

A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL PREVISTA NA LEI 9.985/2000

Marciano Seabra de Godoi*

RESUMO

O artigo sustenta que a compensação ambiental não tem natureza tributária, constituindo uma das medidas compensatórias a serem estabelecidas no procedimento licenciador de empreendimentos que apresentem significativo impacto ambiental negativo não mitigável pelas medidas de prevenção e correção definidas no licenciamento. Exemplos de impacto dessa natureza são a sensível redução da biodiversidade de determinado ecossistema ou o comprometimento do patrimônio paleontológico e espeleológico de determinada região. A medida legal é proporcional e razoável, mas há graves riscos de a medida ser mal utilizada pelos órgãos licenciadores, como se fosse uma taxa de licenciamento ambiental ou uma espécie de salvo-conduto para que empreendimentos altamente danosos para o meio ambiente sejam licenciados, numa aplicação distorcida e equivocada do princípio do poluidor-pagador.

PALAVRAS-CHAVES

AMBIENTAL; COMPENSAÇÃO; NATUREZA; PROPORCIONALIDADE; MÁ-APLICAÇÃO

ABSTRACT

The article sustains that the environmental compensation does not have tax nature, and that it constitutes one of the compensatory measures to be established in the undertaking licensing procedure that presents significant negative environmental impact that cannot be mitigated through prevention or correction measures defined in the licensing. Examples of impact of this nature are the sensitive reduction of the biodiversity of certain ecosystem, or the degradation of paleontological or speleological richness of some region. The legal measure is proportional and reasonable, though there are serious risks of the measure to be misused by state officers, as either an environmental licensing tax or a type of safe-conduct for the enterprise that is recognizably harmful to the

environment to be licensed, in a distorted and mistaken application of the Polluter Pays Principle.

KEYWORDS

ENVIRONMENTAL; COMPENSATION; NATURE; PROPORTIONALITY; MISAPPLICATION

INTRODUÇÃO

A doutrina que vem examinando a natureza jurídica da figura prevista no art.36 da Lei 9.985/2000 geralmente tem chegado à conclusão de que a exação teria natureza de tributo e, por não cumprir uma ou outra regra constitucional-tributária, seria inconstitucional¹.

Pretendemos demonstrar no presente artigo que tanto a interpretação histórica quanto a interpretação sistemática ou teleológica do dispositivo que regula a compensação ambiental indicam que não se trata de um tributo, mas de uma das medidas compensatórias a serem eventualmente fixadas pelos órgãos do Poder Executivo no procedimento de licenciamento ambiental.

Além de examinar a doutrina, o presente artigo analisará o único voto até o momento já proferido (pelo Relator Ministro Carlos Britto) na ação (ADI 3.378, distribuída no STF em 2004) em que a Confederação Nacional da Indústria requer a

* Mestre (Universidade Federal de Minas Gerais) e Doutor (Universidade Complutense de Madri) em Direito Financeiro e Tributário. Professor da PUC-MG (graduação e mestrado). Presidente do Instituto de Estudos Fiscais – IEFi. Advogado em Belo Horizonte.

¹ Afirmando o caráter tributário e a inconstitucionalidade da compensação ambiental, cfr. GUERRA, Sérgio. Compensação ambiental nos empreendimentos de significativo impacto, In: WERNECK, Mário *et alii* (Coords.). **Direito ambiental Visto por nós Advogados**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 129-145; SALIBA, Ricardo Berzosa. A natureza jurídica da “compensação ambiental” – vícios de inconstitucionalidade, **Interesse Público**, n.º 29, jan./fev. 2005, pp. 197-214; MILARÉ, Édís & ARTIGAS, Priscila Santos. Compensação Ambiental: questões controvertidas, **Revista de Direito Ambiental**, n.º 43, jul./set. 2006, pp.101-114; DOMINGUES, José Marcos. A chamada “compensação financeira SNUC”, **Revista Dialética de Direito Tributário**, n.º 133, out./2006, pp.43-66, ANTUNES, Paulo de Bessa. **Imposto vestido de verde**, texto publicado no jornal *O Eco* em 9.08.2004 e disponível na internet (www.dannemann.com.br). Na jurisprudência, destaca-se a decisão (posteriormente cassada pelo STF) do Desembargador Federal Catão Alves, do TRF da 1.ª Região, que deferiu medida liminar em mandado de segurança considerando ser a compensação ambiental uma figura tributária e limitando sua cobrança a 0,5% dos custos totais de implantação do empreendimento (Agravo 2005.01.00.060479-0). Em sentido oposto, defendendo o caráter não-tributário da figura, cfr. MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**, 12.ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2004, pp.764-771 e CHACHA, Senise Freire & SILVA, Lúcia Helena. A natureza jurídica da compensação ambiental, **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul**, n.º 12, dez./2004, pp.122-148.

declaração de inconstitucionalidade da norma que dispõe sobre a compensação ambiental (art.36 da Lei 9.985/2000).

Analisaremos os argumentos contidos na petição inicial da ADI 3.378 no sentido de que a compensação ambiental não passaria no teste de proporcionalidade geralmente aplicado pelos tribunais constitucionais contemporâneos no controle de constitucionalidade das leis, e finalmente avaliaremos os riscos de a medida vir a se degenerar numa cobrança arbitrária e desviada de seu propósito e de sua função originais.

DESENVOLVIMENTO

1. A compensação ambiental, que não surgiu com a Lei 9.985/2000, nunca foi nem poderia ser um tributo

Para entender a real natureza jurídica da compensação ambiental, não podemos agir como se a figura houvesse sido *criada* pelo art.36 da Lei 9.985/2000. Esse dispositivo trata da terceira versão de uma norma criada muitos anos antes por um instrumento infralegal (Resolução do CONAMA). A análise dessa evolução histórica é fundamental para concluir com segurança que a figura não é um tributo.

Foi a Resolução CONAMA n.º 10/1987 que estabeleceu originalmente que o responsável por um empreendimento capaz de provocar significativo impacto ambiental (“obras de grande porte” responsáveis pela “destruição de florestas e outros ecossistemas” – art.1.º da Resolução) estava obrigado a implantar uma Estação Ecológica, preferencialmente junto à área do empreendimento. Essa implantação era considerada um pré-requisito necessário para o licenciamento. E já nessa Resolução de 1987 (art.2.º) se dispunha que o valor da área e das benfeitorias da Estação Ecológica não poderia ser “inferior a 0,5% (meio por cento) dos custos totais previstos para a implantação dos empreendimentos”.

Eis portanto uma norma pela qual o CONAMA, no uso de suas competências, estabeleceu uma espécie de padronização de um dos aspectos (o estabelecimento de medidas compensatórias) do procedimento de licenciamento ambiental. Essa padronização se dirige ao órgão licenciador e significa duas coisas: 1.º) o licenciamento

de empreendimentos de impacto significativo terá *necessariamente* como um dos seus pré-requisitos a implantação de uma Estação Ecológica custeada pelo responsável pelo empreendimento e 2.º) a quantificação dessa obrigação será proporcional ao impacto ambiental e não poderá ser inferior a meio por cento dos custos de implantação do empreendimento.

E de onde essa norma infralegal expedida pelo CONAMA em 1987 retirava sua fonte de validade? Das normas legais (Lei 6.938/1981) que determinam: que a avaliação de impactos ambientais, o licenciamento ambiental e a criação de espaços territoriais especialmente protegidos são “instrumentos da política nacional do meio ambiente” (art.9.º, III, IV e VI), e que o CONAMA tem a prerrogativa de estabelecer “normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras” (art.8.º, I).

Ou seja, nada neste contexto normativo aponta para o exercício do poder de tributar, que tem objetivos e instrumentos totalmente diversos. Mas um aspecto dessa norma é especialmente didático para demonstrar que estamos longe da seara tributária. Vejamos.

Sabe-se que o tributo (salvo exceções expressamente estampadas na Constituição) deve ter seus elementos essenciais (sujeito passivo, base de cálculo, alíquota) fixados com precisão na própria lei (em sentido formal) que o institui. Daí a doutrina afirmar a exigência de “tipicidade tributária”, e daí o art.3.º do Código Tributário Nacional estabelecer que o tributo é uma prestação pecuniária “instituída” (e não somente “prevista”) em lei e cobrada mediante atividade administrativa “plenamente vinculada”. A cobrança do tributo – efetuada pelo Executivo – é “vinculada” porque o legislador já fixou com precisão os elementos da prestação, elementos aos quais o administrador está “vinculado”, afastando-se portanto a discricionariedade do órgão responsável pela fiscalização e cobrança da exação.

Ora, como pode a compensação ambiental ser um tributo se a discricionariedade administrativa é a pedra de toque dessa figura? O “caráter significativo” dos danos ambientais, pressuposto para a exigência da compensação, é algo que somente pode ser avaliado pelo órgão licenciador. Além disso, a própria quantificação da compensação (que se deve fazer em proporção ao impacto ambiental) é tarefa naturalmente atribuída ao órgão licenciador, tendo o CONAMA (e depois o legislador com a Lei 9.985/2000)

simplesmente fixado um piso de meio por cento dos custos de implantação. Não há como enxergar natureza tributária numa figura que não tem como *funcionar* a não ser pelo exercício da discricionariedade técnica (que obviamente não pode desbordar para a arbitrariedade) dos órgãos ambientais licenciadores.

Essas conclusões lançadas à luz da Resolução CONAMA 10/1987 se sustentam plenamente frente às normas posteriores (Resolução CONAMA 2/1996 e art.36 da Lei 9.985/2000) que trataram da mesma obrigação.

A Resolução CONAMA 2/1996, que revogou a Resolução 10/1987 e passou a regular a matéria, não trouxe qualquer mudança significativa em relação ao regime até então vigente. Houve mudanças de redação² e um maior detalhamento sobre as obrigações do órgão licenciador³, mas a única alteração palpável (que não afetou o regime de cobrança) foi que a compensação passou a ser *preferencialmente* aplicada (e não *necessariamente* como ocorria antes) na implantação de uma Estação Ecológica, a critério do órgão licenciador e depois de ouvido o empreendedor.

Já a Lei 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, alçou ao nível de lei em sentido formal a obrigação (já existente desde 1987) do responsável por empreendimentos de significativo impacto ambiental de financiar a implantação e manutenção de uma unidade de conservação. O art.36 da Lei 9.985 manteve as principais características da obrigação (tal como delineada na Resolução de 1996): sua exigência cabe tão somente nos casos de licenciamento de “significativo impacto ambiental”, impacto este que deverá ser constatado tecnicamente pelo órgão licenciador com base no Estudo de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA); sua quantificação se fará “de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento” e seu valor mínimo corresponde a meio por cento dos custos de implantação do empreendimento; sua aplicação poderá se dar em unidades de conservação já existentes ou a serem criadas.

² A Resolução de 1987 dispunha que a compensação seria devida no licenciamento de “obras de grande porte”, ao passo que a de 1996 estabeleceu que a compensação seria devida no licenciamento “de empreendimentos de relevante impacto ambiental”.

³ Quanto ao órgão licenciador, dispôs-se (art.3.º) que o mesmo deveria “explicitar todas as condições a serem atendidas pelo empreendedor para o cumprimento do disposto nesta Resolução, durante o processo de licenciamento ambiental” e que esse órgão licenciador poderia destinar até 15% da compensação para implantação de sistemas de fiscalização, controle e monitoramento da qualidade ambiental no entorno onde serão implantadas as unidades de conservação.

Mantida a estrutura básica da obrigação (que no texto das Resoluções anteriores não era chamada de “compensação”⁴), o art.36 da Lei 9.985/2000 acrescentou-lhe outras normas necessárias para adequá-la ao então criado Sistema Nacional de Unidades de Conservação, como a norma segundo a qual as unidades a serem beneficiadas pela compensação seriam as do “grupo de proteção integral”⁵, com a exceção prevista no § 3.º do artigo 36⁶.

Mas o fato de a obrigação a cargo do responsável pelo empreendimento ter passado a figurar ou estar prevista no texto de uma lei em sentido formal não pode levar o intérprete a considerar que houve sua transformação em tributo! Uma das características fundamentais da compensação ambiental é ser apurada e cobrada mediante uma atividade administrativa pautada pela discricionariedade técnica, o que desde logo impede que a consideremos um tributo. Se tivéssemos uma contribuição com uma única alíquota fixada na lei, então a contribuição deixaria de cumprir seu papel de compensar os impactos ambientais negativos, pois o vulto desses impactos ambientais somente é conhecido caso a caso, por meio das conclusões do Estudo de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) de cada empreendimento.

A doutrina geralmente defende a natureza tributária da figura prevista no art.36 da Lei 9.985/2000 afirmando que a compensação é uma prestação pecuniária compulsória prevista em lei e que não decorre de ato ilícito⁷.

De fato a compensação ambiental é uma prestação pecuniária compulsória prevista em lei (mas não “instituída em lei” em todos os seus elementos como deve ocorrer com os tributos) e que não é sanção por ato ilícito, mas isso não basta para vê-la como um tributo, pois lhe falta o atributo de ser uma obrigação cobrada “mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (parte final do art.3.º do CTN). E aqui a doutrina majoritária desenvolve um argumento curioso: o que é na verdade uma

⁴ O termo “compensação”, que não constava do texto das Resoluções CONAMA 10/1987 e 2/1996, é usado no § 3.º do art.36 da Lei 9.985/2000 e nos arts. 31 a 33 do Decreto 4.340/2002.

⁵ As unidades de proteção integral são as estações ecológicas, as reservas biológicas, os parques, os monumentos naturais e os refúgios da vida silvestre (cfr. art.8.º da Lei 9.985).

⁶ “Art.36, § 3.º. 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.”

⁷ “A obrigação de pagar tal prestação compulsória, imposta por lei, não deriva de uma ilicitude praticada pelo empreendedor-contribuinte (...)” – DOMINGUES, *op.cit.*, p.51.

evidência de que a figura não é um tributo passa a ser considerado como uma evidência de que a figura, sendo tributo, é inconstitucional.

Ricardo Saliba inicialmente afirma que a compensação ambiental é um tributo, e nesse primeiro momento não indaga se a obrigação traz ou não em si a marca da discricionariedade administrativa⁸. Em seguida conclui pela inconstitucionalidade da figura, alegando que em nosso sistema não é possível “se estabelecerem alíquotas, na estrutura de uma norma tributária, por conta de uma decisão administrativa, exarada por um órgão ambiental que (...) não tem poder legiferante algum na órbita fiscal”⁹. Ora, o que é uma *característica* da natureza não-tributária da compensação ambiental passa a ser considerado pelo autor como um *defeito* em sua pretensa natureza tributária.

2. Não se trata de indenizar nem de prevenir um dano específico, mas sim de compensar a ocorrência de um impacto ambiental significativo

O texto do art.1.º das Resoluções CONAMA 10/1987 e 2/1996 produzia a impressão de que a implantação (a cargo do empreendedor) de uma unidade de conservação tinha a natureza de uma indenização pela prática de ato ilícito. Com efeito, o art.1.º de ambas as Resoluções começava com os seguintes dizeres: “Para fazer face à reparação dos danos ambientais causados pela destruição de florestas e outros ecossistemas...”.

Contudo, o contexto normativo presente em ambas as Resoluções sempre indicou que a obrigação de implantar uma unidade de conservação não tinha natureza sancionatória ou de indenização pela prática de um ilícito. Ora, se o órgão ambiental licenciador constata que determinado empreendimento engendrará “atividades lesivas ao meio ambiente”, que de acordo com o § 3.º do art.225 da Constituição sujeitariam seus agentes a sanções penais, administrativas e civis, naturalmente que a única conduta

⁸ “(...) se a ‘compensação ambiental é efetivamente uma parcela pecuniária, com previsão em lei, decorrente da expedição de licenciamento ambiental de empreendimentos com significativo impacto ambiental dentro do campo da licitude, até porque se assim não fosse sequer falaríamos de licenciamento ambiental, mas sim em crime ambiental, e ainda exigida compulsoriamente sob pena de não se expedir tal licenciamento pelo órgão competente, podemos então chegar à conclusão de que na verdade esse instituto (...) é um tributo” – SALIBA, *op.cit.*, p.203.

⁹ SALIBA, *op.cit.*, p.213. Em sentido semelhante se pronunciam Édis Milaré e Priscila Artigas: afirmam que é “certamente tributária a natureza jurídica pretendida pelo legislador”, mas em seguida concluem que “é esdrúxula a falta de definição pela Lei de critérios claros e específicos para o seu cálculo, deixando o alvedrio unilateral do administrador público o estabelecimento do quantum a ser recolhido” – MILARÉ & ARTIGAS, *op.cit.*, pp.112-113.

que o órgão ambiental pode tomar é negar a licença do empreendimento – e não conceder a licença exigindo a implantação de uma unidade de conservação. Por isso os “danos ambientais” mencionados no art.1.º das Resoluções CONAMA 10/1987 e 2/1996 não se confundem com as “atividades lesivas ao meio ambiente” previstas no art.225, § 3.º da Constituição ou com os “danos causados ao meio ambiente” previstos no art.14, § 1.º da Lei 6.938/1981¹⁰.

O órgão licenciador, verificando que o empreendimento – mesmo com a imposição de medidas mitigadoras do impacto ambiental negativo – ainda é capaz de provocar *danos ambientais* no sentido dessas normas (art.225, § 3.º CF e art.14, § 1.º da Lei 6.938/1981), deve pura e simplesmente negar a licença. O que as Resoluções do CONAMA acima mencionadas chamaram de “danos ambientais” são na verdade *degradações da qualidade ambiental* no sentido de “atividades que direta ou indiretamente afetem desfavoravelmente a biota” (uma das hipóteses de “poluição” nos termos do art.3.º, III, c da Lei 6.938/1981). Por isso na redação do art.36, § 1.º da Lei 9.985/2000 a expressão “danos ambientais” (presente nas antigas Resoluções) foi substituída pela expressão – muito mais apropriada tecnicamente – “significativo impacto ambiental”.

Muitos empreendimentos causam degradações da qualidade ambiental no sentido do art.3.º, III, c da Lei 6.938/1981, mas isso não é motivo para serem vetados pelas autoridades ambientais, sendo que a compensação ambiental pode ser uma ferramenta importante para justificar o licenciamento do empreendimento. Tomemos como exemplo a construção de uma rodovia de grandes dimensões. Os impactos ambientais negativos podem ser enfrentados de duas maneiras. Quanto aos impactos mitigáveis (por exemplo o risco de acidentes com derramamento de substâncias tóxicas), deve-se exigir que o empreendedor adote medidas mitigadoras preventivas (sinalização adequada, traçado apropriado da pista) e corretivas (equipes de emergência em permanente prontidão). Quanto aos impactos não-mitigáveis, entram em cena as medidas compensatórias. No caso de uma rodovia que provoque a destruição de uma determinada área de vegetação primária, tem-se uma degradação ambiental não-

¹⁰ “Art.14, §1.º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.

mitigável, pois as perdas em termos de redução da biodiversidade são irreversíveis. Exatamente para compensar essa redução da biodiversidade é que o órgão licenciador impõe ao empreendedor a obrigação de implantar uma unidade de conservação da natureza, pois essa implantação significará ganhos preciosos e permanentes em termos de preservação da biodiversidade.

O voto que o Ministro Carlos Britto proferiu na ADI 3.378 considera que a compensação ambiental se justifica pela necessidade de o empreendedor “responder pelas medidas de prevenção de impactos ambientais que possam decorrer, significativamente, da implementação de sua empírica empreitada econômica” (item 15 do voto). Segundo o Ministro, o art.36 da Lei 9.985/2000 teria criado “uma forma de compartilhamento das despesas com as medidas oficiais de específica prevenção ante empreendimentos de significativo impacto ambiental” (item 10 do voto)¹¹.

Concordamos com a conclusão do voto do Ministro Britto (constitucionalidade da compensação ambiental), mas não com essa linha de fundamentação que enxerga a obrigação prevista no art.36 da Lei 9.985 como uma “forma de compartilhamento das despesas com as medidas oficiais de prevenção”. Não se trata de medida de prevenção contra riscos de danos ambientais. Para isso existem as medidas mitigadoras preventivas, como por exemplo os “equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos” que devem ser especificados no Estudo de Impacto Ambiental conforme determina a Resolução CONAMA 1/1986 (art.6.º, III). Tanto a compensação ambiental não tem caráter preventivo que o Decreto que a regulamentou (Decreto 4.340/2002) explicitou que a fixação do montante da compensação ambiental será proporcional aos “impactos negativos não mitigáveis” por meio de medidas preventivas (art.31 do Decreto), como é por excelência o impacto da perda de biodiversidade.

No Relatório de Impacto Ambiental, devem ser identificados os impactos negativos “que não puderam ser evitados, e o grau de alteração esperado” pelo empreendimento (art.9.º, VI da Resolução CONAMA 1/1986). Para esses impactos negativos não-mitigáveis, que por definição não podem ser enfrentados com medidas

¹¹ Em outras partes do voto, o Ministro deixa de tratar a compensação ambiental como uma medida preventiva e afirma que a mesma engendra uma “obrigação de compensar os danos ambientais” (nota de rodapé do item 10 do voto). No fecho do voto, a compensação é identificada – de forma bastante ampla e genérica – com o ônus do empreendedor de “arcar, ao menos em parte, com os custos de prevenção, controle e reparação dos impactos negativos ao meio ambiente” (item 16 do voto).

preventivas, existem as medidas compensatórias, gênero do qual é espécie a figura do art.36 da Lei 9.985/2000. Voltando ao exemplo do licenciamento de uma rodovia: a perda de biodiversidade que será provocada com a destruição de uma área de vegetação primária (por onde passarão as faixas de rolamento) constitui um impacto negativo que não pode ser contrastado com uma medida mitigadora. Por isso a medida tecnicamente correta para contrastar esse impacto é a compensação, que obriga o empreendedor a garantir – em outra área geográfica – um ganho de biodiversidade representado pela implantação e apoio de unidades de conservação da natureza do grupo de proteção integral.

3. Comparação com a compensação financeira pela exploração de recursos naturais prevista no art.20, § 1.º da Constituição

A compensação financeira prevista no art.20, § 1.º da Constituição foi apontada por parte da doutrina¹² como sendo um tributo, por se tratar de prestação pecuniária compulsória instituída em lei (neste caso as leis 7.990/1989 e 8.001/1990¹³) que não constitui sanção por ato ilícito. Apreciando a questão, a Primeira Turma do STF (RE 228.800, DJ 16.11.2001, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence) afirmou sua natureza não-tributária.

O fundamento da decisão foi o de que, tanto no caso da compensação financeira quanto no caso da participação no resultado da exploração dos recursos naturais, a “causa” da cobrança está ligada direta ou indiretamente à exploração do patrimônio da União, o que torna ambas as figuras espécies de receitas patrimoniais, que não se confundem com receitas tributárias.

Em seu voto, o Relator afirmou algo que a nosso ver se aplica também à discussão doutrinária envolvendo a compensação ambiental: “o tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da participação nos resultados ou da compensação financeira cogitadas” – fl.483. Como

¹² Cfr. XAVIER, Alberto. Natureza jurídica e âmbito de incidência da compensação financeira por exploração de recursos minerais, **Revista Dialética de Direito Tributário**, vol.29, 1998, pp.10-25.

¹³ No RE 228.800 (Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 16.11.2001), a Primeira Turma do STF entendeu que essas leis instituíram uma “participação no resultado da exploração dos recursos naturais”, e não uma “compensação financeira pela exploração desses recursos”.

vimos nas seções anteriores, a compensação ambiental tampouco tem natureza tributária, não obstante seja uma prestação pecuniária compulsória prevista em lei.

Lendo o acórdão do STF, salta aos olhos a analogia entre a compensação financeira pela exploração de recursos naturais e a compensação ambiental analisada no presente artigo. O acórdão caracteriza a compensação financeira do art.20, § 1.º da Constituição como uma compensação das perdas (de caráter mais genérico) representadas pelos problemas ambientais, sociais e econômicos advindos (para os Estados, Municípios ou Distrito Federal) da atividade econômica da exploração de minerais e outras riquezas naturais. No caso da compensação ambiental, a compensação se refere a perdas ambientais (de caráter mais específico) representadas pelos significativos impactos negativos e não-mitigáveis (perda de biodiversidade) gerados por determinados empreendimentos econômicos. Enquanto a compensação financeira carrega recursos para que aqueles problemas gerais de ordem ambiental, social e econômica sejam enfrentados pelos Estados e Municípios atingidos pela exploração dos recursos minerais, a compensação ambiental carrega recursos para uma finalidade muito mais específica: criar e manter espaços territoriais especialmente protegidos em termos de biodiversidade (unidades de conservação do grupo de proteção integral), gerando ganhos que possam compensar os impactos negativos não-mitigáveis dos empreendimentos econômicos.

Há uma diferença marcante entre a compensação ambiental (art.36 da Lei 9.985/2000) e a figura chamada pela Lei 7.990/1989 de “compensação financeira” (mas que o STF considerou na verdade uma “participação no resultado da exploração” de recursos naturais). No caso da exação prevista na Lei 7.990/1989, a obrigação é de recolher determinada quantia aos cofres públicos, enquanto a compensação ambiental engendra uma obrigação (sempre quantificada em dinheiro) que pode ser cumprida sem que recursos do empreendedor sejam recolhidos diretamente ao erário. A obrigação do empreendedor é de “apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação...” (art.36, *caput* da Lei 9.985). Após quantificada em dinheiro essa obrigação (custo total de implantação do empreendimento x alíquota definida de acordo com o grau de impacto ambiental), a mesma pode ser cumprida diretamente pelo empreendedor (sem o ingresso de recursos nos cofres públicos) mediante “elaboração, revisão ou implantação de plano de manejo”, “aquisição de bens e serviços necessários à implantação, gestão,

monitoramento e proteção da unidade”, desenvolvimento de estudos etc. (art.33 do Decreto 4.340/2002).

O acórdão do RE 228.800 também é ilustrativo quanto ao problema da legitimidade da base de cálculo das compensações. O Ministro Sepúlveda Pertence afirmou – a nosso ver com inteira razão – que seria inválido que o valor da compensação financeira pela exploração dos recursos naturais fosse “fixado em função do faturamento [das empresas exploradoras dos recursos], que nada tem a ver com as perdas a que alude implicitamente o art.20, § 1.º da Constituição” – fl.485¹⁴.

Neste sentido, a compensação ambiental do art.36 da Lei 9.985/2000 seria certamente inválida se fosse exigida como um percentual do faturamento a ser gerado pelo empreendimento. Mas a apuração quantitativa da compensação ambiental (art.36, § 1.º da Lei 9.985/2000) leva em conta “o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento” e o vulto desse mesmo empreendimento (custo total de implantação). Parece-nos que essa forma de cálculo – aliada à previsão de que a compensação ambiental somente será cobrada quando o empreendimento “engendrar significativo impacto ambiental” – cumpre satisfatoriamente o requisito exigido pelo Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto no RE 228.800: que a perda (presumida pela norma que institui a obrigação de compensação) seja o “pressuposto” e a “medida” das compensações exigidas daqueles cujas atividades provocaram as referidas perdas – fl.484.

4. A compensação prevista no art.36 da Lei 9.985/2000 não constitui necessariamente um *bis in idem* em relação a outras medidas compensatórias previstas na licença ambiental

Édis Milaré e Priscila Artigas, ao mesmo tempo em que afirmam a natureza tributária da compensação ambiental prevista no art.36 da Lei 9.985/2000¹⁵, entendem que essa obrigação não poderia ser imposta conjuntamente com qualquer outra medida de natureza compensatória prevista como condicionante na licença ambiental. Em suas

¹⁴ O STF concluiu que a Lei 7.990/1989 instituiu a figura da participação no resultado da exploração dos recursos naturais (tendo por base o faturamento das empresas exploradoras), e não a figura da compensação financeira pela exploração daqueles recursos.

¹⁵ MILARÉ & ARTIGAS, “Compensação Ambiental: questões controvertidas”, **Revista de Direito Ambiental**, n.º 43, jul./set. 2006, pp.112-113.

palavras, “ou se impõe o pagamento da exação prescrita no art.36, § 1.º da Lei 9.985/2000 (...), ou se exige a implementação de medidas compensatórias no decorrer do processo de licenciamento ambiental.”¹⁶

Essa posição doutrinária nos parece equivocada, por dois motivos. Em primeiro lugar, a hipótese de *bis in idem* sustentada pelos autores supõe que a obrigação do art.36 da Lei 9.985/2000 tenha a mesma natureza das medidas compensatórias impostas nas licenças ambientais, mas vimos que os mesmos autores consideram que a compensação ambiental tem natureza tributária.

Em segundo lugar, parece-nos que é falsa a premissa de que parte a referida posição doutrinária: “de fato, o dano ou impacto é um só, de modo que a forma de compensação desse dano ou impacto deve ser uma só”¹⁷. Voltemos ao exemplo do licenciamento de uma rodovia. É perfeitamente possível que haja diversos impactos negativos não-mitigáveis provocados pela obra: um ligado à perda de biodiversidade em geral (destruição de uma área de vegetação primária), outro ligado à ameaça de extinção de uma espécie animal específica, outro ligado a problemas socioeconômicos etc. Nesse caso, nada haveria de *bis in idem* em se condicionar a licença ambiental ao cumprimento de três medidas compensatórias distintas (uma delas sendo o pagamento da compensação ambiental).

Mas haverá *bis in idem* nos casos em que, por exemplo, o RIMA não identificar outro impacto negativo não mitigável que não o relativo à perda de biodiversidade, e a autoridade licenciadora cumular a cobrança da compensação ambiental com a imposição de outras medidas compensatórias como o financiamento de pesquisas científicas etc.

O *bis in idem* é portanto algo que pode acontecer em cada caso concreto, mas aqui se aplica a admoestação feita pelo Ministro Carlos Britto em seu voto na ADI 3.378, no sentido de que cabe “ao Poder Judiciário coibir, no caso concreto, eventuais excessos do administrador público quando da fixação do respectivo valor” (item 12 do voto) da compensação ambiental.

Na Resolução CONAMA 371/2006, há uma norma que poderá reduzir sensivelmente o risco desse *bis in idem* entre a compensação ambiental do art.36 da Lei

¹⁶ **Ibid.**, p.105.

¹⁷ **Ibid.**, p.105.

9.985/2000 e as demais medidas compensatórias. Trata-se da norma (contida no art.2.º, § 1.º da Resolução) que determina que para o estabelecimento do grau de impacto ambiental do empreendimento (em função do qual será fixada a alíquota da compensação), “serão considerados somente os impactos causados aos recursos ambientais, nos termos do art.2.º, inciso IV da Lei 9.985, de 2000, excluindo os riscos da operação do empreendimento, não podendo haver redundância de critérios”.

5. A compensação ambiental e o teste de proporcionalidade

Na petição inicial da ADI 3.378, a Confederação Nacional da Indústria alega que a figura do art.36 da Lei 9.985/2000 “viola o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade” (página 2 da inicial). Essa alegação é fundamentada por duas afirmações, abaixo analisadas. A primeira delas (páginas 13-14 da inicial) é a seguinte:

IV.1 - Se o EIA/RIMA não previr, no âmbito do processo de licenciamento, a eliminação e/ou mitigação dos impactos negativos significativos, não será deferida a licença ambiental. Por que, então, pagar a compensação ambiental, se não haverá significativo impacto ambiental, que constitui o suporte jurídico que respalda a sua cobrança?

A questão está mal formulada, calcando-se numa premissa falsa para chegar à conclusão de que “a imposição da compensação ambiental se revela absolutamente destituída de causa” (página 18 da inicial). Ao contrário do que afirma a premissa da questão acima¹⁸, sabe-se muito bem que uma licença ambiental pode ser deferida mesmo que haja impactos negativos não elimináveis ou não mitigáveis. Isso pode acontecer desde que tais impactos sejam contrastados com medidas compensatórias, gênero do qual a compensação ambiental é uma espécie.

A segunda afirmação usada para fundamentar o pleito de que a compensação ambiental viola o princípio da proporcionalidade é a seguinte (página 18 da inicial):

¹⁸ “Se o EIA/RIMA não previr, no âmbito do processo de licenciamento, a eliminação e/ou mitigação dos impactos negativos significativos, não será deferida a licença ambiental”.

IV.2 – A base de cálculo para apurar o montante a ser pago pelo empreendedor a título de compensação ambiental – *os custos totais previstos para a implantação do empreendimento* – acabou por penalizar justamente aqueles que mais investiram em equipamentos e tecnologia para proteção ambiental – Inadequação da norma.

Afirma-se que a base de cálculo da compensação ambiental eleita pelo legislador (“custos totais previstos para a implantação do empreendimento” conforme art.36, § 1.º da Lei 9.985/2000) teria provocado a “inadequação da norma”. No teste de proporcionalidade de normas legais e outros atos normativos, o cânone da adequação consiste em indagar se uma medida restritiva de direitos é realmente idônea para atingir o propósito buscado pelo legislador que criou a referida medida¹⁹. Portanto, para avaliar a adequação de uma medida legal, tem-se antes que saber qual a finalidade ou o propósito dessa mesma medida. O propósito da medida legal da compensação ambiental não foi claramente identificado na inicial da ADI 3.378. De qualquer modo, a inadequação da compensação ambiental foi defendida pela Confederação Nacional da Indústria com base no argumento de que a medida estaria “desestimulando o empreendedor a investir na proteção ambiental” (página 19 da inicial). Vejamos.

Para avaliar se a compensação ambiental e sua base de cálculo atendem ou não ao cânone da adequação, deve-se em primeiro lugar definir claramente qual o propósito, qual a teleologia da medida prevista no art.36 da Lei 9.985/2000. Como vimos antes, o propósito da compensação não é o de punir, indenizar ou prevenir um dano ambiental específico (dano ambiental no sentido do art.14, § 1.º da Lei 6.938/1981): esse propósito têm-no as normas de responsabilização penal/administrativa, de responsabilização civil e as medidas mitigadoras previstas no licenciamento ambiental. O propósito da compensação ambiental é tão somente fazer com que a uma perda/redução da biodiversidade (provocada por determinado empreendimento que gera impacto negativo significativo) corresponda outro ganho em termos de preservação da biodiversidade (gerado pela implantação e apoio de unidades de conservação do grupo de proteção integral).

¹⁹ Cfr. GODOI, Marciano Seabra de. **Justiça, Igualdade e Direito Tributário**, São Paulo: Dialética, 1999, pp.122-124.

Esse propósito da norma de compensação ambiental dá efetividade ao art.225, § 1.º, II da Constituição Federal, que determina que o Poder Público deve “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País (...)” e ainda ao art.225, § 1.º, III da mesma Constituição, que determina que o Poder Público deve “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes, a serem especialmente protegidos (...)”.

Visto o propósito da norma, pergunta-se: o fato de a base de cálculo da compensação ser o valor dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento torna a medida inadequada à obtenção de sua finalidade? A resposta é negativa, por diversas razões.

Em primeiro lugar, o valor dos custos de implantação do empreendimento não é o único critério que influi na cobrança (e no valor) da compensação. Caso não haja “significativo impacto ambiental” negativo no empreendimento – o que será constatado ou não pelo órgão licenciador com base no EIA/RIMA – não haverá cobrança da compensação ambiental²⁰.

Por outro lado, supondo um mesmo valor de custo de implantação no empreendimento (base de cálculo), a compensação será mais onerosa para o empreendimento que apresentar maior impacto ambiental negativo²¹. Somente essas duas constatações já bastariam para revelar que não procede a observação da inicial da ADI de que a compensação desestimula o empreendedor a investir na proteção

²⁰ Em Minas Gerais, isso fica bem claro na redação do art.3.º da Deliberação do Conselho Estadual de Política Ambiental (Deliberação COPAM 94/2006) que cuida da matéria: “Art. 3º - A definição da incidência da compensação ambiental, como condicionante do processo de licenciamento, com seus respectivos prazos de atendimento, caberá aos Conselhos Regionais e às Câmaras Especializadas Licenciadoras do COPAM, com base no estudo prévio de impacto ambiental e respectivo relatório EIA/RIMA, apresentados pelo empreendedor, ou no Parecer Técnico de licenciamento dos órgãos seccionais de apoio às referidas Câmaras, se devidamente caracterizados os impactos negativos e não mitigáveis aos recursos ambientais.” – grifamos.

²¹ Em Minas Gerais, a Deliberação COPAM 94/2006 implementou corretamente essa determinação da Lei 9.985 estabelecendo o seguinte: “Art.2.º, § 2.º. Os empreendimentos, quando implantados em áreas com características especiais a seguir descritas, terão acrescido ao mínimo de 0,5% previsto pelo caput deste artigo, o percentual de 0,20%, como fator adicional, para cada um dos grupos:

I - em áreas consideradas de importância biológica especial, extrema ou muito alta, de acordo com o documento “Biodiversidade em Minas Gerais – Um Atlas para sua Conservação”;

II - em áreas de ocorrência, trânsito ou reprodução de espécies consideradas endêmicas, raras, vulneráveis ou ameaçadas de extinção, observadas as publicações oficiais vigentes;

III - em um raio de até 5,0 km dos limites das Unidades de Conservação do Grupo de Proteção Integral ou em sua zona de amortecimento, assim estabelecida em seu plano de manejo, independentemente de sua localização.”

ambiental. De todo modo, há na Resolução CONAMA 371/2006 uma norma que procura afastar esse risco de desestímulo a investimentos de melhoria ambiental, determinando que “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” (art.3.º, § 2.º da Resolução).

Mas o equívoco da argumentação contida na inicial da ADI radica principalmente numa confusão quanto à natureza dos impactos ambientais que a compensação ambiental visa contrastar. É afirmado que a base de cálculo da compensação (custos totais de implantação do empreendimento) “não representa medida, nem mesmo indireta, ou presumida, do dano ambiental que se pretende indenizar ou reparar e tampouco dos recursos ambientais utilizados ou impactados pelo empreendimento” (página 19 da inicial, grifos no original). Ocorre que a compensação ambiental não pretende indenizar ou reparar (antecipadamente) um dano específico: caso ocorra um dano ambiental com essas características, aquele que o provocou o reparará nos termos da legislação aplicável (responsabilização na esfera civil) e será eventualmente punido criminalmente. A compensação não se cobra por um dano específico, mas sim por um significativo impacto ambiental negativo.

A inicial da ADI não levou em conta que o impacto ambiental que gera a obrigação de pagar a compensação ambiental é aquele considerado “não mitigável” pelas conclusões do RIMA (art.31 do Decreto 4.340/2002). Os impactos ambientais a que se referem os “equipamentos para proteção ambiental” mencionados na inicial (que oneram os custos do empreendimento) são os impactos mitigáveis. Por isso até mesmo os empreendimentos que adotam todas as medidas mitigadoras previstas no licenciamento estão sujeitos à compensação ambiental, caso o respectivo RIMA aponte a existência de significativo impacto ambiental não mitigável.

Se a compensação ambiental fosse uma resposta aos impactos negativos mitigáveis, seria realmente sem sentido que sua base de cálculo correspondesse ao custo total de instalação do empreendimento, pois parcela desse custo se destina exatamente a mitigar/eliminar aqueles impactos. Mas como a compensação ambiental é uma resposta aos impactos ambientais não-mitigáveis, parece-nos que o custo de instalação do

empreendimento pode ser considerado uma medida pelo menos indireta desses impactos, posto que o custo traduz o vulto do empreendimento. Voltemos ao exemplo do licenciamento da construção de uma rodovia. A compensação ambiental, caso seja cobrada, o será levando em conta a existência de impactos ambientais negativos não mitigáveis, como a perda irreversível de biodiversidade provocada pela destruição da vegetação primária por onde passará o traçado da rodovia²². A dimensão do empreendimento, que se pode traduzir indiretamente pelo custo de sua instalação, revela-se apta a ser um dos critérios (juntamente com o grau de impacto ambiental) que presidirá a fixação do *quantum* da compensação ambiental.

6. A responsabilidade do órgão licenciador e o risco de degeneração da figura da compensação ambiental

Há dois graves riscos ligados à má aplicação, pelos órgãos governamentais licenciadores, do art.36 da Lei 9.985/2000.

O primeiro risco é o da contribuição ser considerada devida em todo e qualquer licenciamento, independente da apuração técnica de que o empreendimento realmente tem um significativo impacto ambiental negativo não mitigável por meio de medidas preventivas e corretivas. As autoridades licenciadoras não podem raciocinar como se a compensação ambiental fosse uma taxa com o fato gerador “requerer o licenciamento ambiental”. Análogo a esse risco é o dos órgãos licenciadores cumularem a cobrança da compensação ambiental com a fixação de outras medidas compensatórias análogas ou ligadas ao mesmo impacto ambiental (*bis in idem* de medidas compensatórias).

²² Mais uma vez citamos a Deliberação do Conselho de Política Ambiental de Minas Gerais 94/2006, que trouxe em seu Anexo Único uma lista exemplificativa de “impactos negativos não mitigáveis sobre a biota” que justificam a imposição da compensação ambiental: “interferências em áreas consideradas prioritárias para a conservação da biodiversidade, de acordo com os documentos oficiais vigentes; interferências em áreas especialmente protegidas ou em áreas localizadas num raio de 10km dos limites de unidades de conservação do grupo de proteção integral ou em suas zonas de amortecimento; interferências em reservas da biosfera, biomas vulneráveis ou ameaçados e ecossistemas raros e de localização restrita, conforme disposto no art. 30 da Lei Estadual nº 14.309, de 19/06/2002; transformação de ambiente lótico em lêntico, com conseqüências negativas sobre a biota aquática e ecossistemas associados; desvio, drenagem ou retificação de corpos d’água, com conseqüências negativas sobre a biota aquática e ecossistemas associados; supressão de vegetação nativa (...); comprometimento do patrimônio paleontológico e espeleológico (...)”.

O segundo risco é utilizar a compensação ambiental como uma espécie de salvo-conduto para que empreendimentos altamente danosos para o meio ambiente sejam licenciados, numa espécie de aplicação distorcida e equivocada do princípio do poluidor-pagador²³. A cobrança da compensação de forma alguma pode ser vista como um *preço* a ser pago pelo empreendedor para *legalizar* ou *legitimar* a instalação e a operação de empreendimentos que desrespeitem as normas que estabelecem padrões mínimos de qualidade dos recursos ambientais e coloquem em risco o desenvolvimento sustentável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tanto na forma como no conteúdo, a compensação ambiental é bem distinta de uma exação tributária, podendo ser comparada – isto sim – com a compensação financeira do art.20, § 1.º da Constituição. A doutrina encontra tantas inconstitucionalidades na compensação ambiental porque a examina à luz dos princípios e regras constitucionais atinentes aos tributos. Mas a figura originalmente criada em 1987 (e hoje prevista no art.36 da Lei 9.985/2000) não é nada mais que uma das medidas compensatórias (condicionantes) determinadas no licenciamento ambiental de empreendimentos que apresentam significativo impacto ambiental negativo não mitigável pelas medidas de prevenção e correção definidas no licenciamento. Um exemplo de impacto dessa natureza é o comprometimento do patrimônio paleontológico e espeleológico.

Afastada a caracterização tributária da figura (que aliás nem supõe necessariamente o ingresso de recursos nos cofres públicos), nela não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade. Inconstitucionalidade poderá surgir é do uso distorcido e abusivo da compensação ambiental, seja degenerando-a numa espécie de taxa de expediente que se deve pagar sempre que se requer o licenciamento ambiental, seja convertendo-a num salvo-conduto que legitima empreendimentos comprometedores dos

²³ O princípio do poluidor-pagador obviamente não significa que poluir seja um direito de todo aquele que se proponha a pagar pelo seu exercício. O princípio significa, ao contrário, que os poluidores – além de respeitar os padrões de qualidade dos recursos ambientais que propiciem um nível elevado de proteção ambiental – devem arcar economicamente com as externalidades negativas geradas por sua atividade. Cfr. ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **O princípio do poluidor pagador – pedra angular da política comunitária do ambiente**, Coimbra: Coimbra, 1997.

padrões mínimos de qualidade dos recursos ambientais e do desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Imposto vestido de verde**, texto publicado no jornal *O Eco* em 9.08.2004 e disponível na internet (www.dannemann.com.br).

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **O princípio do poluidor pagador – pedra angular da política comunitária do ambiente**, Coimbra: Coimbra, 1997.

CHACHA, Senise Freire & SILVA, Lúcia Helena. A natureza jurídica da compensação ambiental, **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul**, n.º 12, dez./2004, pp.122-148.

DOMINGUES, José Marcos. A chamada “compensação financeira SNUC”, **Revista Dialética de Direito Tributário**, n.º 133, out./2006, pp.43-66.

GODOI, Marciano Seabra de. **Justiça, Igualdade e Direito Tributário**, São Paulo: Dialética, 1999.

GUERRA, Sérgio. Compensação ambiental nos empreendimentos de significativo impacto, In: WERNECK, Mário *et alii* (Coords.). **Direito ambiental Visto por nós Advogados**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 129-145.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**, 12.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MILARÉ, Édis & ARTIGAS, Priscila Santos. Compensação Ambiental: questões controvertidas, **Revista de Direito Ambiental**, n.º 43, jul./set. 2006, pp.101-114.

SALIBA, Ricardo Berzosa. A natureza jurídica da “compensação ambiental” – vícios de inconstitucionalidade, **Interesse Público**, n.º 29, jan./fev. 2005, pp. 197-214.

XAVIER, Alberto. Natureza jurídica e âmbito de incidência da compensação financeira por exploração de recursos minerais, **Revista Dialética de Direito Tributário**, vol.29, 1998, pp.10-25.