

**APELAÇÃO CÍVEL N° 5005791-81.2013.404.7202/SC**

**RELATOR** : CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ  
**REL.  
ACÓRDÃO** : Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER  
**APELANTE** : FOZ DO CHAPECÓ ENERGIA S.A.  
**ADVOGADO** : ALEXANDRE DOS SANTOS PEREIRA VECCHIO  
                  : André da Silva Andrino de Oliveira  
**APELADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**INTERESSADO** : INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS  
                  : RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA  
                  : MUNICÍPIO DE DOIS IRMÃOS DAS MISSÕES/RS

**EMENTA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. USINA HIDRELÉTRICA. FOZ DO CHAPECÓ. COMPENSAÇÃO AMBIENTAL. LEI N° 9.985/2000, ARTIGO 36. TERMO DE COMPROMISSO. INVALIDAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEITO NORMATIVO. CONSTITUCIONALIDADE. QUANTIFICAÇÃO. PERCENTUAL. MANUTENÇÃO. BASE DE CÁLCULO. HIPÓTESES DE EXCLUSÃO. MODIFICAÇÃO.

1. Ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal em face do IBAMA e do Consórcio Energético Foz do Chapecó, versando temas relacionados à compensação ambiental prevista no artigo 36 da Lei nº 9.985/2000, a propósito da Usina Hidrelétrica Foz do Chapecó.

2. No Juízo de origem foi reconhecida a invalidade do termo de compromisso firmado entre o IBAMA e o Consórcio Energético Foz do Chapecó acerca do objeto da compensação ambiental. O Juízo de primeiro grau fixou o montante da compensação ambiental em R\$ 39.081.897,63.

3. Prevaleceu nesta Corte o entendimento de que a invalidação judicial do termo de compromisso firmado entre o IBAMA e o Consórcio Energético Foz do Chapecó não desborda dos limites da demanda, uma vez que o referido ajuste figura na qualidade de negócio jurídico superveniente ao ajuizamento desta ação civil pública, com direta vinculação ao seu objeto litigioso, cuja cognição é imperativa por obra do artigo 462 do CPC. Ademais, o Ministério Público Federal deixou de tomar parte na formulação do mencionado termo de compromisso, com o quê o ajuste a ele é inoponível.

4. A Lei nº 9.985/2000, ao regulamentar o disposto no artigo 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, tendo preceitado no seu artigo 36 que nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto

ambiental, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação, medida representativa de compensação ambiental.

5. Na sede da ADI nº 3.378 apenas foi reconhecida a inconstitucionalidade do percentual mínimo para fins de quantificação da compensação ambiental, consoante previsão do § 1º do artigo 36 da Lei nº 9.985/2000, não assim da obrigatoriedade da compensação ambiental e da sua apuração com base no custo do empreendimento. Robora tal conclusão a edição sucessiva à decisão na mencionada ADI do Decreto nº 6.848/2009, o qual alterou a redação do Decreto nº 4.340/2002, remodelando o instituto da compensação ambiental ao decidido pelo STF.

6. Manutenção por este Regional do percentual fixado administrativamente para o cálculo do valor da compensação ambiental, com observação ao devido processo legal, entre o IBAMA e o Consórcio Energético Foz do Chapecó, indicado em 1,9% à vista do significativo impacto ambiental evidenciado. Além do mais, o tópico concernente ao aludido percentual deixou de ser impugnado em contestação.

7. A propósito da base de cálculo para a compensação ambiental, embora de edição sucessiva ao licenciamento ambiental em comento, restou admitida, com suporte no princípio da razoabilidade, a aplicação do previsto no § 3º do artigo 31 do Decreto nº 4.340/2002, com a redação atribuída pelo Decreto nº 6.848/2009. Assim, para a apuração da base de cálculo da compensação ambiental, excetuam-se dos investimentos necessários para a implantação do empreendimento os valores 'referentes aos planos, projetos e programas exigidos no procedimento de licenciamento ambiental para mitigação de impactos, bem como os encargos e custos incidentes sobre o financiamento do empreendimento, inclusive os relativos às garantias, e os custos com apólices e prêmios de seguros pessoais e reais.'

8. Juros de mora mantidos consoante fixados na sentença.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por voto médio, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 10 de setembro de 2014.

**Des<sup>a</sup>. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER**  
**Relatora para Acórdão**

---

Documento eletrônico assinado por **Des<sup>a</sup>. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER, Relatora para Acórdão**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4<sup>a</sup> Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7033295v5** e, se solicitado, do código CRC **11DEF9B5**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Marga Inge Barth Tessler

Data e Hora: 16/09/2014 17:10

## APELAÇÃO CÍVEL N° 5005791-81.2013.404.7202/SC

**RELATOR** : CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ

**APELANTE** : FOZ DO CHAPECÓ ENERGIA S.A.

**ADVOGADO** : ALEXANDRE DOS SANTOS PEREIRA VECCHIO

: André da Silva Andrino de Oliveira

**APELADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

**INTERESSADO** : INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA

: MUNICÍPIO DE DOIS IRMÃOS DAS MISSÕES/RS

## RELATÓRIO

Vistos, etc.

A r. sentença (evento 03 na origem - sent234) expõe com precisão a controvérsia, *verbis*:

'(...)

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou *ação civil pública* contra o INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS RENOVÁVEIS (IBAMA) e o CONSÓRCIO ENERGÉTICO FOZ DO CHAPECÓ, objetivando garantir a correta aplicação dos recursos da compensação ambiental oriunda da construção da Usina Hidrelétrica Foz do Chapecó, localizada no Rio Uruguai, na divisa entre os municípios de Águas

*de Chapecó/SC e de Alpestre/RS, mediante a realização das seguintes providências: i) declaração de nulidade do plano de trabalho realizado pelos réus; ii) realização de perícia contábil para apurar o real custo da obra e, a partir disso, fixar a correta base de cálculo para a definição do montante devido a título de compensação ambiental; iii) condenação do Consórcio Foz de Chapecó à elaboração de um novo EIA/RIMA em que constasse como região contemplada com os recursos da compensação ambiental somente a área afetada pelo empreendimento; iv) condenação do IBAMA a instituir comissão formada por representantes dos municípios atingidos pelo empreendimento e dos estados federados, bem como por representantes de organizações não governamentais que possuam como objeto a proteção ambiental da área atingida pelo empreendimento, da Câmara de Compensação Ambiental do IBAMA, do Consórcio Energético Foz de Chapecó e da Floresta Nacional de Chapecó, sem prejuízo da presença de peritos, a fim de se verificar a regularidade e legalidade do Plano de Trabalho a ser elaborado por essa comissão conjunta, com base nas diretrizes apontadas na Lei n. 9.885/00 e na Resolução n. 371/2006, antes da concessão de eventual licença de instalação e da celebração de compromisso de compensação ambiental.*

*Em sede de liminar, requereu que fossem os réus obrigados a efetuarem o depósito judicial dos valores destinados à compensação ambiental, no montante de R\$ 16.036.000,00, até que viesse a ser formada comissão de representantes das entidades envolvidas na formalização do novo plano de trabalho, voltado à criação de novas unidades de conservação no entorno da área atingida, bem como à efetivação de Termo de Compromisso para favorecer unidades de conservação não contempladas no EIA/RIMA.*

*Defendeu a competência da Justiça Federal para julgamento da demanda, bem como a legitimidade do Ministério Público Federal, e teceu comentários sobre os efeitos deletérios provocados no meio ambiente em virtude da implantação de usinas hidrelétricas. Informou que, em janeiro de 2005, chegaram ao seu conhecimento informações acerca da existência de irregularidades na destinação dos recursos provenientes da compensação ambiental relativa ao empreendimento UHE Foz do Chapecó. Referiu que a primeira irregularidade diz respeito ao subfaturamento do custo do empreendimento, pois, enquanto o valor atribuído ao custo da obra, no ano de 2004, segundo dados apresentados pelo IBAMA, era de R\$ 844.000.000,00, tendo sido fixada a gradação do impacto ambiental em 1,90% sobre o valor da obra, nos termos do Parecer Técnico 037/2004/SAGIA/CGEUC/DIREC, inúmeros meios de comunicação noticiaram publicamente investimentos na ordem de dois bilhões de reais.*

*Apontou irregularidades e irrazoabilidade também na distribuição dos recursos de compensação ambiental, pelos seguintes motivos: i) o EIA/RIMA elaborado pelo empreendedor seria inválido, pois não definira quaisquer unidades de conservação como beneficiárias da verba e da programação apresentada; ii) o EIA/RIMA não previra a criação de novas unidades de*

*conservação no entorno da região impactada, bem como corredores ecológicos que garantissem a ligação entre as unidades de conservação a serem criadas, conforme previsto no art. 11 do Decreto n. 4.340/2002; iii) não houvera prévia consulta à comunidade interessada e a quaisquer órgãos estaduais e municipais, ou mesmo a um conselho comunitário de toda a região atingida pelo empreendimento, de forma a legitimar as 'escolhas' feitas pela Câmara de Compensação Ambiental. Em que pese o IBAMA tenha competência para definir as unidades de conservação beneficiadas, a escolha deve considerar as propostas apresentadas no EIA/RIMA e as diretrizes elencadas na legislação; iv) a legislação é clara ao mencionar que os recursos provenientes da compensação ambiental devem ser aplicados em unidades de conservação existentes no entorno da obra e na criação de novas unidades de conservação na região impactada. Entretanto, os recursos estariam sendo destinados a unidades de conservação localizadas fora da região atingida pela obra, não guardando com esta qualquer relação que justifique a contemplação elaborada pelo órgão licenciador, que destinou apenas uma parte da compensação ambiental à unidade de conservação localizada na região impactada, denominada Floresta Nacional de Chapecó. Juntou documentos (fls. 28/281).*

*Intimado para os fins do artigo 2.º da Lei n. 8.437/92, o IBAMA juntou manifestação da Câmara de Compensação Ambiental (fls. 287/290).*

*Foi deferida parcialmente a liminar, determinando-se ao Consórcio Energético Foz do Chapecó a realização de depósito judicial dos valores destinados à compensação ambiental relativa à construção da Hidrelétrica Foz do Chapecó, excepcionando-se apenas os valores destinados à FLONA de Chapecó, que deveriam ser destinados na forma fixada administrativamente (fls. 291/296).*

*O IBAMA noticiou a interposição de agravo de instrumento contra a decisão liminar (fls. 366/376), ao qual foi negado provimento pelo TRF-4 (fls. 681 e 975/1004).*

*Contestação do IBAMA foi juntada às fls. 440/447, nas quais asseverou que as razões expostas na decisão liminar justificam a improcedência da demanda. Quanto às razões que justificaram a escolha das unidades de conservação beneficiadas, informou que a Câmara de Compensação Ambiental (Memo nº 318/2006/CCA/DIRAF) encaminhou consulta às Diretorias do IBAMA acerca da destinação da verba da compensação ambiental. Em resposta, a Diretoria dos Ecossistemas do IBAMA encaminhou a Informação Técnica nº 029/COMAC/DIREC, onde consta a afirmação de que, para a obtenção dos subsídios técnicos necessários à destinação dos valores, foram utilizadas informações do EIA apresentado pela Foz do Chapecó. Mencionou que os aspectos formais que precederam a destinação da verba de compensação constam do despacho nº 15/2007/CCA, lavrado pelo Secretário Executivo da Câmara de Compensação Ambiental.*

*O Consórcio Energético Foz do Chapecó apresentou contestação (fls. 449/468). Argumentou que, como o destino da verba de compensação ambiental foi decidido pela Câmara de Compensação Ambiental, na ocasião da 32ª Reunião Ordinária, realizada em 13/09/2006, tendo havido inclusive assinatura de Termo de Compromisso entre o IBAMA e a Foz do Chapecó em 10/01/2007 (fls. 413/428) - antes da citação nos presentes autos -, esse fato deve ser levado em consideração pelo julgador desta demanda, devendo o pedido ser julgado improcedente.*

*Em relação ao valor dos custos do empreendimento, argumentou a Foz que, de acordo com o art. 4º da Resolução nº 371/06 do CONAMA, para efeito de cálculo da compensação ambiental os empreendedores devem apresentar o custo total antes da emissão da licença de instalação, o que, no caso dos autos, ocorreu em 21/09/2004, ocasião em que a quantia de R\$ 844.000.000,00 refletia adequadamente o montante de valores previstos naquela data. Defendeu que o custo de dois bilhões de reais, divulgado pela mídia, não é verdadeiro, pois inclui outros gastos, como, por exemplo, os custos financeiros e as despesas com a implantação de programas ambientais não exigidos pela legislação, o que não pode entrar no cômputo da compensação ambiental. Além disso, refere-se a um período bem posterior à época da concessão da licença de instalação.*

*Em relação à escolha das unidades de compensação beneficiadas com a verba defendeu o seguinte: i) a legislação aplicável não dispõe sobre a necessidade de o EIA/RIMA incluir estudo definindo as unidades de conservação a serem beneficiadas com os custos da compensação ambiental. O art. 10 da Resolução nº 371/06 do CONAMA foi publicado muito tempo depois da elaboração do estudo para o aproveitamento hidrelétrico Foz do Chapecó; ii) a redação do art. 36, § 2º, da Lei n. 9.985/00 deixa claro que a escolha das unidades de conservação compete ao IBAMA, e que as disposições do EIA/RIMA e a opinião do empreendedor devem ser consideradas, mas não necessariamente aceitas; iii) mesmo que a legislação exigisse que o EIA/RIMA apresentasse as propostas das unidades de conservação, eventual omissão quanto a tal aspecto não geraria nenhuma nulidade, pois, além de não ter ocorrido nenhum prejuízo no caso dos autos, o IBAMA, através do Departamento de Unidades de Conservação, tem plenas condições de escolher as unidades beneficiadas. Além disso, o EIA/RIMA apontou a área impactada, as características e o impacto gerado, o que é suficiente para auxiliar a decisão do IBAMA, máxime porque o empreendedor enviou correspondência (Ofício n. 8683/CE-CEFC-0112/04-CO - fl. 180) com sugestões de áreas a serem beneficiadas, o que supriria eventual omissão do estudo. Argumentou que o EIA/RIMA não esgotou a realização de estudos ambientais, servindo apenas para apontar os programas necessários, os quais devem ser detalhados posteriormente pelo Plano Básico Ambiental (PBA - fls. 296/313), que, no caso presente, trouxe várias opções sobre as unidades de conservação a serem beneficiadas; iv) não é obrigação do órgão ambiental a de realizar consulta junto à comunidade ou órgãos municipais e estaduais*

*para decidir sobre as unidades beneficiadas, já que o art. 36, § 2.º, da Lei n. 9.985/00, é claro no sentido de que o IBAMA possui competência para decidir sobre a escolha das unidades. De todo modo, foram colhidas manifestações de entidades ambientais - FEPAN (fl. 171) e FATMA (fl. 180) -, opiniões dos Ministérios Públicos de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul (fls. 174 e 180) e do município de Dois Irmãos das Missões (fl. 168). A Ata da 16ª Reunião da Câmara de Compensação Ambiental indicou que tais opiniões foram analisadas (fl. 174); v) apontou a ilegalidade da criação de uma nova comissão para decidir sobre o destino das verbas de compensação ambiental; vi) referiu que a prioridade quanto à aplicação de recursos está disciplinada no art. 36, § 3º, da Lei n. 9.985/00, no art. 33 do Decreto n. 4.340/02 e no art. 9º da Resolução n. 371/06 do CONAMA, estando revogada pela Lei n. 9.985/00 a Resolução n. 002/96 CONAMA, mencionada pelo MPF. O art. 36, § 3º, da Lei 9.985/00 apenas exige que sejam beneficiadas unidades que tenham suas zonas de amortecimento afetadas pelo empreendimento. Contudo, não existe, no caso em tela, nenhuma unidade de conservação afetada localizada na área do empreendimento. Defendeu que a aplicação de recursos deve priorizar as unidades de conservação já criadas. Por fim, mencionou que não existem provas de eventual descontentamento das comunidades afetadas quanto à escolha das unidades beneficiadas com os recursos, e que, contrariamente ao que constou da petição inicial, a obtenção de energia elétrica através de hidrelétricas é uma das melhores alternativas do ponto de vista ambiental, por estar baseada numa fonte renovável. Juntou documentos (fls. 469/509).*

*O Consórcio Energético Foz do Chapecó requereu a juntada de comprovante de publicação de Termo de Compromisso firmado com o IBAMA e do depósito do valor devido em virtude de tal acordo (fls. 511/519).*

*Réplica às impugnações consta às fls. 521/525. Comprovante de depósito da segunda parcela da verba de compensação ambiental consta às fls. 582/588. O Ministério Público Federal requereu a juntada de documentos a fim de comprovar o custo total do empreendimento (fls. 590/611). O Município de Dois Irmãos das Missões foi admitido no feito, na condição de assistente litisconsorcial dos réus (fl. 651). Nessa mesma ocasião, foi determinada a realização de perícia judicial. Quesitos do Ministério Público Federal constam à fl. 654. O Consórcio Energético apresentou quesitos e indicou assistente técnico (fls. 658/659). Depósito da terceira verba da compensação ambiental foi comprovado às fls. 664/665. Diante da discordância do MPF quanto ao pedido do IBAMA, foi indeferida a suspensão do processo (fl. 678). Depósito da quarta parcela da verba da compensação ambiental consta às fls. 683/685.*

*Deferiu-se o ingresso no feito da KIRKA - o Som das Árvores, na condição processual de assistente litisconsorcial (fl. 724).*

*O MPF requereu a desistência dos pedidos relacionados à modificação da destinação dos recursos provenientes da compensação ambiental para outras unidades de conservação, haja vista a motivação contida na Informação*

Técnica apresentada pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio, que apresentou as razões da escolha das unidades de conservação a serem beneficiadas (fl. 732).

A quinta parcela da verba de compensação ambiental foi depositada (fls. 799, 801/804).

O Consórcio Energético Foz do Chapecó apresentou petição informando que, no dia 20/06/08, o STF publicou acórdão, na ADI 3.378-6, que considerou inconstitucional a Expressão 'não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento', o que significaria que o valor da compensação não pode mais ser fixado com base no custo do empreendimento, ficando sem objeto, portanto, o pedido do autor quanto a tal aspecto, bem como a realização de perícia (fls. 805/811). Na mesma oportunidade, impugnou a proposta de honorários apresentada pelo perito nomeado pelo juízo (fls. 722/723).

O IBAMA concordou com o pedido de desistência do MPF quanto à destinação da verba de compensação ambiental e requereu a revogação da decisão liminar que determinou o depósito judicial dos valores. Também requereu a alteração da sua posição processual, a fim de atuar como assistente do MPF. Impugnou a proposta de honorários do perito (fls. 821/825).

Foi indeferido o pedido do IBAMA de revogação da liminar e de liberação dos valores depositados (fl. 829). Contra essa decisão, o IBAMA noticiou a interposição de agravo de instrumento (fls. 834/857), que foi provido pelo TRF-4 para o efeito de autorizar a liberação da verba (fls. 933, 937/939).

Depósito da última parcela da verba de compensação ambiental consta às fls. 858/861 e 865/866.

A Caixa Econômica Federal enviou ofício informando que os valores depositados foram transferidos para a conta judicial n. 3919.635.00061/8 (fls. 926/929).

O IBAMA juntou contrato e aditivo firmado com a CEF para gestão de recursos de compensação ambiental e minuta do termo de compromisso referente à operacionalização da destinação da verba (fls. 941/974).

O Consórcio Energético Foz do Chapecó requereu a substituição processual, a fim de ser incluída no pólo passivo a empresa Foz do Chapecó Energia, em virtude da transferência da concessão (fls. 1008/1015).

Foi homologada a desistência do MPF relativamente ao pedido de modificação da destinação dos recursos provenientes da compensação ambiental para outras unidades da conservação. Indeferiu-se o pedido de formalização de litisconsórcio ativo formulado por Kirka - Som das Árvores, Município de Chapecó e outros. Deferiu-se a substituição processual da ré Consórcio Energético Foz do Chapecó pela Foz do Chapecó Energia S/A (fl. 1027).

A decisão das fls. 1072/1075 tornou sem efeito a decisão de fl. 651 na parte em que determinou a realização de prova pericial de engenharia e deferiu a

*realização de perícia contábil. Nessa ocasião, foi invertido o ônus da prova a fim de que os custos da perícia fossem adiantados pela Foz do Chapecó.*

*O MPF indicou assistente técnico e apresentou quesitos. Na mesma oportunidade, juntou Termo de Compromisso de Aplicação dos Recursos da Compensação nº 41/2010, celebrado entre o ICMBio e a Foz do Chapecó Energia, informando que não se opõe quanto à liberação dos valores (fls. 1098/1111).*

*Foram rejeitados os embargos de declaração opostos pelo Consórcio Energético contra a decisão das fls. 1072/1075 (fl. 1115). Contra essa decisão foi noticiada a interposição de agravo de instrumento (fls. 1135/1156), ao qual o TRF-4 negou provimento (fl. 1180).*

*O Consórcio Energético nomeou assistente técnico e apresentou quesitos (fls. 1117/1118). Quesitos complementares constam às fls. 1206/1207.*

*Conforme requerido pelo Consórcio Energético, foi expedido ofício à CEF para a transferência dos valores depositados nas contas n. 3919.635.061-8 e n. 3919.635.069-3 para a subconta 875 (fl. 1134), o que foi cumprido às fls. 1157/1159.*

*O IBAMA nomeou assistente técnico (fl. 1186).*

*O Consórcio Energético Foz do Chapecó efetuou o depósito dos honorários periciais (fls. 1192/1193), sendo os valores liberados em favor do perito nomeado (fls. 1202/1203 e 1403).*

*Laudo pericial foi juntado às fls. 1208/1316, com complementação às fls. 1343/1350. Parecer Técnico do IBAMA consta às fls. 1317/1224. Parecer do assistente técnico da Foz do Chapecó Energia consta às fls. 1335/1339.*

*O Ministério Público Federal apresentou alegações finais (fls. 1353/1354), requerendo a procedência dos pedidos a fim de que a base de cálculo da verba de compensação ambiental seja fixada em R\$ 2.094.694.258,39, conforme laudo pericial e, em consequência, seja a Foz do Chapecó Energia condenada ao pagamento da diferença de compensação ambiental (R\$ 23.763.190,90), mais atualização, devendo ser considerado o percentual de 1,9%.*

*As alegações finais do IBAMA reportaram-se às razões do assistente técnico, defendendo estar isento de qualquer responsabilidade porque, na época do licenciamento, não possuía condições de prever o custo total da obra de construção da Usina Hidrelétrica Foz do Chapecó (fls. 1356/1360).*

*A Foz do Chapecó Energia apresentou alegações finais nas fls. 1363/1375. Sustentou que, como o STF, na ADI 3378, declarou inconstitucional a base de cálculo utilizada para a fixação da verba compensatória, o pedido deduzido na inicial deve ser rejeitado, diante da ausência de previsão legal. Informou que o pagamento da compensação foi ajustado com o IBAMA através de termo de compromisso assinado em 10/01/2007 (fls. 413/420), e como a inicial em momento algum mencionou a nulidade do acordo, não é possível a revisão do valor da compensação. Argumentou que a verba de compensação deve ser fixada com base nos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, e não sobre o seu custo real. Referiu que o único documento*

oficial, em 21/09/2004, que previa os custos estimados para o empreendimento era o Orçamento Padrão Eletrobrás, que serviu de subsídio para o processo de licitação. Salientou que, no termo de acordo que norteou o valor da compensação ambiental, somente concordou com o percentual de 1,9% porque o IBAMA utilizou a previsão de custos contida no Orçamento Padrão Eletrobrás. Disse que no montante adotado não foram excluídos os custos referentes aos planos, projetos e programas exigidos no processo de licenciamento ambiental e outros que não guardavam efetiva relação com a implantação do empreendimento. Ressaltou que a invalidação do acordo no que diz respeito ao montante fixado a título de custos totais do empreendimento gera a invalidade de todo o acordo, inclusive devendo o percentual de compensação ser reduzido para 0,5%, de acordo com o Decreto n. 6.848/09. Para o caso de ser adotado o laudo pericial, requereu a exclusão dos investimentos elencados pelo art. 31, § 3º, do Decreto n. 4.340/02, bem como da quantia referente aos custos do estudo de impacto ambiental (R\$ 30.301.942,47), do valor referente à assessoria financeira (R\$ 1.604.357,83), bem como dos custos decorrentes do pagamento de impostos (R\$ 239.655.049,53) e de todos os demais valores que não geram qualquer impacto ambiental, tais como os serviços de compra de equipamentos. Ressaltou que os custos reais, considerando os valores apontados pelo perito e a exclusão dos custos que não dizem respeito à instalação do empreendimento, atingem o montante de R\$ 679.371.044,74. Alternativamente, requereu seja adotado o valor apresentado pelo perito na fl. 1346 (R\$ 1.582.418.887,96).

Alegações finais do assistente litisconsorcial (Município de Dois Irmãos das Missões) constam às fls. 1376/1381.

(...)'

É este o inteiro teor do dispositivo da sentença, *verbis*:

'(...)

Ante o exposto, ratifico a extinção parcial do feito, sem resolução do mérito, por desistência do MPF, judicialmente homologada; e, na parte remanescente, **JULGO PROCEDENTE** o pedido, declarando extinto o feito, com resolução do mérito (art. 269, inciso I, do CPC), para o efeito de:

(a) Declarar que o montante devido pela Foz do Chapecó Energia S/A a título de compensação ambiental pela implantação da UHE Foz de Chapecó é de R\$ 39.081.897,63 a valores nominais de 10/2010;

(b) Declarar incidentalmente a nulidade do termo de compromisso firmado entre o IBAMA e o Consórcio Energético Foz de Chapecó no ponto em que fixa, a título de compensação ambiental, valor diverso do devido (item 'a').

(c) Condenar a Foz do Chapecó Energia S/A a cumprir obrigação de pagar quantia certa, tendo por objeto a diferença devida a título de compensação ambiental, no valor de **R\$ 26.600.521,20** (vinte e seis milhões, seiscentos mil, quinhentos e vinte e um reais e vinte centavos), atualizado até 01/2013, a ser

*devidamente corrigido pelos critérios de correção e juros fixados na fundamentação até a data de efetivo pagamento ou depósito em juízo.*

*Deixo de condenar qualquer das partes ao pagamento de custas ou honorários advocatícios (Lei n. 7.347/85, art. 18).*

*Os honorários periciais (depositados à fl. 1.193) deverão ser suportados definitivamente pela ré Foz do Chapecó Energia S/A, diante de sua sucumbência amplamente majoritária.*

*(...)'*

Irresignada, FOZ DO CHAPECÓ ENERGIA S.A. apela (evento 03 na origem - apelação 237). Assevera a '*inconstitucionalidade do dispositivo legal que fundamenta o pleito do apelado - afronta aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade e violação aos direitos de propriedade e da livre iniciativa*'; a impossibilidade de '*alteração do valor da compensação ambiental sem pedido de revisão do termo de compromisso firmado entre a apelante e o IBAMA - decisão extra petita - violação aos artigos 128 e 460 do CPC*'; que '*somente aceitou o percentual de 1,9% (quase quatro vezes maior que o mínimo estabelecido para empreendimentos com significativo impacto ambiental), hoje considerado indevido (ilegal) pelo próprio Governo (vide Decreto 6.848/2009) e inconstitucional pelo STF na ADI nº 3778, porque se trabalhou com o Orçamento Padrão Eletrobrás, válido à época. Portanto, deve-se reformar a sentença, para reconhecer a validade do Termo de Compromisso, que expressou o valor de R\$ 16.000.000,00 para fins de compensação ambiental, compatível com o impacto do empreendimento. Entendendo-se que o orçamento não servia de base adequada para o cálculo, abre-se a necessária discussão sobre o valor da compensação ambiental a ser fixada para o empreendimento, aí incluindo-se, por óbvio, todas as variáveis legais, e não somente aquelas que beneficiam o raciocínio da parte autora. Portanto, se este processo definirá o novo valor da compensação ambiental, desconsiderando (tornado nulo) o Termo de Compromisso firmado, evidentemente deve fazê-lo por inteiro, nos moldes da legislação vigente*'; que a '*invalidade da obrigação (cláusula) principal implica a invalidade das obrigações (cláusulas) acessórias - necessidade de rever todas as cláusulas do termo de compromisso na remota hipótese de que seja considerado nulo*'; quanto ao regime aplicável à apuração da base de cálculo da compensação ambiental, assevera não pretender '*a aplicação retroativa do Decreto n. 6.848, de 2009 (que, a bem da verdade, é possível)*', mas a '*interpretação adequada e constitucional do disposto no artigo 36, parágrafo 1º da Lei n. 9.985, de 2000. Na remota hipótese de que se admita a cobrança da compensação ambiental com base nos custos do empreendimento, o mínimo que se espera de uma interpretação constitucional, que atenda ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade entre o impacto ambiental causado e a compensação devida, é que se exclua do valor da compensação ambiental os valores que não causam impacto ambiental, valendo citar, por exemplo, os investidos na própria compensação ambiental*'; que à definição da base de cálculo da compensação ambiental há aplicar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, devendo-se excluir os valores investidos em meio ambiente, custos financeiros,

administrativos, tributários e outros que não geram impacto ambiental (adequação ao julgamento da ADI n. 3378); que '*embora tenha reconhecido que devem ser excluídos da base de cálculo da compensação ambiental os investimentos referentes aos planos, projetos e programas exigidos no procedimento de licenciamento ambiental para mitigação de impactos, o MM. Juiz de primeiro grau não excluiu os valores apontados na perícia como destinados para essa finalidade*'; que '*o critério para decidir se determinado custo deve ser excluído da base de cálculo da compensação ambiental não pode ser a interpretação literal do trecho do § 1º do art. 36 da Lei nº 9.985, de 2000, que foi excluído pelo STF no julgamento da ADI 3378. O critério deve ser se esse custo refere-se à atividade que causa impacto ambiental. Se não causa impacto ambiental, não pode decorrer compensação ambiental desse investimento*' e, por essa razão, deve-se excluir '*da base de cálculo da compensação ambiental os custos relativos a tributos incidentes sobre o empreendimento*'. Requer '*seja reformada a sentença para excluir o valor dos custos com atividades que não causam impacto ambiental, indicado pelo perito em R\$ 156.338.660,76 e R\$ 475.147.832,63, respectivamente (quesito 1.d do réu - fl. 1.216 e Quesito 1.e do réu - fl. 1.217), da base de cálculo da compensação ambiental*'. Afirma a necessidade de alteração do percentual da compensação ambiental e a inexistência de preclusão do questionamento; que a concordância administrativa deu-se com ressalva (reconhecimento da inconsistência da metodologia utilizada na época para definição do percentual - inconstitucionalidade que se sobrepõe a qualquer ato anterior do administrado); que o percentual de 1,9% é inadequado porque ofende os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade e aos direitos de propriedade e de livre iniciativa; que por força '*do disposto no art. 15 da Resolução CONAMA n. 371, de 2006, vigente quando da celebração do Termo de Compromisso, o percentual deveria ter sido limitado em 0,5% e não fixado em 1,9%, como acabou ocorrendo*'; que a compensação ambiental não é um tributo e não pode ser tratada como se tributo fosse; que é possível '*retroagir norma mais favorável de caráter indenizatório/compensatório*' haja vista a '*aplicabilidade do art. 14, § 1, da Lei n. 6.938/81 e dos artigos 927 e 944 do Código Civil*'; que há equívoco '*no cálculo feito pelo magistrado - necessidade de atualizar o valor da compensação ambiental paga*'; a impossibilidade de cobrança de juros moratórios na espécie. Propugna pela modificação do julgado à extinção do feito sem resolução de mérito '*tendo em vista a impossibilidade de rever o valor da compensação ambiental ajustada por meio de Termo de Compromisso, sem que tenha havido pleito de nulidade deste, sob pena de violação aos artigos 128 e 460 do CPC*'; ao reconhecimento de que está prejudicada ou de que é improcedente a pretensão deduzida '*tendo em vista que ela está baseada em dispositivo legal inconstitucional, tendo inclusive sido reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento de ADI*'; à exclusão, da base de cálculo da compensação ambiental, dos '*custos relacionados às atividades que foram tomadas em benefício do meio ambiente ou não causam impacto ambiental*'; à revisão do percentual aplicado, com a sua limitação a 0,5%; à revisão do cálculo

feito para apurar o valor devido, com a sua limitação e exclusão dos juros de mora.

Com contrarrazões (evento 03 na origem - contraz241), subiram os autos a esta Corte, perante a qual o *Parquet* opinou pelo desprovimento do recurso (evento 05).

É o relatório. Peço dia.

## VOTO

A v. sentença recorrida literaliza -

'(...)

### **2 - FUNDAMENTAÇÃO**

#### **(a) Delimitação do Objeto Ainda Litigioso**

O Ministério Público Federal requereu a desistência do pedido de modificação da destinação dos recursos oriundos da compensação ambiental, argumentando que a Informação Técnica apresentada pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio (fls. 750/753), ao arrolar pormenorizadamente os motivos ensejadores da escolha das unidades de conservação a serem beneficiadas com os recursos compensatórios, sanou a omissão apontada na petição inicial.

Vale salientar que essa questão foi objeto de apreciação judicial na Ação Civil Pública nº 5001056-10.2010.404.7202, na qual foi proferida sentença de improcedência, diante da legalidade do ato administrativo do IBAMA quanto à escolha de destinação dos recursos de compensação ambiental (cópia da sentença às fls. 1076/1082).

A desistência do pedido de modificação da destinação da verba de compensação acabou prejudicando, também, a análise das alegações do MPF de que o EIA/RIMA teria sido omisso quanto à realização de consultas prévias à comunidade interessada e a quaisquer órgãos estaduais ou municipais, ou a um conselho comunitário de toda a região atingida pelo empreendimento, bem como de definição das unidades de conservação a serem beneficiadas.

Nesse contexto, como o pedido de desistência foi homologado (fl. 1027), e levando em conta que tal decisão não foi objeto de recurso, restando preclusa, remanesce controvérsia apenas a pretensão do MPF de majorar a

*verba de compensação ambiental com fundamento no subfaturamento da respectiva base de cálculo pelo empreendedor.*

**(b) Alegação de Perda de Objeto Fundada no Julgamento da ADI n. 3.378-6**

*A Foz do Chapecó requer seja o processo extinto sem apreciação do mérito, em face da perda superveniente do objeto (fls. 805/811), argumentando que o STF, no julgamento da ADI n. 3.378-6, declarou inconstitucional a utilização do custo total do empreendimento como base de cálculo para a fixação da verba de compensação ambiental.*

*Essa questão foi devidamente analisada por ocasião da decisão proferida às fls. 1072/1075, a cujas razões me reporto:*

[...] A decisão proferida pelo STF na ADI 3378 restou assim ementada:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 36 E SEUS §§ 1º, 2º E 3º DA LEI N° 9.985, DE 18 DE JULHO DE 2000. CONSTITUCIONALIDADE DA COMPENSAÇÃO DEVIDA PELA IMPLANTAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS DE SIGNIFICATIVO IMPACTO AMBIENTAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO § 1º DO ART. 36.** 1. O compartilhamento-compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985/2000 não ofende o princípio da legalidade, dado haver sido a própria lei que previu o modo de financiamento dos gastos com as unidades de conservação da natureza. De igual forma, não há violação ao princípio da separação dos Poderes, por não se tratar de delegação do Poder Legislativo para o Executivo impor deveres aos administrados. 2. Compete ao órgão licenciador fixar o quantum da compensação, de acordo com a compostura do impacto ambiental a ser dimensionado no relatório - EIA/RIMA. 3. O art. 36 da Lei nº 9.985/2000 densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica. 4. Inexistente desrespeito ao postulado da razoabilidade. Compensação ambiental que se revela como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional. Medida amplamente compensada pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez. 5. Inconstitucionalidade da expressão 'não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento', no § 1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000. O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento. 6. Ação parcialmente procedente.

Embora uma leitura apressada da decisão acima possa indicar a inconstitucionalidade da fixação da compensação a partir do custo do empreendimento, o que se percebe, à luz da íntegra dos votos, é que foi declarada a inconstitucionalidade apenas da fixação de percentual mínimo de compensação, de forma a permitir que o montante possa ser definido proporcionalmente ao impacto ambiental, podendo o custo do empreendimento ser utilizado como parâmetro ou não. Nesse sentido, vale citar trechos dos votos dos Ministros Celso de Mello e Carmen Lúcia, respectivamente, quando do referido julgamento:

[...] Portanto, o parágrafo 1º, a meu juízo, com toda a vénia, mostra-se compatível com as exigências estabelecidas na Constituição, inclusive com a proposta feita, agora, pelo Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito e também acolhida pelo eminentíssimo Ministro Carlos Brito, Relator, no sentido de não se instituir um patamar inferior, mas o de se estabelecer a possibilidade de uma relação causal que permita definir o montante de recursos precisamente de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

[...] Para que depois não haja questionamento sobre o fato de termos declarado que era inconstitucional fixar percentual - e não é o que estamos dizendo, mas, sim, que esse percentual não é o que está sendo admitido e que a fixação por porcentual não é a única aceitável. É necessário que se deixe claro, no acórdão, que é constitucional, e que se realce isso, talvez na ementa, até para evitar questionamentos pelas autoridades. [...].

Também o TRF da 4ª Região, ao negar provimento ao AI nº 00061705320114040000, interposto pela Foz do Chapecó Energia contra a decisão de fls. 1072/1075, salientou o equívoco da ré quanto à afirmação de que a decisão do STF, na ADI n. 3.378, teria declarado *inconstitucional* a fixação da verba de compensação ambiental a partir dos custos do empreendimento. Eis a fundamentação:

Ao que me parece, a agravante fez uma leitura apressada da decisão proferida pela Egrégia Corte Suprema. Isso porque compulsando o inteiro teor do acórdão proferido na ADI nº 3.378fica claro que o STF não considerou inconstitucional a definição do valor da compensação ambiental com base na aplicação de percentual sobre o custo total do empreendimento, como afirma a agravante. O que fez o Excelso Pretório foi declarar a inconstitucionalidade das expressões 'não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento', prevista no § 1º, do art. 36, da Lei nº 9.985/20001, de modo a deixar ao órgão ambiental encarregado a fixação da compensação de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento, sem estar atrelado a um percentual mínimo.

A ressalva feita pela Exma. Ministra Cármem Lúcia, já ao final do julgamento, deixa claro que não é a fixação de um percentual sobre o custo do empreendimento que estava sendo declarada inconstitucional pela Corte, e sim a existência de um percentual mínimo previamente fixado:

'A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, se me permite, apenas para fazer um lembrete, que pode ser inteiramente desnecessário para o eminente Relator, mas conveniente no momento, para que depois não haja questionamento sobre o fato de termos declarado que era inconstitucional fixar percentual - e não é o que estamos dizendo, mas, sim, que esse percentual não é o que está sendo admitido e que a fixação por percentual não é a única aceitável. É necessário que se deixe claro, no acórdão, que é constitucional, e que se realce isso, talvez na ementa, até para evitar questionamento pelas autoridades.'

Não foi por outra razão que na ementa do acórdão constou o termo 'prescindibilidade' ao se fazer referência à fixação de percentual sobre os custos do empreendimento:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 36 E SEUS §§ 1º, 2º E 3º DA LEI N° 9.985, DE 18 DE JULHO DE 2000. CONSTITUCIONALIDADE DA COMPENSAÇÃO DEVIDA PELA IMPLANTAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS DE SIGNIFICATIVO IMPACTO AMBIENTAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO § 1º DO ART. 36. 1. O compartilhamento compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985/2000 não ofende o princípio da legalidade, dado haver sido a própria lei que previu o modo de financiamento dos gastos com as unidades de conservação da natureza. De igual forma, não há violação ao princípio da separação dos Poderes, por não se tratar de delegação do Poder Legislativo para o Executivo impor deveres aos administrados. 2. Compete ao órgão licenciador fixar o quantum da compensação, de acordo com a compostura do impacto ambiental a ser dimensionado no relatório - EIA/RIMA. 3. O art. 36 da Lei nº 9.985/2000 densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica. 4. Inexistente desrespeito ao postulado da razoabilidade. Compensação ambiental que se revela como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional. Medida amplamente compensada pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez. 5. Inconstitucionalidade da expressão 'não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento', no § 1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000. O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento. 6. Ação parcialmente procedente. (ADI 3378, Relator(a): Min. CARLOS

*BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2008, DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-02 PP-00242 RTJ VOL-00206-03 PP- 00993)*

*O efeito prático da decisão proferida pelo Egrégio STF, portanto, foi assegurar a existência de relação de causalidade entre o montante a ser pago pelo empreendedor pela compensação ambiental e o impacto ambiental a ser gerado pelo empreendimento. A explicação dada pelo Exmo. Ministro Menezes Direito (fls. 89-90) - de quem, aliás, partiu a proposta de declaração parcial de constitucionalidade, acolhida pelo Pleno - afasta qualquer controvérsia:*

*'O EXCELENTE SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:*

*O que se está fazendo? O que nós estamos fazendo, é o que me parece, pelo menos, é estabelecer que é possível fixar um valor de acordo com o relatório de impacto ambiental, como já está previsto na lei, como disse o Ministro Carlos Britto, há perícia; vimos em outros casos que há critérios estabelecidos, e assim sucessivamente, e, ao mesmo tempo, assegurando, como disse o Ministro Celso de Mello, o pleno direito de defesa e do contraditório, nessa fixação.*

*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 represamento. Pode-se, então, estabelecer não um percentual sobre todo o empreendimento, mas sobre determinada obra que se torne necessária para compatibilizar o empreendimento com a preservação do meio ambiente. (...)'*

*Assim, o custo do empreendimento pode, ou não, ser utilizado como parâmetro para a fixação do montante a ser pago pela compensação a que alude o caput do art. 36 da Lei nº 9.985/2000. Andou bem, portanto, o Juízo a quo ao consignar que 'remanesce constitucional a possibilidade de se definir o valor da compensação a partir do custo total do empreendimento', bem como ao concluir que 'como essa foi a metodologia utilizada pelo IBAMA para fixar os valores discutidos nos presentes autos, deve-se prosseguir com a instrução processual.'*

*Com efeito, o IBAMA adotou como critério para a fixação dos valores da compensação (discutidos na ação civil pública) o valor do empreendimento, no percentual de 1,9% (um vírgula nove por cento). Desse modo, se porventura a prova pericial a ser realizada na ação civil pública demonstrar que o valor do empreendimento indicado por ocasião da licença prévia ambiental não condiz com a realidade dos custos efetivos da obra, sendo estes superiores, será coerente e necessário que o valor fixado para a compensação ambiental seja majorado.*

*Daí porque a decisão proferida pelo Egrégio STF na ADI nº 3.378 não teve o condão de esvaziar o objeto da ação civil pública manejada pelo MPF, prescindindo de reformas a decisão agravada.*

## *2. Agravo de instrumento a que se nega provimento.*

*A Foz do Chapecó Energia ajuizou também, desta vez no STF, a Reclamação n. 12887/DF contra a decisão proferida pelo TRF da 4ª Região, alegando que ela teria afrontado a autoridade do STF e a eficácia do que decidido na ADI nº 3.378/DF. O STF negou seguimento à Reclamação, nos seguintes termos:*

*[...] A discussão, portanto, ficou restrita ao § 1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000, por instituir um pagamento compulsório ao poluidor-pagador, cujo valor mínimo estava previamente fixado na lei, podendo ser aumentado para adequar-se à identificação de maior potencialidade lesiva do empreendimento pelo órgão público responsável por conceder a licença ambiental, considerado o significativo impacto ambiental.*

*Após debates, o Plenário desta Corte, por maioria, julgou parcialmente procedente a ADI nº 3.378/DF, para fixar uma interpretação conforme a Constituição Federal, com redução do texto, do § 1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000, que passaria a ter a seguinte redação:*

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

*Ao se chegar a essa proposta, o Ministro Celso de Mello assim asseverou:*

*'O montante de recursos há de ser compatível e proporcional ao grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento, desde que o estudo específico entenda que, daquele empreendimento, possa resultar impacto ambiental. Então, presente essa relação de causalidade, estabelecer-se-á, também, uma limitação à ação administrativa do Poder Público.'* (grifei)

Destaco que a atuação dessa Suprema Corte, no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, tem como objeto de análise a norma abstratamente considerada, ou seja, o preceito legal é analisado sem estar inserido no contexto fático-probatório de qualquer caso concreto.

Nessa perspectiva, ressaltou a Ministra Cármem Lúcia em seu voto:

*'Aquiesço ao aderir, sem problemas, à interpretação com redução do texto, para se excluir o percentual previamente fixado - no sentido de ficar exatamente de acordo com a proporção entre o que causar e o que tiver de ser compensado -, que deverá ser feito nos termos da lei, mas pela autoridade administrativa correspondente.'*

Ao final dos debates, a Ministra Cármem Lúcia ainda destacou:

*'Senhor Presidente, se me permite, apenas para fazer um lembrete, que pode ser inteiramente desnecessária para o eminente Relator, mas conveniente no momento, para que depois não haja questionamento sobre o fato de termos declarado que era inconstitucional fixar percentual - e não é o que estamos dizendo, mas sim, que esse percentual não é o que está sendo admitido e que a fixação por percentual não é a única aceitável. (...)'*

Sob essa perspectiva, tem-se que a norma abstratamente analisada por essa Suprema Corte, além de ser destinada à autoridade administrativa, procurou instituir um parâmetro legitimador para o estabelecimento de um 'custo a ser imputado ao poluidor não (...) exclusivamente vinculado à imediata reparação do dano' (conforme manifestou-se o Ministro Celso de Mello), o que, por maioria de votos, entendeu-se compatível com a Constituição Federal no que disposto no § 2º do art. 225 da Constituição Federal. Transcrevo:

*'§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.'*

No caso dos autos, tem-se como ato reclamado acórdão do TRF da 4ª Região que confirmou o indeferimento do pedido de extinção da ação civil pública por perda superveniente de seu objeto, nos termos:

*'A Foz do Chapecó Energia S/A alega que a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF no julgamento da ADI 3387 acarretou a perda de objeto da presente demanda, bem como a desnecessidade de realização de perícia judicial, já que não seria mais possível a fixação da compensação ambiental com base no custo do empreendimento (fls. 805-11). (...)'*

*'(...) remanesce constitucional a possibilidade de se definir o valor da compensação a partir do custo total do empreendimento, e como essa foi a metodologia utilizada pelo IBAMA para fixar os valores discutidos nos presentes autos, deve-se prosseguir com a instrução processual.'*

Veja que o Processo nº 2006.72.02.010577-8 foi proposto pelo Ministério Público Federal em face não apenas de Foz do Chapecó Energia S.A. - ora reclamante -, mas também do próprio órgão responsável por conceder a licença ambiental - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis (IBAMA).

No pedido para a extinção da ação, a empresa Foz do Chapecó Energia S.A. indica a pretensão deduzida pelo Ministério Público Federal na referida ACP:

*'3. A base do pedido do Ministério Público Federal é que a compensação ambiental, nos termos do art. 36 da lei n. 9.985, de 2000, tinha como base de custos totais só empreendimento e que estes teriam sido avaliados incorretamente.'*

Assim, o objeto da presente reclamação não corresponde a (i) ato administrativo que, com base na referida norma, imputa custo ao poluidor fixado com base no percentual mínimo inscrito no art. 36, § 1º, da Lei nº 9.985/2000, ou (ii) decisão judicial que o valida, sem qualquer proporcionalidade com a potencialidade lesiva do empreendimento a ser implementado.

Tenho que a pretensão do reclamante consiste, em verdade, em obstar o prosseguimento de ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal após identificar possível

*irregularidade na indicação ou avaliação da dimensão do empreendimento potencialmente lesivo ao meio ambiente.*

*Destarte, não verifico a identidade entre o debate travado na presente reclamação e o julgado na ação de controle concentrado paradigmática apta a instaurar o exercício da jurisdição, em sede reclamatória, pelo Supremo Tribunal Federal.*

*Com efeito, a reclamação é meio excepcional. Deve ser utilizada subsidiariamente, à míngua de instrumentos recursais, pois não se apresenta como sucedâneo dessa espécie. [...]*

*Eventual pretensão de que seja resguardada a proporcionalidade entre o custo ambiental derivado da atividade econômica apurado e o valor imputado ao empreendedor deve ser veiculada pelos institutos processuais próprios previstos no ordenamento jurídico brasileiro, não se podendo valer da reclamatória constitucional para saltar graus jurisdicionais, fazendo subir, per saltum, a matéria à apreciação do STF (vide item 4 do capítulo II desta decisão).*

#### *IV. Dispositivo*

*Ante o exposto, nego seguimento à reclamação, nos termos do artigo 21, § 1º, do RISTF, prejudicada a apreciação do pedido liminar.*

*Publique-se. Int.*

*Brasília, 24 de maio de 2012.*

*Ministro Dias Toffoli*

*Saliente-se que, no caso concreto, o IBAMA, a partir de parecer técnico, especificamente elaborado para a UHE Foz de Chapecó, analisando vetoriais de natureza ambiental, fixou o percentual de compensação ambiental devida pelo empreendimento. E exatamente este procedimento é que foi sugerido no voto condutor do Ministro Menezes Direito, a fim de que se obtivesse proporcionalidade e nexo de causalidade entre o impacto ambiental gerado e o valor da compensação ambiental arbitrada:*

*Ou seja, numa palavra, o que teríamos que preservar é a retirada do conceito delegatório para deixar com que esse investimento do empreendedor ocorra de acordo com o grau de impacto ambiental, significativo sempre ele, para impor a sua obrigação. E o órgão ambiental, com perícia técnica, e já vimos, em várias ocasiões, isso ser feito, poderá escalonar ou definir a situação em que se justificará esse pagamento do empreendedor para preservar o meio ambiente e garantir a reposição do meio ambiente se houver o significativo impacto ambiental.*

*Não há proibição, no acórdão da ADI, de fixação da compensação com base no custo do empreendimento. O que foi retirado da redação da Lei impugnada foi o percentual mínimo. Salientem-se os seguintes votos:*

*O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: - Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, apenas um esclarecimento: a proposta de interpretação com redução de texto é no sentido de suprimir a expressão 'não pode ser inferior a meio por cento'?*

*O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO: Exatamente. Se nós tirarmos a idéia de percentual, poderá ocorrer duas coisas: uma, não haver impacto ambiental significativo e nenhuma proporcionalidade entre o impacto ambiental e a participação do empreendedor na compensação do eventual impacto; a segunda, pode ser estabelecido outro critério que não seja o de percentual sobre empreendimento, porque esse critério, como está fixado no mínimo, pode levar ao máximo, ficando absolutamente descontrolado.*

*Como se vê, não obstante o STF tenha eliminado o piso mínimo de 0,5% a título de compensação ambiental, permaneceu constitucional a possibilidade - prevista na Lei n. 9.985/00 - de o órgão ambiental fixar a verba compensatória a partir dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, restando viável, portanto, a apreciação judicial da discussão deduzida nos presentes autos quanto a tal aspecto.*

*Registre-se que o Poder Executivo Federal, em atenção à decisão do STF e para conformar a normatização federal de modo a ajustá-la ao entendimento*

*da Suprema Corte, alterou o Decreto n. 4.340/02, instituindo uma nova forma de apuração do valor da compensação ambiental. Esta nova forma de apuração - note-se - segue prevendo a utilização do custo de implantação do empreendimento como base de cálculo da compensação ambiental (art. 31-A), nos seguintes termos: 'somatório dos investimentos necessários para implantação do empreendimento'.*

*Com efeito, de ofensa à decisão do STF se poderia cogitar se a situação fosse diversa, ou seja, se o percentual fixado administrativamente tivesse sido o mínimo então vigente (0,5%). Poderia o empreendedor, então, sustentar que seu empreendimento era de impacto ambiental limitado, embora os custos fossem elevados, e que a aplicação do percentual mínimo gerara desproporção entre o impacto ambiental (pequeno, limitado) e o valor da compensação ambiental (elevado, excessivo), o que o STF quis evitar. É dizer, teria a compensação ambiental - nesta hipótese - sido fixada em valor elevado exclusivamente em razão do percentual mínimo definido em Lei, que fora declarado inconstitucional.*

*No caso concreto, porém, a situação é diversa: o percentual da compensação ambiental (1,9%), definido pelo IBAMA a partir da análise de variáveis ambientais especificamente ajustadas ao caso da UHE Foz de Chapecó, em regime de contraditório, inclusive com reconsideração da decisão que inicialmente fixou percentual ainda superior, foi - diante do elevado impacto ambiental do empreendimento - fixado bastante acima do mínimo legal.*

*Diante, portanto, do significativo impacto ambiental, constatado administrativamente, de forma técnica, segundo o devido processo legal (com expressa concordância da Foz ao final), não há que se falar em desproporção do valor devido em favor de unidades de conservação.*

*Tampouco há que se falar em aplicação, por sentença, de dispositivo declarado inconstitucional pelo STF, diante do fato de não ter sido exclusivamente o percentual mínimo declarado inconstitucional (0,5%) que levou o IBAMA - e que levará esta sentença - à quantificação da compensação ambiental devida. O valor devido pela UHE Foz de Chapecó é elevado porque decorre de impacto ambiental muito superior ao mínimo possível, fato que autoriza a majoração da compensação para valores superiores ao piso, sem que isto caracterize qualquer violação à decisão do STF.*

*A propósito, tendo o próprio STF rejeitado na Rcl 12887/DF a alegação de ofensa à autoridade de sua decisão anteriormente proferida em controle concentrado de constitucionalidade, não há mais oportunidade e conveniência na reapreciação de tal questão.*

**(c) Alegação de Termo de Compromisso Firmado entre IBAMA e Foz como Ato Jurídico Perfeito, não Impugnado na Petição Inicial, a Inviabilizar a Revisão do Valor da Compensação Ambiental**

*Sustenta a Foz (fl. 1.364) que o termo de compromisso firmado entre ela e o IBAMA, no qual consta o valor da compensação ambiental (R\$ 844.000,00), é ato jurídico perfeito, celebrado entre as partes, cuja anulação não foi*

*requerida na petição inicial, o que inviabilizaria a adoção, em sentença, de outro valor, por implicar declaração transversa de nulidade do referido termo de compromisso, sem pedido expresso em tal sentido. Seria necessário o ajuizamento de ação própria em que fosse requerida, de modo expresso, a desconstituição do referido negócio jurídico.*

*Observo que o termo de compromisso foi firmado em 10.01.2007 (fl. 413), com registro em cartório em 12.02.2007 (momento em que passou a surtir efeitos perante terceiros). Esta ação civil pública foi ajuizada anteriormente, em 14.12.2006 (fl. 03), quando o objeto do termo de compromisso (a fixação do valor da compensação ambiental devida pela UHE Foz do Chapecó, dentre outros aspectos) já estava judicializado. Tratava-se, portanto, de objeto litigioso, uma vez que a citação do réu retroage à data de propositura da ação no que tange aos efeitos materiais do ato notificatório (CPC, art. 219). O termo de compromisso é, portanto, negócio jurídico superveniente, firmado no curso do processo, a respeito do objeto litigioso, caso em que deve o magistrado levá-lo em conta quando da prolação da sentença, até mesmo de ofício, por aplicação do art. 462 do CPC:*

*Art. 462 Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.*

*Por imposição lógica e cronológica, não se pode exigir do MPF que, em sua petição inicial, sob pena de inépcia, houvesse requerido a anulação, total ou parcial, de um termo de compromisso que só viria a ser firmado após a data de ajuizamento da ação. Por outro lado, mesmo que o termo de compromisso houvesse sido firmado anteriormente à data de propositura da ação, trata-se de documento não firmado pelo MPF, contra o qual ele não produz efeitos. Neste contexto, seria viável o ajuizamento, por um terceiro interessado ou pelo MPF, este na condição de legitimado ativo extraordinário (substituto processual da coletividade prejudicada pelo acordo), de ação judicial declaratória do real valor do empreendimento e condenatória dos pactuantes ou de algum deles ao pagamento das diferenças inadimplidas.*

*Esclareço que a celebração do termo de compromisso entre os réus é, portanto, fato superveniente que será levado em consideração quando desta sentença. Como os réus veicularam acordo a respeito do objeto litigioso sem o consentimento da parte autora (MPF), que perseguia em juízo a declaração de valor diverso a título de compensação ambiental, e uma vez que esta sentença reconhece como devido um valor efetivamente superior e diverso daquele que fora acordado, declaro incidentalmente a nulidade do termo de compromisso e de quaisquer outros atos e negócios jurídicos firmados entre os réus IBAMA e Foz na parte em que fixam para a compensação ambiental devida pela UHE Foz do Chapecó valores diversos dos declarados nesta sentença.*

**(d) Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC). Compensação Ambiental (CA). Fundamento Normativo. Funções.**

A Constituição Federal vigente assim dispõe:

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

*§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...]*

*IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; [...]*

*§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.*

*§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.*

*Diante da necessidade de se conferir maior eficácia ao art. 225 da CF/88, a Lei n. 9.985/00 instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC) e estabeleceu critérios e normas para a criação, implantação e gestão das Unidades de Conservação (UC).*

*Constituído pelo conjunto de unidades federais, estaduais e municipais, o SNUC tem como objetivos (i) contribuir para a preservação e a restauração da diversidade de ecossistemas naturais, (ii) promover o desenvolvimento sustentável a partir dos recursos naturais e a utilização dos princípios e práticas de conservação da natureza no processo de desenvolvimento, (iii) proteger e recuperar os recursos naturais, dentre (iv) outros objetivos elencados no artigo 4º da referida Lei.*

*A Lei do SNUC também cuidou de criar mecanismos de arrecadação de recursos financeiros destinados ao custeio da implantação e da manutenção das unidades de conservação, fundados no princípio do poluidor-pagador. A Lei prevê que o empreendedor que pretenda instalar um empreendimento causador de significativo impacto ambiental deve contribuir financeiramente em favor de projetos ambientais, por meio da chamada Compensação Ambiental (CA).*

*O montante de recursos a ser destinado para tal finalidade deve ser fixado pelo órgão ambiental competente, de acordo com a forma de cálculo prevista no art. 36 da Lei n. 9.985/00:*

*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. [...].*

*Embora entidades e organizações empresariais tenham sustentado a inconstitucionalidade da referida contribuição financeira (CA), o STF, em abril de 2008, assentou a sua legitimidade, muito embora tenha afastado a*

*exigência legal de um valor mínimo, correspondente a 0,5% dos custos previstos, tal como fixava a redação originária da Lei n. 9.985/00 (ADI 3.378).*

*A regulamentação do art. 36 da Lei do SNUC foi feita pelo Decreto n. 4.340, de 22 de agosto 2002, posteriormente alterado pelo Decreto nº 5.566, de 26 de outubro de 2005. Também o Decreto nº 6.848, de 14 de maio de 2009, editado posteriormente à decisão do STF, alterou a redação dos dispositivos do Decreto n. 4.340/02, que assim passou a dispor em seus arts. 31 e seguintes:*

*Art. 31. Para os fins de fixação da compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei no 9.985, de 2000, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA estabelecerá o grau de impacto a partir de estudo prévio de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, ocasião em que considerará, exclusivamente, os impactos ambientais negativos sobre o meio ambiente.*

*§ 1º. O impacto causado será levado em conta apenas uma vez no cálculo.*

*§ 2º. O cálculo deverá conter os indicadores do impacto gerado pelo empreendimento e das características do ambiente a ser impactado.*

*§ 3º. Não serão incluídos no cálculo da compensação ambiental os investimentos referentes aos planos, projetos e programas exigidos no procedimento de licenciamento ambiental para mitigação de impactos, bem como os encargos e custos incidentes sobre o financiamento do empreendimento, inclusive os relativos às garantias, e os custos com apólices e prêmios de seguros pessoais e reais.*

*§ 4º A compensação ambiental poderá incidir sobre cada trecho, naqueles empreendimentos em que for emitida a licença de instalação por trecho.*

*Art. 31-A. O Valor da Compensação Ambiental - CA será calculado pelo produto do Grau de Impacto - GI com o Valor de Referência - VR, de acordo com a fórmula a seguir: (Incluído pelo Decreto nº 6.848, de 2009)*

*CA = VR x GI, onde: (Incluído pelo Decreto nº 6.848, de 2009)*

*CA = Valor da Compensação Ambiental; (Incluído pelo Decreto nº 6.848, de 2009)*

*VR = somatório dos investimentos necessários para implantação do empreendimento, não incluídos os investimentos referentes aos planos, projetos e programas exigidos no procedimento de licenciamento ambiental para mitigação de impactos causados pelo empreendimento, bem como os encargos e custos incidentes sobre o financiamento do empreendimento, inclusive os relativos às garantias, e os custos com apólices e prêmios de seguros pessoais e reais; e (Incluído pelo Decreto nº 6.848, de 2009)*

*GI = Grau de Impacto nos ecossistemas, podendo atingir valores de 0 a 0,5%. (Incluído pelo Decreto nº 6.848, de 2009)*

*§ 1º O GI referido neste artigo será obtido conforme o disposto no Anexo deste Decreto. (Incluído pelo Decreto nº 6.848, de 2009)*

*§ 2º O EIA/RIMA deverá conter as informações necessárias ao cálculo do GI. (Incluído pelo Decreto nº 6.848, de 2009)*

*§ 3º As informações necessárias ao cálculo do VR deverão ser apresentadas pelo empreendedor ao órgão licenciador antes da emissão da licença de instalação. (Incluído pelo Decreto nº 6.848, de 2009)*

*§ 4º Nos casos em que a compensação ambiental incidir sobre cada trecho do empreendimento, o VR será calculado com base nos investimentos que causam impactos ambientais, relativos ao trecho. (Incluído pelo Decreto nº 6.848, de 2009)*

*Art. 31-B. Caberá ao IBAMA realizar o cálculo da compensação ambiental de acordo com as informações a que se refere o art. 31-A. (Incluído pelo Decreto nº 6.848, de 2009)*

*§ 1º Da decisão do cálculo da compensação ambiental caberá recurso no prazo de dez dias, conforme regulamentação a ser definida pelo órgão licenciador. (Incluído pelo Decreto nº 6.848, de 2009)*

§ 2º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior. (Incluído pelo Decreto nº 6.848, de 2009)

§ 3º O órgão licenciador deverá julgar o recurso no prazo de até trinta dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada. (Incluído pelo Decreto nº 6.848, de 2009)

§ 4º Fixado em caráter final o valor da compensação, o IBAMA definirá sua destinação, ouvido o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes e observado o § 2º do art. 36 da Lei nº 9.985, de 2000. (Incluído pelo Decreto nº 6.848, de 2009)

A respeito do mesmo tema (compensação ambiental), foi editada a Resolução CONAMA n. 371/06, que 'estabelece diretrizes aos órgãos ambientais para o cálculo, cobrança, aplicação, aprovação e controle de gastos de recursos advindos de compensação ambiental', e que assim dispõe no que mais interesse à solução do litígio:

Art. 1º Esta resolução estabelece diretrizes para cálculo, cobrança, aplicação, aprovação e controle de gastos de recursos financeiros advindos da compensação ambiental decorrente dos impactos causados pela implantação de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em Estudos de Impacto Ambiental-EIA e Relatório de Impacto Ambiental-RIMA, conforme o art. 36 da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e no art. 31 do Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002.

Art. 2º O órgão ambiental licenciador estabelecerá o grau de impacto ambiental causado pela implantação de cada empreendimento, fundamentado em base técnica específica que possa avaliar os impactos negativos e não mitigáveis aos recursos ambientais identificados no processo de licenciamento, de acordo com o EIA/RIMA, e respeitado o princípio da publicidade. [...]

Art. 3º Para o cálculo da compensação ambiental serão considerados os custos totais previstos para implantação do empreendimento e a metodologia de graduação de impacto ambiental definida pelo órgão ambiental competente.

§ 1º Os investimentos destinados à melhoria da qualidade ambiental e à mitigação dos impactos causados pelo empreendimento, exigidos pela legislação ambiental, integrarão os seus custos totais para efeito do cálculo da compensação ambiental.

§ 2º Os investimentos destinados à elaboração e implementação dos planos, programas e ações, não exigidos pela legislação ambiental, mas estabelecidos no processo de licenciamento ambiental para mitigação e melhoria da qualidade ambiental, não integrarão os custos totais para efeito do cálculo da compensação ambiental.

§ 3º Os custos referidos no parágrafo anterior deverão ser apresentados e justificados pelo empreendedor e aprovados pelo órgão ambiental licenciador.

Art. 4º Para efeito do cálculo da compensação ambiental, os empreendedores deverão apresentar a previsão do custo total de implantação do empreendimento antes da emissão da Licença de Instalação, garantidas as formas de sigilo previstas na legislação vigente.

Art. 5º O percentual estabelecido para a compensação ambiental de novos empreendimentos deverá ser definido no processo de licenciamento, quando da emissão da Licença Prévia, ou quando esta não for exigível, da Licença de Instalação.

§ 1º Não será exigido o desembolso da compensação ambiental antes da emissão da Licença de Instalação.

§ 2º A fixação do montante da compensação ambiental e a celebração do termo de compromisso correspondente deverão ocorrer no momento da emissão da Licença de Instalação.

§ 3º O termo de compromisso referido no parágrafo anterior deverá prever mecanismo de atualização dos valores dos desembolsos.

Cabe salientar que a Resolução CONAMA n. 371/06 foi editada anteriormente à decisão do STF na ADI 3.378 (2008), sendo também posterior à data do início do processo de licenciamento ambiental da UHE

*Foz de Chapecó (2004), de modo que a sua aplicação ou não ao caso concreto demanda a prévia análise das regras de direito intertemporal, que serão abordadas na seqüência.*

**(e) Base de Cálculo da Compensação Ambiental. 'Custo Total Previsto'. Previsibilidade Objetiva versus Previsibilidade Subjetiva. Possibilidade de Controle Judicial nos Casos de Dolo ou Culpa do Empreendedor na Realização da Estimativa.**

*O art. 36, § 1.º, da Lei n. 9.985/00, em vigor desde a época em que o IBAMA fixou o valor da compensação ambiental (ano de 2004 - fl. 132), prevê, como base de cálculo para a fixação do valor da compensação ambiental, 'os custos totais previstos para a implantação do empreendimento'.*

*O ponto central da controvérsia, portanto, reside em definir-se a abrangência da expressão 'custos totais previstos para a implantação do empreendimento', visto que as partes divergem a respeito de 'custos' pontuais mencionados na fase de instrução e também a respeito do adequado significado da expressão 'previstos' (custo previsto versus custo real).*

*Pela redação do § 1º do art. 36 da Lei 9.985/00, é possível concluir-se que o legislador, ao adotar a expressão 'custos totais previstos', teve a intenção de fixar a verba de compensação ambiental a partir de uma estimativa de valores. Devido à própria magnitude de alguns empreendimentos hidrelétricos, seria praticamente impossível antever-se com total precisão e absoluta certeza o montante real dos custos despendidos até o final da instalação do empreendimento. A forma de cálculo escolhida pelo legislador não é, portanto, a de se apurar o valor devido a partir do custo efetivamente suportado pelo empreendimento, apurado ao final, mas sim a de, a partir de uma estimativa de custo total, realizada anteriormente à fase de operação, definir o valor da compensação ambiental.*

*Portanto, não cabe ao IBAMA, tampouco ao MPF, realizar, generalizadamente, em todo e qualquer caso de empreendimento sujeito ao pagamento da compensação ambiental, a posteriori, uma comparação entre o custo real e o custo estimado da implantação e, com base na diferença, cobrar resíduos inadimplidos. Quanto à vedação de tal procedimento para o IBAMA, a própria Resolução CONAMA n. 371/06 é clara (art. 14):*

*Art. 14. Não serão revalidados os valores combinados ou pagos, nem haverá a obrigatoriedade de destinação de recursos complementares constantes em acordos, termos de compromisso, Termos de Ajustamento de Conduta-TAC, contratos, convênios, atas ou qualquer outro documento formal firmados pelos órgãos ambientais, a título de compensação ambiental prevista no art. 36 da Lei nº 9.985, de 2000.*

*Entretanto, não obstante o legislador tenha previsto que a compensação ambiental deve ser fixada a partir de um cálculo aproximado do custo total, essa análise prospectiva deve ser leal e fidedigna, aproximando-se tanto quanto possível do custo real, já que não se trata de contribuição pecuniária facultativa, espontânea, privada, tal como uma doação realizada em favor do meio ambiente, mas de uma obrigação pecuniária de direito público, obrigatória, com critérios de apuração (base de cálculo e alíquota) fixados*

*em Lei, os quais devem necessariamente ser observados, sob pena de ilegalidade.*

*É dizer, caso se acolhesse o caráter absoluto da estimativa - não sujeita a ulterior revisão em sede judicial -, tal como defende a ré Foz, haver-se-ia de acolher a tese de que a estimativa de custo realizada pelo empreendedor consubstancia um direito potestativo do empreendedor de fixar, exclusivamente a seu critério, o valor da compensação ambiental a ser recolhida. Poderia o empreendedor, por exemplo, numa obra de R\$ 2 bilhões, estimar o seu custo total em R\$ 10 mil, seja erroneamente (culposamente), seja intencionalmente (dolosamente), subfaturando a obra e iludindo o órgão ambiental (IBAMA) quanto à compensação ambiental devida, sem que coubesse qualquer ingerência dos órgãos públicos ambientais (MMA, IBAMA) e de controle judicial (Justiça Federal). Ademais, se a obrigação 'ex lege' (CA) foi descumprida, por recolhimento a menor, impedir a sua revisão em juízo, mediante fixação do valor correto, constituiria negativa de jurisdição, em afronta à garantia inscrita no art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal ('a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'), já que a coletividade, representada em juízo pelo autor formal da ACP (MPF), tem inegável direito ao recebimento do valor correto da compensação ambiental devida pelo empreendimento causador de significativa degradação ambiental.*

*Na expressão 'custo total previsto', percebe-se que, do ponto de vista gramatical, literal, o termo 'previsão' abrange uma perspectiva subjetiva e uma perspectiva objetiva. O que a Lei define como base de cálculo da compensação ambiental é a previsão objetiva (intersubjetivamente controlável) do custo total de implantação do empreendimento, e não a previsão subjetiva realizada pelo empreendedor à época do licenciamento. Como se trata de termo ('previsão') constante de norma jurídica, a base de cálculo da compensação ambiental deve ser entendida como o custo total que o empreendedor devia ter previsto (plano do 'dever ser'), e não o custo total que o empreendedor efetivamente previu (plano do 'ser') - mesmo que erroneamente -, sob pena de se reconhecer um direito potestativo do empreendedor de fixar, a seu exclusivo critério, o valor a ser recolhido, mesmo que tenha realizado tal previsão mediante dolo ou culpa grave. A Lei não protege a estimativa subjetiva de custo, realizada pelo empreendedor, com tamanha blindagem a ponto de torná-la inquestionável. Entendimento diverso chancelaria a possibilidade de fraude à norma de ordem pública sem viabilidade de controle administrativo ou judicial. Portanto, o fato da Lei prever como base de cálculo os 'custos totais previstos' não gera imunidade judicial à revisão de estimativas ou previsões erroneamente realizadas pelo empreendedor, seja por incúria, seja por dolo, ao contrário do que defende a Foz.*

*Isto não significa que, sob pena de cobrança das diferenças, deva-se inadmitir qualquer diferença entre o custo total previsto e o custo total efetivado. Exigir-se do empreendedor, na ausência de dolo ou culpa, que*

*recolha a diferença a título de compensação ambiental sempre significaria inverter o sistema legalmente previsto, que é de fixação do valor devido a título de CA na fase prévia à instalação, por estimativa, e não após a realização da implantação, mediante apuração a posteriori do valor que, ao fim e ao cabo, foi efetivamente gasto. É natural que haja, sempre, alguma diferença entre custo previsto e custo realizado, mas ela deve ser justificável, e não decorrente de previsões elaboradas incorretamente, com substancial discrepância. A análise do caso concreto demonstrará ao magistrado se as diferenças encontradas são ou não relevantes, quais os motivos para tanto e se há culpa ou dolo do empreendedor.*

*Também o TRF da 4.<sup>a</sup> Região, ao negar provimento ao AI nº 00061705320114040000, interposto pela Foz do Chapecó Energia contra a decisão das fls. 1072/1075, adotou esta mesma orientação:*

*Com efeito, o IBAMA adotou como critério para a fixação dos valores da compensação (discutidos na ação civil pública) o valor do empreendimento, no percentual de 1,9% (um vírgula nove por cento). Desse modo, se porventura a prova pericial a ser realizada na ação civil pública demonstrar que o valor do empreendimento indicado por ocasião da licença prévia ambiental não condiz com a realidade dos custos efetivos da obra, sendo estes superiores, será coerente e necessário que o valor fixado para a compensação ambiental seja majorado.*

*No caso concreto, vale salientar que a estimativa de custo foi realizada cerca de 7 (sete) anos antes da data de assinatura do termo de compromisso que, adotando seus valores nominais, gerou o valor de compensação ambiental apontado como incorreto pelo MPF, sem que houvesse sequer a aplicação de correção monetária aos valores entre a data de estimativa e a data do termo de compromisso.*

*Por outro lado, os valores encontrados na perícia judicial para o custo do empreendimento superam em mais de 200% o valor estimado pelo empreendedor para a implantação da UHE.*

*Observo também que a perícia contábil constatou (fl. 06) que, em determinadas rubricas, não sujeitas a integrarem a base de cálculo da compensação ambiental ('custos dos juros da usina' e 'custos do sistema de transmissão'), o erro entre o valor estimado e o valor efetivamente gasto foi percentualmente muito inferior ao erro existente quanto à rubrica cujos valores integram a base de cálculo da compensação ambiental ('custos da usina sem juros'), estes de 248,127% (R\$ 2.094.694.258,39 / R\$ 844.202.000,00).*

*Portanto, estão presentes indícios de grave incorreção da estimativa do empreendedor. Não é necessário, a meu ver, definir-se se havia ou não dolo de subfaturar o valor da compensação ambiental, porque a culpa grave já é suficiente para justificar a cobrança de diferenças inadimplidas. Não se trata de divergência de 5%, 10%, 20%, 50% ou até mesmo de 100%, 150%, entre o custo previsto e o custo efetivado, mas de divergência muito superior (248,127%), que foge ao juízo de razoabilidade e inviabiliza a preservação do valor incorretamente estimado pelo empreendedor.*

*(f) Modificações Sucessivas do Regime Jurídico Aplicável à Apuração da Base de Cálculo da Compensação Ambiental. Aplicação das Normas de Direito Intertemporal. Decreto n. 6.848/09 e Resolução n. CONAMA n. 371/06. Natureza Interpretativa versus Modificativa. Retroatividade Parcial.* Quando determinado ramo do Direito é marcado pela constante alteração legislativa e pelo advento constante de novas espécies normativas - tal como ocorre no Direito Ambiental -, não é difícil a percepção de que o aplicador da norma deverá resolver as questões referentes ao direito intertemporal.

A compensação devida ao SNUC está positivada como uma prestação pecuniária obrigatória, devida por empreendedores cujos empreendimentos sejam considerados, pelo órgão ambiental competente, de significativo impacto ambiental.

Embora, na época do licenciamento ambiental, a fixação da compensação ambiental fosse norteada pelas disposições do art. 36 da Lei nº 9.985/00 e do Decreto nº 4.340/02, é possível a aplicação retroativa parcial do Decreto nº 6.848, de 14 de maio de 2009, que incluiu o § 3.º ao art. 31 do Decreto 4.340/02, bem como das disposições da Resolução CONAMA n. 371/06, na parte em que estabelecem regras de exclusão da base de cálculo.

A Resolução CONAMA nº 371/2006, no seu art. 3º, assim dispõe:

Art. 3º Para o cálculo da compensação ambiental serão considerados os custos totais previstos para implantação do empreendimento e a metodologia de graduação de impacto ambiental definida pelo órgão ambiental competente.

§ 1º Os investimentos destinados à melhoria da qualidade ambiental e à mitigação dos impactos causados pelo empreendimento, exigidos pela legislação ambiental, integrarão os seus custos totais para efeito do cálculo da compensação ambiental.

§ 2º Os investimentos destinados à elaboração e implementação dos planos, programas e ações, não exigidos pela legislação ambiental, mas estabelecidos no processo de licenciamento ambiental para mitigação e melhoria da qualidade ambiental, não integrarão os custos totais para efeito do cálculo da compensação ambiental.

A compensação imposta na fase do licenciamento ambiental divide-se em duas espécies: (i) compensação financeira (Lei n. 9.985/00, art. 36); e (ii) compensação in natura. Quanto a esta última, pode o órgão ambiental, para deferir a licença ambiental, impor obrigações compensatórias ao empreendedor, como por exemplo a de plantar um determinado número de árvores silvestres em uma área próxima da afetada. Como se trata de uma forma alternativa de compensar o dano ambiental causado pelo empreendimento licenciado, que atua conjuntamente com a compensação financeira na recomposição do meio ambiente, é razoável que seus valores não integrem a base de cálculo desta última, sob pena de bis in idem.

Porém, não se deve confundir tal obrigação (compensação ambiental específica) com os gastos incorridos pela usina para respeitar deveres gerais de cumprimento da legislação ambiental, o que será aprofundado na apreciação das impugnações da Foz ao laudo contábil. Tais gastos devem integrar a base de cálculo, como dispõe a própria Resolução CONAMA nº 371/2006, no seu art. 3.º, § 1.º:

§ 1º Os investimentos destinados à melhoria da qualidade ambiental e à mitigação dos impactos causados pelo empreendimento, exigidos pela legislação ambiental, integrarão os seus custos totais para efeito do cálculo da compensação ambiental.

Outras exclusões da base de cálculo são promovidas pelo Decreto n. 4.340/02 (art. 31, § 3.º), na redação do Decreto n. 6.848/09:

§ 3º Não serão incluídos no cálculo da compensação ambiental os investimentos referentes aos planos, projetos e programas exigidos no procedimento de licenciamento ambiental para mitigação de impactos, bem como os encargos e custos incidentes sobre o financiamento do empreendimento, inclusive os relativos às garantias, e os custos com apólices e prêmios de seguros pessoais e reais.

É razoável considerar de natureza interpretativa, e não modificativa, as causas de exclusão acima previstas, por se referirem a encargos financeiros 'lato sensu'. Tivesse o empreendedor, por exemplo, quando da implantação da unidade, em poder próprio, a totalidade dos recursos financeiros necessários, conseguiria ele absorver o 'custo total previsto' independentemente do gasto com mútuos (juros), apólices securitárias e garantias pessoais e reais, o que configura estas despesas como acessórias, laterais, secundárias.

Portanto, quanto às normas acima referidas, admito a natureza interpretativa e a consequente retroatividade.

Por outro lado, inadmito a retroatividade do Decreto nº 6.848, de 14 de maio de 2009, na parte em que ele tornou máxima a alíquota de 0,5% no cálculo da compensação ambiental. É que se trata, no caso, de uma nova norma, responsável pela instauração de um regime jurídico inovador, modificativo, alterador do valor que era devido no regime jurídico anteriormente vigente, em que a compensação podia, validamente, ser cobrada em alíquota superior a 0,5% dos custos totais previstos para o empreendimento.

É aplicável por analogia, a meu ver, o art. 106 do CTN, que prevê os casos de retroatividade da Lei superveniente e mais benéfica ao contribuinte:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Primeiramente, saliento que a compensação ambiental não tem natureza jurídica tributária (não se trata de imposto, taxa ou contribuição 'strictu sensu'), mas indenizatória, compensatória, resarcitória, fundada na necessidade de recomposição do dano ambiental provocado por um empreendimento, tratando-se de manifestação concreta do princípio do poluidor-pagador.

Voltando ao art. 106 do CTN, quando, por exemplo, em matéria tributária, nova Lei reduz o valor de multas, sejam elas decorrentes de pura mora ou de infração a obrigações tributárias acessórias, ela se aplica retroativamente, alcançando situações não definitivamente julgadas. Note-se, porém, que este regime benéfico se aplica a um consectário (multa), e não à verba principal

(tributo). A redução ou perdão deste (tributo) pela legislação superveniente depende de previsão legal expressa.

No caso concreto, pretende-se a aplicação retroativa de um regime mais benéfico ao particular (administrado) em relação à verba principal (compensação ambiental), e não a consectários decorrentes do seu inadimplemento (multas, p. ex.). Da mesma forma como uma nova Lei que reduz a alíquota de um tributo só se aplica aos fatos geradores posteriores à data de sua vigência, não reduzindo, por si só, os créditos tributários decorrentes de fatos geradores anteriormente perfectibilizados, um novo regramento que reduza a alíquota da compensação ambiental só se aplica àquelas compensações cujos fatos geradores venham a ocorrer posteriormente ao advento deste novo regime jurídico. Para que houvesse retroação da nova e inferior alíquota, seria necessária previsão expressa de isenção, remissão ou perdão, total ou parcial, do débito anteriormente contraído, no conjunto normativo superveniente, previsão esta que não existe na espécie.

Ao decidir pela implantação do empreendimento de elevado impacto ambiental, o consórcio - hoje sucedido pela sociedade por ações - contraiu uma obrigação (passivo) de 1,9% do custo do empreendimento, inclusive concordando com tal obrigação de forma expressa no processo administrativo que tramitou perante o IBAMA. A admitir-se a retroatividade pura e simples do percentual, sustentaria a Foz o direito à repetição de indébito, caso já houvesse promovido o pagamento?

Não se pode olvidar que a alíquota da compensação ambiental, assim como foi reduzida, pode vir a ser aumentada caso o Governo Federal decida aperfeiçoar a proteção ambiental, angariando mais recursos escassos para criação e administração de unidades de conservação. Fazendo uma analogia com o Direito Penal, em que a Lei material superveniente sempre retroage para beneficiar o réu, com fundamento na humanização progressiva das penas - já que a diminuição da pena caracteriza diminuição da brutalidade, da agressividade, da violência da sociedade no tratamento de infrações penais e o reconhecimento de que o regime jurídico anterior afrontava, em certa medida, a natureza humanitária do Direito Penal -, no caso da compensação ambiental não se pode fazer o mesmo raciocínio, a fim de sustentar que a alíquota, sempre que diminuída, representa um aperfeiçoamento do sistema, que deve retroagir para beneficiar o empreendedor.

Haverá épocas em que, pela escassez de recursos destinados às unidades de proteção ambiental, terá a sociedade uma maior necessidade de angariar recursos, podendo - diante da natureza estimativa do futuro impacto ambiental, que tem a compensação ambiental financeira (definida anteriormente ao efetivo surgimento do dano ambiental) - definir alíquotas maiores da compensação. Em outras épocas ocorrerá o contrário, ou seja, uma menor necessidade de recursos, de um lado, ou, de outro, uma maior necessidade de geração de energia elétrica no País, por exemplo, a justificar

*a diminuição de encargos devidos pelos empreendedores interessados em atuar neste setor. Há fatores conjunturais, que se alteram ao longo do tempo, tanto no sentido de diminuir quanto de aumentar a alíquota devida a título de compensação ambiental.*

*Voltando à analogia com o Direito Penal, o que se aplicaria na espécie não seria a retroatividade impositiva da nova lei mais benéfica, mas a ultratividade da lei temporária ou excepcional - fundada em razões extrafiscais, momentâneas, conjunturais, instáveis - mesmo diante da superveniência de um novo regime jurídico, conforme prevê o art. 3.º do Código Penal ('A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência').*

*Portanto, não há que se falar em necessária retroatividade 'benéfica' da nova e inferior alíquota, mas sim de aplicação do regramento normativo vigente à época do licenciamento ambiental, com fundamento no princípio tempus regit actum.*

**(g) Base de Cálculo da Compensação Ambiental. Hipóteses de Exclusão. Taxatividade do Rol.**

*Diante da magnitude dos impactos ambientais decorrentes da instalação de usinas hidrelétricas, a legislação adota um conceito amplo, conglobante, abrangente, relativamente aos gastos, despesas e custos que devem integrar a base de cálculo da compensação ambiental, o que é feito mediante adoção, na Lei n. 9.985/00, do termo 'totais', que denota totalidade, globalidade, universalidade no cômputo de custos ('custos totais previstos para a implantação do empreendimento').*

*Portanto, a base de cálculo deve englobar, em princípio, os valores relativos a todos os componentes previstos no projeto, desde a fase inicial de viabilidade do empreendimento até a data de sua efetiva operação, excetuados apenas os custos e investimentos em relação aos quais exista previsão normativa indicando expressamente a exclusão.*

*A propósito, Paulo Affonso Leme Machado (in Direito Ambiental Brasileiro, 18ª Ed., 2010, p. 868) leciona que o 'custo da implantação' abrange o custo do empreendimento planejado até a fase da plena produção, isto é, de operação. Não se trata, portanto, do custo exclusivo de construção da usina e nela embutido (tijolos, cimento etc.). Também não cabe interpretar 'implantação' como se de 'instalação' se tratasse. Eis o raciocínio que embasou tal conclusão:*

*A pesquisa do significado do termo 'implantar' em diversas línguas tem sua utilidade, pois contribui para se ter uma justa dimensão jurídica da expressão 'custo da implantação'. Implantar uma indústria não é a mesma coisa que construir uma casa. Nesta, dependendo do grau de conforto que se queria, feitos a alvenaria e o telhado e instalada a parte elétrica e hidráulica, já há a possibilidade para abrigar o ser humano. A implantação de uma indústria requer não só a construção das unidades ou plantas industriais, como sua ocupação com a maquinaria que vai fazê-la operar, com a tecnologia adequada, inclusive com o tratamento e disposição final dos efluentes e rejeitos. O conceito de 'implantação' é mais amplo do que o*

conceito de 'instalação'. A implantação supõe a possibilidade imediata do funcionamento completo da unidade, culminando com a licença de operação.

Considerando que os objetivos da Lei do SNUC foram o de (i) criar mecanismos de compensação para os impactos negativos e não mitigáveis aos recursos naturais (art. 36, § 1.º) e, ainda, o de (ii) reparar o dano futuro - provável, potencial e não meramente hipotético -, bem como o fato de que, no caso em apreço, se trata de instalação de empreendimento hidrelétrico de grande porte, causador de grande impacto ambiental, deve prevalecer o interesse maior da proteção ambiental, em detrimento dos interesses econômicos do empreendedor, de modo a concluir-se que as hipóteses de exclusão de verbas do valor da compensação integram um rol exaustivo, insuscetível de qualquer interpretação extensiva (*numerus clausus*).

Reconheço, porém, a possibilidade de exclusão de determinados custos, mesmo que previstos em regras de exclusão que não estavam vigentes à época de definição administrativa do valor da compensação ambiental, ante sua natureza, a meu ver, declaratória, e não constitutiva (modificativa), da base de cálculo, tal como acima exposto.

Portanto, de acordo com as hipóteses elencadas pelo Decreto nº 6.848/09, não devem integrar a base de cálculo da compensação ambiental, em síntese, i) os gastos incorridos em razão de planos, projetos e programas exigidos no procedimento de licenciamento ambiental para mitigação de impactos; ii) os encargos e custos incidentes sobre o financiamento do empreendimento, inclusive os relativos às garantias, e os custos com apólices e prêmios de seguros pessoais e reais.

**(h) Quantificação no Caso Concreto:**

**(h.i) Base de Cálculo da Compensação Ambiental: Custos do Empreendimento. Desatualização Monetária do Valor Orçado no Período entre 06/1999 e 01/2007**

No caso dos autos, a Foz do Chapecó apresentou o valor dos custos do empreendimento a partir dos dados constantes do documento denominado *Orçamento Padrão Eletrobrás* (fls. 1303/1314), relativo a junho de 1999, e que foi utilizado em outubro de 1999 no processo de licitação. Tal documento noticiou a previsão de investimentos no montante de R\$ 844.201.596,58.

Independentemente da comprovação de erro, culposo ou doloso, nesta estimativa, o fato é que tais valores remontam a 06/1999 e foram utilizados para pagamento da compensação ambiental, de forma parcelada, entre 01/2007 e 01/2009 (fls. 411 e 420), sem qualquer correção monetária. Entre a competência à qual remonta a estimativa (06/1999) e a competência de pagamento da primeira parcela (01/2007) transcorreram cerca de 6 anos e meio, o que evidentemente defasou o valor real devido. Cabe à correção monetária garantir a manutenção do valor real diante da desatualização do valor nominal por força da inflação. Saliente-se a manifestação do perito judicial (fls. 1.344/1.345):

Analisando-se a documentação juntada aos autos, bem como aquela verificada junto à contabilidade da empresa, entendemos que o orçamento com valores de junho de 1999 e apresentado à Eletrobrás em outubro de 1999 era parte do estudo de viabilidade elaborado

*pelas empresas DESENVIX e ENGEVIX, que foi protocolado junto à Eletrobrás, com o objetivo de concessão do empreendimento.*

*A concessão foi outorgada pela ANEEL em 15 de outubro de 2001, sendo que o contrato de concessão foi assinado em 07/11/2001. Todavia, entre a data de elaboração do referido orçamento e a data da concessão do licenciamento ambiental em setembro de 2004, já haviam transcorrido mais de 05 anos. É importante ressaltar, por exemplo, que a inflação medida pelo INPC-IBGE entre junho de 1999 e setembro de 2004 foi de aproximadamente 60%. Portanto, à época de início das obras (após a licença ambiental concedida pelo IBAMA em setembro de 2004), já havia uma defasagem considerável no orçamento provocada pela inflação desse período.*

*Portanto, mesmo que se adotasse a posição de preservar a estimativa do empreendedor, não a substituindo pelo efetivo custo do empreendimento, apurado a posteriori, por perícia contábil, o pedido seria no mínimo em parte procedente, pois está claro o pagamento a menor da compensação ambiental decorrente da utilização, como base de cálculo, de valores nominais que se reportavam, em 01/2007 - quando foi firmado o termo de compromisso entre a Foz e o IBAMA -, a em torno de 7 anos e 5 meses atrás.*

*A correção monetária, diante do longo período transcorrido, era impositiva, sob pena de evidente diminuição do valor devido pelo empreendedor. Cabia ao IBAMA, quando firmado o termo de compromisso, ter previsto não apenas a correção monetária daquela data em diante, mas também que o índice então definido pelas partes (IGP-M) atualizaria o valor orçado até a data de efetivo pagamento, desde o mês a que se reportava o valor nominal estimado.*

*Inobstante já estar esclarecido o erro na base de cálculo da compensação ambiental, passo a analisar o laudo pericial nos demais aspectos, uma vez que o MPF pretende demonstrar não apenas a desatualização, mas também a incorreção do valor estimado dos custos totais de implantação da UHE Foz de Chapecó.*

*Analisando-se as informações constantes do Orçamento da Eletrobrás, percebe-se que se trata de um documento padrão que indica, a valores de 'OUT/1999' (fl. 1.303), as principais despesas necessárias para a instalação de uma usina hidrelétrica (fls. 1309/1314).*

*Embora seja certo dizer que seria praticamente impossível ao empreendedor prever com total segurança todos os custos que seriam necessários para a instalação da usina, era plenamente exigível que pelo menos tivesse apresentado um orçamento com valores atualizados à época da concessão da licença prévia ou da licença de instalação. Contrariamente a isso, o que se verificou é que o Orçamento da Eletrobrás foi produzido em junho de 1999, ou seja, mais de cinco anos antes da concessão da licença de instalação (LI nº 284/2004, v. fl. 103).*

*A par disso, o MPF juntou aos autos notícias veiculadas na imprensa pelo próprio empreendimento, referentes ao ano de 2006, dando conta de que a construção da usina absorveria um investimento de mais de 2 (dois) bilhões de reais (fls. 275/276).*

*Também consta dos autos informação apresentada pelo BNDES (fl. 593) no sentido de que a Foz do Chapecó apresentou pedido de financiamento com*

*operação de project finance de até R\$ 1,655 bilhões. Nesse mesmo documento consta afirmação do BNDES no sentido de que, 'segundo informações prestadas pela empresa, o investimento total previsto é de R\$ 2,207 bilhões'.*

*Nesse ponto cai por terra a alegação da Foz do Chapecó Energia no sentido de que, na época da licença de instalação (no ano de 2004 - fl. 103), não tinha condições de prever os custos totais necessários ao empreendimento, pois, no ano de 2006, ela própria já divulgava notícias de que o aporte financeiro seria de mais de R\$ 2 bilhões.*

*A perícia judicial, realizada a partir dos registros contábeis e fiscais da empresa, também evidenciou que, em relação à maioria dos itens relacionados no orçamento da Eletrobrás (utilizado para a fixação do valor da compensação), houve uma diferença contabilizada a maior (fl. 1.215, item 04; fl. 1.221/1229, planilha 01).*

*Embora os custos estimados no Orçamento da Eletrobrás pudessem refletir as previsões válidas para o momento em que realizado o orçamento (no ano de 1999), era obrigação do empreendedor a de considerar os aumentos de custos referentes à variação da inflação, as variações cambiais e outras oscilações de provável acontecimento, considerado o longo lapso temporal decorrido até a expedição da licença. Até mesmo os gastos complementares com eventual atraso da obra poderiam ter sido levados em consideração na previsão de custos.*

*Observo também que a perícia contábil constatou (fl. 06) que, em determinadas rubricas, não sujeitas a integrarem a base de cálculo da compensação ambiental ('custos dos juros da usina' e 'custos do sistema de transmissão'), o erro entre o valor estimado e o valor efetivamente gasto foi percentualmente muito inferior ao erro existente quanto à rubrica cujos valores integram a base de cálculo da compensação ambiental ('custos da usina sem juros'), estes de 248,127% (R\$ 2.094.694.258,39 / R\$ 844.202.000,00).*

*Tais elementos, a meu ver, tornam inequívoca a conclusão de que o custo do empreendimento adotado pelo órgão ambiental em 01/2007 para a fixação do montante da compensação ambiental foi subfaturado, não condizendo com a realidade dos investimentos da usina hidrelétrica, independentemente de se saber se tal subfaturamento foi culposo ou doloso.*

*Considerando que o IBAMA se utilizou de dados que não refletiam a realidade do empreendimento em relação aos custos inicialmente previstos, isso evidencia a presença de vício de legalidade na decisão administrativa do órgão ambiental - termo de compromisso -, nulo no ponto em que fixa o valor defasado como base de cálculo, de um lado; e, de outro, impõe a complementação do valor da verba de compensação ambiental devida pelo empreendedor.*

**(h.ii) Despesas, Custos e Gastos que Devem ser Excluídos da Base de Cálculo**

*Conforme já fundamentado, as possibilidades de exclusão de verbas relativas aos custos do empreendimento constituem rol taxativo, que, de acordo com o Decreto nº 6.848/09, abrange os seguintes tópicos:*

- i) planos, projetos e programas exigidos no procedimento de licenciamento ambiental para mitigação de impactos;
- ii) encargos e custos incidentes sobre o financiamento do empreendimento, inclusive os relativos às garantias, e os custos com apólices e prêmios de seguros pessoais e reais.

*Segundo a Resolução CONAMA n. 371/06 (art. 3.º), as exclusões são as seguintes:*

*§ 1º Os investimentos destinados à melhoria da qualidade ambiental e à mitigação dos impactos causados pelo empreendimento, exigidos pela legislação ambiental, integrarão os seus custos totais para efeito do cálculo da compensação ambiental.*

*§ 2º Os investimentos destinados à elaboração e implementação dos planos, programas e ações, não exigidos pela legislação ambiental, mas estabelecidos no processo de licenciamento ambiental para mitigação e melhoria da qualidade ambiental, não integrarão os custos totais para efeito do cálculo da compensação ambiental.*

*Segundo o perito, os encargos incidentes sobre o financiamento do empreendimento (juros) totalizam a quantia de R\$ 319.490.280,13. Os gastos com apólices de seguros foram de R\$ 21.716.277,59. Tais montantes, de acordo com Decreto nº 6.848/09, devem ser excluídos dos custos do empreendimento.*

*Os valores despendidos a título de assessoria financeira (R\$ 1.604.357,83) não podem ser considerados 'encargos e custos incidentes sobre o financiamento', mas despesas realizadas com o fim de propiciar maior funcionalidade ou otimizar a atividade empresarial. Tem razão o perito no ponto ao afirmar que (fl. 1.348) 'o valor de R\$ 1.604.357,83, referente à assessoria para obtenção de financiamento, [...] deve ser tratado como custo administrativo indireto e não juntamente com os encargos financeiros previstos no art. 1º do Decreto 6.848/09.'. Tal valor deve, portanto, integrar o montante dos custos do empreendimento.*

*O Licenciamento Ambiental é realizado por meio de procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso. Desse modo, quando se fala em planos, projetos e programas exigidos no procedimento de licenciamento ambiental, estão aí compreendidos todos os gastos exigidos pelo órgão ambiental e realizados pelo empreendedor, durante o processo administrativo de licenciamento, como requisito necessário à outorga das licenças ambientais necessárias à instalação e operação da usina.*

*A pretensão da ré Foz de, com base na Resolução CONAMA nº 371/2006 (art. 3º, § 2º), retirar da base de cálculo gastos genéricos com respeito ao meio ambiente (v.g., despesas contabilizadas na conta 'Meio Ambiente e Viabilidade') deve, pois, ser rejeitada. No caso concreto, o perito evidenciou que os custos com planos, projetos e programas exigidos no procedimento de*

licenciamento ambiental (incluindo R\$ 16.035.999,80 referentes à compensação ambiental) atingem o montante de R\$ 490.559.092,84.

Entendo que os valores relativos à verba de compensação ambiental (R\$ 16.035.999,80) não devem ser incluídos no montante dos custos de instalação do empreendimento, porque o cálculo se destina, no caso, à apuração do valor da própria compensação ambiental, não sendo razoável presumir que a legislação determina a inclusão de uma verba na base (de cálculo) de seu próprio cálculo. Situações como esta podem ocorrer - pense-se no caso de inclusão do ICMS dentro de sua própria base de cálculo ('cálculo por dentro') -, mas não podem ser presumidas, diante de sua característica extraordinária. Quanto às despesas de R\$ 490.559.092,84, não há demonstração nem comprovação, pela Foz, de que se trata de gasto com "investimentos destinados à elaboração e implementação dos planos, programas e ações, não exigidos pela legislação ambiental, mas estabelecidos no processo de licenciamento ambiental para mitigação e melhoria da qualidade ambiental". Na falta de provas, presumo que se trata de gastos ambientais genéricos, os quais não devem ser excluídos da base de cálculo, conforme prevê a Resolução CONAMA n. 371/06 em seu art. 3.º, inciso I ('Os investimentos destinados à melhoria da qualidade ambiental e à mitigação dos impactos causados pelo empreendimento, exigidos pela legislação ambiental, integrarão os seus custos totais para efeito do cálculo da compensação ambiental'). No mesmo sentido manifestou-se o perito, que, mesmo analisando a documentação que lhe foi apresentada pela Foz, concluiu o seguinte (fl. 1.346):

Os custos com planos, projetos e programas ambientais, inclusive os R\$ 16.035.999,80 da compensação ambiental, constam na resposta ao quesito 01, letra 'a', na fl. 1.216, cujo valor é de R\$ 490.559.092,84. Analisando os custos ambientais contabilizados pela empresa, verificamos que os mesmos decorrem de previsão legal, sendo que não constatamos investimentos ambientais não previstos em legislação (mera liberalidade da empresa).

Saliento que a normatização aplicável à espécie não permite o afastamento, da base de cálculo, de todas e quaisquer despesas com o respeito ao meio ambiente (gênero). Somente uma parte destas despesas (espécie) é dedutível. Para que se promovesse a dedução, deveria a ré Foz ter comprovado a perfeita subsunção dos gastos ambientais à previsão normativa de 'investimentos destinados à elaboração e implementação dos planos, programas e ações, não exigidos pela legislação ambiental, mas estabelecidos no processo de licenciamento ambiental para mitigação e melhoria da qualidade ambiental'. O ônus da prova da referida subsunção era da Foz. Também vale salientar no ponto que o orçamento padrão Eletrobrás, com o qual a Foz estava de acordo, previa - contidas nos cerca de R\$ 844 milhões inicialmente orçados - diversas despesas ambientais, não tendo a Foz requerido perante o IBAMA a respectiva dedução, precisamente - conluio, baseado na aplicação do ônus da prova - porque se tratava de despesas ambientais genéricas, e não das despesas ambientais de que trata o art. 3.º, § 2.º, da Resolução CONAMA n. 371/06.

*Também os gastos com a elaboração do EIA/RIMA, porque anteriores à fase de licenciamento, não constituem, tecnicamente, 'investimentos destinados à elaboração e implementação dos planos, programas e ações, não exigidos pela legislação ambiental, mas estabelecidos no processo de licenciamento ambiental para mitigação e melhoria da qualidade ambiental'. Os gastos com EIA/RIMA são anteriores à fase de licenciamento, e não decorrentes de imposições do órgão ambiental realizadas durante tal fase. Novamente tem razão o perito ao afirmar que (fl. 1.348) 'o valor de R\$ 30.301.942,47, referente a estudos de viabilidade ambiental, é também um custo administrativo indireto [...]'. O EIA/RIMA, embora seja um gasto relacionado à proteção ambiental, é uma despesa de todo e qualquer empreendedor que pretenda instalar uma usina hidrelétrica de elevado impacto ambiental, e não um gasto especificamente decorrente de imposições do órgão ambiental licenciador, realizadas durante a fase de licenciamento, destinadas por exemplo à compensação in natura do meio ambiente (p. ex., plantio de árvores em área próxima da afetada).*

*Relativamente aos impostos 'lato sensu' (PIS, COFINS, ISS, ICMS...), trata-se de gastos embutidos no preço dos equipamentos e materiais adquiridos pelo empreendedor, bem como nos serviços a ele prestados. Trata-se de gastos compreendidos no conceito de 'custo total de implantação da usina'. Tem razão o perito ao integrar tais valores no custo do empreendimento.*

*Em relação às despesas com os serviços e compras de equipamentos, aos valores arrolados como 'outros custos' (Incorporação do Diferido da FCE, Custos relativos a leilão e comercialização de energia, custos de visita à obra pelo Presidente da República e treinamento de equipe de pessoal própria para suporte à UHE), aos valores com Montagem e Administração do Proprietário, Engenharia do Proprietário, Projetos, etc., contrariamente ao que defende a Foz do Chapecó, tais valores estão relacionados à efetiva operacionalização da usina. Aplica-se no ponto a posição anteriormente exposta no sentido de que os 'custos totais previstos' para a implantação do empreendimento englobam os valores relativos a todos os componentes previstos no projeto, desde a fase inicial de viabilidade do empreendimento até a sua efetiva operação, salvo exclusão expressa, que não existe na espécie.*

*Não interessa, no ponto, analisar se cada um dos gastos gerou, em si mesmo e isoladamente, dano ao meio ambiente, porque a técnica legislativa é de apuração do dano ambiental a partir de um elemento presuntivo, que é o custo total de implantação. Presume o legislador que usinas de maior custo envolvem maior número de trabalhadores, maior área afetada, maior transporte de maquinário e equipamentos, maior tempo de instalação, maior deslocamento de pessoas e coisas na área afetada (alagada), dentre outros aspectos, razão pela qual - presumidamente - provocam um maior dano ambiental, o que impõe o pagamento de uma maior compensação ambiental. Não é necessário, portanto, que todo e qualquer custo provoque isoladamente dano ambiental. Se assim fosse, despesas com salários de trabalhadores que*

*jamais compareceram à obra in loco, mas que trabalharam direta e exclusivamente para viabilizá-la (assessoria de escritório), seriam dedutíveis, o que não ocorre.*

*É legítimo que o legislador preveja mecanismos presuntivos do tamanho do dano ambiental provocado, sob pena de adicionar enorme complexidade ao processo de apuração do valor da compensação ambiental, gerando a necessidade, por exemplo, de realização de perícia ambiental do dano, componente por componente, o que reverteria contra os interesses do próprio empreendedor, que teria de arcar com os respectivos custos.*

*Registre-se que tal entendimento não gera qualquer efeito surpresa ao empreendedor, que, ao decidir realizar o negócio, assumiu expressamente - contraindo-a em seu passivo - a obrigação de arcar com 1,9% dos 'custos totais previstos'. Observo, ademais, que muitos dos componentes ora impugnados pela Foz constam dentro da base de cálculo da compensação no próprio orçamento padrão da Eletrobrás, com o qual a Foz, administrativamente, esteve de acordo.*

*O custo do sistema de transmissão (R\$ 143.593.967,35) não deve integrar a base de cálculo, uma vez que foi objeto de licenciamento próprio, no qual incidiu a compensação ambiental, o que é incontrovertido entre as partes, embora não esteja provado nos autos. Aplica-se por analogia o art. 31, § 4.º, do Decreto n. 4.340/02 ('A compensação ambiental poderá incidir sobre cada trecho, naqueles empreendimentos em que for emitida a licença de instalação por trecho').*

**(i) Pretensão Defensiva de Alteração do Percentual (Alíquota) da Compensação Ambiental: Rejeição. Fundamentos.**

A Foz do Chapecó Energia argumenta que, caso viesse a ser alterada a base de cálculo da compensação ambiental - o que efetivamente ocorreu -, a alíquota deveria reduzida de 1,9% para 0,5%. Rejeito a pretensão pelos seguintes fundamentos.

**(i.i) Preclusão**

O pedido do MPF, exposto na petição inicial, foi de condenação da Foz ao pagamento de diferença de compensação ambiental decorrente da majoração da base de cálculo. A alegação de incorreção do percentual é fato modificativo do alegado direito exposto pelo autor, devendo, pois, ser formulada em contestação e comprovada durante a fase de instrução. No caso, observo que o pedido defensivo de alteração do percentual não foi formulado em contestação, mas, apenas, após, nas alegações finais. Neste contexto, está preclusa a invocação deste fundamento na atual fase processual, sob pena de violação ao princípio da estabilização da demanda.

É dizer, se as variáveis analisadas pelo IBAMA que o levaram à fixação do percentual de 1,9% foram avaliadas erroneamente, isto devia ter sido invocado em contestação para que, durante a fase de instrução, se produzissem provas a respeito (v.g., perícia ambiental). Não há como, apenas após o encerramento da instrução, pretender-se que sentença declare equivocada a avaliação feita pelo órgão ambiental, de forma inovadora, sem

*prévio contraditório entre as partes e sem prévia instrução a respeito de uma matéria que não é exclusivamente de direito. Aplica-se ao caso o art. 303 do CPC:*

*Art. 303. Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando:*

*I - relativas a direito superveniente;*

*II - competir ao juiz conhecer delas de ofício;*

*III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo.*

**(i.ii) Prévia Análise Técnica. Parecer Técnico nº 037/2004. Expressa Concordância Manifestada na Via Administrativa**

*O disposto no art. 36, § 1º, da Lei 9.985/00 confere aos órgãos ambientais licenciadores discricionariedade técnica ou regrada para o estabelecimento do montante dos recursos a serem destinados pelo empreendedor em favor de unidades de conservação ambiental. A fixação do percentual da compensação ambiental, segundo Paulo Afonso Leme Machado (2010, p. 867), 'demandará do órgão licenciador clara e fundada motivação, para que não haja arbitrariedade'.*

*No caso em apreço, o percentual de 1,9% foi fixado pelo IBAMA por meio do Parecer Técnico nº 037/2004 (fls. 72/77). O referido documento, na verdade, corresponde a uma reavaliação do percentual inicialmente fixado (2,53%), diante do pedido de revisão apresentado pelo empreendedor.*

*Analisando o inteiro teor do Parecer Técnico, verifico que a escolha do percentual foi suficientemente motivada, apresentando com clareza a metodologia, os parâmetros e critérios adotados para a definição do grau de impacto, não se evidenciando nenhuma arbitrariedade que demande correção judicial. Foram levadas em conta, diante do específico caso da UHE Foz de Chapecó, diversas variáveis, devidamente analisadas de forma motivada e adequada, sendo elas as seguintes: 'a matriz de impactos apresentada no EIA, a eficiência energética, a área de cobertura vegetal a ser suprimida, a contribuição do empreendimento para o aumento dos índices locais de redução da Mata Atlântica, a redução das vazões do rio Uruguai e a interferência em Unidades de Conservação e Sítios Arqueológicos.'*

*Cumpre salientar que o percentual fixado assim o foi independentemente da consideração do custo previsto do empreendimento (ora alterado). É dizer, o IBAMA não fixou os percentuais de 2,53% (inicialmente) e de 1,9% (após revisão) porque o valor estimado do empreendimento então era de R\$ 844 milhões. As variáveis levadas em conta pela autarquia ambiental foram outras, dentre elas - quase que na íntegra - , aspectos estritamente ambientais, e não financeiros (como o custo do empreendimento).*

*Também é preciso considerar que a Foz do Chapecó Energia apresentou concordância expressa quanto ao parecer que fixou definitivamente o percentual em 1,9% (Termo de Concordância - fl. 110).*

*Como não há neste processo qualquer prova de incorreção das apurações do órgão ambiental que levaram à fixação do percentual questionado, a alteração da base de cálculo da compensação ambiental não é motivo para que se determine a alteração da alíquota aplicada. É dizer, não se está, nem*

*de longe, diante de questão que deva ser considerada de ofício pelo julgador (CPC, art. 303, inciso II).*

**(i.iii) Pretensão de Aplicação Retroativa do Decreto n. 6.848/09 com o Fim de Limitar a Alíquota a 0,5%**

*Rejeito a pretensão pelos fundamentos anteriormente expostos, aos quais ora me reporto:*

[...] No caso concreto, pretende-se a aplicação retroativa de um regime mais benéfico ao particular (administrado) em relação à verba principal (compensação ambiental), e não a consectários decorrentes do inadimplemento desta verba principal (multas, p. ex.). Da mesma forma como uma nova Lei que reduz a alíquota de um tributo só se aplica aos fatos geradores posteriores à data de sua vigência, não reduzindo, por si só, os créditos tributários decorrentes de fatos geradores anteriormente perfectibilizados, um novo regramento que reduza a alíquota da compensação ambiental só se aplica àquelas compensações cujos fatos geradores venham a ocorrer posteriormente ao advento deste novo regime jurídico. Para que houvesse retroação da nova e inferior alíquota, seria necessária previsão expressa de isenção, remissão ou perdão, total ou parcial, do débito anteriormente contraído, no conjunto normativo superveniente, previsão esta que não existe na espécie. [...]

**(j) Diferença Inadimplida de Compensação Ambiental. Apuração do Quantum Debeat.**

A perícia judicial efetuou análise detalhada dos custos do empreendimento, utilizando-se de informações constantes dos livros contábeis e financeiros da empresa Foz do Chapecó, apresentando planilha discriminada do ativo imobilizado e dos respectivos custos, inclusive comparando-os com os itens e valores descritos no Orçamento Padrão da Eletrobrás que norteou a fixação da verba discutida nos presentes autos.

A prova pericial, por ser uma prova técnica e, nesse sentido, objetiva e equidistante relativamente aos interesses das partes, possui, em regra, uma relevante carga de persuasão em relação ao esclarecimento dos fatos discutidos no processo.

No caso em apreço, considerando a inexistência de qualquer irregularidade demonstrada pelas partes na prova técnica carreada aos autos, bem como a participação dos assistentes técnicos e a adequada análise das indagações e esclarecimentos apresentados, adoto as conclusões do perito judicial para a fixação da base de cálculo da verba de compensação ambiental (CA).

Nesse contexto, considerando as exclusões determinadas no item anterior quanto aos encargos financeiros incidentes sobre o financiamento (R\$ 319.490.280,13), os gastos com apólices de seguro (R\$ 21.716.277,59) e a compensação ambiental (R\$ 16.035.999,80), conclui-se que o custo de instalação do empreendimento para fins de apuração da CA foi de R\$ 2.056.941.981,00, conforme a seguinte tabela:

Descrição	Valor
Custo Total da Usina	R\$ 2.557.778.505,87
(-) Encargos Financeiros (Juros)	R\$ 319.490.280,13
(-) Sistema de Transmissão	R\$ 143.593.967,35
(-) Apólices de Seguros	R\$ 21.716.277,59

(-) Compensação Ambiental Quitada	R\$ 16.035.999,80
(=) Base de Cálculo da CA Devida	R\$ 2.056.941.981,00
(=) Compensação Ambiental (*0,019)	R\$ 39.081.897,63

Considerando que a Foz do Chapecó Energia efetuou o pagamento de R\$ 16.035.999,80 a título de compensação ambiental quando era devedora de R\$ 39.081.897,63, remanesce uma diferença inadimplida correspondente a cerca de R\$ 23.045.897,83. Digo 'cerca de' porque os valores acima mencionados não estão a valores nominais que remontem a uma mesma competência mensal, sendo necessário que todos os valores relevantes sejam atualizados monetariamente a uma mesma competência para que o valor exato da diferença seja encontrado.

Esta tarefa deverá ser realizada pela parte interessada anteriormente ao cumprimento de sentença (execução do julgado), na fase de liquidação, que ocorrerá por simples cálculo aritmético, sendo desnecessária a liquidação por artigos ou por arbitramento. De qualquer forma, a sentença não produz coisa julgada no ponto, sendo viável a adoção de entendimento diverso caso venha a se mostrar mais adequado.

Uma vez apurado o valor pelo exequiente e considerando que a quantia é devida apenas pela ré particular (Foz), e não pelo IBAMA, será o devedor intimado para pagá-la ou depositá-la em juízo no prazo de quinze dias, sob pena de incorrer em multa de 10% (CPC, art. 475-J).

Diante da relativa complexidade do processo de apuração do saldo devido, de modo a evitar ulteriores incidentes de liquidação do julgado (impugnações, embargos, agravos, etc.), adiante será apurado o valor líquido devido na data de publicação desta sentença, que - podendo ser apurado aritmeticamente, como no caso pode - deve ser mencionado, diante da natureza preferencial da sentença dotada do atributo da liquidez, que identifica claramente o quantum debeatur.

#### (k) Correção Monetária. Juros Moratórios. Índices. Taxas. Termos Inicial e Final.

Os valores referidos pelo perito que foram extraídos do balancete da empresa estão apresentados em valores nominais de 31/10/2010 (fl. 1.213), sendo eles os seguintes: R\$ 2.557.778.505,87 (total) - R\$ 319.490.280,13 (juros) - R\$ 143.593.967,35 (sistema de transmissão) - R\$ 21.716.277,59 (apólices de seguros).

Deve ser descontado ainda o valor da Compensação Ambiental quitada (R\$ 16.035.999,80), que se compõe em 6 (seis) parcelas, as quais - não havendo notícia nos autos de atraso relevante ou injustificado no respectivo pagamento - devem ser adotadas no cálculo, sendo elas as seguintes:

Data de Pagamento	Valor Pago
10/04/2007	R\$ 300.000,00

10/07/2007	R\$ 360.000,00
10/10/2007	R\$ 400.000,00
10/01/2008	R\$ 5.360.000,00
10/07/2008	R\$ 60.000,00
10/01/2009	R\$ 5.335..999,80

Há ainda o valor pago extrajudicialmente em favor da FLONA de Chapecó, de R\$ 4.220.000,00 (fl. 414), que foi pago durante 8 trimestres, de forma parcelada (fls. 426-427), segundo o seguinte cronograma:

Data de Pagamento	Valor Pago
10/04/2007	R\$ 422.000,00
10/07/2007	R\$ 90.000,00
10/10/2007	R\$ 90.000,00
10/01/2008	R\$ 60.000,00
10/04/2008	R\$ 2.177.000,00
10/07/2008	R\$ 392.000,00
10/10/2008	R\$ 477.000,00
10/01/2009	R\$ 512.000,00

Embora não haja nos autos prova de quitação das parcelas acima identificadas, inexiste qualquer alegação de inadimplemento. De qualquer forma, se inadimplência houver, poderão os valores ser cobrados independentemente desta sentença, pela via processual adequada.

Para que os valores nominais sejam trazidos a uma mesma competência mensal, deverá ser aplicada a variação - inflacionária ou deflacionária, positiva ou negativa - do IGP-M. Defino este índice porque, na ausência de previsão legal específica, entendo que deve ser prestigiado o índice livremente escolhido pelas partes extrajudicialmente para correção monetária dos valores da compensação ambiental, na forma da cláusula quarta ('do reajuste do valor') do termo de compromisso firmado entre o Consórcio Energético Foz do Chapecó e o IBAMA (fl. 418).

Trazendo-se todos os pagamentos a valores nominais de 10/2010 chega-se ao valor pago de R\$ 18.218.353,96 ('pagamentos efetuados corrigidos', cf. cálculo anexo), o qual, sendo abatido do valor devido naquela data a título de compensação ambiental (R\$ 39.081.897,63), gera um saldo devedor de R\$ 20.863.543,67.

Este saldo deveria, em princípio, receber a variação do índice de correção monetária até a data da citação da Foz (23.01.2007, cf. fl. 300v.), também pela aplicação do IGP-M, para que a partir de então incidisse a taxa SELIC, exclusivamente, abrangendo correção monetária e juros de mora. Porém, no caso concreto, entendo que no período entre 23.01.2007 e 10.02.2009 não

*devem incidir juros moratórios sobre o saldo inadimplido, incidindo apenas correção monetária pelo IGP-M, o que é mais vantajoso para a Foz, pelos seguintes motivos.*

*O IBAMA concedeu ao Consórcio Energético Foz de Chapecó, na forma prevista no cronograma de desembolso anexo ao termo de compromisso firmado entre as partes, uma espécie de moratória, ou seja, um período que teria o devedor para pagar os valores devidos sem que incidissem juros em caso de adimplemento pontual das prestações ajustadas. Portanto, entendo que, neste período, incide o art. 396 do Código Civil: 'Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora'. É dizer, como o poder público responsável pela administração do recebimento da compensação ambiental, no período em referência, dilatou o prazo de pagamento, ele retirou a exigibilidade imediata da obrigação neste período, de modo que injusto seria, em sentença, considerar-se o empreendedor em mora numa época em que ele estava observando corretamente o cronograma de desembolso fixado pelo IBAMA.*

*Como o IBAMA concedeu ao consórcio uma mescla entre parcelamento e moratória, entendo que as diferenças reconhecidas como devidas nesta sentença devem ser consideradas exigíveis do empreendedor a partir do 30º dia após a data fixada para depósito da última parcela, que - segundo ajustado - devia ser paga até 10/01/2009 (fl. 411). Assim, a partir de 10/02/2009, trinta dias após o termo final do parcelamento, entendo que eventual saldo existente deveria ter sido pago pelo empreendedor, o que não ocorreu, razão pela qual incidiu o empreendedor em mora a partir de então, sendo dele exigíveis os respectivos juros.*

*Para correção monetária e juros moratórios incidirá, exclusivamente, a partir de 10/02/2009, a variação da taxa SELIC, na forma do art. 406 do Código Civil, combinada com o art. 37-A da Lei n. 10.522/02, na redação da Lei n. 11.941/09. Tais dispositivos prevêem que, salvo pacto privado expresso ou previsão legal em sentido contrário, a taxa SELIC é o índice que deve incidir para fins de compensação da mora, bem como que os créditos das autarquias federais (dentre elas o IBAMA) devem ser corrigidos pela variação da taxa SELIC.*

*Conforme cálculo da Contadoria Judicial, anexo a esta sentença, o valor do débito da Foz de Chapecó a título de compensação ambiental, atualizado em 02/2009, era de R\$ 19.392.375,30. Aplicando-se a taxa SELIC no período entre 02/2009 e 01/2013, chega-se ao valor atualizado de R\$ 26.600.521,20.*

**(l) Destinação dos Valores da Compensação**

*De acordo com a Lei n. 11.516/07, o Instituto Chico Mendes é a autarquia executora da política nacional de unidades de conservação, responsável pela proposição, implantação, gestão, proteção, fiscalização e monitoramento das unidades de conservação.*

*A Portaria Conjunta MMA/IBAMA/ICMBIO n. 205/08 indicou o Instituto Chico Mendes e os órgãos ambientais estaduais e municipais como responsáveis pela execução dos recursos de compensação ambiental,*

*conforme a destinação e as normas de execução aprovadas pela Câmara de Compensação Ambiental (CFCA), cujas competências estão previstas no Decreto n. 4.340/02, na redação do Decreto n. 6.848/09:*

*Art. 32. Será instituída câmara de compensação ambiental no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de: (Redação dada pelo Decreto nº 6.848, de 2009)*

*I - estabelecer prioridades e diretrizes para aplicação da compensação ambiental; (Incluído pelo Decreto nº 6.848, de 2009)*

*II - avaliar e auditar, periodicamente, a metodologia e os procedimentos de cálculo da compensação ambiental, de acordo com estudos ambientais realizados e percentuais definidos; (Incluído pelo Decreto nº 6.848, de 2009)*

*III - propor diretrizes necessárias para agilizar a regularização fundiária das unidades de conservação; e (Incluído pelo Decreto nº 6.848, de 2009)*

*IV - estabelecer diretrizes para elaboração e implantação dos planos de manejo das unidades de conservação. (Incluído pelo Decreto nº 6.848, de 2009)*

*A fim de dar executoriedade à destinação dos recursos, a CEF e o ICMBio celebraram Contrato de Prestação de Serviço nº 071/2008 e Termo Aditivo (fls. 959/974), que regulam o mecanismo de contas gráficas de compensação ambiental. Trata-se de contas abertas junto à CEF em nome do empreendimento, sendo que o ICMBio autoriza o lançamento de débitos em conformidade com o que foi aprovado pela Câmara de Compensação Ambiental.*

*Portanto, uma vez executados os valores e sendo eles depositados em juízo, será oficiada a Câmara de Compensação Ambiental (CFCA) para que delibere acerca de quais as unidades beneficiárias dos valores complementares de compensação ambiental. Qualquer impugnação à decisão da CFCA deverá ser deduzida em ação própria. Descabe a este Juízo escolher quais as unidades a serem beneficiadas e em quais valores.*

*No ponto, cabe registrar a total impertinência das petições apresentadas às fls. 1.376 e seguintes pelo Município de Dois Irmãos das Missões, em que pede a destinação de R\$ 5.147.790,00 para a unidade de conservação Moreno Fortes, conforme programa de trabalho juntado aos autos. O órgão que decidirá quais serão as unidades beneficiadas pelo saldo de CA, em quais valores, em que época e mediante cumprimento de quais condições será a CFCA/MMA. Ressalto que tal órgão não está vinculado a observar os percentuais antes definidos para a verba originária da compensação ambiental devida pela Foz de Chapecó. Se outras unidades forem consideradas mais impactadas ou mais necessitadas do que a unidade Moreno Fortes poderá a CFCA decidir livremente, respeitando apenas as balizas legais. A referida unidade de conservação, portanto, não tem direito adquirido de receber qualquer percentual do saldo complementar declarado devido nesta sentença. Embora na destinação anterior a unidade tenha sido contemplada com R\$ 180.000,00 (fl. 421), a CCA decidirá livremente, podendo inclusive decidir não destinar qualquer valor à referida unidade. Qualquer questionamento a essa futura e eventual decisão, repito, deverá ser formulado em ação própria, e não nestes autos.*

*Saliento que esta ação civil pública, no que tange ao questionamento da destinação adequada dos valores da compensação ambiental, foi extinta sem*

*julgamento de mérito. Portanto, a definição de unidades beneficiárias da CA não é objeto desta ação. Ressalto também que o Município de Dois Irmãos das Missões, cujo ingresso no feito foi deferido quando tal matéria ainda era controvertida nestes autos, deixou de ter qualquer interesse jurídico após a extinção do feito, no ponto, sem resolução do mérito. Sua exclusão definitiva da relação processual só não está sendo determinada neste momento porque a fase de instrução já se encerrou. Entretanto, proíbo o Município de peticionar novamente nestes autos requerendo a destinação de valores em seu favor ou de unidades localizadas em seu território. Quaisquer novas petições e documentos juntados neste sentido serão ignorados e desentranhados, ficando o advogado desde já ciente.*

*Evidentemente, inúmeras unidades de conservação terão interesse no recebimento da verba complementar. Inviável seria a análise de tais pretensões nestes autos, pois se trata de matéria 'extra petita' e de competência decisória de um órgão do Poder Executivo, cuja decisão é passível de revisão pelo Poder Judiciário apenas a posteriori, em caso de alegação de ilegalidade no processo administrativo de definição das unidades beneficiárias, matéria a ser deduzida em ação própria.*

*Serve a impertinente manifestação do Município de Dois Irmãos das Missões, porém, para desde já esclarecer-se a quaisquer outros Municípios e unidades de conservação que porventura tomem conhecimento desta sentença que deverão manifestar suas pretensões de recebimento de recursos diretamente à Câmara de Compensação Ambiental do Ministério do Meio Ambiente, e não a este Juízo Federal de 1.<sup>a</sup> instância.*

*Recomendo que tais manifestações sejam realizadas após a manutenção desta sentença pelo TRF e o efetivo depósito em juízo, pela Foz, dos valores devidos, em sede de cumprimento de sentença, se e quando ocorrer, uma vez que a condenação, por si só, não arrecada recursos. Uma execução frustrada prejudicaria quaisquer pedidos de destinação. Após o depósito em juízo dos valores da condenação, será oficiada a CCA/MMA para que delibere sobre a destinação dos recursos. A partir deste momento é que se tornará oportuna a habilitação de pretensões de recebimento de recursos pelas unidades de conservação pretendentes.*

*Sendo mantida esta sentença, fica a Secretaria desde já autorizada a desentranhar quaisquer petições de unidades de conservação requerendo o recebimento de recursos de compensação ambiental devidos pela Foz de Chapecó. Tal providência deverá ser cumprida mediante ato ordinatório a ser instruído com cópia deste trecho da sentença.*

*(...)'*

Aos mesmos fundamentos acima transcritos faço remissão, tomando-os por integrados neste voto, certo que as razões recursais não logram infirmar a fundamentação adotada pela v. sentença. Confiro.

***Julgamento ultra petita (impossibilidade de alteração ex officio do valor da Compensação Ambiental ajustada por meio de Termo de Compromisso) - inocorrência de vício***

À vista dos autos, verifica-se que a demanda tem por objeto a definição do escorreito valor devido a título de compensação ambiental na espécie. A petição inicial foi protocolada em 14/12/2006; a citação pessoal das rés deu-se nos dias 23 (Consórcio Energético Foz do Chapecó) e 24 de janeiro de 2007 (IBAMA); e o Termo de Compromisso - visando à definição do valor devido a título de compensação ambiental na espécie - foi firmado pelas rés na data de 10/01/2007. Em tal conformação, é força reconhecer a impossibilidade de a petição inicial contemplar pedido de nulidade de ato jurídico celebrado a modo superveniente ao seu próprio protocolo judicial.

Vale gizar que o objeto do Termo de Compromisso - definição do escorreito valor devido a título de compensação ambiental - é idêntico ao objeto desta lide. Rigorosamente, o referido questionamento encontrava-se judicializado quando da celebração do acordo extrajudicial entre as rés.

Assim, a definição da *quaestio* pelo Poder Judiciário a modo diverso daquele entabulado pelas rés não encontra qualquer óbice no ordenamento jurídico pátrio *ex vi* a disciplina conjugada dos artigos 219, 462 e 472, todos do Código de Processo Civil. Nos termos em que celebrada, a avença é inoponível ao Ministério Público Federal e em nada vincula a decisão do Poder Judiciário sobre o objeto da demanda.

De rigor, a definição do escorreito valor devido a título de compensação ambiental pelo Poder Judiciário não se faz *ex officio* na espécie haja vista a referida definição consubstanciar o próprio objeto da lide.

Destarte, ausente o malferimento aos artigos 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil na espécie, aponto à rejeição da preliminar.

***Pretensão fincada em dispositivo legal constitucional - inocorrência***

A petição inicial invoca extenso fundamento jurídico à pretensão deduzida, sendo bastante ilustrativo citar o artigo 225 da Constituição Federal; Resolução CONAMA n. 001/86; Lei n. 9.985/00; Decreto n. 4.340/02; Instrução Normativa IBAMA n. 47/04-N; Decreto n. 5.566/05; Instrução Normativa IBAMA n. 065/05; Resolução CONAMA 371/06; Decreto 6.848/09.

De todos os atos normativos invocados como fundamento jurídico do pleito, ao que interessa ao tópico recursal em exame, o artigo 36 da Lei n. 9.985/00 merece destaque, *in verbis* -

*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.(Regulamento)*

*§ 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.* (Vide ADIN nº 3.378-6, de 2008)

*§ 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.*

(sublinhei)

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI n. 3.378-6/DF, reconheceu a inconstitucionalidade parcial do artigo 36, parágrafo 1º, da Lei n. 9.985/00 com redução de texto para excluir do seu dispositivo a expressão '*não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento*'. A ementa do referido julgamento consigna -

**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 36 E SEUS §§ 1º, 2º E 3º DA LEI N° 9.985, DE 18 DE JULHO DE 2000. CONSTITUCIONALIDADE DA COMPENSAÇÃO DEVIDA PELA IMPLANTAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS DE SIGNIFICATIVO IMPACTO AMBIENTAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO § 1º DO ART. 36. 1. O compartilhamento-compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985/2000 não ofende o princípio da legalidade, dado haver sido a própria lei que previu o modo de financiamento dos gastos com as unidades de conservação da natureza. De igual forma, não há violação ao princípio da separação dos Poderes, por não se tratar de delegação do Poder Legislativo para o Executivo impor deveres aos administrados. 2. Compete ao órgão licenciador fixar o quantum da compensação, de acordo com a compostura do impacto ambiental a ser dimensionado no relatório - EIA/RIMA. 3. O art. 36 da Lei nº 9.985/2000 densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade**

*econômica. 4. Inexistente desrespeito ao postulado da razoabilidade. Compensação ambiental que se revela como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional. Medida amplamente compensada pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez.5. Inconstitucionalidade da expressão 'não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento', no § 1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000. O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento. 6. Ação parcialmente procedente.*

(sublinhei)

A análise percuciente dos votos que embasaram o julgamento havido - consoante bem fixado pela v. sentença - demonstra que em momento algum o pretório Excelso pretendeu declarar a inconstitucionalidade da metodologia de fixar-se determinado percentual sobre o valor da implantação do empreendimento à definição do *quantum debeatur* a título de compensação ambiental. O desiderato da egrégia Corte com a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto foi afastar a previsão de um valor mínimo à compensação ambiental, fixado *a priori* pelo legislador e que pode mostrar-se desproporcional no caso concreto.

Antes e depois da declaração de inconstitucionalidade com redução de texto do artigo 36, parágrafo 1º, da Lei n. 9.985/00, é possível à Administração definir o valor da compensação ambiental no caso concreto em percentual incidente sobre o valor da implantação do empreendimento, incluso em percentual inferior a 0,5%. O que dá suporte de validade ao *quantum debeatur* fixado pela Administração, independentemente da metodologia utilizada a tal mister - seja a definição de valor nominal, seja a fixação de percentual sobre o valor do empreendimento - é a proporcionalidade entre o valor da compensação ambiental arbitrada e o impacto ambiental verificado no caso concreto.

Rigorosamente, a interpretação que a parte ré/apelante pretende impingir ao julgamento da ADI n. 3.378-6/DF não encontra supedâneo quer na literalidade da sua ementa, quer na fundamentação adotada como razões de decidir pelos Ministros que participaram da respectiva votação.

Destarte, presente o fato de que a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto do artigo 36, parágrafo 1º, da Lei n. 9.985/00 não produz na equação dos autos, sequer a modo tangencial - porquanto o texto expungido não altera a possibilidade que a Administração tem de fixar a compensação ambiental em percentual sobre o valor da implantação do

empreendimento -, aponto ao rechaço da alegação recursal de que 'a pretensão deduzida finca-se em dispositivo legal constitucional'.

***Compensação ambiental - exclusão da base de cálculo dos custos relacionados às atividades que foram tomadas em benefício do meio ambiente ou não causam impacto ambiental - impossibilidade***

A elucidação acerca dos elementos que integram a base de cálculo da compensação ambiental deve ser buscada na normatização vigente à época da gênese do ato jurídico (24/06/04). Assim, pode-se dizer que integram a base de cálculo '*os custos totais previstos para a implantação do empreendimento*' (Lei n. 9.985/00, art. 36, § 1º).

A definição do que sejam '*os custos totais previstos para a implantação do empreendimento*', por sua vez, não pode distar grosseiramente e sem qualquer justificativa daqueles custos efetivamente realizados para a implantação do empreendimento, sob pena de malferimento da *mens legis*. Vale dizer, a higidez da base de cálculo no caso concreto há ser aferida não com base na fiel identidade do custo previsto com o custo efetivo, mas na ausência de disparidade grosseira e injustificada entre ambos. E isso já tinha sido fixado por esta Corte quando do julgamento do AI n. 00061705320114040000.

*In casu*, admitida a incidência da legislação superveniente ao ato jurídico para fins de elucidação acerca de quais elementos integram os 'custos totais para a implantação do empreendimento' - incidência essa que se afigura favorável ao réu/apelante porque a legislação superveniente explicita os elementos que não podem integrar os 'custos totais' -, ainda assim, não se verifica justificativa à diferença de 248,127% que se verifica na espécie entre o custo estimado e o custo efetivo para a implantação do empreendimento.

Então, admitida a incidência da legislação superveniente tão só na parte que produz a modo explicativo em face da legislação anterior - tomando-a como interpretação autêntica, legislativa -, os elementos integrantes do 'custo total para a implantação do empreendimento' foram bem explicitados pelo laudo pericial contábil (evento 03 na origem - pet213), que parte de informações constantes dos livros contábeis e financeiros da réu/apelante. Rigorosamente, as exclusões pretendidas pela manifestação recursal ressentem-se de supedâneo em uma interpretação teleológica e sistemática da normatização de regência, consoante examinado a modo percuciente pela v. sentença recorrida.

Nesse sentido, transcrevo excerto do parecer do *Parquet*, que consigna -

'...)

*Por fim, deve ser mantido na base de cálculo gastos genéricos ao meio ambiente. Foi apurado pelo perito que os custos com planos, projetos e programas exigidos no procedimento de licenciamento ambiental alcançam o*

*montante de R\$ 490.559.092,84. Quanto a tais despesas, a apelante não demonstra que se trata de gastos que foram 'destinados à elaboração e implantação dos planos, programas e ações, não exigidos pela legislação ambiental, mas estabelecidos no processo de licenciamento ambiental para mitigação e melhoria da qualidade ambiental', conforme prevê o artigo 3º, § 2º da Resolução CONAMA nº 371/2006. Logo, correta a manutenção de tais gastos na base de cálculo, nos termos do artigo 3º, I, do referido diploma legal.*

*(...)'*

No tópico, pois, a apelação não merece acolhida.

***Compensação ambiental - redução do percentual estipulado no TC para 0,5%***

O fundamento normativo invocado pelo réu/apelante à acolhida do pleito de redução do percentual de 1,9% para 0,5% diz com a disciplina da Resolução CONAMA 371/06 e Decreto 6.848/09. Ocorre que a higidez do ato jurídico deve ser aferida à vista da normatização de regência à época da sua gênese. Assim, considerando que a regularização do Empreendimento UHE Foz de Chapecó iniciou-se em 24/06/04, antes da edição da norma invocada como fundamento do pedido à limitação do percentual, não há acolher a irresignação no tópico.

De toda sorte, o percentual foi estipulado à luz do contraditório e finca-se em estudos técnicos de impacto ambiental realizados pelo IBAMA (Parecer Técnico n. 037/04), fato esse que denota a sua tecnicidade e estrita vinculação ao caso concreto. Ademais, é de relevo gizar que a própria ré/apelante concordou a modo expresso com o referido parecer, não se indigitando nos autos a existência de vício de vontade no tocante.

Assim, estipulado inicialmente em 2,53% - anteriormente à vigência da Resolução CONAMA n. 371/06 e do Decreto n. 6.848/09 -, o percentual atinente à compensação ambiental afigura-se hígido. A sua redução posterior para 1,9% - quando já vigente as normas referidas - não tem o condão *per se* de alijar a legislação precedente à regulação da validade do ato jurídico.

No sentido da higidez do percentual de 1,9%, transcrevo excerto do parecer do *Parquet*, da lavra do ilustre Procurador Regional da República CLAUDIO DUTRA FONTELLA, *in verbis* -

'(...)

*O que se verifica no caso concreto é que o percentual a título de compensação ambiental fora fixado em 1,9%, em regime de contraditório, sendo, anteriormente ajustado em percentual maior, o que posteriormente foi*

*alterado. Assim, não há que se falar em desproporção, pois a fixação do percentual foi pautada por estudos técnicos de impacto ambiental pelo IBAMA, estabeleceu-se o contraditório e houve concordância da Foz Chapecó com seus termos, sendo assim firmado o Termo de Compromisso. (...)'*

Destarte, o apelo resta rechaçado no tópico.

#### ***Compensação ambiental - exclusão dos juros de mora***

É factível o reconhecimento da mora na espécie na medida em que o réu/apelante sabia ser o custo total do empreendimento em muito superior àquele indicado no Termo de Compromisso e usufruiu dos benefícios decorrentes desse erro até o momento - disponibilidade econômica.

Destarte, abstraído o questionamento acerca da existência de culpa do réu, é força reconhecer que o meio ambiente foi privado de valores correlatos à mitigação do dano ambiental perpetrado pelo empreendimento por todo esse período. E essa mora é imputável ao réu/apelante.

#### ***Prequestionamento***

Por derradeiro, impende gizar, uma vez solucionada a lide com espeque no direito bastante, tem-se por afastada a incidência concreta da legislação em confronto, senão pela total abstração, com as adequações de mister, sem que isso importe na sua violação. É o que se dá com os dispositivos legais invocados nas razões recursais, os quais tenho por prequestionados.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

É o meu voto.

**Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz  
Relator**

---

Documento eletrônico assinado por **Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4<sup>a</sup> Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **6911089v8** e, se solicitado, do código CRC **A3F1E9B**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

Data e Hora: 21/08/2014 14:40

## **VOTO-VISTA**

Tendo pedido vista dos autos para melhor examinar a matéria debatida, trago agora o processo para a continuação do julgamento, com minha conclusão por divergir apenas em um ponto do brilhante voto do eminentíssimo Relator, pedindo para tanto a máxima vénia.

Trata-se da questão relativa à inclusão na base de cálculo para a apuração do valor da compensação ambiental dos custos vinculados a investimentos em projetos e planos ambientais. É o que já foi gasto pelo empreendedor justamente para mitigar os danos ambientais. A perícia é bastante esclarecedora e identifica tais custos. O valor já investido na mitigação do dano ambiental não poderia ser incluído na referida base de cálculo de modo a majorar o quantitativo da compensação ambiental.

Assim o faço com respaldo no princípio da razoabilidade em combinação com o superveniente Decreto nº 6.848/2009, o qual modificou o Decreto nº 4.340/2002. Na redação atribuída ao § 3º do artigo 31 do mencionado decreto, consta que 'não serão incluídos no cálculo da compensação ambiental os investimentos referentes aos planos, projetos e programas exigidos no procedimento de licenciamento ambiental para mitigação de impactos'.

Em boa hora houve uma compreensão melhor do legislador, que corrigiu as imperfeições existentes.

Pelo mesmo motivo entendo que devem ser excluídos os encargos e custos incidentes sobre o financiamento do empreendimento, custos com apólices e prêmios de seguros pessoais e reais.

Manifesto essa divergência parcial e no mais acompanho o eminentíssimo Relator.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso.

É o voto.

**Des<sup>a</sup>. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER**

---

Documento eletrônico assinado por **Des<sup>a</sup>. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4<sup>a</sup> Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico

<http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7013883v6** e, se solicitado, do código CRC **EF03CCBF**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Marga Inge Barth Tessler

Data e Hora: 16/09/2014 17:09

**EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 10/09/2014**  
**APELAÇÃO CÍVEL Nº 5005791-81.2013.404.7202/SC**  
ORIGEM: SC 50057918120134047202

RELATOR	:	Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ
PRESIDENTE	:	Desembargador Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ
PROCURADOR	:	Dr(a)Marcus Vinicius Aguiar Macedo
PEDIDO DE PREFERÊNCIA	:	Adv. Alexandre Pereira Vecchio pelo apelante
APELANTE	:	FOZ DO CHAPECÓ ENERGIA S.A.
ADVOGADO	:	ALEXANDRE DOS SANTOS PEREIRA VECCHIO
	:	André da Silva Andrino de Oliveira
APELADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERESSADO	:	INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
	:	MUNICÍPIO DE DOIS IRMÃOS DAS MISSÕES/RS

Certifico que o(a) 3<sup>a</sup> TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

APÓS O VOTO-VISTA DA DES. FEDERAL MARGA BARTH TESSLER, DANDO PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO, E DO VOTO DO DES. FEDERAL FERNANDO QUADROS DA SILVA, NO SENTIDO DE DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO, A TURMA, POR MAIORIA, DECIDIU DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDOS EM PARTE O RELATOR E O DES. FEDERAL FERNANDO QUADROS DA SILVA, NOS TERMOS DO VOTO MÉDIO PROLATADO PELA DES. FEDERAL MARGA BARTH TESSLER, RELATORA PARA O ACÓRDÃO. DETERMINADA A JUNTADA DE NOTAS TAQUIGRÁFICAS.

RELATOR ACÓRDÃO	:	Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
VOTO VISTA	:	Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
VOTANTE(S)	:	Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA

**Letícia Pereira Carello**  
**Diretora de Secretaria**

---

Documento eletrônico assinado por **Letícia Pereira Carello, Diretora de Secretaria**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7022661v1** e, se solicitado, do código CRC **70F1A366**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Letícia Pereira Carello  
Data e Hora: 10/09/2014 19:13