ambiental. Aceitos os termos pelo órgão ambiental, o § único era bastante generoso com o infrator ao impor a redução de até 90% do valor da multa.

A Lei de Crimes e Infrações Administrativas Ambientais (Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998)<sup>16</sup> consolidou o instituto da “penalidade compensatória” em seu artigo 72, § 4º, ao aceitar que a multa simples seja “...convertida em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente.” E o Decreto 6.514, de 22 de julho de 2008, em seu Capítulo II, Seção VII, (artigo 139 e seguintes), detalhou o “Procedimento de Conversão de Multa Simples em Serviços de Preservação, Melhoria e Recuperação da Qualidade do Meio Ambiente”.

Mesmo com esse detalhamento normativo, na prática, os órgãos ambientais se mostraram muito reticentes na consideração de propostas de termos de compromissos em substituição às penalidades disciplinares. Alegavam falta de orientação específica sobre a forma do procedimento de conversão e do próprio termo de compromisso. Negavam-se, por isso, a considerar propostas levadas por infratores. Foi quando então, em 23 de outubro de 2017, entrou em vigor o Decreto 9.179 para suprir essas insuficiências normativas e garantir maior segurança jurídica pelo detalhamento da forma dos acordos substitutivos que já vinham previstos desde o início da década de 1980 em matéria de regulação ambiental.

O Decreto 9.179/17 criou, na prática, um roteiro para que a Administração Pública ambiental substitua, por provocação do administrado, a penalidade disciplinar por uma penalidade compensatória. Autarquias federais, como o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis (“IBAMA”),

16 Paulo de Bessa Antunes vai além. Para o autor, “Se examinarmos as responsabilidades penais e administrativas em matéria ambiental, constatar-se-á que a imposição de sanções, até mesmo pecuniárias, exemplifica o equivalente entre o dano sofrido pelo meio ambiente e o dano a ser causado ao infrator. Releva notar que, mesmo em sede penal, reconhece-se que as infrações penais cometidas contra o meio ambiente podem ser objeto de transação penal ou de suspensão condicional do processo, e, em alguns casos, são tidas como ambientalmente insignificantes.” ANTUNES. Paulo B. Direito Ambiental, Indisponibilidade de Direitos, Solução Alternativa de Conflitos e Arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 30, julho – setembro/2011, p. 103.

passaram a detalhar, a partir do referencial normativo inserido pelo aludido decreto, os procedimentos específicos para que seus agentes passem a se utilizar da consensualidade como instrumento regulatório de controle.

Ademais, pela Instrução Normativa 6, de 15 de fevereiro de 2018 (“IN 5/18”), o IBAMA definiu o rito administrativo para a análise das demandas de conversão da penalidade de multa em penalidade compensatória. Definiu também as modalidades de conversão, com destaque para compensação indireta, modalidade em que o autuado adere a projetos de recuperação ambiental previamente selecionados pela autarquia por meio de chamamento público por edital. O Instituto Chico Mendes de Biodiversidade (“ICMBio”) seguiu caminho semelhante, ao definir o rito administrativo para conversão de multas pela IN 2, de 19 de janeiro de 2018.

É importante ressaltar que, para preservação do interesse público, a conversão das multas fica a critério do juízo de discricionariedade dos órgãos ambientais, a partir da análise do caso concreto e será efetivada segundo os critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública. Nessa linha, constou do artigo 145, § 1º, do Decreto 9.179/17, que a autoridade julgadora considerará as peculiaridades do caso concreto, os antecedentes do infrator e o efeito dissuasório da multa ambiental, e poderá, em decisão motivada, deferir ou não o pedido de conversão formulado pelo autuado, observado o disposto no art. 141.

Para evitar que a sanção perdesse seu caráter punitivo e fosse confundida com a natureza compensatória da responsabilização civil, os artigos 141 e 143, § 1º, do Decreto 9.179/17, impedem, primeiro, que a conversão da multa seja revertida em reparação do dano decorrente da infração objeto da sanção a ser convertida e, segundo, que, independentemente da sanção, o autuado continua obrigado civilmente à reparação integral dos danos que tenham causado. Esses dispositivos são extremamente importantes porque distinguem os postulados do “poluidor-pagador” e da “reparação integral”. O primeiro, ligado à esfera compensatória e de responsabilização administrativa e o segundo à esfera da responsabilização civil, de natureza eminentemente compensatória e, subsidiariamente, indenizatória. Com isso, a aparente contradição do artigo 9º, inciso IX, da LPNMA, ao prever a “penalidade compensatória” como instrumento de regulação ambiental, ficou resolvida pelo referido decreto.

O intuito é claro: evitar retirar o caráter sancionatório da multa, desvirtuando o acordo substitutivo. A reparação do dano que deu origem à sanção é garantida pelo sistema de responsabilidade civil ambiental. O acordo substitutivo opera como instrumento adicional para que a Administração Pública promova recuperação ambiental de forma mais eficiente. Esse instrumento se manifesta pela consensualidade, por iniciativa do sancionado, mas sujeito à discricionariedade da Administração Pública.

Seja na área ambiental ou não, os acordos substitutivos devem ser firmados por prazos determinados. Esse prazo de vigência, em função da complexidade das obrigações nele fixadas, poderá variar até mesmo com a possibilidade de prorrogação. Além disso, os acordos devem conter a descrição detalhada de seu objeto, o valor dos investimentos, se houver, e cronograma físico de execução e de implantação, com as metas a serem atingidas. Não havendo cumprimento, total ou parcial, do acordo substitutivo, deverão ser aplicadas as sanções, inclusive a execução de eventuais multas aplicadas antes da protocolização do requerimento. Essas formalidades foram observadas pelo Decreto 9.179/17, pelas regras do artigo 146, §§ 1º, 7º e 8º. Em relação à eventual inadimplência do termo de compromisso, além de multa, o regulamento de referência garantiu os reflexos jurídicos do acordo nas esferas administrativas e civil, ensejando, na primeira, inscrição em dívida ativa e atribuindo ao ajuste, na segunda, natureza de título executivo extrajudicial.

Nesse contexto, impende assinalar que a compensação substitutiva de penalidade disciplinar, ao contrário, decorre de consensualidade para composição de cumprimento de obrigação decorrente de ato ilícito: risco de dano ou efetiva degradação do meio ambiente.<sup>17</sup> Essa diferença é explorada no capítulo a seguir.

## **A CONSENSUALIDADE NA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL**

Como adiantado no tópico anterior, a consensualidade há muito vem sendo utilizada como instrumento de regulação ambiental. Não no seu aspecto de

<sup>17</sup> Essa distinção é observada por Erika Bechara sob outro viés, sem distinção entre os conceitos de “impacto”, ato lícito, e “dano”, ato ilícito. Para a autora: “...a compensação [ambiental] via de regra, é posterior ao dano não evitado. E é imposta ao causador do desse dano apenas nas hipóteses de irreversibilidade da lesão, *i.e.*, de recomposição do bem danificado.” (...) “...Situações há, porém, em que a lei exige uma compensação antes mesmo da concretização do dano ambiental...”. BECHARA, Erika. Licenciamento e Compensação Ambiental na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (“SNUC”). São Paulo: Atlas. 2009, p. 137.

controle, tal como desenhada pela LPNMA em 1981, mas como instrumento de gestão do bem de uso comum dentro dos limites impostos pelos princípios do desenvolvimento sustentável<sup>18</sup> e equidade intra e intergeracional e postulados da prevenção e poluidor/usuário-pagador.<sup>19</sup> A imposição de medidas de mitigação, de compensação ou até mesmo de proibição de determinadas atividades no exercício de juízos discricionários de concessão de licenças e autorizações ambientais se reveste de nítido caráter consensual.

Isso porque a imposição dessas obrigações não prescinde de intensa negociação com as consultorias técnicas contratadas pelos empreendedores e, não raras são as vezes, envolvem também corpo técnico especializado do Ministério Público. A diferença fundamental, contudo, entre essa consensualidade daquela tratada no capítulo anterior reside na natureza do ato administrativo constitutivo da obrigação. Enquanto na atividade de comando exercida pela Administração Pública ambiental em juízos de compensação a consensualidade decorre de ato lícito, impacto ao meio ambiente, quando decorrente do exercício de controle punitivo, a consensualidade se apresenta como instrumento regulatório alternativo de maximização do interesse público decorrente de ato ilícito: risco de dano ou efetiva degradação ambiental.

Para a perfeita compreensão dessa distinção, cumpre breve digressão acerca da compensação ambiental por ato lícito. Por meio da avaliação de impacto ambiental, são identificados os impactos positivos e negativos do empreendimento, bem como definidas as medidas mitigadoras, compensatórias ou até mesmo proibitivas dos impactos negativos, avaliando-se, ainda, a eficiência de cada uma delas. A extensão da ação mitigatória ou, na impossibilidade dela, da definição de medidas compensatórias ou mesmo proibitivas está sujeita a juízos de discricionariedade do órgão ambiental sempre exercido pela construção de consentimento com as consultorias técnicas contratadas pelos empreendedores.

18 Para Paulo Affonso Leme Machado, “A Constituição não utiliza a expressão ‘desenvolvimento sustentável’, mas a intenção do dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações representa a essência do princípio da sustentabilidade. Trata-se de um princípio implícito.” MACHADO, Paulo A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros. 25ª ed., 2017, p. 81.

19 A equidade de acesso aos recursos naturais e os postulados do poluidor/usuário-pagador estão encontram fundamento nas seguintes lições do mesmo autor: “O Direito Ambiental tem a tarefa de estabelecer normas que indiquem como verificar as necessidades de uso dos recursos ambientais. Não basta a vontade de usar esses bens ou a possibilidade tecnológica de explorá-los. É preciso estabelecer a razoabilidade dessa utilização, devendo-se, quando a utilização não seja razoável ou necessária, negar o uso, mesmo que os bens não sejam atualmente escassos.” *Ibidem*, p. 81.

Adicionalmente, previu também o referencial normativo ambiental hipótese de compensação ambiental pela presunção de significativo impacto ambiental de empreendimentos sujeitos à elaboração do Estudo de Impacto Ambiental previsto pelo artigo 225, § 1º, inciso IV, da Constituição Federal e regulamentado pela Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (“CONAMA”), 1, de 23 de janeiro de 1986. Pelo artigo 36 da Lei do SNUC, o legislador vislumbrou a possibilidade de viabilizar financeiramente a gestão de Unidades de Conservação (“UCs”) pela imposição de uma compensação financeira obrigatória a atividades com potencial de causar significativo impacto ao meio ambiente.<sup>20</sup>

Com a edição da Lei do SNUC, a adoção de medidas compensatórias passou a ser fator condicionante para o licenciamento de todo empreendimento causador de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão competente.<sup>21</sup> Foi deixada à discricção da autoridade ambiental licenciadora a avaliação final da “significância” do impacto ambiental do empreendimento, o que enseja a dispensa ou a determinação de adoção da medida compensatória. Além disso, é assinalável que a Lei nº 9.985/2000, além de ter abrangido o leque de atividades sujeitas às medidas compensatórias, também ampliou a destinação dos recursos, possibilitando ou obrigando o empreendedor a apoiar a implantação e a manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, e não mais apenas Estações Ecológicas.

Essa lei deixou de prever a necessidade de aplicação das medidas compensatórias preferencialmente na região do empreendimento ou em favor

20 A Resolução CONAMA nº 10, de 03 de dezembro de 1987, estabeleceu, primeiramente, a obrigatoriedade de adoção de medidas compensatórias apenas para as atividades capazes de afetar florestas e outros ecossistemas. Posteriormente, a aludida Resolução foi revogada pela Resolução CONAMA nº 02, de 18 de abril de 1996, que passou a dispor mais amplamente sobre as medidas compensatórias no caso de destruição de florestas e outros ecossistemas. Com efeito, a Resolução CONAMA nº 02/96 inovou ao estabelecer que a unidade a ser implantada a título de medida compensatória deveria ser de domínio público e uso indireto, e preferencialmente – não exclusivamente – uma Estação Ecológica. Por outro lado, manteve a orientação de que o montante dos recursos a serem empregados seria proporcional à alteração e ao dano ambiental e não poderia ser inferior a 0,50% dos custos totais previstos para implantação do empreendimento.

21 Sobre a consensualidade inaugurada pela Lei do SNUC, anotou Paulo de B. Antunes: “A Lei 9.985/2000 (Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC) estabeleceu a chamada compensação ambiental sempre que determinado projeto ou empreendimento a ser implantado, com base em estudo prévio de impacto ambiental, possa vir a causar danos às unidades de conservação que se encontrem na área de influência do empreendimento. Conforme será visto mais adiante, a *compensação ambiental é um equivalente monetário*, fixado por critérios legalmente definidos, do bem ambiental danificado. Como tenho sustentado, os danos ambientais podem ser (a) recuperáveis, (b) mitigáveis ou (c) compensáveis. *Recuperáveis* são aqueles que, por meio natural ou pela intervenção humana, podem retornar ao *status quo ante*; *mitigáveis*, aqueles que pela utilização de meios técnicos podem ser reduzidos; *compensáveis* aqueles que independentemente das duas modalidades anteriores permanecerão como tais, impondo-se que, em outro local, sejam implementadas medidas de recuperação ambiental, ou como é o caso da lei brasileira, seja pago um valor correspondente pelo empreendedor.” Ob. cit. p. 110.

dos ecossistemas afetados. Por via de consequência, os recursos envolvidos no Programa de Compensação Ambiental não são obrigatoriamente vinculados à área de influência do empreendimento, ou seja, a Unidade de Conservação de Proteção Integral a ser contemplada não precisa necessariamente estar junto ao sítio do projeto. A esse propósito, cabe colacionar a observação de Paulo Affonso Leme Machado:

A conceituação final de que o empreendimento está classificado como 'empreendimento de significativo impacto ambiental' é do órgão licenciador, com base no EIA/RIMA."<sup>22</sup> A esse respeito, se manifestou Sandra Clíce De Aquino: "A consideração da significância do impacto é simultaneamente um ato vinculado e discricionário do órgão ambiental competente. A consideração do que venha a ser de significativo impacto observa os requisitos legais para se exigir conteúdo mínimo nessa decisão, mas, por outro lado, também envolve juízo de valores."<sup>23</sup>

Nesse contexto, decorre certa polêmica o alto grau de discricionariedade que é "outorgado" ao órgão ambiental. Isso porque, na ação discricionária, o administrador tem certa dose de liberdade de escolha, sob os critérios de conveniência e oportunidade (mérito do ato), da melhor solução para a efetivação do fim público. Em virtude das exigências de clara identificação das funções que a norma primária atribui ao Poder Executivo, a lei acaba por remeter à Administração a valoração subjetiva quanto às condições não identificadas, notadamente quanto à integração da norma diante do caso concreto.<sup>24</sup> Nas palavras de García de Enterría:

Definiendo la Ley, porque no puede dejar de hacerlo, en virtud de las exigencias de explicitud y especificidad de la potestad que atribuye a la Administración, algunas de las condiciones de ejercicio de dicha potestad, remite a la estimación subjetiva de la Administración el resto de dichas condiciones, bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho (...), bien en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable (...), bien de ambos elementos.<sup>25</sup>

Com efeito, o exercício da discricionariedade pela Administração Pública comporta um elemento subjetivo para contemplar a integração do comando legal

22 MACHADO, Paulo A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*, 10ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 751.

23 MACHADO, Paulo A. L. *Direito Ambiental, Enfoques Variados Brasileiro*, Ed. Lemos e Cruz, 2004, p. 146.

24 Sobre o tema, GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas públicas*. 4.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

25 ENTERRÍA, García. *Curso de Derecho Administrativo*, 11ª. Ed., Madri: Civitas, 2001, p. 453.

ao caso particular. Nessa hipótese, a integração da norma não será considerada uma faculdade ilegal, proveniente de um suposto e hipotético poder originário da Administração. Ao contrário, trata-se de uma atribuição estabelecida pela própria lei exatamente com esse caráter, de modo que a discricionariedade não se configura uma liberdade da Administração Pública em face da norma, mas, em sentido oposto, se apresenta como um caso típico de submissão legal.

Desse modo, pode-se compreender a discricionariedade administrativa como sendo uma margem de liberdade da Administração que surge quando a sua atividade não está plenamente definida em lei. A discricionariedade não surge da coincidência de um espaço de liberdade da Administração Pública com relação ao legislador e ao juiz. Ao contrário, a discricionariedade decorre da eleição feita pelo Poder Legislativo de permitir ao Poder Executivo uma contribuição no processo de determinação do interesse geral, a partir da ponderação de interesses particulares e coletivos.<sup>26</sup>

Ressalte-se, nesse contexto, que em 22 de agosto de 2002, o Decreto nº 4.340 veio regulamentar vários artigos da Lei do SNUC, entre eles o aludido artigo 36, que é relativo ao instituto de compensação ambiental. No concernente à identificação dos empreendimentos obrigados à adoção de medidas de compensação, após a publicação do Decreto nº 4.340/02, foram estabelecidos critérios para orientar essa atividade do órgão ambiental. Frise-se, entretanto, que, não obstante ter o Poder Executivo pretendido nortear a discricionariedade da Administração Pública no que tange à identificação dos empreendimentos sujeitos às medidas compensatórias ambientais, certo é que em relação àqueles cujos impactos "possam comprometer a qualidade de vida de uma região", como disposto na parte final do caput do artigo 31, a avaliação permaneceu sujeita a um amplo juízo discricionário.

Considerando a dificuldade de valoração do dano ambiental, somada à inexistência de critérios objetivos para a fixação do montante a ser destinado pelo empreendedor para efeitos de compensação ambiental, cogitou-se naquele contexto normativo que o percentual estipulado pelo órgão licenciador ficou sendo passível de questionamento na esfera administrativa ou judicial. Como dito, com a edição da Lei do SNUC, a adoção de medidas compensatórias ambientais passou

26 Cf. GUERRA, Sérgio. *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 128.

a ser fator condicionante para o licenciamento de todo empreendimento causador de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão competente.

A ordem de prioridade na aplicação dos recursos é aberta, permite ampla discricionariedade nas escolhas e envolve regularização fundiária e demarcação das terras; elaboração, revisão ou implantação de plano de manejo; aquisição de bens e serviços necessários à implantação, à gestão, ao monitoramento e à proteção da unidade, compreendendo sua área de amortecimento; desenvolvimento de estudos necessários à criação de nova unidade de conservação; e desenvolvimento de pesquisas necessárias para o manejo da unidade de conservação e da área de amortecimento. Nessa priorização na aplicação dos recursos, quando executada diretamente pelo empreendedor, há amplo espaço para juízos consensuais entre Administração Pública e administrado.

Sobre o tema, merece análise o julgamento da ADIN 3378-6-DF, acerca da constitucionalidade da lei que criou a compensação ambiental. Para alguns, a decisão do STF teria agravado a situação dos empreendedores. Permite-se discordar. Para surpresa dos empreendedores, a denominada compensação ambiental não foi vinculada ao impacto ambiental a ser mitigado, e, sim, ao montante despendido pelo empreendedor na instalação do negócio. Apesar de tal cobrança objetivar a compensação dos impactos causados ao meio ambiente pela implantação de empreendimentos de significativo impacto ambiental, o legislador se utilizou do valor dos custos de implantação do empreendimento como base de cálculo.

Ou seja, quanto mais dispendiosa a implantação da planta (até mesmo para causar menos impacto), mais o empreendedor deveria pagar ao Governo. Resumidamente, a norma se apoiava em algumas premissas: a) era devido um valor mínimo, a título de compensação ambiental (0,5%); b) a base para o montante desse valor era o investimento aportado; c) o órgão ambiental possuía uma “carta em branco”, pois competia a ele decidir o valor (compulsoriamente superior àquele percentual).

Malgrado a ausência de enfrentamento acerca da natureza jurídica da compensação ambiental, com a decisão do STF, a situação mudou – e para melhor!

E isso se deve aos calorosos debates provocados pelo voto divergente, de autoria do Ministro Marco Aurélio, cujo objetivo centrou-se na retirada do “cheque em branco” das mãos do Administrador Público, pois seria uma delegação imprópria, contrária, portanto, ao texto Constitucional de 1988; e desvincular a compensação ambiental do valor do investimento, de modo que houvesse, sim, uma relação de causalidade entre o impacto e a compensação (artigo 225, §1º, inciso V, da CF – poluidor/usuário-pagador). Com isso, a efetiva natureza compensatória por impacto ambiental da verba restava assentada.

Com as intervenções e a proposta da lavra do Ministro Menezes Direito, chegou-se a uma decisão majoritária de interpretação com redução de texto, que, em primeiro lugar, retirou as expressões “não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento” e “o percentual”, constantes do referido § 1º do artigo 36. Com isso, deixou-se de aplicar, compulsoriamente, o percentual de 0,5% sobre todo e qualquer empreendimento de significativo impacto ambiental. Vale, a partir de então, uma análise, caso a caso, do valor devido sem que já se parta de um piso obrigatório.

A decisão também seguiu na linha sustentada pelo Ministro Marco Aurélio de que o Administrador Público não pode ter um “passaporte para o absoluto”, uma discricionariedade insindicável e incontrolável. Assim, o *quantum* da compensação passou a vincular-se ao grau de impacto do empreendimento (e não mais aos custos) apurado de acordo com o Estudo de Impacto Ambiental e seu relatório (RIMA), com possibilidade de amplo debate, permitindo transparência e previsibilidade técnica. O Decreto nº 6.848/2009, editado após a decisão do STF, regulamentou a compensação e definiu que o limite da cobrança da compensação está adstrito entre 0% e 0,5%, no máximo.

Na nova fórmula apresentada no referido ato regulamentar, a definição do valor é iniciada a partir de estudo prévio de impacto ambiental feito pelo órgão licenciador. Excluíram-se também desse percentual os investimentos referentes aos planos, aos projetos e aos programas exigidos no procedimento de licenciamento ambiental para mitigação de impactos. Ademais, também não são levados em conta os encargos e os custos incidentes sobre o financiamento do empreendimento, inclusive os relativos às garantias, e os custos com apólices e prêmios de seguros pessoais e reais.

Essa decisão do STF reafirma a indispensável observância do devido processo legal (direito ao contraditório e a ampla defesa) no processo de apuração dos valores a serem fixados proporcionalmente ao impacto ambiental. E é dentro desse contexto, do devido processo, que a consensualidade se manifesta de forma menos ou mais intensa. No primeiro caso, quando opta o empreendedor pela execução indireta, procedendo ao depósito dos valores para serem aplicados pelo ICMBio. Será mais intensa a consensualidade quando o empreendedor optar pela execução direta da compensação. A possibilidade de execução indireta, pelo recolhimento de valores para conta vinculada, sempre foi objeto de muita controvérsia.

Em 2016 o TCU entendeu que a execução indireta da compensação ambiental esbarrava no princípio da unidade de tesouraria. O principal ponto suscitado pelo TCU para vedar a compensação ambiental na modalidade indireta tem caráter eminentemente contábil/financeiro. Segundo a Corte, não é juridicamente possível que o ICMBio receba verbas diretamente do empreendedor. Isso violaria o princípio da unidade de tesouraria (ou unidade de caixa), que impõe a necessidade de que o recolhimento de recursos, em favor de todos os órgãos da administração, seja realizado em conta única. Tal princípio encontra previsão em duas leis federais: Lei 4.320/64 e Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Destaca-se a seguir trecho do referido acórdão do TCU 1732/2016:

Os recursos depositados nas contas escriturais são gerenciados pelo ICMBio fora do processo orçamentário e da Conta Única do Tesouro Nacional. Por conseguinte, não são registrados na contabilidade dos órgãos envolvidos, tampouco incluídos nos respectivos processos ordinários de prestação de contas, o que aumenta as chances de malversação desses recursos. Trata-se de clara violação ao princípio da unidade de caixa ou unidade de tesouraria que impõe a todos os entes públicos a obrigação de recolher o produto de sua arrecadação a uma conta única, o que, aliás, encontra-se expressamente determinado no artigo 56 da Lei 4.320/64, 'in verbis': 'Art. 56. O recolhimento de todas as receitas far-se-á em estrita observância ao princípio de unidade de tesouraria, vedada qualquer fragmentação para criação de caixas especiais.' A obrigatoriedade de os recursos serem integralmente recolhidos para só então serem despendidos encontra guarida também nas disposições constantes nos arts. 48, II e 48-A da LRF, sem o que não estarão disponíveis as informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, nem plenamente identificados todos os atos praticados pelas unidades gestoras, seja no decorrer

da execução da despesa, seja no recebimento de toda a receita arrecadada. (...) Dessa forma, no tocante à compensação ambiental, ainda que esta Corte admitisse a transformação da obrigação legal de fazer do empreendedor, em obrigação de dar, os valores que viessem a ser percebidos e geridos pelas entidades públicas para custear suas atividades, em especial a manutenção das unidades de conservação sob sua responsabilidade, por constituírem receita pública, somente poderiam ser geridos por meio da regular execução orçamentária, incluindo previsão e autorização orçamentária e recolhimento à conta única do tesouro. Sua execução haveria, igualmente, que se sujeitar às normas que disciplinam a aplicação dos recursos públicos, entre as quais, as concernentes à realização de procedimento licitatório para aquisição de bens ou contratação de serviços, previstas na Lei 8.666/93, e de prestação de contas.

Para superar o óbice suscitado pelo acórdão do TCU transcrito em parte anteriormente, em 1º de dezembro de 2017 foi publicada a MP 809, que promoveu alteração na Lei 11.516, de 28 de agosto de 2007, que criou o ICMBio, para permitir à autarquia "...selecionar instituição financeira oficial, dispensada a licitação, para criar e administrar fundo privado a ser integralizado com recursos oriundos da compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985, de 2000, destinados às unidades de conservação instituídas pela União." Com essa autorização, restou, pelo menos num juízo preliminar de legalidade, afastado o óbice imposto pelo princípio da unicidade de tesouraria suscitada pelo TCU para permitir a compensação ambiental indireta.

Esse entendimento poderia se constituir em obstáculo ao Decreto 9.179/17 referenciado no capítulo anterior como regulamentador da consensualidade na esfera de atuação sancionatória da Administração Pública ambiental. Isso porque, conforme anotado, o referido decreto abriu a possibilidade para que o autuado cumpra com a penalidade compensatória de forma indireta, pelo recolhimento de valores em conta garantida junto a banco público, com autorização de débito para custear as despesas do projeto selecionado e vedação do levantamento, pelo autuado ou pelo órgão ambiental, dos valores nela contidos. Nota-se que, de forma similar ao caminho jurídico criado pela referida MP 809/17, no caso da compensação ambiental indireta por ato lícito, essa previsão contida no Decreto 9.717/17 autorizativa de depósito garantia em conta vinculada alheia aos cofres

da União, parece indicar para a excepcionalidade do princípio da unidade de caixa, garantindo-se, igualmente, a possibilidade de execução indireta da penalidade compensatória prevista no artigo 9º, inciso IX, da LPNMA.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclusivamente, e ainda que as tendências do Direito Administrativo vejam nesses termos de compromisso um avanço para a consensualidade entre agentes públicos e privados, os acordos substitutivos não podem ser banalizados. Utilizados de forma equivocada, podem se transformar em instrumentos de arbítrio, negociação com fins político-partidários, ou até mesmo servirem para dar certa aparência de legalidade a práticas de corrupção.

Para que tenham legitimidade, os acordos substitutivos devem ser motivados com profundidade, em detalhes que sejam compreensíveis para perfeito acompanhamento e controle pelas instituições estatais responsáveis (Ministério Público, Tribunal de Contas e Poder Judiciário), bem como pelo controle social via imprensa, associações, sindicatos, etc.

O “acordo substitutivo”, portanto, é um importante instrumento que dispõe os agentes reguladores para fazer justiça distributiva, em oposição à justiça retributiva. Por esse mecanismo, inserido em um modelo de consensualização do Direito Administrativo, pode se substituir uma sanção por uma determinada prestação de proveito generalizado, se tal providência, na ponderação dos interesses envolvidos, resultar numa otimização do benefício geral em relação à restrição do direito individual objeto de regulação.<sup>27</sup>

Nessa ordem de convicções, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto adverte que o confronto entre o Estado e as empresas privadas – estas cada vez mais articuladas socialmente – faz com que o Estado perca o seu caráter de precedência e supremacia nas relações sociais. Desse modo, sustenta que o Estado “se vê obrigado a privilegiar a negociação e a mediação com os administrados, o que, obviamente, é feito de forma desigual, em função da capacidade e do poder de cada interlocutor”.<sup>28</sup> Conclui seu pensamento aduzindo que o Estado tem

27 Nesse sentido, SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 391.

28 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 79.

que se afastar do seu caráter autoritário, “tem que abandonar a perspectiva de unilateralidade em favor da transação”. Ou seja, “o poder *extroverso*, confrontado com uma crise de efetividade, tem de se transmutar (...) em *poder condensado*, em mediador ativo das relações sociais e econômicas”.<sup>29</sup>

Essa visão de uma “nova” função da Administração Pública fundamentada na consensualidade já vem permeada na gestão do bem ambiental em acordos de compensação ambiental por ato lícito e prevista desde o início da década de 1980 como instrumento regulatório de promoção do interesse público com a figura da penalidade compensatória. A prática demonstrou, neste último caso, que a falta de segurança jurídica decorrente da ausência de regras procedimentais e de forma constituiu obstáculo à efetiva realização de acordos substitutivos em matéria de penalidade compensatória. Por outro lado, a prática de acordos substitutivos celebradas para compensação indireta de ato lícito encontrava obstáculo no princípio da unidade de tesouraria.

As recentes alterações normativas em matéria ambiental, o Decreto 9.179/17 e a MP 809/17, respectivamente, serviram para superar esses obstáculos, permitindo com que a Administração Pública ambiental desempenhe com segurança e ganho de efetividade<sup>30</sup> em prol da maximização do interesse público.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANTUNES. Paulo B. Direito Ambiental, Indisponibilidade de Direitos, Solução Alternativa de Conflitos e Arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 30, julho – setembro/2011.

BECHARA, Erika. Licenciamento e Compensação Ambiental na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (“SNUC”). São Paulo: Atlas. 2009.

<sup>29</sup> *Idem*.

<sup>30</sup> Sobre o ganho de efetividade da consensualidade na regulação ambiental, anotou Sílvia Cappelli: “Embora não haja indicadores precisos sobre o tema, a experiência nos leva a concluir que a maioria esmagadora das representações acerca de riscos ou danos ambientais levados ao conhecimento do Ministério Público é solucionada extrajudicialmente, através dos compromissos de ajustamento. Nesse sentido, o projeto elaborado pelo Instituto o Direito por um Planeta Verde, sob os auspícios do Banco Mundial, intitulado Compromisso de Ajustamento Ambiental: análise e sugestões para o aprimoramento, concluiu que “a opção pelo compromisso de ajustamento de conduta para adequação à legislação vigente tem se dado por vários fatores, em especial porque a consensualidade traz ínsita maior probabilidade de cumprimento das obrigações e a obtenção do resultado que seria pretendido em eventual ação civil pública, representa benefício maior ao bem jurídico tutelado e àqueles que são seus titulares. Além disso, não se pode olvidar a morosidade das demandas judiciais para a solução de conflitos e para a efetivação de direitos, a preponderância da ótica privatista em detrimento de interesses transindividuais nas decisões judiciais, e as despesas excessivamente altas com os litígios justificam a opção pela solução extrajudicial. Por último, a análise de dados estatísticos demonstra a efetividade do instrumento na proteção do bem ambiental protegido, face ao elevado índice de adimplemento”. CAPPELLI, Sílvia. Desformalização, Desjudicialização e Autorregulação: Tendências no Direito Ambiental? *Revista de Direito Ambiental*, v. 63/2011, julho – setembro/2011, p. 69.

CAPPELLI, Sílvia. Desformalização, Desjudicialização e Autorregulação: Tendências no Direito Ambiental? *Revista de Direito Ambiental*, v. 63/2011, julho – setembro/2011.

CYRINO, André R. *Direito Constitucional Regulatório. Elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. São Paulo: Renovar, 2010.

ENTERRÍA. Garcia. *Curso de Derecho Administrativo*, 11ª. Ed., Madri: Civitas, 2001.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

\_\_\_\_\_. *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

LOPES, Paula L. R. Atuação Administrativa Consensual: Acordo Substitutivo Envolvendo Atos de Improbidade Administrativo. *Revista de Processo*, v. 274/2017, dez/2017.

MACHADO. Paulo A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*, 10ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito Ambiental Brasileiro*. 25ª edição, São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. *Direito Ambiental, Enfoques Variados Brasileiro*, Ed. Lemos e Cruz, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2014.

\_\_\_\_\_. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003.

\_\_\_\_\_. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. [Tradução não identificada]. Granada: Ed. Comares, 2004.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

REZENDE, Renato H. A Impostergável Necessidade de Adequação da Administração Pública Tributária à Lógica Racional Negocial Pós-Moderna. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 134/2017, maio – junho/2017.

TÁCITO, Caio. O Poder de Polícia e seus limites, *Revista de Direito Administrativo*, v. 27, janeiro - março/1950.



Recebido em: março/2018

Aprovado em: agosto/2018