

**Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados**  
Centro de Documentação e Informação  
Coordenação de Biblioteca  
<http://bd.camara.gov.br>

"Dissemina os documentos digitais de interesse da atividade legislativa e da sociedade."



# **Aspectos Controversos da Legislação Ambiental para o Setor Elétrico**

***MAURÍCIO BORATTO VIANA***

Consultor Legislativo da Área XI

Meio Ambiente e Direito Ambiental, Organização Territorial, Desenvolvimento  
Urbano e Regional

**JULHO/2008**

NOTA TÉCNICA

## SUMÁRIO

1. Introdução.....	3
2. A Competência Comum dos Entes Federativos.....	4
2.1 Dispositivos Normativos Existentes .....	4
2.2 Proposições em Tramitação.....	5
3. O Licenciamento Ambiental de Obras do Setor Elétrico .....	7
3.1 Licenciamento Ambiental e Institutos Semelhantes .....	7
3.2 Dispositivos Normativos Existentes e Proposições em Tramitação .....	8
4. A Compensação Ambiental de Empreendimentos de Significativo Impacto Ambiental.....	11
4.1 O Instrumento .....	11
4.2 Dispositivos Normativos Existentes .....	12
4.3 Antecedentes .....	13
4.4 Cálculo dos Percentuais .....	14
4.5 A Decisão do STF e seus Efeitos.....	15

© 2008 Câmara dos Deputados.

Todos os direitos reservados. Este trabalho poderá ser reproduzido ou transmitido na íntegra, desde que citados o autor e a Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. São vedadas a venda, a reprodução parcial e a tradução, sem autorização prévia por escrito da Câmara dos Deputados.

Este trabalho é de inteira responsabilidade de seu autor, não representando necessariamente a opinião da Câmara dos Deputados.



Câmara dos Deputados  
Praça 3 Poderes  
Consultoria Legislativa  
Anexo III - Térreo  
Brasília - DF

# Aspectos Controversos da Legislação Ambiental para o Setor Elétrico

## 1. INTRODUÇÃO

Segundo o Balanço Energético Nacional – BEN de 2007<sup>1</sup>, a geração de energia elétrica no Brasil em centrais de serviço público e de autoprodutoras atingiu 419,3 TWh em 2006. Compõem esse resultado a geração hidráulica pública de 335,8 TWh (80% do total), a geração térmica pública, incluindo centrais de fonte nuclear, a gás natural e a carvão mineral, de 41,9 TWh (10%), e a geração de autoprodutores de 41,7 TWh (10%). Interessante observar também que, enquanto a energia hidroelétrica contribui com apenas 16% da oferta de energia elétrica em todo o mundo, esse percentual, no Brasil, sobe para algo em torno de 85% da energia elétrica, ou 15% de toda a Matriz Energética Brasileira. Verifica-se, portanto, o peso significativo da hidroeletricidade no Brasil.

Todavia, a despeito das inúmeras vantagens da energia hidroelétrica (considerada uma fonte “limpa”) em relação às demais, principalmente o petróleo e o carvão mineral, ainda mais em tempos de mudanças climáticas e do uso cada vez mais restritivo de carbono, o desenvolvimento dessa fonte de energia em larga escala, em todo o território nacional, não se processou, obviamente, sem a ocorrência de significativos impactos ambientais, a exemplo dos provocados pelas usinas hidroelétricas de Balbina e, mais recentemente, de Barra Grande. Assim, não é à toa que, a partir da década de 1980, o setor elétrico tenha sido um dos mais visados em nosso País pela então emergente legislação ambiental, incluindo, no âmbito federal, algumas resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama.

Com o passar dos anos, o advento de novas normas ambientais e a continuidade da construção, entre outros empreendimentos, de usinas hidroelétricas – UHEs, pequenas centrais hidroelétricas – PCHs, linhas de transmissão – LTs, subestações etc., bem como usinas termoelétricas – UTEs, algumas questões da legislação ambiental permaneceram controversas para o setor elétrico, e outras assim se tornaram. São aqui analisadas três dessas controvérsias, a saber: a competência comum dos entes federativos para “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”, bem como para “preservar as florestas, a fauna e a flora”, nos termos dos incisos VI e VII e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal; o licenciamento ambiental de obras do setor elétrico, nos termos da Lei 6.938, de 1981, e de algumas resoluções do Conama, e a compensação ambiental para empreendimentos de significativo impacto ambiental, nos termos do art. 36 da Lei 9.985, de 2000.

<sup>1</sup> Ver [http://www.mme.gov.br/site/menu/select\\_main\\_menu\\_item.do?channelId=1432&pageId=14131](http://www.mme.gov.br/site/menu/select_main_menu_item.do?channelId=1432&pageId=14131).

---

## 2. A COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERATIVOS

---

### 2.1 Dispositivos Normativos Existentes

Uma das questões ambientais que vem gerando controvérsias, não só para o setor elétrico, diz respeito às competências comuns da União, estados, Distrito Federal e municípios, estatuídas pelo art. 23 da Carta Magna. Conforme o capítulo de meio ambiente<sup>2</sup> do livro *“Impactos da Constituição Federal”*, em fase de publicação por esta Casa, em homenagem aos 20 anos de nossa Lei Maior, trata-se de atribuições materiais relacionadas à formulação e implementação de políticas públicas, que abrangem temas variados como saúde, educação, habitação e outros. Entre as atribuições comuns, estão *“proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”* (inciso VI) e *“preservar as florestas, a fauna e a flora”* (inciso VII). Como o *caput* do art. 225 impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o compartilhamento de responsabilidades nessa área envolve não apenas os órgãos governamentais, mas a sociedade como um todo.

O parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal estabelecia, em sua redação original, que lei complementar fixaria normas regulando a cooperação entre a União e os entes federativos, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. A partir da Emenda Constitucional 53, de 2006, o dispositivo passou a referir-se a leis complementares, e não mais a lei complementar, o que induz o intérprete a entender que caberá uma lei complementar específica para cada um dos temas abrigados pelo referido dispositivo constitucional. Assim, na Câmara dos Deputados já tramitam proposições, adiante citadas, que pretendem regulamentar o parágrafo único do art. 23 especificamente quanto à temática ambiental, tendo por objetivo, entre outros, reduzir os conflitos de competência, que, às vezes, implicam atrasos na análise dos processos de licenciamento de diversos empreendimentos e atividades, entre os quais aqueles referentes ao setor elétrico.

Até o momento, as ações governamentais em meio ambiente derivadas das competências explicitadas pela Constituição Federal vêm ocorrendo com base na Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), que instituiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama, integrado por órgãos e entidades federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais. Ocorre que, mesmo tendo sido instituído há mais de duas décadas, o Sisnama, na prática, ainda não se encontra articulado como um verdadeiro sistema nacional, situando-se o seu elo mais fraco justamente no âmbito dos municípios. Estes foram excluídos da competência para licenciamento, entre outras, pela citada lei, provavelmente por ser ela anterior à Constituição de 1988, que foi a primeira a reconhecer ampla autonomia e competências legislativas e administrativas a essa esfera da Federação.

---

<sup>2</sup> Araújo *et al.*, ainda no prelo.

## 2.2 Proposições em Tramitação

Desta forma, desde meados da década de 1990, passou-se a debater a possibilidade de edição de uma lei complementar voltada a regular a atuação conjunta dos órgãos ambientais, com base no art. 23, incisos VI e VII e parágrafo único da Constituição Federal. Como não há precedente de lei complementar elaborada declaradamente com base no parágrafo único do art. 23 nas outras matérias definidas como de competência comum, as propostas com esse objetivo têm gerado polêmica entre os especialistas em Direito Ambiental. Milaré (2000, p. 242)<sup>3</sup>, por exemplo, parece acreditar na necessidade dessa lei complementar. Segundo seu entendimento:

“A proteção do meio ambiente como um todo e, em particular, dos recursos naturais, explicitamente fauna e flora, bem como o controle de poluição, foram incluídos entre as matérias de competência comum. [...] A forma como as várias instâncias de poder, tendendo ao peculiar interesse, cuidarão das matérias enumeradas deverá ser objeto de lei complementar nacional (art. 23, parágrafo único).”

Machado (1999, p. 49-54)<sup>4</sup>, por sua vez, tem posição cautelosa, ou até reticente:

“O art. 23 merece ser colocado em prática em concordância com o art. 18 da mesma Constituição, que determina: ‘*A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição*’. [...] As atribuições e obrigações dos Estados e Municípios só a Constituição Federal pode estabelecer. Leis infraconstitucionais não podem repartir ou atribuir competências, a não ser que a própria Constituição tenha previsto essa situação [...]. A lei complementar, com base no art. 23, parágrafo único, da Constituição Federal, deve ter como fundamento a mútua ajuda dos entes federados. Dessa forma, essa lei não visa, e não pode visar, à diminuição da autonomia desses entes, despojando-os de prerrogativas e de iniciativas que constitucionalmente possuem, ainda que não as exerçam, por falta de meios ou de conscientização política.”

Em 2003, o Deputado Sarney Filho apresentou o Projeto de Lei Complementar (PLP) 12, que pretende fixar normas para a cooperação entre União, estados, Distrito Federal e municípios no que se refere às competências administrativas comuns na área ambiental, exatamente com base no art. 23, incisos VI e VII, e parágrafo único da Constituição. Em junho de 2008, estavam apensadas a esse projeto duas proposições com o mesmo escopo, o PLP 127/07, de autoria do Deputado Eliseu Padilha, e o PLP 388/07, de

<sup>3</sup> MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>4</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

autoria do Poder Executivo, que estão sob análise das comissões da Câmara dos Deputados. O processo deverá gerar um texto substitutivo inspirado no conteúdo das três proposições apensadas e espelhar o resultado do processo de negociação política em torno do tema. O texto final da lei complementar, certamente, explicitará as atribuições e disporá sobre a forma como se devem concretizar as atuações supletiva e subsidiária.

O PLP 388/07, cabe destacar, originou-se de esforços do grupo de trabalho formado por representantes do Ministério do Meio Ambiente – MMA, do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, da Agência Nacional de Águas – ANA, da Associação Brasileira de Entidades Estaduais de Meio Ambiente – Abema e da Associação Nacional dos Municípios e Meio Ambiente – Anamma, e é oficialmente uma das iniciativas que integram o Programa de Aceleração do Crescimento – PAC. A constatação do Governo Federal é que a indefinição de papéis na política ambiental, especialmente no que respeita ao licenciamento dos empreendimentos potencialmente poluidores ou capazes de causar degradação ambiental, constitui um entrave ao desenvolvimento do País.

Ainda segundo o estudo citado<sup>5</sup>, há alguns tipos de atribuições a cargo dos órgãos do Sisnama que, por sua própria natureza, deverão permanecer na futura lei complementar como tarefa conjunta da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. É o caso, por exemplo, da criação de unidades de conservação da natureza e da promoção da educação ambiental. Há outras ações, todavia, sobretudo os atos governamentais de autorizar ou licenciar as atividades ou empreendimentos potencialmente causadores de impacto ambiental, que interessam mais de perto ao setor elétrico e demandam distribuição concreta de atribuições, sob pena de serem mantidos conflitos praticamente insanáveis. Com isso, a partir de uma maior atuação da sociedade civil organizada e do próprio Ministério Público, corre-se o risco de um recrudescimento da judicialização das decisões administrativas.

Porém a lei complementar em debate não deve e não pode ser encarada como geradora de uma nova repartição de competências entre os entes federativos em relação à questão ambiental. O que se propõe, na prática, é o detalhamento de atribuições de cada esfera governamental a partir de uma interpretação do texto constitucional, emanada do próprio legislador, sobre quais matérias, no âmbito da competência comum, são de predominante interesse nacional, estadual e municipal. A questão que vem gerando maior polêmica nessa discussão diz respeito a quem caberá (se às comissões tripartites nacional e estaduais, a serem criadas, ou aos conselhos de meio ambiente já existentes – Conama e conselhos estaduais) definir as tipologias de atividades e empreendimentos de âmbito nacional, estadual ou local e dirimir eventuais conflitos de atribuição entre os entes federativos.

---

<sup>5</sup> Ver referência 2.

A elaboração dessa futura lei complementar é, sem dúvida, um dos principais processos legislativos em trâmite no Congresso Nacional no campo da política ambiental, talvez o mais importante deles. O diploma legal é necessário e urgente. Se aprovado, com certeza minimizará parte dos conflitos hoje existentes na implementação das ações administrativas a cargo dos órgãos do Sisnama. Deve ficar claro, todavia, que a aprovação dessa nova lei complementar não solucionará todos os problemas hoje existentes nos processos de licenciamento ambiental, ou outras disfunções desse tipo na política ambiental. Em outras palavras, como em toda nova lei, deve-se cuidar para que não sejam criadas expectativas em demasia quanto a seus efeitos, mesmo porque, conforme exposto no item seguinte, tais competências foram definidas há mais de uma década pela Resolução 237/97 do Conama, o que parece ter agravado as controvérsias existentes.

### **3. O LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE OBRAS DO SETOR ELÉTRICO**

---

#### **3.1 Licenciamento Ambiental e Institutos Semelhantes**

Ainda conforme o estudo anteriormente citado<sup>6</sup>, como reflexo da tendência que já se manifestara nos Estados Unidos e na Europa a partir da década de 1960, também no Brasil, duas décadas após, as atividades e os empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, considerados poluidores ou capazes de causar degradação ambiental, passaram a ser obrigados a efetuar Avaliação de Impacto Ambiental – AIA. Tal obrigatoriedade foi estabelecida, ainda antes da atual Constituição Federal, pela Lei 6.938/81, que, em seu art. 9º, previu, entre os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, tanto a AIA (inciso III) quanto o licenciamento ambiental (inciso IV), entre outros.

A AIA, como um dos instrumentos dos princípios da precaução e da prevenção (nºs 15 e 17, respectivamente, da Declaração da Rio-92), é o conjunto de procedimentos empregados para o exame sistemático das alterações provocadas no meio ambiente por um empreendimento ou atividade, com a apresentação adequada dos resultados ao público e aos órgãos decisores e a garantia da adoção das medidas de proteção ambiental, caso venha a ser implantado(a). Trata-se, igualmente, de um instrumento do processo de planejamento e de tomada de decisão, seja no âmbito governamental, seja na iniciativa privada.

Já o licenciamento ambiental, previsto no art. 10 da mesma lei, é o procedimento (ou, segundo alguns entendimentos, o processo) administrativo pelo qual o Poder Público, com objetivo preventivo (ou corretivo, no caso de atividades ou empreendimentos implantados antes do advento da lei ambiental), e desde que preenchidos

---

<sup>6</sup> Ver referência 2.



pelo empreendedor os requisitos normativos exigidos, licencia a localização, a construção, a instalação, a ampliação e o funcionamento das atividades e empreendimentos citados. Ou seja, por meio do licenciamento ambiental, a Administração Pública fixa as condições e os limites aos quais as atividades econômicas estarão submetidas para o seu desenvolvimento.

Essas explicações se fazem necessárias em razão de, no caso brasileiro, a AIA ter encontrado maior aplicação justamente no âmbito dos estudos ambientais demandados por ocasião do licenciamento ambiental. Entre eles, destaca-se o Estudo de Impacto Ambiental – EIA, que é o exigido, em caráter prévio, no licenciamento de empreendimentos e atividades causadores de significativa degradação ambiental. Tal termo costuma estar associado ao respectivo Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, texto condensado, em linguagem acessível ao público em geral, que deve refletir seus pontos principais e conclusões.

### 3.2 Dispositivos Normativos Existentes e Proposições em Tramitação

A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art. 170, parágrafo único, que “*é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*”. Ao mesmo tempo, ela prevê, em seu art. 225, §1º, que incumbe ao Poder Público “*exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade*” (inciso IV). Vê-se que ela sequer faz menção aos termos AIA e licenciamento ambiental, referindo-se apenas ao EIA. No âmbito estadual, a exemplo da Lei Maior, a maioria das Constituições dos estados-membros também faz alusão apenas ao EIA, sendo que somente as do Amazonas, Mato Grosso, Minas Gerais, Paraíba e São Paulo referem-se ao licenciamento ambiental propriamente dito, enquanto as de Roraima e Tocantins não fazem referência a nenhum dos termos.

No plano legislativo federal, a lei prevista no art. 225, §1º, inciso IV, da Constituição ainda não existe, a despeito de haver inúmeros projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. Desta forma, conforme disponível no *site* desta Casa<sup>7</sup>, acerca especificamente do tema de licenciamento ambiental tramitam na Câmara dos Deputados as seguintes proposições:

- PL 710/88, de autoria do Deputado Fábio Feldmann, que teve substitutivos aprovados nas Comissões da Casa e se encontra, desde 1º/02/99, pronto para a Ordem do Dia no Plenário, trazendo a ele apensados os PLs 3.268/89 e 1.288/91;

---

<sup>7</sup> Ver <http://intranet2.camara.gov.br/internet/proposicoes>.

- PL 3.729/04, de autoria do Deputado Luciano Zica e outros, que traz a ele apensados os PLs 3.957/04, 5.435/05, 5.576/05, 1.147/07 e 2.029/07, que se encontram em apreciação no âmbito da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável – CMADS, tendo como relator o Deputado Ricardo Tripoli.

Na prática, o licenciamento ambiental ainda é regido, de forma genérica, pela Lei 6.938/81, cujo regulamento atual é o Decreto 99.274/90. Essa lei dá poderes ao Conama para estabelecer normas e critérios para o licenciamento (art. 8º, inciso I), define o órgão estadual como a principal entidade licenciadora, atribui ao órgão federal (Ibama) competência supletiva e responsabilidade de licenciar atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, mas não reconhece competência licenciadora à esfera municipal, conforme já ressaltado anteriormente.

Os processos administrativos de licenciamento ambiental também vêm tomando por base as resoluções do Conama (a 001/86 e a 237/97 – apenas esta última prevê a competência municipal –, para empreendimentos e atividades em geral, além de outros atos destinados a atividades ou empreendimentos específicos, como a Instrução Normativa Ibama 65/05 – licenciamento de usinas hidroelétricas), bem como as legislações estaduais e algumas municipais (principalmente nas capitais dos estados). Assim, as políticas ambientais no Brasil foram implantadas na forma do Sisnama, envolvendo, gradualmente, os três níveis da Federação. Ao longo dos últimos vinte e poucos anos, milhares de licenças já foram emitidas pelos órgãos ambientais em todo o Brasil, principalmente no nível dos estados.

O setor elétrico, em especial, vem sendo alvo de normatização desde 1986, com a edição, entre outras, das Resoluções Conama 23 e 24, que tratam das providências para assegurar a elaboração de EIA/Rima para fins de licenciamento das UHEs. Procedimentos semelhantes foram usados para a apresentação de EIA/Rima para as usinas nucleares (Resoluções Conama 21/86, 22/86, 28/86, 29/86, 02-A/93 e 36/94), para o licenciamento ambiental de empreendimentos de exploração, geração e distribuição de energia elétrica (basicamente, UHEs, UTEs, LTs e subestações, conforme a Resolução Conama 06/87) e para o licenciamento ambiental simplificado de empreendimentos elétricos de pequeno porte (PCHs, usinas eólicas etc., conforme a Resolução Conama 279/01).

Nesse contexto, portanto, os empreendimentos e atividades impactantes, entre os quais os do setor elétrico, passaram a se submeter, desde a década de 1980, ao licenciamento ambiental, que consistia, inicialmente, na obtenção das Licenças de Instalação – LI e de Funcionamento – LF. Posteriormente, essas duas licenças foram transformadas em três: Licença Prévia – LP (em que se atesta a viabilidade do empreendimento e se estabelecem as condicionantes ambientais), Licença de Instalação – LI

(em que se libera a sua implantação, após a aprovação dos projetos executivos do empreendimento e das medidas de controle ambiental) e Licença de Operação – LO (em que se libera a sua operação, após a implantação dos projetos citados).

A despeito de alguns entendimentos contrários (entre os quais, Machado, 2005, p. 266)<sup>8</sup>, o instrumento do licenciamento ambiental foi direcionado, em nosso País, à emissão de licenças, ou seja, de atos administrativos vinculados, declaratórios de direito preexistente e geradores de direito subjetivo, no âmbito de seu prazo de validade (que, geralmente, oscila entre quatro e dez anos), revogáveis apenas por violação das normas ou por interesse público, neste último caso mediante indenização. É o que consta, implícita ou expressamente, nas principais normas federais a respeito, tanto no nível das leis quanto das resoluções do Conama.

Apesar disso, diversos estados criaram, em decorrência da excessiva demanda por licenciamento, a modalidade da autorização ambiental, que é um ato constitutivo, com caráter discricionário e precário, não gerador de direitos subjetivos e revogável a qualquer momento, sem indenização, pela autoridade ambiental. Ela é aplicada, em geral, aos casos de atividades não sujeitas a LP/LI/LO ou a EIA/Rima, destinando-se àquelas temporárias, de pequeno porte ou de impacto ambiental reduzido. Outra diferença notável entre a licença e a autorização ambiental é que a emissão desta última não está sujeita, em geral, a prévia vistoria por parte do órgão ambiental competente, baseando-se, tão somente, na autodeclaração do empreendedor.

Entre os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente citados no art. 9º da Lei 6.938/81, o licenciamento ambiental vem sendo, certamente, o mais efetivo em termos de controle ambiental, pelo menos em face da ainda limitada aplicação de outros (zoneamento ambiental, Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente – Sinima, instrumentos econômicos etc.). Embora não se destine a avaliar políticas, planos e programas governamentais (que poderiam ser objeto de Avaliação Ambiental Estratégica – AAE), o licenciamento ambiental, como um instrumento de comando e controle, tem produzido bons resultados no âmbito de seu campo de aplicação.

A publicidade que a Lei Maior exige para os estudos ambientais é materializada pela disponibilização do EIA/Rima ao público interessado e, principalmente, pela realização de audiência(s) pública(s), quando solicitada(s) pelos legitimados previstos na Resolução Conama 009/87. Contudo, trata-se de instrumento que também tem gerado controvérsias e, após duas décadas de aplicação, já se sente a necessidade de aperfeiçoar tal norma, com o intuito de fortalecer o caráter transparente, democrático e participativo das

---

<sup>8</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

audiências públicas. Em alguns estados e municípios, outra forma de controle social é a participação social nos órgãos colegiados ambientais, que se dá, às vezes, com representação paritária (sociedade civil e governo) ou tripartite (sociedade civil, setor produtivo e governo), nos processos de emissão de licenças ambientais e de aplicação de sanções administrativas.

Por seu caráter eminentemente preventivo, o licenciamento ambiental tem conformação pró-ativa, objetivando conciliar o desenvolvimento econômico com o uso sustentável dos recursos naturais e assegurar, simultaneamente, a integridade dos ecossistemas e a sadia qualidade de vida humana. Além disso, por pregar o compartilhamento da responsabilidade pela preservação ambiental com a coletividade, nos termos prescritos pela Lei Maior, ele é um interessante mecanismo de diálogo intersetorial, de exercício da cidadania e de conciliação, fazendo com que a variável ambiental possa ser incorporada ao planejamento dos diversos setores que fazem uso dos recursos naturais ou que provocam impactos no meio ambiente.

Obviamente, por também constituir um palco de conflitos de interesses distintos, que nem sempre podem ser atendidos, o instrumento sofre críticas constantes, provenientes das mais diversas origens (entre as quais, o setor elétrico), algumas vezes com o fim de contestar sua utilidade ou de deturpar os fins a que se destina. Essas críticas devem ser encaradas com naturalidade e de forma construtiva, ou seja, como excelentes oportunidades de aperfeiçoar o instrumento, adequando-o às novas demandas da sociedade, em constante mutação, mas sempre garantindo que sejam cumpridas as exigências ambientais.

## **4. A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL DE EMPREENDIMENTOS DE SIGNIFICATIVO IMPACTO AMBIENTAL**

---

### **4.1 O Instrumento**

A compensação ambiental é um instrumento diretamente ligado ao licenciamento ambiental, ao qual estão sujeitos, desde a década de 1980, “*os estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental*” (Lei 6.938/81, art. 10). Todavia, ao contrário do licenciamento, a que se sujeitam, em tese, todos os empreendimentos ou atividades utilizadores de recursos ambientais ou degradadores do meio ambiente, à compensação ambiental sujeitam-se apenas aqueles que produzem significativo (termo que, é certo, encerra enorme subjetividade) impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente.

Quanto à natureza jurídica da compensação ambiental, ainda há grande discussão entre os doutrinadores se ela teria caráter indenizatório ou tributário. Para alguns, a compensação ambiental é uma mera decorrência das perdas ambientais que não podem ser atenuadas por medidas mitigadoras. Na medida em que nem todos os danos ambientais produzidos pelos empreendimentos em licenciamento podem ser evitados ou minimizados, tais danos necessitariam, então, ser compensados. Para outros, ela constitui um instrumento econômico para a efetiva implantação e gestão das unidades de conservação, por meio dos recursos gerados por ocasião do licenciamento ambiental de empreendimentos com significativo impacto ambiental.

#### 4.2 Dispositivos Normativos Existentes

A compensação ambiental é atualmente regida pelo art. 36 da Lei 9.985/00 (Lei do SNUC – Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza), que assim estatui:

Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório – EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

§ 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento. (*Grifou-se*)

§ 2º Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação.

§ 3º Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o *caput* deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.

E são exatamente os trechos grifados do § 1º deste art. 36 da Lei do SNUC que foram julgados inconstitucionais em 09/04/08 pelo Supremo Tribunal Federal – STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI proposta pela Confederação Nacional da Indústria – CNI, conforme detalhado no item 4.5.

O regulamento dessa lei é o Decreto 4.340/02 (alterado pelo Decreto 5.566/05), que estipula, em seus arts. 31 a 34, que o órgão ambiental licenciador estabelecerá o grau de impacto a partir do EIA/Rima, sendo considerados os impactos negativos e não mitigáveis aos recursos ambientais, ou seja, somente aqueles que não são evitáveis ou minimizáveis. Entre tais impactos, citam-se: desmatamento expressivo, com fragmentação de habitats e perda da conectividade entre áreas protegidas; interferências sobre unidades de conservação que possam levar à perda da biodiversidade; alteração do regime hídrico de cursos d'água, como a transformação de ambiente lótico (de água corrente) em lântico (de água parada); inundação de áreas com extinção local de habitats; perda de áreas representativas do patrimônio cultural, histórico e arqueológico; alteração da paisagem e da topografia de áreas de relevante beleza cênica etc.

O regulamento da lei também prevê a instituição, no âmbito dos órgãos licenciadores, de câmaras de compensação ambiental, com a finalidade de analisar e propor a aplicação dos recursos auferidos na seguinte ordem de prioridade: regularização fundiária, plano de manejo, aquisição de bens e serviços, estudos e pesquisas na unidade de conservação. Vários estados já instalaram tais câmaras, a exemplo, no nível federal, do Ibama. Ao final de 2006, a câmara de compensação ambiental desse Instituto já havia definido a destinação de cerca de R\$360 milhões dos R\$650 milhões devidos pelos empreendedores. Tais valores correspondiam, pois, a uma parte expressiva dos R\$840 milhões previstos no orçamento de 2006 do Ibama.

Esses dados demonstram a importância que os recursos oriundos da compensação ambiental vêm adquirindo para o setor ambiental no País. Eles são vistos pelo MMA como uma das principais fontes para a regularização e a gestão das unidades de conservação, bem como para capitalizar o recém criado Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio.

### 4.3 Antecedentes

As discussões acerca desse tema iniciaram-se ainda na década de 1980, portanto muito antes do advento da Lei do SNUC, à época sem o emprego da expressão “*compensação ambiental*”, quando o Conama editou a Resolução 010/87, depois revogada pela Resolução 002/96, que, por sua vez, também foi revogada pela Resolução 371/06, ora vigente.

A primeira dessas normas previa, no art. 1º, que, para fazer face à reparação de danos ambientais causados pela destruição de florestas e outros ecossistemas, o licenciamento de obras de grande porte, assim considerado pelo órgão licenciador com fundamento no Rima, teria como um de seus pré-requisitos a implantação de uma estação ecológica pelo responsável pelo empreendimento, preferencialmente junto à área. Vê-se que, à

ocasião, empregou-se o termo “reparação” (e não “compensação”), e a opção para efetivá-la foi a implantação de uma estação ecológica, que hoje é apenas uma das modalidades de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral. No art. 2º, a resolução já estabelecia a proporcionalidade entre os danos e benfeitorias e a aplicação de um percentual mínimo de 0,5% dos custos totais da implantação do empreendimento.

Já a Resolução Conama 002/96 modificou pouco a anterior, prevendo, em seu art. 1º, “a implantação de uma unidade de conservação de domínio público e uso indireto, preferencialmente uma estação ecológica, a critério do órgão licenciador, ouvido o empreendedor”. O montante mínimo dos recursos aplicáveis continuou estabelecido em 0,5% dos custos totais da implantação do empreendimento, percentual do qual o órgão ambiental poderia destinar até 15% para a implantação de sistemas de fiscalização, controle e monitoramento da qualidade ambiental no entorno da unidade de conservação (parágrafo único do art. 3º).

Por fim, a atual Resolução Conama 371/06 estatui diretrizes para cálculo, cobrança, aplicação, aprovação e controle de gastos dos recursos advindos da compensação ambiental por parte do órgão competente. Estipula-se, por exemplo, que os investimentos em melhorias ambientais exigidos pela legislação integrarão os custos totais para fins de cálculo da compensação, excluindo-se, todavia, aqueles não exigidos pela legislação, mas estabelecidos no processo de licenciamento (art. 3º). Ela prevê, ainda, que não se exige o desembolso dos recursos antes da emissão da LI (art. 5º, § 1º), garantidas a publicidade e a transparência da aplicação dos recursos (art. 12). O valor mínimo da compensação ambiental permanece fixado em 0,5% “até que o órgão ambiental estabeleça e publique metodologia para a definição do grau de impacto ambiental” (art. 15, *in fine*), o que ainda não ocorreu.

#### 4.4 Cálculo dos Percentuais

Vê-se, portanto, que, historicamente, nunca houve maiores questionamentos quanto ao piso da compensação ambiental, cujo valor vem sendo assim previsto desde os idos de 1987. Embora, de fato, tal percentual nem sempre guarde correlação direta com a magnitude do impacto a ser compensado, trata-se de valor estipulado há mais de duas décadas, incidente sobre um dado objetivo – os custos totais previstos para a implantação do empreendimento – e que, em termos relativos, não representa um custo significativo, a ponto de inviabilizá-lo.

Se maiores problemas não houve com o piso, o mesmo não pode ser dito, contudo, quanto ao percentual previsto como teto da compensação, que nunca foi estipulado em lei, decreto ou resolução, mas que, até 2004, vinha sendo fixado pelo Ibama em até 5% dos custos citados, ou mesmo mais, de acordo com a análise caso a caso. A incerteza decorrente dessas variações de percentual causou justificado descontentamento no setor produtivo, pela ausência de regras claras e pela incerteza que gerava quanto aos custos finais do empreendimento.

A partir daquele ano, o Ibama resolveu, então, rever sua prática anterior, passando a aplicar só o percentual de 0,5% dos custos de implantação do empreendimento, mas negociando com os empreendedores a assinatura de termos de compromisso em que se estipulava que o valor final da compensação ambiental seria recalculado assim que definidas novas regras. Simultaneamente, a exemplo de alguns estados (como ocorreu em Minas Gerais, por exemplo), o Ibama passou a elaborar procedimentos metodológicos para a definição dos percentuais aplicáveis, dependendo da magnitude do impacto e de outros fatores. Esses estudos técnicos foram concluídos e até adotados por outras órgãos ambientais (como no Estado do Pará), embora ainda não tenham sido oficialmente publicados e adotados pela entidade federal.

Em Minas Gerais, por exemplo, estabeleceu-se a possibilidade da incidência, sobre o percentual básico de 0,5%, de três fatores adicionais e cumulativos de 0,2% cada, totalizando até 1,1%, caso o empreendimento seja implantado: em áreas de importância biológica especial, conforme mapa de áreas prioritárias para preservação; em áreas de ocorrência, trânsito ou reprodução de espécies consideradas endêmicas, raras, vulneráveis ou ameaçadas de extinção, e, por fim, em áreas num raio de até 5 km dos limites de unidades de conservação do Grupo de Proteção Integral.

Cabe ainda lembrar que, em março de 2006, o Ibama instituiu, em parceria com a Caixa Econômica Federal, o Fundo de Compensações Ambientais, no qual as empresas podem depositar os recursos devidos, desonerando-se da tarefa de executar diretamente as medidas de compensação ambiental. Antes dele, as empresas tinham de contratar consultorias ambientais para cumprir essas medidas; todavia, como a adesão a esse fundo é voluntária, elas, se quiserem, podem ainda continuar utilizando o antigo sistema.

#### **4.5 A Decisão do STF e seus Efeitos**

No ano de 2004, a CNI propôs ação direta de inconstitucionalidade (ADI esta que tomou o nº 3.378/04) contra o art. 36 da Lei do SNUC, que, conforme visto anteriormente, estabelece o instrumento da compensação ambiental e fixa o percentual mínimo de 0,5%. A CNI argumentou que o preceito atacado viola os princípios da legalidade, harmonia e independência entre os Poderes, da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como versa sobre indenização prévia sem mensuração e comprovação da ocorrência de dano, ocasionando enriquecimento sem causa pelo Estado. Por ocasião da elaboração deste trabalho, ainda não havia sido publicado o acórdão da decisão, razão pela qual as análises ora efetuadas tomam por base unicamente o que consta tanto na Ata de Julgamento da ADI 3.378/04 quanto em artigos publicados em 14/06/06 e 09/04/08, respectivamente, nos Informativos nºs 431 e 501 do próprio STF.



O fato é que, em 09/04/08, após entendimentos divergentes de alguns de seus membros, o Plenário da Corte Suprema, a partir do voto do ministro Menezes Direito, julgou a ADI parcialmente procedente, com redução do texto do inciso I, declarando inconstitucionais as expressões "*não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos na implantação de empreendimento*" e "*o percentual*" (grifadas no item 4.2 deste trabalho). Ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio, que julgou inconstitucional todo o dispositivo, e Joaquim Barbosa, que deu a ele interpretação conforme a Constituição sem redução de texto.

Desta forma, se, por um lado, tal decisão declarou inconstitucional o estabelecimento do piso de 0,5% dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento para fins de compensação ambiental, por outro lado ela reconheceu que o instrumento é válido e pode continuar a existir. Segundo o STF, a Lei do SNUC, ao seguir as orientações do art. 225 da Constituição Federal, criou uma forma de compartilhamento das despesas com as medidas oficiais de específica prevenção em face de empreendimentos de significativo impacto ambiental.

Esse compartilhamento/compensação ambiental não viola o princípio da legalidade, uma vez que a própria lei impugnada previu o modo de financiar os gastos da espécie, nem ofende o princípio da harmonia e independência dos Poderes, visto que não houve delegação do Poder Legislativo ao Poder Executivo da tarefa de criar obrigações e deveres aos administrados. Doravante, todavia, cada empreendimento terá seu próprio percentual definido caso a caso pelo órgão ambiental responsável pelo licenciamento, a partir do cálculo dos impactos não minimizáveis a serem gerados e que deverão ser compensados.

Essa decisão, contudo, torna a avaliação de danos subjetiva e de difícil aplicação. Afinal, quanto vale o impacto ambiental da transformação de um ambiente lótico em lêntico, provocado pelo represamento de um rio? E aquele resultante da fragmentação de unidades de conservação pela passagem de uma linha de transmissão? Que preço atribuir ao desaparecimento de um ninhal? Qual é o valor de uma paisagem de grande beleza cênica? Quanto custam os elementos do patrimônio histórico, arqueológico, paleontológico ou espeleológico que são inundados por uma represa ou detonados por uma mineração?

Assim, na opinião desta Consultoria Legislativa, a decisão do STF poderá ter variadas implicações negativas, para os mais diversos atores envolvidos na questão:

- para os órgãos ambientais, ela representará um esforço adicional na definição de critérios para o estabelecimento dos percentuais de compensação ambiental em cada caso e, mais importante, implicará uma significativa não-uniformidade na fixação dos mesmos, com tendência de normas e critérios mais rígidos nas unidades da Federação em que eles forem melhor estruturados, ocorrendo o oposto nas demais;

- para esses mesmos atores e o movimento ambientalista, apesar de confirmar a validade e importância do instrumento da compensação ambiental, ela significará abrir mão de um piso percentual objetivo, de fácil cálculo, estabelecido e reconhecido há mais de duas décadas, embora a melhor definição do uso desse valor tenha ocorrido apenas a partir da publicação da Lei do SNUC e de seu regulamento;

- para o setor produtivo, embora a decisão seja favorável, aparentemente, em vista da retirada do percentual de 0,5%, na prática, ao confirmar a validade do instrumento da compensação ambiental, ela aumentará as incertezas quanto à fixação do percentual aplicável caso a caso, uma vez que o órgão ambiental terá maior liberdade para decidir, segundo critérios por ele mesmo estabelecidos; e

- para todos esses atores e a sociedade em geral, enfim, esse aumento da incerteza provocado pela retirada de um critério objetivo poderá levar a um aumento da atuação do Ministério Público e, conseqüentemente, da judicialização dos processos administrativos, atravancando ainda mais o processo de licenciamento ambiental e levando a uma maior descrença em nossas instituições, o que, ao fim e ao cabo, não interessa a ninguém.

Mesmo reconhecendo-se que o percentual de 0,5% era, sem dúvida, um número “cabalístico”, que foi estabelecido há mais de duas décadas sem critérios técnicos, dadas as evidentes dificuldades operacionais para o seu cálculo, trata-se de valor que, de uma forma ou de outra, acabava atendendo tanto ao setor produtivo, por não lhe impor ônus excessivo, quanto às expectativas dos órgãos ambientais e do movimento ambientalista, por permitir a canalização de recursos determinados para as unidades de conservação.

No modesto entendimento desta Consultoria Legislativa, a decisão da Suprema Corte foi não apenas prejudicial para todas as partes, pelas implicações práticas que poderá ter, mas também equivocada, *data venia*, pela fundamentação utilizada. Ora, “*a possibilidade de haver empreendimentos que não causassem impacto ambiental*” (conforme consta no Informativo STF nº 501), usada como justificativa para a declaração de inconstitucionalidade do piso de 0,5%, simplesmente não existe nos casos de compensação ambiental.

Isso decorre do fato de esse instrumento só ser aplicável “*nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental*”, conforme o *caput* do art. 36 da Lei do SNUC, considerado pelo STF, na mesma decisão, como constitucionalmente válido. Ou seja, é necessário não apenas que haja impacto ambiental, mas que ele seja significativo – aliás, a mesma condição fixada pela Lei Maior (art. 225, § 1º, inciso IV) para a exigência de EIA –, o que contraria frontalmente a argumentação da própria Suprema Corte.

Todavia, mesmo que a decisão do STF seja considerada correta do ponto de vista jurídico, é inegável que ela lança maiores incertezas técnicas e controvérsias jurídicas em setores já historicamente problemáticos (compensação e licenciamento ambiental), com conseqüências que só poderão ser melhor avaliadas nos dias que virão.