



IBP1321_06 COMPENSAÇÃO AMBIENTAL: APLICAÇÃO NA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO

Adriana de Oliveira Varella Molina¹, Sergio Pinto Amaral²

Copyright 2006, Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás – IBP

Este Trabalho Técnico foi preparado para apresentação na *Rio Oil & Gas Expo and Conference 2006*, realizada no período de 11 a 14 de setembro de 2006, no Rio de Janeiro. Este Trabalho Técnico foi selecionado para apresentação pelo Comitê Técnico do evento, seguindo as informações contidas na sinopse submetida pelo(s) autor(es). O conteúdo do Trabalho Técnico, como apresentado, não foi revisado pelo IBP. Os organizadores não irão traduzir ou corrigir os textos recebidos. O material conforme, apresentado, não necessariamente reflete as opiniões do Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás, seus Associados e Representantes. É de conhecimento e aprovação do(s) autor(es) que este Trabalho Técnico seja publicado nos Anais da *Rio Oil & Gas Expo and Conference 2006*.

Resumo

Neste trabalho analisou-se criticamente o instituto da compensação ambiental criada pelo artigo 36 da Lei nº 9985/00, tendo sido abordado o processo histórico das tentativas anteriores de criação deste instituto e a posterior edição da citada Lei. Foi estudado detalhadamente o artigo 36 da referida Lei, bem como o seu Decreto regulamentar, além de terem sido apontados alguns dos principais problemas que surgiram nos procedimentos de licenciamentos ambientais, especialmente na indústria do petróleo, relacionados à compensação ambiental. Também, são apresentados neste trabalho, eventuais propostas de solução dos problemas apontados, com o intuito de minimizar a insegurança jurídica nos gestores públicos e privados, com o objetivo único da sustentabilidade das atividades da indústria de petróleo.

Abstract

The purpose of this work is to introduce a critical analysis of environmental compensation, created by article 36 of Law nº 9985/00. Previous attempts of introducing the environmental compensation and the historic process were studied that resulted in the Law nº 9985/00. With regards to environmental compensation, the legal device that created such requirement was studied as well as the regulation of the Law. Some of the main problems related to environmental compensation required in the environmental licensing scope are introduced and discussed in this work, as well as proposals being put forward as possible solutions to those issues, which will avoid the legal instability for public and private managers, because these problems need solutions with the main goal being the sustainability of the petroleum industry.

1. Introdução

A criação do instituto da compensação ambiental vem gerando inúmeras dúvidas e discussões, no âmbito de procedimento de licenciamento ambiental, especialmente na indústria do petróleo, que deram origem a problemas que se tem observado desde a publicação da mencionada Lei Federal nº 9985, de 18/07/2000 até o horizonte atual, isto é, até 2006, consubstanciados em exigências indevidas a tal título, o que vêm ocasionando insegurança jurídica, tanto no empreendedor, como na autoridade responsável pelo licenciamento ambiental, e acabam por implicar no acréscimo, do já demorado, tempo necessário para a obtenção das licenças ambientais, muitas vezes levando o empreendedor à judicialização do procedimento de licenciamento ambiental, motivo pelo qual, neste trabalho, se procurará apresentar propostas de solução para alguns destes problemas.

2. Fundamento Legal para a Criação da “Compensação Ambiental”

¹ Mestre em Sistemas de Gestão pela UFF/LATEC, Advogada – Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRAS

² DSc. em Planejamento Energético e Ambiental na COPPE/UFRJ, Profº convidado da UFF/LATEC, Engenheiro Químico – Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRAS

A “compensação ambiental” foi instituída no Brasil mediante lei em sentido estrito com a edição da Lei Federal nº 9.985, de 18 de julho de 2000, publicada em 19/07/2000, que pretendendo regulamentar os incisos I, II, III e VII, do § 1º, do artigo 225 da CR/88, instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e deu outras providências.

Pelo artigo 36 da Lei Federal nº 9.985/2000, inserido no seu capítulo IV, que é dedicado aos procedimentos de criação, implementação e gestão das unidades de conservação, foi instituída a obrigação do empreendedor de apoio à manutenção e implantação de unidade de conservação, em regra do grupo de proteção integral, sendo que tal obrigação se dá no âmbito do procedimento de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental.

O licenciamento ambiental é ato de intervenção obrigatória da Administração Pública, que através do órgão ambiental competente, defere ou indefere o planejamento, a instalação e a operação de empreendimento obra ou atividade pública ou privada que seja potencialmente poluidora ou degradadora de qualquer forma do meio ambiente, no âmbito do qual será verificado se é caso de exigência ou não da “compensação ambiental”.

Diante do disposto no artigo 36 *caput* da Lei Federal nº 9985/00 foram abrangidos todos os “empreendimentos considerados de significativo impacto ambiental”, este último apurado com base em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório (EIA/RIMA).

A referida Lei não exige que os empreendimentos em licenciamento causem ou venham a ocasionar impacto ambiental negativo em uma ou diversas unidades de conservação ou nas suas zonas de amortecimento. O que gera a obrigação a título de compensação ambiental é a ocorrência de “significativo impacto ambiental”, não necessariamente em unidade de conservação, decorrente da “implantação do empreendimento”, apurado, como dito, com base em EIA/RIMA.

Cumpra-se ressaltar que, conforme posto no dispositivo da Lei em tela, as unidades de conservação são as únicas destinatárias dos recursos da “compensação ambiental” referida, estando em posição de exclusividade quanto ao recebimento ou investimento dos recursos da compensação ambiental referida.

Extrai-se, ainda, do *caput* do artigo 36 da Lei nº 9985/00 que o momento de exigência da obrigação relativa à compensação ambiental tem relação com dois eventos concomitantes, quais sejam: 1) com a “implantação de empreendimento”; e, 2) com o licenciamento ambiental do empreendimento.

Tal obrigação não poderá ser inferior a 0,5% (meio por cento) dos custos totais previstos para a “implantação do empreendimento”, e deverá ser fixado pelo órgão ambiental competente com base no grau dos impactos desta, apurados no estudo de impacto ambiental e respectivo relatório (EIA/RIMA) elaborados, sendo que os critérios para tal graduação seriam objeto de regulamentação.

O § 1º do artigo 36 da Lei Federal nº 9985/00 refere que o montante mínimo da “compensação ambiental” é de 0,5% (meio por cento) aplicado aos “custos totais previstos para a implantação do empreendimento”. Assim, o citado parágrafo do dispositivo legal refere ao momento da implementação da obrigação, ou seja, à “implantação do empreendimento” e o “licenciamento ambiental do empreendimento”.

O § 2º do artigo 36 da Lei Federal nº 9985/00 dispõe que cumpre ao órgão ambiental licenciador a definição das unidades de conservação que serão beneficiadas com os recursos da “compensação ambiental”, porém, o citado órgão, para tal definição, deverá considerar as propostas apresentadas no EIA/RIMA, além de ouvir o empreendedor, sendo que pode ser, inclusive, contemplada a proposta de criação de novas unidades de conservação.

Ressalte-se que, consoante o mencionado parágrafo do dispositivo da Lei em comento, o empreendedor deverá apresentar propostas no EIA/RIMA e deverá ser ouvido quando da fixação do percentual da compensação ambiental devida.

Finalmente, o § 3º do artigo 36 da Lei Federal nº 9985/00, conforme já mencionado, estabelece exceção à regra geral posta no *caput*, no sentido de quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento somente poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável pela administração da unidade de conservação afetada, e esta, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação ambiental.

Antunes (2005, p.671) entende que a compensação ambiental somente seria devida se a implantação do empreendimento for passível de ocasionar impacto ambiental negativo em determinada(s) unidade(s) de conservação.

Entendemos que embora seja mais razoável o entendimento do doutrinador, não existe na norma legal a exigência de ocorrência de impacto significativo em determinada unidade de conservação ou sua zona de amortecimento para a incidência e aplicação do instituto da compensação ambiental, tanto que tal hipótese foi colocada como exceção à regra geral, contida no § 3º do artigo 36 da Lei em comento.

É importante lembrar, neste ponto que a regra geral contida no *caput* do dispositivo legal é que as unidades de conservação a serem beneficiadas pelos recursos da compensação ambiental são aquelas pertencentes ao grupo de proteção integral.

Deve-se ressaltar, ainda, o que o artigo 2º da Lei nº 9985/00, define zona de amortecimento como *o entorno de uma unidade de conservação, onde as atividades humanas estão sujeitas a normas e restrições específicas, com o propósito de minimizar os impactos negativos sobre a unidade.*

2.1. Tentativas Anteriores de Instituição da Compensação Ambiental

Antes da edição da Lei Federal nº 9985/00 houve tentativas anteriores de instituição da “compensação ambiental” com destinação de recursos vinculada à determinada categoria de unidade de conservação, sendo que tais tentativas ocorreram com a edição das Resoluções CONAMA 10/87 e 02/96, consoante se verá a seguir.

A Resolução CONAMA nº 10/87 dispunha que as obras de grande porte teriam como pré-requisito a implantação de uma estação ecológica, a fim de minimizar os danos ambientais causados pela destruição de florestas e outros ecossistemas, tendo sido revogada com a entrada em vigor da Resolução CONAMA nº 02/96, por disposição expressa constante do artigo 9º desta última norma regulamentar.

Com a edição da Resolução CONAMA nº 02, de 18 de abril de 1996, publicada no DOU em 25 de abril de 1996, passou a ser exigido, em nível nacional, como um dos requisitos para o licenciamento de atividades de relevante impacto ambiental, a denominada “compensação ambiental”, que deveria ser cumprida mediante “implantação” de uma unidade de conservação, a fim de minimizar os danos ambientais causados pela destruição de florestas e outros ecossistemas.

No nosso entender a aplicação tanto da Resolução CONAMA 10/87, como da Resolução CONAMA 02/96, seriam passíveis de questionamento judicial, com base no argumento principal, a par da existência de outros argumentos¹, de que estas criaram obrigação mediante resolução e não lei, no sentido jurídico-formal desta última palavra, e por se tratarem de instrumentos de deliberação do CONAMA, os quais não podem desbordar das atribuições e competências que lhe são conferidas pela Lei nº 6.938/81, de 31 de agosto de 1981, regulamentada pelo Decreto nº 99.274/90.

Assim, a aplicação tanto da Resolução CONAMA 10/87, como da Resolução CONAMA 02/96, viola o princípio da legalidade, disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

2.2 Conceito de Compensação Ambiental e os Princípios do Poluidor-Pagador e do Usuário-Pagador.

No site do IBAMA² há um ícone específico que traz todas as últimas informações acerca da “compensação ambiental” onde consta a seguinte definição: “A Compensação Ambiental é um mecanismo financeiro de compensação pelos efeitos de impactos não mitigáveis ocorridos quando da implantação de empreendimentos, e identificados no processo de licenciamento ambiental. Estes recursos são destinados às Unidades de Conservação para a consolidação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC. (INSTITUTO..., 2005)”

Com a previsão da compensação ambiental na legislação brasileira, insere-se a variante ambiental no planejamento econômico, o que faz com que as empresas mensurem os custos totais na fase de formulação do projeto do empreendimento.

Segundo Machado (2005, P.785), a compensação ambiental é uma contribuição financeira que aplica o princípio do usuário-pagador, pela qual antecipam-se indenizações por possíveis danos ambientais, ou, que é aplicada em investimento que visa à redução ou mitigação de prováveis danos ao meio ambiente. Ou melhor, a compensação em tela visa contrabalançar ou restabelecer o equilíbrio devido a uma perda ou um inconveniente presente ou futuro, o que não afasta a responsabilidade por outros danos ambientais.

Tal entendimento é calcado no § 3º do artigo 225 da Constituição Federal e no artigo 4º, inciso VII, da Lei nº 6938/81, pelo qual a Política Nacional de Meio Ambiente visará “a imposição, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos” e “à imposição ao poluidor e ao predador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados”, que consagram os princípios do usuário-pagador e do poluidor-pagador.

2.3. A Regulamentação da Lei Nº 9985/00 - Edição Do Decreto Nº 4.340/02.

A obrigação de compensação ambiental no âmbito dos licenciamentos ambientais de empreendimentos de significativo impacto ambiental, prevista no artigo 36 da Lei nº 9.985/2000, apesar de vigente desde 18 de julho do ano de 2000, somente poderia produzir efeitos plenos com a sua devida regulamentação, como o consta do próprio dispositivo legal, o que veio a ocorrer somente com a edição do Decreto nº 4340, em 22 de agosto de 2002.

No tocante ao artigo 31 do Decreto nº 4340/02, combinado com o artigo 36 da Lei nº 9985/00, extrai-se como requisitos para a exigência da compensação ambiental:

- 1) que tal exigência somente pode ser efetivada no âmbito dos procedimentos de licenciamento ambiental;
- 2) que tal exigência deve ser efetivada pelo órgão ambiental competente para o licenciamento até o momento da implantação do empreendimento;
- 3) que o objeto do licenciamento ambiental seja empreendimento (e não atividade ou obra) que tenha significativo impacto ambiental negativo;

¹ No sentido de que o CONAMA extrapolou a competência normativa que lhe foi delegada pela União, através do artigo 8º da Lei nº 6.938/81, ao estabelecer, mediante resolução, a compensação ambiental. E, especificamente em relação à Resolução CONAMA 10/87, mesmo que a Resolução CONAMA 02/96 não a tivesse revogado expressamente ela teria sido revogada diante do disposto no artigo 25 do ADCT da Constituição Federal de 1988.

² site www.ibama.gov.br, acessado em 18/05/2006.

- 4) que o impacto negativo significativo seja apontado pelos “estudos ambientais”;
- 5) que tal impacto negativo significativo deve concomitantemente se caracterizar como não mitigável e passível de riscos que possam comprometer a qualidade de vida de uma região ou causar danos aos recursos naturais³; e,
- 6) que o percentual da compensação ambiental deve ser fixado de forma gradual ou graduada a partir de 0,5% (meio por cento) dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento levando-se em conta a amplitude dos impactos negativos gerados, não mitigáveis referidos no item 5 supra.

Inicialmente o artigo 31 do Decreto nº 4340/02 referia que a fixação da compensação ambiental seria estabelecida “a partir de estudos ambientais”, sendo que para se evitar interpretação diversa do disposto no artigo 36 da Lei regulamentada, foi expedido o Decreto nº 5566, de 25/10/2005, alterando tal redação para fazer constar especificamente referência ao “estudo de impacto ambiental e respectivo relatório – EIA/RIMA”.

Por outro lado, o Decreto 4.340/02, como a Lei que regulamentou, não previu a forma pela qual a cobrança a título de compensação ambiental seria feita, nem tampouco, a forma ou critério de graduação dos impactos ambientais. O Decreto apenas dispõe que os percentuais serão fixados, gradualmente, a partir de meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, considerando-se a amplitude dos impactos negativos gerados, não mitigáveis aos danos aos recursos naturais.

Assinala-se, ainda, que não foi fixado na lei ou no decreto regulamentador a previsão do percentual máximo a ser exigido a título de compensação ambiental, sendo que a lei menciona apenas o percentual mínimo, que é de 0,5% (meio por cento) dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento.

De toda sorte, sob o aspecto jurídico-formal, o Decreto ou outra norma regulamentar infra-legal não poderiam estabelecer parâmetro máximo, uma vez que tal regramento está adstrito à lei em sentido estrito e não meramente à norma regulamentar.

Da forma como consta da Lei e do seu decreto regulamentador, mesmo que sejam criados critérios ou metodologia para a fixação da compensação ambiental acima do percentual de 0,5% (meio por cento), que não existem hoje⁴, em tese, é possível a fixação de qualquer percentual a título de compensação ambiental, o que pode dar ensejo a abusos por parte do órgão ambiental licenciador que, por sua vez, podem ser objeto de questionamento pelo empreendedor que se sentir lesado.

Cumpra mencionar que a fixação de compensação ambiental em percentual excessivo, em princípio, constitui ofensa aos princípios da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade, ou, a indicação para o indeferimento do licenciamento ambiental requerido, já que os danos ambientais que serão causados, em tese, não poderiam ser compensáveis.

Tal posicionamento é baseado no entendimento de que antes de se perquirir se os danos ambientais são compensáveis, deve-se analisar se tais danos são admissíveis diante do direito de todos à sadia qualidade de vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consoante preconiza o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal.

O artigo 32 do Decreto nº 4.340/02 estabelece que, para a exigência da compensação ambiental, deverá ser criada, no âmbito dos órgãos ambientais licenciadores, câmaras de compensação ambiental, que deverão ter em sua composição representantes do órgão, que terão como finalidade analisar e propor a aplicação da compensação ambiental de acordo com os estudos ambientais realizados e percentuais definidos, proposta esta que deverá ser aprovada pela autoridade competente do órgão ambiental licenciador.

Por certo, para que tal câmara de compensação ambiental, criada no âmbito de qualquer dos órgãos ambientais, possa analisar e propor de forma gradual e graduada a aplicação da compensação ambiental a partir dos impactos ambientais negativos, apurados em EIA/RIMA, não mitigáveis e passíveis de causar danos aos recursos naturais, deve existir uma metodologia ou critérios previamente fixados.

Esta metodologia e critérios deverão ser conhecidos previamente pelo empreendedor a fim, mais uma vez, de se dar atendimento ao princípio da estrita legalidade, bem como aos princípios da publicidade, da transparência e da segurança jurídica que devem nortear os atos administrativos, que devem, ainda, ser motivados na forma do artigo 50 da Lei nº 9784/99.

Especificamente no âmbito do órgão ambiental federal, IBAMA, a referida Câmara foi criada pela Portaria nº 155/02, revogada pela Portaria 7/2004, em vigor.

O *caput* do artigo 33 do Decreto nº 4340/2002 estabelece um rol de prioridades, que deve ser obedecido pelo órgão ambiental, quanto à aplicação dos recursos da compensação ambiental, criada pelo artigo 36 da Lei Federal nº 9985/00, nas unidades de conservação existentes ou a serem criadas.

No que se refere ao parágrafo único do artigo 33 do Decreto 4.340/2002, devemos entender que ele somente seria aplicável na ocorrência da exceção prevista no § 3º do artigo 36 da Lei nº 9.985/2000, ou seja, quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica do Grupo de Uso Sustentável ou sua zona de amortecimento, situação na qual estas serão beneficiárias da compensação ambiental.

³ Com a redação dada pelo Decreto 5566/05

⁴ Encontra-se em elaboração pelo IBAMA metodologia para graduação dos impactos ambientais para fixação do percentual da compensação ambiental.

Isto porque, segundo o disposto no artigo 36 da Lei nº 9.985/2000 como regra geral só é possível a exigência de compensação ambiental para unidades de conservação do Grupo de Proteção Integral, sendo que a Reserva Particular do Patrimônio Natural; a Área de Relevante Interesse Ecológico e a Área de Proteção Ambiental se tratam de unidades de conservação do Grupo de Uso Sustentável.

Caso o entendimento não seja este, o artigo 33 do Decreto nº 4340/02 estaria em desconformidade com o artigo 36 da Lei nº 9.985/2000, o que seria inadmissível, tendo em vista que, como já mencionado, neste item do trabalho, o decreto regulamentar não pode dispor diversamente ou extrapolar os limites postos pela lei que pretende regulamentar.

Finalmente, quanto ao teor do artigo 34 do Decreto nº 4340/02, não nos parece adequada a expressão empregada quando estabelece que a inexistência de licença ambiental deve ser regularizada por “licença de operação corretiva ou retificadora”, pois, não havendo licença ambiental não há o que se retificar, e, sim, obter-se a licença respectiva, inclusive com a celebração de termo de ajustamento de conduta com o órgão ambiental competente para o licenciamento e sujeitam-se o infrator além da sanção administrativa, à sanção penal prevista no artigo 60 da Lei nº 9605/98⁵.

Embora a redação do artigo 34 do Decreto nº 4340/02 não faça menção à obrigação de compensação ambiental, por estar topograficamente inserido no capítulo do Decreto que trata de tal instituto, seria possível o entendimento no sentido de que se estaria criando dita obrigação também para empreendimento já implantado, o que, seria questionável quanto à constitucionalidade e legalidade, tendo em vista que, neste aspecto, o Decreto extrapolou a Lei, que nada prevê acerca do assunto, além de estar-se referindo à aplicação retroativa da norma, tratando-se de empreendimento já implantado.

Há de se salientar que o artigo 34 do supracitado Decreto nº 4.340/04, dispõe que os empreendimentos implantados antes de sua edição e em operação sem as respectivas licenças ambientais deverão requerer, no prazo de doze meses a partir da publicação, a regularização junto ao órgão ambiental competente mediante licença de operação corretiva ou retificadora.

Ocorre, porém, que a lei nada dispôs acerca da cobrança de compensação ambiental de empreendimentos já implantados, fixando a cobrança apenas para os novos empreendimentos, o que não poderia ser diferente, posto que a lei só se aplica aos fatos ocorridos após a sua edição. Assim, o Decreto não poderia dispor de forma diversa, pretendendo aplicar-se retroativamente, caso contrário afrontaria o Princípio da Irretroatividade das Leis além do Princípio da Legalidade, corolários da segurança jurídica, que resguardam o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido.

2.4. Momento a Partir do Qual Teve Início a Obrigação de Compensação Ambiental

Com relação à definição do momento a partir do qual o órgão ambiental poderá fazer a exigência de compensação ambiental passou a ser obrigatória a partir da data da vigência da Lei nº 9985/00, ou seja, a partir de 19/07/2000.

Assim, após o advento da Lei nº 9985/00, todos os empreendimentos que se enquadrem nas características referidas no âmbito deste tópico do trabalho são passíveis de pagamento de compensação ambiental calculada e implementada durante o licenciamento ambiental.

Porém, considerando que na citada Lei há menção à necessidade de sua regulamentação, tem-se que somente poderá ser cobrado percentual superior ao mínimo previsto no artigo 36 da Lei nº 9985/00 se esta for objeto de regulamentação onde sejam fixados os critérios para a graduação dos impactos negativos significativos não mitigáveis, e, além disso, seja criada a Câmara de Compensação Ambiental no âmbito do órgão licenciador competente para análise caso a caso e efetivação das propostas de compensação ambiental, levando em conta as propostas postas no EIA/RIMA, em consonância com o disposto no artigo 32 do Decreto nº 4340/02.

Isto, ainda, desde que seja fixado por lei, em sentido estrito, percentual único ou máximo a ser cobrado a título de compensação ambiental.

Diante disso, mesmo que existisse teto máximo fixado na Lei para exigência da compensação ambiental⁶, enquanto não houver a devida regulamentação da Lei nos aspectos citados, embora vigente, ela carece de eficácia, não sendo aplicável acima do mínimo legal.

2.5. Inexistência de Instituto Similar à Compensação Ambiental Prevista na Legislação Brasileira

⁵ Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes;

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

⁶ PL nº 4.082/2004 visando a fixação de percentual máximo para a exigência da compensação ambiental criada pelo artigo 36 da Lei nº 9985/00, do Deputado Ronaldo Vasconcelos.

Quanto à existência de pesquisa ou trabalho acerca de busca na legislação de outros países de instituto similar à compensação ambiental constante da legislação brasileira, tivemos acesso à pesquisa internacional realizada neste sentido pelo ICF Consulting, contratada pela PETROBRAS, em cujo relatório consta conclusão de que na legislação dos países pesquisados (Estados Unidos, Canadá, Noruega União Européia e Reino Unido) não há instituto similar à compensação ambiental, ou seja, de obrigação originária de procedimento de licenciamento ambiental de empreendimento de significativo impacto ambiental negativo não mitigável, com recursos vinculados à aplicação em unidades de conservação.

Nos países pesquisados, a referência à “compensação”, quando existente, ou tem relação com as medidas técnicas apontadas no âmbito do EIA/RIMA para minimização ou eliminação dos impactos ambientais negativos “mitigáveis”, o que difere da compensação ambiental tratada neste trabalho, ou, tem similitude com a indenização sendo denominada *compensation*, por eventuais danos ambientais, não tendo relação com o procedimento de licenciamento ambiental.

3. Problemas e Conclusões Relacionadas à Compensação Ambiental e a Indústria Do Petróleo.

Diante da análise detida do dispositivo legal e das normas regulamentares existentes acerca da compensação ambiental, conclui-se o quanto segue.

Empreendimentos para cuja implantação não seja exigível a elaboração de EIA/RIMA, não são passíveis da obrigação do pagamento de compensação ambiental, nem tampouco estão sujeitos à exigência de compensação ambiental, empreendimentos para os quais embora tenha sido exigido EIA/RIMA, das conclusões deste estudo não seja apontado impacto ambiental significativo negativo não mitigável.

Quando há medida mitigadora apontada no EIA/RIMA para a redução ou eliminação do impacto significativo negativo não há a incidência da compensação ambiental.

De acordo com o disposto no artigo 36 da Lei nº 9985/00, a compensação ambiental somente será exigível, no âmbito do procedimento de licenciamento ambiental, para a implantação de “empreendimentos”, não se referindo à “atividades” e “obras”, embora estas possam estar sujeitas ao licenciamento ambiental.

Saliente-se que tal entendimento que foi reforçado com a edição do Decreto nº 5.566/05, que alterou a redação do artigo 31 do Decreto nº 4.340/02.

As atividades relacionadas à indústria do petróleo: de sísmica; de perfuração de poços para identificação das jazidas e suas extensões; de produção para pesquisa sobre viabilidade técnica e econômica da jazida não estão sujeitas à exigência da compensação ambiental, quer por não se tratar de hipóteses de implantação de “empreendimentos”, como exige o artigo 36 da Lei nº 9985/00, quer por não estarem sujeitas, em regra, à elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório (EIA/RIMA).

Ao que parece, o legislador excluiu as “atividades” do campo de incidência da exigência da compensação ambiental, criada pelo artigo 36 da Lei nº 9985/00, posto que estas têm caráter temporário, não sendo perenes - como são os “empreendimentos” - isto por que tais atividades são aplicáveis ainda na fase ou etapa de pesquisa, sendo que a cobrança de compensação ambiental nesta fase ou etapa não seria razoável, na medida em que ou não se tem certeza da existência de petróleo a ser explorado, ou não se sabe se há viabilidade técnica e comercial para sua exploração, o que inibiria investimentos nesta indústria.

De acordo com o artigo 36 da Lei nº 9985/00, a compensação ambiental é exigível na fase de “implantação” do empreendimento.

A etapa ou fase de “implantação” de um empreendimento é mais ampla do que a fase ou etapa de sua “instalação”, sendo que “implantar” o empreendimento supõe a possibilidade imediata do funcionamento completo da unidade, que culmina com a concessão da licença de operação.

A exigência da compensação ambiental deve, portanto, ocorrer na fase de implantação do empreendimento, que vai desde a sua instalação até o início da operação, e não na fase da licença prévia, anterior à etapa de implantação do empreendimento, onde são apenas aprovados projetos e planos que demonstram a viabilidade do empreendimento não havendo o início da sua implantação, sendo que o empreendedor, mesmo tendo obtido a Licença Prévia – LP para o empreendimento poderá desistir de sua instalação.

O marco temporal inicial para a exigência da compensação ambiental é o início da instalação e o marco temporal final para tanto é o início da operação, sendo admissível, no máximo, que conste da licença prévia condicionante estabelecendo a exigência de compensação ambiental em atendimento à lei do SNUC, que deveria ser repetida como condicionante da licença de instalação, devendo ser efetivamente cobrada quando da emissão da licença de operação, que corresponde ao final da etapa de implantação do empreendimento, momento em que o empreendedor tem a exata noção dos custos totais de implantação do empreendimento.

Não é cabível a cobrança de compensação ambiental nas renovações da licença de operação do empreendimento, especialmente considerando que este, em princípio, é implantado com prazo indeterminado para

operação, e tendo-se em conta que o início da etapa de operação do empreendimento se caracteriza como o marco final da implantação deste; e, que o empreendimento está sujeito a sucessivas renovações da licença ambiental de operação, sendo que, caso se entenda de forma diversa, o valor da compensação ambiental, em dado momento, poderá ultrapassar em muito o custo total da implantação do próprio empreendimento.

A ausência de previsão legal do percentual máximo a incidir sobre os custos totais previstos para a implantação do empreendimento, relativo à cobrança da compensação ambiental; o não estabelecimento da forma de pagamento da compensação ambiental (mediante pagamento, dação em pagamento, exigência de obrigação de fazer) e do instrumento pelo qual será exigida a compensação ambiental (convênio; termo de compromisso etc); bem como a inexistência no regulamento da Lei de critérios para aferição do grau de impacto ocasionam insegurança jurídica ao empreendedor, na medida em que ele não tem condições de levar em conta, de plano, na estimativa dos custos de implantação do empreendimento o percentual máximo que poderá lhe ser exigido a título de compensação ambiental e nem de aquilatar as dificuldades para o atendimento de tal exigência.

O percentual máximo para exigência da compensação ambiental deveria ser fixado em lei, sendo que para que a compensação ambiental possa ser fixada acima do mínimo legal, a aferição dos impactos significativos negativos não mitigáveis deveria ser apurada pela Câmara de Compensação Ambiental, a ser criada no âmbito de cada órgão ambiental licenciador, com fundamento nas conclusões contidas no EIA/RIMA, e, com base em metodologia preestabelecida, que deverá levar em conta os princípios da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade.

A fixação pelo órgão ambiental competente de compensação ambiental em percentual excessivo ou representará abuso, por inobservância de critérios objetivos que deveriam, em princípio, ser fixados no Decreto regulamentar e previamente conhecidos do administrado, pois, caso se entenda de forma contrária, estar-se-á admitindo ofensa aos princípios da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade, ou, a indicação para o indeferimento do licenciamento ambiental requerido, já que os danos ambientais que serão causados, em tese, não poderiam ser compensáveis diante do direito de todos à sadia qualidade de vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consoante preconiza o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal.

Não deverão ser incluídos no “custo total para implantação do empreendimento” os custos das atividades anteriores a tal implantação, ou seja, levadas a efeito antes do início da instalação do empreendimento, o que inclui os custos despendidos com os projetos e planos executados visando à obtenção da licença prévia de um determinado empreendimento.

Especificamente no que se refere à indústria do petróleo, os custos das atividades de pesquisa sísmica, de perfuração de poços - pelas quais se visa encontrar as jazidas de petróleo e gás - e prévia de produção - destinada à verificação da viabilidade técnica e econômica da exploração das jazidas de petróleo e gás encontradas - não deveriam ser incluídos nos citados custos totais de implantação do empreendimento, já que esta última se inicia após a declaração de viabilidade técnica e econômica referidas.

Além do conteúdo dos §§ 2º e 3º do artigo 36 da Lei nº 9985/00, não há qualquer menção na citada Lei ou no seu Decreto regulamentador de como deve ser efetivada a divisão dos recursos obtidos a título de compensação ambiental, em decorrência da implantação de determinado empreendimento de significativo impacto ambiental negativo não mitigável ao meio ambiente.

Considerando que esta situação tem gerado problemas, deveria ser acrescido ao regulamento da Lei nº 9985/00 critério de divisão dos recursos da compensação ambiental.

Para a legislação ambiental, as expressões “medida compensatória e/ou reparatória” e “compensação ambiental” têm significação distinta, que não são observados pelos gestores ambientais públicos e privados que utilizam uma expressão pela outra, ou ainda, com significado diverso, como sendo espécie de indenização por danos ambientais.

Conforme posto na legislação, o instituto da compensação ambiental é aquele criado pelo artigo 36 da Lei nº 9985/00, que tem como finalidade o apoio e manutenção de unidade de conservação de forma exclusiva, exigida no âmbito de procedimento de licenciamento ambiental, com fundamento em EIA/RIMA onde se conclua que a implantação de determinado empreendimento ocasionará impacto ambiental negativo significativo não mitigável ao meio ambiente.

A “medida compensatória e/ou reparatória” é prevista na legislação, especificamente no artigo 4º do Código Florestal, tem como finalidade mitigar e/ou reparar o impacto relativo à supressão de determinada vegetação em área de preservação permanente que, por situação excepcional, foi autorizada pelo órgão competente, sendo esta mitigação efetivada por meio do replantio das mesmas espécies nativas no mesmo local da supressão, ou, no caso de impossibilidade, através de replantio em outro local, desde que tenha a mesma função ecológica.

Pode-se dizer que até por influência da legislação estrangeira muitas vezes há a referência equivocada à compensação ambiental prevista no artigo 36 da Lei do SNUC como se tratando de uma espécie de indenização em dinheiro ou até como obrigação alternativa, que também não se confundem com os institutos referidos anteriormente.

A exigência pelos gestores ambientais públicos, no âmbito do procedimento de licenciamento ambiental, na indústria do petróleo, da “medida compensatória e/ou reparatória” ou de outra exigência, ao invés da “compensação ambiental”, ou seja, em desacordo com o disposto no mencionado artigo 36 da Lei nº 9.985/00, gera a possibilidade de

alegação, pelas autoridades competentes, seja pelo Ministério Público, seja por outros gestores ambientais públicos que venham a substituir os que outorgaram a respectiva licença ambiental, de irregularidades no procedimento de licenciamento ambiental, e, como consequência, que o empreendedor estaria instalando ou operando seu empreendimento em desacordo com as normas legais, o que poderá gerar a possibilidade de cancelamento ou suspensão da licença expedida, na forma do artigo 19 da Resolução CONAMA 237/97, por descumprimento de as seguintes medidas: condicionante de licença ambiental; a aplicação da penalidade prevista no artigo 41 do Decreto nº 3179/99, por descumprimento de norma regulamentar e dar origem à nova exigência de cumprimento da citada “compensação ambiental”.

Também, outra consequência que poderá ser verificada em decorrência da hipótese aventada supra, é a eventual alegação de que tanto o empreendedor, como o gestor ambiental público teria praticado ou estaria praticando as condutas previstas, respectivamente, como crime nos artigos 60 e 67 da Lei Federal nº 9.605/98, especialmente pelo Ministério Público, único legitimado para o ajuizamento da ação penal.

A exigência da compensação ambiental prevista no artigo 36 da Lei nº 9985/00 ao invés da “medida mitigadora e/ou compensatória” estabelecida no Código Florestal, quando aplicável, no âmbito do licenciamento ambiental, também pode dar origem às mesmas consequências referidas.

Diante da possibilidade de ocorrência das consequências referidas, advindas da exigência “compensação ambiental” prevista no artigo 36 da Lei nº 9985/00, ao invés da “medida mitigadora e/ou compensatória” estabelecida no Código Florestal, ou ainda de outra exigência, em desacordo com a respectiva legislação, é recomendável o empreendedor verifique, ao receber uma licença ambiental, se a exigência efetivada pelo órgão ambiental está de acordo com a norma legal respectiva, e, caso contrário, deve impugná-la, de preferência, na primeira oportunidade que tomar conhecimento da exigência indevida administrativa ou judicialmente.

3.1. Propostas de Solução dos Problemas Apontados e Contribuições para Pesquisas Futuras

Diante de todo o exposto entende-se que para a solução definitiva dos problemas apontados deveriam ser adotadas:

- 1) Alteração do artigo 36 da Lei nº 9985/00 mediante lei, em sentido estrito, para fixação de percentual único ou de percentual máximo a ser cobrado a título de compensação ambiental, cumprindo mencionar, como consta do subitem 2.4 deste trabalho, que se encontra em trâmite Projeto de Lei com tal finalidade;
- 2) Alteração do artigo 36 da Lei nº 9985/00 para explicitar que no período de transição entre a vigência da Lei e a sua completa regulamentação somente será possível a cobrança de compensação ambiental com base no percentual mínimo previsto na Lei, desde que preenchidos os demais requisitos postos no artigo 36 da Lei do SNUC, o que já consta do artigo 15 da recém expedida Resolução CONAMA 371/06, porém tal norma poderá ser questionada por se tratar de norma infra-legal;
- 3) Alteração do artigo 36 da Lei nº 9985/00 para esclarecer que somente será exigível a compensação ambiental de empreendimentos sujeitos a EIA/RIMA, cujas conclusões apontem para a ocorrência de significativo impacto ambiental negativo não mitigável aos recursos ambientais, posto que refletirá efetivamente o espírito do legislador, isto porque embora o Decreto nº 5.566/05, que alterou a redação do artigo 31 do Decreto nº 4.340/02, em consonância com a Lei tenha discipado a discussão sobre o estudo a ser exigido, o órgão ambiental federal (IBAMA) já vem dando sinais de que pretende exigir a compensação ambiental mesmo que das conclusões do EIA/RIMA de determinado empreendimento não conste qualquer impacto negativo significativo não mitigável aos recursos ambientais, sendo que se sabe que o EIA/RIMA deve ser exigido, isto a par da recente Resolução CONAMA 371/06 assim prever, posto que se trata de norma infra-legal;
- 4) Alteração do Decreto nº 4340/02 para:
 - a) estabelecer a forma de pagamento da compensação ambiental (mediante pagamento, dação em pagamento, exigência de obrigação de fazer);
 - b) estabelecer o instrumento pelo qual será exigida a compensação ambiental (convênio; termo de compromisso etc);
 - c) estabelecer de parâmetros mínimos para a fixação de metodologia ou critério para aferição da graduação de impacto ambiental negativo significativo não mitigável, caso não seja fixado teto único via alteração da Lei para a exigência da compensação ambiental, que entendemos ser mais eficaz à proteção do meio ambiente; e,
 - d) estabelecer de parâmetros mínimos para a aplicação dos recursos da compensação ambiental.

São estas as contribuições que temos para tentar solucionar definitivamente os problemas apontados no item 3 deste trabalho, especialmente com o intuito de se evitar a maior morosidade dos procedimentos de licenciamentos e da ocorrência da violação de condicionantes das licenças ambientais que, por sua vez, podem dar origem a toda a problemática analisada também ali referida.

4. Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7a. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora.

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Proteção ambiental nas atividades de exploração e produção de petróleo aspectos jurídicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. **O princípio do poluidor pagador**: pedra angular da política comunitária do ambiente. Coimbra: Coimbra Editora. pág. 139.1997.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.317, 1992.
- BENJAMIN, Antonio Herman. Introdução à lei do sistema nacional de unidades de conservação. In: _____(Coord). **Direito ambiental das áreas protegidas**: o regime jurídico das unidades de conservação. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p.
- DERANI, Cristiane. A estrutura do sistema nacional de unidades de conservação: Lei nº 9.985/2000. In: Benjamin, A.H. (Coord). **Direito ambiental das áreas protegidas**: o regime jurídico das unidades de conservação. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 232-247.
- DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**, 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- FINK, Daniel Roberto; ALONSO JÚNIOR, Hamilton; DAWALBI, Marcelo. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito ambiental e legislação aplicável**. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Max Limonad, 1999.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 6. ed., rev., atual. e ampli. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001.
- LECEY, E. **Proteção penal das Áreas Protegidas**. In: BENJAMIN, A.H. (Coord). **Direito Ambiental das Áreas Protegidas**: o regime jurídico das unidades de conservação. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 328-347.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. Áreas Protegidas: a Lei nº 9985/2000 In: BENJAMIN, A.H. (Coord). **Direito ambiental das áreas protegidas**: o regime jurídico das unidades de conservação. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 248-275.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**, 13a. ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- MERCADANTE, Maurício. **Uma Década de Debate e Negociação: a História da Elaboração da Lei do SNUC**. In: Benjamin, A.H. (Coord). **Direito Ambiental das Áreas Protegidas**: o regime jurídico das unidades de conservação. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 190-231.
- MILANO, Miguel Serediuk. Unidades de Conservação – técnica, lei e ética para a conservação da biodiversidade. In: BENJAMIN, A.H. (Coord). **Direito ambiental das áreas protegidas**: o regime jurídico das unidades de conservação. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 3-41.
- MILARÉ, Edis; BENJAMIN, Antonio. Herman. **Estudo prévio de impacto ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 245 p., 1993.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Impacto ambiental: aspectos da legislação brasileira**. [s.l.]: Oliveira Mendes, 1998.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis. **O licenciamento ambiental**. São Paulo: Iglu, 1999.
- SILVA FILHO, Derly Barreto. A processualidade das licenças ambientais como garantia dos administrados. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 5, p. 80 e segs.1997.
- SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2002.