

*Contrarrazões em agravo de instrumento. Agravante que se insurge contra o deferimento de liminar de antecipação dos efeitos da tutela em ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em matéria ambiental.*

Fabício Rocha Bastos\*

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE  
DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SÃO  
PEDRO DA ALDEIA – RJ**

Processo nº 0004121-47.2013.8.19.0055

CONTRARRAZÕES DE RECURSO

Agravante: Instituto Estadual do Meio Ambiente – INEA

Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Agravo de Instrumento nº: 0043320-47.2013.8.19.0000

11ª Câmara Cível

Origem: 2ª Vara Cível da Comarca de São Pedro da Aldeia

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pelo promotor de justiça que subscreve, no uso das atribuições legais da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Araruama, vem apresentar CONTRARRAZÕES AO AGRAVO DE INSTRUMENTO (fls. )\* nos autos do processo em epígrafe, fazendo-o nos termos dos argumentos de fato e de direito a seguir expostos.

EGRÉGIO TRIBUNAL  
COLENDIA CÂMARA CÍVEL  
DD. PROCURADOR DE JUSTIÇA

**1. DO BREVE RESUMO DA DEMANDA**

O INEA – Instituto Estadual do Meio Ambiente interpõe o presente recurso de agravo de instrumento buscando a reforma da r. decisão de fl. 388/413, proferida pelo Juízo *a quo*, que determinou, em síntese: (i) declarar suspensos, no âmbito da competência territorial – funcional deste juízo, os efeitos de reconhecimento do FUNBIO como OSCIP; (ii) proibir o INEA e o Estado do Rio de Janeiro de repassar, e ao FUNBIO de gerenciar, os

\* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pós-Graduado em Direito Civil, Processual Civil e Empresarial pela Universidade Veiga de Almeida/RJ. Professor de Direito Processual Civil dos cursos de Pós-Graduação do IBMEC, EMERJ e UCAM/RJ. Professor de Direito Processual Civil e Tutela Coletiva da Emerj, Amperj, Femperj, Curso Fórum, do Portal F3/RJ e Supremo – MG.

recursos advindos de todos os empreendimentos localizados nos Municípios abrangidos pelo Parque Estadual da Costa do Sol (São Pedro da Aldeia, Saquarema, Araruama, Cabo Frio, Arraial do Cabo e Armação de Búzios), ou destinados a qualquer outra unidade de preservação ambiental localizada nos mesmos Municípios. Contudo, fica o Estado do Rio de Janeiro autorizado a contratar, mediante prévia licitação, os serviços e obras descritos no Decreto nº 4340, observando-se as prioridades contidas no seu artigo 33, sob pena de multa de R\$ 50.000,00 por cada ato em desacordo com esta decisão, sem prejuízo da multa prevista no CPC; (iii) determinar que o Réu FUNBIO deposite junto aos cofres públicos, no prazo de 10 (dez) dias, a contar da intimação, em conta a ser indicada pelo INEA e/ou Estado do Rio de Janeiro, todos os valores que estejam em seu poder, desde o ajuizamento da presente demanda, referentes aos recursos destinados ao Parque Estadual Costa do Sol, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00, sem prejuízo, nos moldes do CPC, sem prejuízo da multa prevista no CPC, enquanto não houver comprovação do cumprimento da obrigação, e, para tanto, deverá apresentar nos autos demonstrativo contábil dos valores recebidos e prova das transferências bancárias; (iv) determinar que os Réus, por meio de seus representantes legais, tragam os autos, no prazo de 05 (cinco) dias, a contar da intimação, demonstrativo de todos os recursos indicados no item 02 repassados para entidades privadas nos últimos 12 (doze) meses, sob pena de multa diária R\$ 20.000,00, nos moldes do CPC, sem prejuízo da multa prevista no CPC; (v) determinar que o Estado do Rio de Janeiro e o INEA se abstenham de promover contratação sem prévia licitação, direta ou indiretamente, ou por meio do FUNBIO, de quaisquer empresas ou entidades privadas para execução das atividades de proteção ao meio ambiente nos Municípios indicados no item 02 ou com recursos da compensação ambiental, sob pena de multa de R\$ 100.000,00 por cada ato praticado em desacordo com esta decisão, nos moldes do CPC, sem prejuízo da multa prevista no CPC; (vi) determinar que o Estado do Rio de Janeiro, o INEA e o FUNBIO submetam ao Tribunal de Contas do Estado, no prazo de 10 (dez) dias, a contar da intimação, o detalhamento de todas as contratações já realizadas pela FUNBIO ou qualquer outra entidade, para a finalidade descrita no art. 36 da Lei Federal nº 9985/2000, nas condições indicadas no item 02, desde a assinatura dos respectivos convênios, devendo no prazo em questão juntar aos autos o protocolo junto com a relação de documentos entregues àquela Corte, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00, nos moldes do CPC, sem prejuízo da multa prevista no CPC.

Na referida ação, o Ministério Público formula ao Juízo *a quo* os seguintes pedidos: (i) confirmar em definitivo, condenando os réus às obrigações descritas nos itens b a f do item 5 desta inicial; (ii) declarar definitivamente a perda da qualificação do FUNBIO como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, nos termos dos arts. 7º da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, e 9º da Lei Estadual nº 5.501, de 07 de julho de 2009; (iii) declarar nulos os Convênios 003/09 e s/n de 1 abril de 2010, com todos os seus aditivos, celebrados entre os réus.

O agravante se insurge contra o deferimento da liminar de antecipação dos efeitos da tutela, em síntese, com base nos seguintes argumentos: (i) impossibilidade da concessão de tutela antecipada; (ii) incompetência absoluta do juízo prolator da

decisão liminar (iii) não se trata de termo de parceria; (iii) descabimento de prévia licitação para celebração de convênio; (iv) não se trata de verba pública; (v) ausência de plausibilidade das alegações autorais.

Conforme se demonstra a seguir, os argumentos do recurso são improcedentes, razão pela qual o Ministério Público postula a manutenção da r. decisão, em seu inteiro teor.

## 2. MÉRITO

As matérias de mérito ventiladas pelo agravante deverão ser rejeitadas, *in totum*, conforme adiante exposto.

### 2.1 Da Alegada Incompetência Absoluta do Juízo

Considerando todas as normas jurídicas aplicáveis às regras de competência para o exercício judicial da tutela coletiva, quais sejam, artigo 2º da Lei nº 7347/1985 e 93, inciso II do CDC, fácil notar que as demandas deverão ser propostas no foro do local do dano ou do potencial dano.

Cabe mencionar que o critério de competência, apesar de territorial, tem nítida vertente absoluta, na medida em que o legislador na parte final do artigo 2º, *caput* da Lei nº 7347/1985, preconiza que o juízo terá competência funcional para o feito. Assim, o prisma funcional do fundamento do critério fixador da competência prepondera.

Neste sentido, vale destacar os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.057.878 – RS (2008/0105088-5). PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANO – AMBIENTAL. INTERPRETAÇÃO DO ART. 2º, DA LEI Nº 7.347/1985. 11. Qualquer que seja o sentido que se queira dar à expressão “competência funcional” prevista no art. 2º, da Lei nº 7.347/1985, mister preservar a vocação pragmática do dispositivo: o foro do local do dano é uma regra de eficiência, eficácia e comodidade da prestação jurisdicional, que visa a facilitar e otimizar o acesso à justiça, sobretudo pela proximidade física entre juiz, vítima, bem jurídico afetado e prova.

RECURSO ESPECIAL Nº 811.773 – SP (2006/0013479-8) – RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX – PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO MEIO AMBIENTE. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DELIMITADA – PELO LOCAL DO DANO (ART. 2º DA LEI Nº 7347/1985). AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO, SUAS AUTARQUIAS OU EMPRESAS PÚBLICAS. COMPETÊNCIA FUNCIONAL DA JUSTIÇA FEDERAL NÃO CARACTERIZADA. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA. 1. A regra *mater* em termos de dano ambiental é a do local do ilícito em prol da efetividade jurisdicional. Deveras,

proposta a ação civil pública pelo Município e caracterizando-se o dano como local, impõe-se a competência da Justiça Estadual no local do dano, especialmente porque a *ratio essendi* da competência para a ação civil pública ambiental, calca-se no princípio da efetividade, por isso que, o juízo do local do dano habilita-se, funcionalmente, na percepção da degradação ao meio ambiente posto em condições ideais para a obtenção dos elementos de convicção conducentes ao desate da lide. Precedente desta Corte: REsp 789513/SP, DJ de 06.03.2006. 2. A competência cível da Justiça Federal, a teor do art. 109, I, da Constituição Federal, é definida *ratione personae*, e, por isso, absoluta, determinada em razão das pessoas que figuram no processo como autoras, réis, assistentes ou oponentes. Nesse sentido confirmam-se, à guisa de exemplo, julgados desta Corte: CC 47.915/SP, DJ de 02.08.2005; CC 45475/SP, DJ de 16.05.2005 e CC 40.534/RJ, DJ de 17.05.2004. 3. Na hipótese *sub examine* a ausência de manifestação da União ou de quaisquer das pessoas elencadas no art. 109, I, da Constituição Federal acerca do interesse de ingresso no feito em que seja parte empresa privada concessionária de serviço público federal e município, revela a competência Justiça Estadual para processar e julgar a ação. 4. Por fim, consigne-se, o Tribunal local, com ampla cognição sobre o contexto fático probatório, consignou que: “o alegado dano ambiental, que ensejou a propositura da demanda, em princípio, afeta exclusivamente os habitantes da comuna (cf. Petição inicial - fls.18/58), não tendo sido demonstrado o interesse jurídico da União na espécie.” (fl. 146). 5. Sobre o thema, sobreleva notar, julgado desta Corte no sentido de que: “A competência para processar e julgar a ação civil pública por prejuízos ao meio ambiente é a do foro do local onde ocorrer o dano (Lei nº 7347/1985, art. 2º), ou seja, da Justiça Federal ou da Justiça Estadual que exerça jurisdição sobre aquele foro. Não evidenciado o interesse da União, de suas autarquias ou de suas empresas públicas, não se caracteriza a competência da Justiça Federal, cujas hipóteses são taxativamente enumeradas na Constituição da República. Assim sendo, a ação civil pública deve ser julgada pela Justiça do Estado onde ocorrido ou venha a ocorrer o dano.” (REsp 789513/SP, DJ de 06.03.2006) 6. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo *decisum* revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: RESP 658.859/RS, publicado no DJ de 09.05.2005. 7. Recurso especial desprovido.

Não é possível se confundir, portanto, como pretendem os réus, os institutos da competência com a eficácia subjetiva e objetiva da coisa julgada material, advindas do conteúdo do dispositivo da decisão judicial final e, tampouco, com a autoridade da coisa julgada material.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, em voto (vencedor) lapidar exarado nos autos do RESP 1243887/PR, assim se posicionou:

Tal interpretação, uma vez mais, esvazia a utilidade prática da ação coletiva, mesmo porque, cuidando-se de dano de escala nacional ou regional, a ação somente pode ser proposta na capital dos Estados ou no Distrito Federal (art. 93, inciso II, CDC). Assim, a prosperar a tese do recorrente, o efeito *erga omnes* próprio da sentença estaria restrito às capitais, excluindo todos os demais potencialmente beneficiários da decisão. A bem da verdade, o art. 16 da LACP baralha conceitos heterogêneos – como coisa julgada e competência territorial – e induz a interpretação, para os mais apressados, no sentido de que os “efeitos” ou a “eficácia” da sentença podem ser limitados territorialmente, quando se sabe, a mais não poder, que coisa julgada – a despeito da atecnia do art. 467 do CPC – não é “efeito” ou “eficácia” da sentença, mas qualidade que a ela se agrega de modo a torná-la “imutável e indiscutível”. É certo também que a competência territorial limita o exercício da jurisdição e não os efeitos ou a eficácia da sentença, os quais, como é de conhecimento comum, correlacionam-se com os “limites da lide e das questões decididas” (art. 468, CPC) e com as que o poderiam ter sido (art. 474, CPC) – *tantum judicatum, quantum disputatum veldisputari debebat*. A apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e também, como mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides. A prosperar tese contrária, um contrato declarado nulo pela justiça estadual de São Paulo, por exemplo, poderia ser considerado válido no Paraná; a sentença que determina a reintegração de posse de um imóvel que se estende a território de mais de uma unidade federativa (art. 107, CPC) não teria eficácia em relação à parte dele; ou uma sentença de divórcio proferida em Brasília poderia não valer para o judiciário mineiro, de modo que ali as partes pudessem ser consideradas ainda casadas, soluções, todas elas, teratológicas. A questão principal, portanto, é de alcance objetivo (“o que” se decidiu) e subjetivo (em relação “a quem” se decidiu), mas não de competência territorial. Pode-se afirmar, com propriedade, que determinada sentença atinge ou não esses ou aqueles sujeitos (alcance subjetivo), ou

que atinge ou não essa ou aquela questão fático-jurídica (alcance objetivo), mas é errôneo cogitar-se de sentença cujos efeitos não são verificados, a depender do território analisado.

Nesse sentido é o magistério de Rodolfo de Camargo Macuso<sup>1</sup>, alinhando-se às ácidas críticas de Nelson Nery e José Marcelo Menezes Vigilar:

Qualquer sentença proferida por órgão do Poder Judiciário pode ter eficácia para além de seu território. Até a sentença estrangeira pode produzir efeitos no Brasil, bastando para tanto que seja homologada pelo STF [agora STJ]. Assim, as partes entre as quais foi dada a sentença estrangeira são atingidas por seus efeitos onde quer que estejam no planeta Terra. Confundir jurisdição e competência com limites subjetivos da coisa julgada é, no mínimo, desconhecer a ciência do direito.

Com efeito, o problema atinente a saber quais pessoas ficam atingidas pela imutabilidade do comando judicial insere-se na rubrica dos limites subjetivos desse instituto processual dito “coisa julgada”, e não sob a óptica de categorias outras, como a jurisdição, a competência, a organização judiciária.

A antiga jurisprudência do STJ, segundo a qual “a eficácia *erga omnes* circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário” (REsp 293.407/SP, Quarta Turma, confirmado nos EREsp. nº 293.407/SP, Corte Especial), em hora mais que ansiada pela sociedade e pela comunidade jurídica, deve ser revista para atender ao real e legítimo propósito das ações coletivas, que é viabilizar um comando judicial célere e uniforme – em atenção à extensão do interesse metaindividual objetivado na lide.

Caso contrário, “esse diferenciado regime processual não se justificaria, nem seria eficaz, e o citado interesse acabaria privado de tutela judicial em sua dimensão coletiva, reconvertido e pulverizado em multifárias demandas individuais” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.* p. 8), “atomizando” as lides na contramão do moderno processo de “molecularização” das demandas.

Com efeito, por força do art. 21 da Lei nº 7.347/1985, o Capítulo II do Título III do CDC e a Lei das Ações Cíveis Públicas formam, em conjunto, um microsistema próprio do processo coletivo, seja qual for a sua natureza, consumerista, ambiental ou administrativa.

Assim, com o propósito também de contornar a impropriedade técnico-processual cometida pelo art. 16 da LACP, a questão relativa ao alcance da sentença proferida em ações coletivas deve ser equacionada de modo a harmonizar os vários dispositivos aplicáveis ao tema.

<sup>1</sup> Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 322-332.

Nessa linha, o alcance da sentença proferida em ação civil pública deve levar em consideração o que dispõe o Código de Defesa do Consumidor acerca da extensão do dano e da qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo.

O norte, portanto, deve ser o que dispõem os arts. 93 e 103 do CDC<sup>2</sup>.

Portanto, se o dano é de escala local, regional ou nacional, o juízo competente para proferir sentença, certamente, sob pena de ser inócuo o provimento, lançará mão de comando capaz de recompor ou indenizar os danos local, regional ou nacionalmente, levados em consideração, para tanto, os beneficiários do comando, independentemente de limitação territorial.

Esse também é o entendimento de Ada Pellegrini Grinover<sup>3</sup>:

O problema não é de competência: o juiz federal, competente para processar e julgar a causa, emite um provimento (cautelar ou definitivo) que tem eficácia *erga omnes*, abrangendo todos os aposentados e pensionistas do Brasil. Ou a demanda é coletiva, ou não o é; ou a coisa julgada é *erga omnes*, ou não o é. E se o pedido for efetivamente coletivo, haverá uma clara relação de litispendência entre as várias ações ajuizadas nos diversos Estados da Federação.

O artigo 16 da LACP, ao preconizar a limitação territorial da eficácia *erga omnes* padece de grave equívoco técnico ao confundir os institutos supracitados, conforme restou decidido no seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

Processo civil e direito do consumidor. Ação civil pública. Correção monetária dos expurgos inflacionários nas cadernetas de poupança.

<sup>2</sup> Art. 93 Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente. Art. 103 Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II – *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III – *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se precedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

<sup>3</sup> Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 942.

Ação proposta por entidade com abrangência nacional, discutindo direitos individuais homogêneos. Eficácia da sentença. Ausência de limitação. Distinção entre os conceitos de eficácia da sentença e de coisa julgada. Recurso especial provido. – A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogêneos surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa. – A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócu a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se *erga omnes*, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador. – O procedimento regulado pela Ação Civil Pública pode ser utilizado para a defesa dos direitos do consumidor em juízo, porém somente no que não contrariar as regras do CDC, que contém, em seu art. 103, uma disciplina exaustiva para regular a produção de efeitos pela sentença que decide uma relação de consumo. Assim, não é possível a aplicação do art. 16 da LAP para essas hipóteses. Recurso especial conhecido e provido.<sup>4</sup>

DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC). 1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos

<sup>4</sup> RESP 411529/SP – TERCEIRA TURMA.

os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, *caput*, da Lei nº 9.494/1997. 2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.<sup>5</sup>

No caso presente, o dano é, ao menos, em potencial (risco), decorrente da violação da finalidade legal prevista pelo art. 36 da LSNUC. Com o direcionamento ilegal dos recursos originados da obrigação legal criada por aquela norma a uma entidade privada, que cobra para administrá-los, não presta contas ao TCE e efetua contratos sem licitação para geri-los, é mais do que provável que a manutenção ou a implementação da criação do PECS e de outras unidades de conservação inseridas ou possíveis na Região dos Lagos de forma prejudicial à sua eficiência máxima e à isonomia de candidatos interessados em prestar os serviços equivalentes. O prejuízo ou ao menos o risco de prejuízo ambiental é proporcional a potencial lesão ao Erário.

Justifica-se, assim, a competência desse r. Juízo para apreciar e julgar a presente ação civil pública e seus pedidos.

Por todo o exposto, entende o Ministério Público que a preliminar ao mérito de incompetência absoluta ventilada pela parte não merece acolhida, devendo o feito permanecer em curso perante este juízo.

## 2.2 Da Aplicação da *Translatio Iudicii*

No Brasil, o princípio da *translatio iudicii* e a reassunção do processo fazem parte do sistema processual civil, sem que essas denominações sejam expressamente adotadas. Trata-se da reassunção do processo e remessa dos autos ao juízo competente, nos casos em que é declarada a incompetência relativa e a absoluta.

Na primeira hipótese, há o aproveitamento de todos os atos (inclusive decisórios) e, na segunda, os atos de caráter decisório são considerados nulos e os demais são conservados. Ocorre, todavia, que as regras já previstas no ordenamento pátrio não são suficientes para resolver todos os casos concretos. Da análise da legislação pátria, constata-se que, opta-se por anular o processo ou os atos decisórios, ao invés de se adotar a *translatio iudicii* e a reassunção do processo, sob fundamentos inconstitucionais, que violam os princípios do acesso à justiça e da duração razoável do processo.

Por outro lado, não há estudo aprofundado sobre os efeitos processuais (por exemplo, *perpetuatio iurisdictionis* e litispendência) e materiais (por exemplo, interrupção da decadência e prescrição) dos atos realizados perante o juízo considerado incompetente.

<sup>5</sup> RESP 1243887/PR.

Desse modo, impende analisar a aplicabilidade da *translatio iudicii* e a reassunção do processo no direito processual civil brasileiro, à luz dos princípios constitucionais, os efeitos processuais e materiais dos atos realizados perante o juízo considerado incompetente e propor soluções diferentes das atualmente empregadas pelo legislador.

Na doutrina merece destaque a lição oferecida por José Miguel de Garcia Medina e Tereza Arruda Alvim Wambier<sup>6</sup>:

De acordo com o artigo 113, §2º do CPC, reconhecida a incompetência absoluta os atos decisórios serão nulos. Não nos parece correto entender, com fundamento nesta regra processual, que, reconhecida a nulidade, devam ser imediatamente cassados os efeitos da decisão judicial. Segundo pensamos, nos casos em que o vício resume-se à incompetência do juízo do qual emanou a decisão judicial, devem os efeitos (substanciais e processuais) ser conservados, até que outra decisão seja proferida pelo juízo competente.

No mesmo sentido, vale citar as lições de Luis Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart<sup>7</sup>:

(...) o art. 113, § 2º, do Código de Processo Civil, estabelece que "declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juízo competente." Como a decisão que concede tutela cautelar é, sem dúvida, um "ato decisório", caso o juiz que a concedeu seja declarado, mais tarde, absolutamente incompetente para a causa, a sua decisão que deferiu a tutela cautelar deverá ser considerada nula. Não obstante, diante da circunstância de que o desaparecimento da tutela cautelar pode sujeitar o litigante a grave dano, não há razão para entender que a tutela cautelar deva perder a sua eficácia antes de ter a sua legitimidade aferida pelo juízo competente. Neste caso, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, frisando o direito à segurança da efetividade da tutela do direito, impõe-se sobre o dado de que será mantida a eficácia de uma tutela cautelar concedida por juiz absolutamente incompetente.

Na jurisprudência, por seu turno, merece destaque o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

<sup>6</sup> *Processo Civil Moderno, parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, vol.1, p. 101.

<sup>7</sup> *Curso de Processo Civil: processo cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 120.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA DE URGÊNCIA DECRETADA POR JUÍZO ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE. Ainda que proferida por juízo absolutamente incompetente, é válida a decisão que, em ação civil pública proposta para a apuração de ato de improbidade administrativa, tenha determinado — até que haja pronunciamento do juízo competente — a indisponibilidade dos bens do réu a fim de assegurar o ressarcimento de suposto dano ao patrimônio público. De fato, conforme o art. 113, § 2º, do CPC, o reconhecimento da incompetência absoluta de determinado juízo implica, em regra, nulidade dos atos decisórios por ele praticados. Todavia, referida regra não impede que o juiz, em face do poder de cautela previsto nos arts. 798 e 799 do CPC, determine, em caráter precário, medida de urgência para prevenir perecimento de direito ou lesão grave ou de difícil reparação. REsp 1.038.199-ES, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 7/5/2013.

Assim, ainda que V. Exa. entenda pelo acolhimento da preliminar ao mérito de incompetência absoluta, o que só se ventilada à guisa de argumentação, pugna o Ministério Público pela aplicação do instituto da *translatio iudicii*, nos exatos termos propostos pela doutrina citada, quais sejam, os atos decisórios deverão ser mantidos até que o juízo absolutamente competente se pronuncie.

### **2.3 O Convênio firmado com o FUNBIO é nulo, por violar as regras da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007 – Contrato sob as vestes de convênio, sem licitação e, assim, sem garantia de isonomia e economicidade.**

É ilegal a transferência a uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), por convênio, da gestão de recursos públicos mediante remuneração variável, sem licitação ou procedimento com todas as garantias formais e materiais do processo licitatório, que garantam isonomia e economicidade.

As OSCIP nasceram com a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Mas antes mesmo disso, a Lei nº 8.666, 21 de junho de 1993, em seu art. 116, já previa a possibilidade de celebração de convênios entre órgãos da Administração Pública. O Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999, regulamentando esse dispositivo legal, previu a possibilidade de que os convênios também fossem celebrados com entidades privadas, sem fins lucrativos – não necessariamente uma OSCIP –, para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco.

No entanto, com a Lei nº 9.790/1999, o legislador criou um instrumento específico para reger a cooperação entre entidades públicas e OSCIP: o termo de parceria. Apesar de com pouca ou nenhuma distinção entre o convênio e termo de parceria, os convênios continuaram, aqui ou ali, sendo firmados entre órgãos da

administração e as OSCIP. De todo modo, um fato permaneceu certo: nem o termo de parceria, nem o convênio, se confundem com o contrato, onde há partes, com interesses econômicos contrapostos, ao contrário da convergência de interesses para a atividade do interesse público.

Embora tênue a distinção, entende-se que no contrato há contraprestação, enquanto no convênio e no termo de parceria há repasse de recursos em prol de uma finalidade convergente, de interesse público. No entanto, como pode haver, tanto no convênio quanto no termo de parceria, emprego ou transferência de recursos públicos, logo surgiram as preocupações decorrentes de possíveis distanciamentos indevidos de princípios basilares da Administração Pública, como a economicidade, a eficiência e a impessoalidade com relação ao destino daqueles recursos repassados.

Assim é que em 2011 foi editado o Decreto nº 7.568, de 16 de setembro de 2011, determinando nova redação tanto ao Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007 (termos de parceria), quanto ao Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999 (convênios), tornando inequívoco o que já decorria do próprio sistema constitucional e legal. Deixou-se expresso que, “[a] celebração de convênio ou contrato de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos será precedida de chamamento público a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos que tornem mais eficaz o objeto do ajuste” e “[a] escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, deverá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultoria, cooperação técnica e assessoria”.

Era a forma pela qual se deixava claro que, também quanto aos convênios e termos de parceria, deveria vigorar a mesma razão normativa explicitada no art. 3º da Lei nº 8.666/1993. Assim como em toda licitação, também para os convênios e termos de parceria se deve, “garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração... de acordo com os princípios básicos [da administração]..., da proibidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

Para isso, o concurso de projetos para os termos de parceria deverá ter ampla publicidade e edital contendo “com clareza, objetividade e detalhamento, a especificação técnica do bem, do projeto, da obra ou do serviço a ser obtido ou realizado por meio do Termo de Parceria” (art. 23, §1º, 24), além de critérios de seleção e julgamentos das propostas, valor máximo a ser desembolsado, e uma série de outros requisitos (art. 25). Estipularam-se, ainda, os critérios mínimos de julgamento, levando em conta seus custos, mérito intrínseco do projeto etc (art. 27). E quanto aos convênios, quando celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos, ainda maior razão para que as garantias procedimentais da licitação estejam presentes no chamamento público a que alude o Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999 c/c art. 116 da Lei nº 8.666/1993 (“[a]plicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”).

Ou seja, é certo dizer que celebração de convênios ou termos de parcerias com as OSCIP – presentes as notas características que definem uma OSCIP e um convênio, ou termo de parceria – impescinde de processo seletivo próprio, com todas as balizas e os princípios de verdadeira licitação, de modo a garantir a igualdade de oportunidades quanto às OSCIP interessadas e a garantia das melhores condições financeiras e de eficiência para o Poder Público. Não é o que ocorre na hipótese dos autos, o que já torna os Convênios firmados entre Estado, INEA e FUNBIO, por si só, ilegais.

IMPENDE SALIENTAR, POR FIM, QUE O PRIMEIRO E SEGUNDO RÉUS, APESAR DE NEGAREM PEREMPTORIAMENTE A QUALIFICAÇÃO DO FUNBIO COMO OSCIP, AFIRMAM, EM NÍTIDA CONTRADIÇÃO, ÀS FLS. 444 E 631 DOS AUTOS, QUE A SOCIEDADE EM QUESTÃO ESTÁ CREDENCIADA NO ÂMBITO FEDERAL COMO OSCIP, CONFORME CERTIDÃO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA.

#### 2.4 Do Termo de Parceria com Roupagem de Convênio

A Lei Estadual que estabelece o regime das OSCIP, nº 5.501, de 07 de julho de 2009, e que em sua maior parte repete o quadro normativo mínimo da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, determina em seu art. 14 ser “vedada a inclusão, tolerância ou admissão, nos termos de parceria, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade do agente, de cláusulas ou condições que prevejam ou permitam: realização de despesas a título de taxa ou comissão de administração, de gerência ou similar.” A razão não é difícil de perceber: havendo esses elementos no convênio ou termo de parceria, estar-se-ia diante de contrato e não de convênio ou termo de parceria.

Prova disso é o fato reconhecido pelo próprio FUNBIO, de que a celebração do “convênio” se deu após a contratação anterior com Estado, com dispensa de licitação, para gerenciar os recursos da primeira compensação ambiental paga pela ThyssenKrupp CSA, em 2007 ([bit.ly/11Rxhek](http://bit.ly/11Rxhek)).

E ainda que a finalidade última do convênio em questão fosse, de fato, relacionada a interesses convergentes, o convênio perde essa natureza de instrumento do interesse público primário quando contém taxa de administração ou gerência. Nesses casos, o interesse da OSCIP conveniente ou parceira é, em primeiro lugar, remuneratório: o recebimento das verbas decorrentes da taxa de administração ou gerência. Independentemente de seu produto ser ou não distribuído como lucro entre os dirigentes e empregados da OSCIP.

Ocorre que, no caso desta ação, ao FUNBIO foi permitido, por força dos Convênios, descontar do valor da compensação por ele recebido valores relativos a uma suposta “recuperação de custos”. Mas não custa ver que, mudadas as palavras, a essência permanece a mesma: trata-se de remuneração pelos serviços prestados de gerenciamento dos recursos advindos das compensações ambientais previstas pela LSNUC, ou seja, autêntica comissão de gerência – o que é vedado pela lei mencionada.

Assim, afirma o Convênio, no parágrafo segundo da cláusula quinta, que “ao FUNBIO será permitido, semestralmente, deduzir [d]os recursos de compensação

ambiental sob sua gestão os custos relativos à gestão e execução dos mesmos, em conformidade com a planilha de custos demonstrativa anexa a este convênio (ANEXO 2), e somente após autorização expressa da SEA". Isso tudo apesar de o próprio Convênio dizer ser proibida a cobrança de "taxa ou comissão de administração, gerência ou similar" (Cláusula décima).

Para calcular ou apontar diretrizes para essa "recuperação de custos de gestão", no Anexo 2 do Convênio ([bit.ly/11B71VI](http://bit.ly/11B71VI)), há uma verdadeira tabela de valores cobrados pelo FUNBIO dividida por serviços, projetos, sendo os valores variáveis, estipulados em hora/homem, levado em conta categorias de valor de cada projeto. São as atividades: (i) gerenciamento de projetos (de R\$ 5.991,67 a R\$ 52.427,12 mensais); (ii) compras e contratações (de R\$ 2.874,00 a R\$ 25.298,94); (iii) "financeiro" (de R\$ 1.712,35 a R\$ 14.983,05 mensais); (iv) tec. Informação (de R\$ 1.581,14 a 5.692,02 mensais); (v) jurídico e supervisão (de R\$ 2.229,46 a R\$ 18.950,40), formando o total semestral, por projeto, de R\$ 132.613 a R\$ 838.741,45.

Mas tornando verdadeiramente variáveis os tais "custos", o mesmo Anexo do Convênio registra as seguintes observações quanto aos valores cobrados pelo FUNBIO:

Obs 2. Custos variáveis, com exceção das horas/pessoa, terão o valor estabelecido no momento da contratação, podendo variar um pouco em relação à tabela acima; Obs 3. Outros serviços e consultorias deverão ser negociados com base nos preços de mercado; Obs. 4. O valor dos consultores *ad hoc* é proporcional ao tipo de serviço e qualificação dos profissionais, sendo negociados caso a caso com base nos preços de mercado.

Ou seja: já que tudo o que o FUNBIO faz é gerenciar os recursos recebidos a título de compensação ambiental, para manutenção ou criação de unidades de conservação, é evidente que o valor cobrado para remunerar seus funcionários ou "consultores externos", invocando-se ou não a expressão "taxa de administração ou gerência", possui justamente essa natureza, isto é, de algo proibido pela norma do art. 14 da Lei Estadual nº 5.501, de 07 de julho de 2009 ("realização de despesas a título de taxa ou comissão de administração, de gerência ou similar" – grifos acrescidos).

Ademais, por ser um preço fixo por horas de trabalho, independentemente da comprovação de horas trabalhadas, a verba quando paga configura "excedente operacional", cuja distribuição aos empregados configura finalidade lucrativa, segundo o §1º do art. 1º da Lei nº 9.790/1999 ("[p]ara os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins" – grifos acrescidos).

Por fim, conforme demonstrado no item 3.1.3 desta ação, o balanço patrimonial do FUNBIO registra receita com título de "taxa de administração". Ao menos em algum

lugar a verdade é assumida. Em outras palavras, a ONG FUNBIO opera como uma consultoria privada que, embora não distribua lucros, auferir rendimentos pelos serviços prestados como um particular ou empresa com fins lucrativos, que cobra seus serviços por horas de trabalho. Isso sem falar nos ocultos “custos variáveis” e nos “consultores externos” que o Convênio prevê, sem definir. Por isso, o que é chamado de convênio tem, na verdade, natureza jurídica de contrato, para o qual haveria e há concorrência de mercado (quem não quer prestar serviços de gerenciamento de recursos por R\$ 838.741,45 semestrais?), sendo possível e devida a prévia licitação, que nunca existiu.

Sim, o serviço contratado (a gestão de recursos para a criação e manutenção de unidades de conservação) tem uma aplicação de interesse público, como toda contratação pela Administração. Mas antes de uma finalidade pública primária e convergente, há o interesse pecuniário da FUNBIO em receber os valores que remuneram seu quadro de empregadores, diretores etc. Basta ver que, não fosse a remuneração paga ao FUNBIO, a chamada “recuperação de custos”, o FUNBIO não cumpriria as obrigações que lhe cabem por conta do Convênio. Ou seja, o FUNBIO não celebrou o Convênio por um interesse convergente com o do Estado, mas antes disso, pelo interesse de ser remunerado pelas próprias verbas a ele repassadas para gerenciar.

E por envolver valor variável e incerto, como ser possível o cumprimento da regra transcrita do Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999, exigindo ser o convênio precedido de chamamento público, com a finalidade “da seleção de projetos que tornem mais eficaz o objeto do ajuste”? Como avaliar a eficácia do projeto em relação ao objeto do ajuste e permitir concorrência, se o seu custo não é previamente conhecido e definido, com exatidão? Com isso, viola-se de igual maneira a regra do art. 4º, § 1º, inciso V, do Decreto Estadual nº 41.528, de 31 de outubro de 2008, que regulamenta a celebração de convênios no âmbito estadual, exigindo como um dos requisitos de validade “planilha de custo detalhada, acompanhada de justificativa detalhada dos preços obtidos, preferencialmente através de pesquisa, no mínimo, junto a três fornecedores”.

## **2.5 Inexistência de Controle Público do Tribunal de Contas.**

Ao que tudo indica, não há controle pelo Tribunal de Contas das contas do FUNBIO e das contratações por ele realizadas, com o uso dos recursos advindos da compensação ambiental criada pela Lei do SNUC.

A levar em conta o parecer jurídico que deu origem ao Convênio, considerando essa verba como “privada” (v. críticas a seguir), não está havendo o controle oficial de contas pelo Tribunal de Contas do Estado.

### **Balanco**

Em seu site, o FUNBIO divulga seu balanço patrimonial anual. Pelo balanço patrimonial em 31 de dezembro de 2012 ([bit.ly/147W3JV](http://bit.ly/147W3JV)), o FUNBIO tinha em caixa R\$ 325.705.000,00, tendo auferido no campo de receitas operacionais o valor de R\$ 6.729.000,00 a título de “reembolso de projetos” e R\$ 1.849.000,00 de “taxa de administração”, e R\$

694.000,00 de “serviços prestados”. Daqueles 325 milhões, o documento indica que R\$ 202.195.000,00 dizem respeito a aplicações financeiras no país e que R\$ 109.209.000,00 estão aplicados no exterior. O documento informa que até o fim de 2012, o FUNBIO recebeu apenas no Estado do Rio de Janeiro R\$ 229 milhões, por meio de termos de compromisso de compensação ambiental – referentes à Lei do SNUC. O documento indica, ainda, haver um saldo de fornecedor referente à “aquisição de caminhão-tanque abastecedor de aeronaves para o projeto FMA - Comperj da empresa RPC”, sabe-se lá como isso pode ter relação com apoio ou manutenção de unidade de conservação.

#### Prestação de contas

Como prestações de contas, o FUNBIO disponibiliza em seu site cópia de “Relatórios de Demonstração de Origem e Aplicação de Recursos” ([bit.ly/12YljHh](http://bit.ly/12YljHh)), assinados pelo Subsecretário de Estado do Ambiente Luiz Firmino, pelo Diretor de Biodiversidade André Ilha, e por Lucas Moura. No documento, há relação do emprego de valores para diversos projetos, muitos deles para planos de manejo de unidades de conservação. Além dos valores, muitos deles na cifra de milhões de reais, não há qualquer documento comprobatório de despesa. No entanto, os signatários afirmam, no documento, que “[o]bservamos total consistência e integridade na documentação comprobatória apresentada, incluindo além da demonstração de execução das despesas, a conciliação bancária, cujos saldos resultantes, em nossa análise, guardam paridade com a presente prestação de contas no que se refere apenas à execução das despesas e seu controle”.

Por tudo isso, perdendo o FUNBIO a característica de OSCIP e o convênio a natureza de convênio, se está diante de autêntica contratação para prestação de serviços, para a qual era imprescindível prévia licitação e controle de contas pelo Tribunal de Contas do Estado. Sua ausência torna o convênio, por mais essa razão, nulo. No sentido da relação entre as verbas da compensação ambiental e o patrimônio público, orientando a necessidade de controle de contas pelo TCE, *Cf.* parecer do Ministério Público junto ao TCE no processo nº 104.757-4/09 ([bit.ly/12RYwvb](http://bit.ly/12RYwvb)) (“O caráter transindividual do meio ambiente transfere ao montante pago a título de compensação ambiental uma natureza *sui generis*, específica e permeada de relevância social que não apenas permite mas também impõe o controle pelas Cortes de Contas.”).

### **2.6 Das Contratações Realizadas com Dispensa Indevida de Licitação pelo FUNBIO.**

Além das nulidades decorrentes da violação pelo FUNBIO da natureza jurídica de OSCIP e da dispensa ilegal de licitação na celebração do “Convênio” (*rectius*: contrato) entre o Estado, o INEA e o FUNBIO, nunca houve fundamento legal para a dispensa de licitação com relação às contratações feitas pelo próprio FUNBIO, para o dispêndio dos recursos recebidos por força do “Convênio”, isto é, quanto ao recebimento e gasto dos valores em dinheiro pagos por empreendedores do Estado do Rio de Janeiro, como cumprimento da obrigação legal do art. 36 da Lei do SNUC.

A documentação colhida durante as investigações revelou os valores pagos diretamente por empreendedores de projetos sujeitos a EIA ao FUNBIO, após a assinatura dos Convênios acima indicados. Cf. Relatório de Cumprimento do Convênio 003/2009 (período de 30 de março de 2010 a 30 de setembro de 2012 – [bit.ly/19W0s94](http://bit.ly/19W0s94)). As cifras envolvidas são, de fato, milionárias.

Os valores individuais repassados diretamente ao FUNBIO, por empreendimento, chegam a, por exemplo, R\$ 38.687.254,05 (Thyssenkrupp CSA Siderúrgica do Atlântico Ltda). No total comunicado no aludido Relatório, os valores recebidos até 30 de setembro de 2012 chegam a R\$ 126.897.475,25 (cento e vinte e seis milhões oitocentos e noventa e sete mil quatrocentos e setenta e cinco reais e vinte e cinco centavos), somado ao rendimento financeiro de R\$ 9.665.638,39, relativo às aplicações financeiras daquele valor. Já o montante recebido para a manutenção de unidades de conservação foi de R\$ 19.099.464,85.

Com relação à destinação dada pelo FUNBIO aos recursos recebidos diretamente pelos empreendedores, estão, por exemplo, “Projeto para conclusão das obras de infraestrutura... na Estação Estadual Ecológica do Paraíso” (R\$ 1.068.780,94), “obras para implantação da infraestrutura física da Sede do Parque Estadual da Serra da Concórdia Valença” (R\$ 4.260.000,00), “Obras para implantação de infraestrutura física e sinalização da sede Teresópolis Parque Estadual dos Três Picos” (R\$ 10.740.000,00) e “Ações prioritárias para a implantação do Parque Estadual da Costa do Sol” (R\$ 1.696.575,00) etc. Estranhamente, na maior parte dos projetos, consta do Relatório como instituição responsável por cada um deles o próprio INEA e a SEA.

### **O Parque Estadual da Costa do Sol**

Uma das mais recentes contratações do FUNBIO com os recursos do art. 36 da Lei do SNUC diz respeito ao Parque Estadual da Costa do Sol. Na página do FUNBIO na internet, anuncia-se ([bit.ly/14lGqim](http://bit.ly/14lGqim)) a contratação de consultoria para a elaboração do plano de manejo do Parque Estadual da Costa do Sol, por R\$ 1.372.800,00. Para participar do “processo de seleção”, informa o site, basta enviar manifestação de interesse, acompanhado de “material que demonstre sua qualificação para desempenhar os serviços, comprovação de capacidade técnica, portfólio, ou outros documentos que julguem importantes na apresentação de suas empresas”. Apenas isso.

Não se sabe se R\$ 1.372.800,00 é o valor de mercado para aquela contratação, assim como não se sabem quais as parcelas do serviço envolvido. Não se sabe, igualmente, se a todos os interessados foi dada a mesma oportunidade de participação, qual o critério de julgamento das propostas, e aí por diante. Mas uma coisa é sabida: que isso não é o mesmo, nem de longe, do que uma licitação conduzida por órgão da administração pública.

Como demonstrado, a gestão financeira de todos aqueles recursos advindos do cumprimento pecuniário da obrigação constante do art. 36 da Lei do SNUC foi, pelo Convênio, entregue ao FUNBIO, conforme item II da cláusula segunda. Assim como, um suposto dever de “realizar licitações para todos os projetos apresentados e aprovados, de acordo com as normas do Manual Operacional e integrante deste instrumento” (grifo

acrescido), apesar de – a toda evidência – não se qualificar como órgão da administração pública ou mesmo um Fundo propriamente dito (nem mesmo como OSCIP, como visto).

De acordo com a cláusula quinta, parágrafo primeiro, “os repasses financeiros previstos no Instrumento Financeiro de Compensação Ambiental serão realizados diretamente pelo empreendedor, que se obriga ao pagamento da compensação ambiental, ao FUNBIO, para execução de projetos ou aplicação no Instrumento Financeiro Fiduciário, conforme indicado pela SEA.” Sua execução se dá mediante direcionamento pelo próprio FUNBIO para a “execução de projetos de conservação de recursos naturais e de biodiversidade em unidades de conservação, seu entorno e outras áreas protegidas localizadas no Estado do Rio de Janeiro conforme determinado pela SEA” (cláusula sexta). Ou seja, o dinheiro sai do empreendedor, vai para conta do FUNBIO, que paga diretamente a quem quiser, sem licitação realizada por um ente da administração pública direta ou indireta, e sem prestação de contas ao Tribunal de Contas do Estado.

Mas prosseguindo na estranheza de se prever uma “licitação” por uma ONG, o Anexo 3 do Convênio ([bit.ly/11FoWLV](http://bit.ly/11FoWLV)) apresenta cronograma típico de atividades do FUNBIO durante cada fase dos projetos financiados com recursos daquela compensação ambiental. entre as fases ou elementos dos projetos estão “Planos de Manejo”, “Obras e Reformas”, “Equipamentos”, “Veículos” e “Serviços”. No cronograma de cada uma dessas atividades, há previsão da fase “licitação”.

O Convênio foi aditivado por mais de uma vez, mantidas as Cláusulas acima ([bit.ly/10AZI6d](http://bit.ly/10AZI6d)). Até que em 01 de abril de 2010, foi substituído por outro Convênio, sem número ([bit.ly/11BGvfH](http://bit.ly/11BGvfH)), desta vez firmado entre o FUNBIO e o INEA. À frente do Convênio, pelo Estado, estava a mesma pessoa: a antes Secretária de Estado do Ambiente e agora Presidente do INEA, cargo por ela ocupado até hoje.

No entanto, a partir da nova versão do Convênio, ao invés da menção ao dever de licitação como sendo um dever do FUNBIO (alínea *e*, do item II, da cláusula segunda, do primeiro Convênio, que determinava competir ao FUNBIO “realizar licitações para todos os projetos apresentados e aprovados, de acordo com as normas do Manual Operacional anexo e integrante deste instrumento mantendo memória dos certames licitatórios”) houve substituição pelo dever do FUNBIO em “realizar editais, cartas convite e demais procedimentos de seleção em conformidade com o Manual Operacional do Instrumento Financeiro de Compensação Ambiental para contratação de prestação de serviços ou aquisição de bens” (alínea *b* do item II da Cláusula Segunda do novo Convênio).

Além disso, foi inserida no novo Convênio uma quarta cláusula, cujo parágrafo único dispõe:

[a]s contratações realizadas em decorrência dos projetos aprovados pela Câmara de Compensação Ambiental do Estado do Rio de Janeiro deverão seguir, sempre que possível, as orientações básicas de licitação, com a publicidade de editais, cartas convites, e justificativa por escrito nos casos de inexigibilidade.

No documento intitulado “Manual de orientações gerais para o dia a dia do Mecanismo para Conservação da Biodiversidade do Estado do Rio de Janeiro” (bit.ly/17qr2XV), produzido pela própria FUNBIO, há no item 1.1 descrição dos “Métodos utilizados pelo FUNBIO para as aquisições de bens, contratações de serviços e consultorias”, prevendo os métodos de “shopping”, “pregão eletrônico”, “qualidade e preço”, “seleção de consultor individual”, “contratação ou aquisição direta”. Há, igualmente, um procedimento específico para contratação de consultorias e de obras (itens 4 e 5, respectivamente).

### **No final das contas, um mecanismo para dispensar a verdadeira licitação**

O FUNBIO, em verdade, operou por todos os anos de vigência do “Convênio” e ainda opera como uma entidade interposta entre o INEA/SEA e os diversos prestadores de serviços que aos escolhidos e contratados pelo próprio FUNBIO, por valores que chegam aos milhões de reais, para as atividades de manutenção e gestão das unidades de conservação no Estado do Rio de Janeiro.

O empreendedor interessado em licenciar seu projeto de larga escala (sujeito a Estudo de Impacto Ambiental) tem calculado pelo INEA o valor da compensação ambiental devida por força do art. 36 da Lei SNUC. Em seguida, assina com o próprio INEA um “termo de compensação ambiental” (exemplo: bit.ly/1c19oGT) no valor correspondente, comprometendo-se a depositar a quantia em conta bancária de titularidade do FUNBIO. O FUNBIO, em seguida, contratava livremente, sem licitação, quem quisesse para a execução de diferentes projetos voltados para as unidades de conservação do Estado. Tudo sem licitação e sem controle pelo Tribunal de Contas. E o mais estranho? Quando, segundo relação do próprio FUNBIO, o INEA e a SEA aparecem como responsáveis pela maior parte dos projetos. Assim, resta a pergunta: o que exatamente, então, faz o FUNBIO, além de existir para permitir a contratação, sem licitação, das empresas que preparam os planos e demais projetos de implantação e manutenção de unidades de conservação?

Nota-se com estranheza a previsão na primeira versão do Convênio da obrigação do convênio em realizar “licitações” para os projetos executados com os recursos das compensações ambientais. Entidades privadas, por óbvio, não realizam licitações, mas apenas os órgãos das pessoas jurídicas indicadas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, já que apenas esses praticam atos administrativos. Não é o caso das OSCIP, ou de qualquer outra entidade privada sem fins lucrativos, ainda que conveniadas com a Administração. Por esta razão, talvez, a nova versão do Convênio, assinada em 01 de abril de 2010, deixou de fazer menção àquele termo, substituindo-o por um dever genérico de condução de processo seletivo. Mas ainda assim, permaneceram ilegais todas as contratações transferidas ao FUNBIO. Licitação não é como remédio, que permite o uso de “genéricos”, por entes que não têm a mesma legitimidade e autoridade que os órgãos da administração pública. Além do mais, OSCIP não pode intermediar contratações com empresas com finalidade lucrativa.

A Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999 estipula que para os fins de seu art. 3º, a dedicação às atividades nele previstas (entre elas a pertinente ao FUNBIO, de defesa,

preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável) configura-se mediante “a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins” (art. 3º, parágrafo único – grifo acrescido).

Percebe-se claramente que a execução dos projetos pelo FUNBIO não é direta como exige a Lei, mas por empresas – não outras organizações sem fins lucrativos – por ele contratadas, ou seja, indiretamente. Tanto a ideia de convênio ou termo de parceria com uma OSCIP foram absolutamente desvirtuadas: o FUNBIO funciona, desde a celebração de seu Convênio, como um instrumento para que as contratações realizadas para a execução dos projetos com recursos da compensação ambiental do art. 36 do LSNUC sejam realizadas com dispensa indevida de licitação. Ao invés do rígido controle procedimental da Lei nº 8.666/1993, com o controle externo do Tribunal de Contas e com os deveres/poderes de agentes públicos que conduzem licitações, contratações milionárias, como a do Plano de Manejo do Parque Estadual da Costa do Sol, se dão sem qualquer controle, comunicação de critérios, ou publicidade adequada. Basta ver a fragilidade do “processo de seleção” indicado no site do FUNBIO quanto ao plano de manejo do PECS e compará-lo com as diretrizes descritas no art. 3º da Lei de Licitações e no inciso XXI, do art. 37, da Constituição. O distanciamento é inequívoco.

A gestão compartilhada de unidades de conservação por OSCIP foi prevista pelo legislador, mas de forma completamente diversa da idealizada pelo Estado. Além da impossibilidade de contratações indiretas, como já visto, deve haver processo de seleção entre as OSCIP interessadas, sendo que o Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002 faz menção expressa à aplicabilidade da Lei de Licitações para tanto: “[o] edital para seleção de OSCIP, visando a gestão compartilhada, deve ser publicado com no mínimo sessenta dias de antecedência, em jornal de grande circulação na região da unidade de conservação e no Diário Oficial, nos termos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”. Nunca se pensou possível um Convênio “guarda-chuva” para gestão compartilhada de todas as unidades de conservação, em que uma OSCIP, escolhida sem licitação, passasse a gerenciar todos os recursos das compensações ambientais, contratando livremente, também sem licitação, quem lhe aprovesse.

É inquestionável, portanto, a ilegalidade das contratações realizadas pelo FUNBIO com a aplicação das verbas da compensação ambiental, por ausência da necessária licitação por um órgão da administração pública, nos termos da Lei nº 8.666/1993.

IV. 5 – A discussão da natureza da verba é irrelevante: sempre será necessária prévia licitação para a execução dos projetos para atingir as finalidades previstas do art. 36 da Lei do SNUC.

O Parecer nº 04/09-RTAM-PG-2 da Subprocuradoria-Geral do Estado (bit.ly/parecerfunbio), concluiu pela natureza privada dos recursos da compensação ambiental criada pelo art. 36 da Lei do SNUC. Os argumentos do longo parecer, após depurados da contradição lógica de alguns, podem ser assim resumidos: (a) a obrigação em questão é de apoiar a implantação ou manutenção de unidades de conservação,

por isso não sendo pecuniária; (b) o devedor pode escolher cumprir a obrigação *in natura*, contratar terceiro para fazê-lo, ou pagar em dinheiro aos órgãos licenciados; (c) apenas na última hipótese estar-se-ia diante de verba pública.

O Parecer, no entanto, é equivocado. Contém falhas de lógico e erros conceituais cuja demonstração não é necessária quando são revelados o conteúdo de normas que aquele não discute.

### **2.7 Do Correto cumprimento da Obrigação do art. 36 da Lei do SNUC é o Pagamento pelo Empreendedor, ao Órgão Licenciador, da Quantia Calculada.**

A Resolução CONAMA nº 371, de 05 de abril de 2006, estabeleceu as diretrizes para cobrança, cálculo, e aplicação dos recursos advindos da compensação ambiental devida por força do art. 36 da Lei do SNUC. Os fatores levam em conta os custos para a implantação do empreendimento e a metodologia de gradação do impacto ambiental definida pelo órgão ambiental competente (art. 3º). Fica clara a opção normativa pela forma de pagamento em pecúnia, já que no art. 5º, § 1º, daquela Resolução, determina o CONAMA: “[n]ão será exigido o desembolso da compensação ambiental antes da Licença de Instalação” (grifo acrescido). “Desembolso” só pode ser de quantia em dinheiro. Ninguém desembolsa um projeto, uma compensação específica ou ecológica.

Ainda de acordo com os termos daquela Resolução, “[o]s órgãos ambientais licenciadores deverão instituir câmara de compensação ambiental, com a finalidade de analisar e propor a aplicação da compensação ambiental em unidades de conservação” (art. 8º). Como a própria Resolução fala em dispositivo anterior em “desembolso”, é claro que a “compensação ambiental” que quer ver “aplicada” no art. 8º diz respeito aos valores desembolsados, ou seja, pagos pelo empreendedor, de acordo com os parâmetros de cálculo que define. Confirmando a opção pela compensação em dinheiro e não em espécie ou ecológica, a mesma Resolução determina, em seu art. 11, que “[s]omente receberão recursos da compensação ambiental as unidades...” (art. 11, §1º) e que “[a] destinação dos recursos da compensação ambiental para as unidades selecionadas...” (grifos acrescidos). Ou seja, algo diverso do que a possibilidade de destinação de projetos, que o empreendedor possa executar diretamente.

Prosseguindo, a mesma Resolução determina, ainda, que os órgãos ambientais, não um terceiro contratado ou o empreendedor, são “responsáveis pela gestão dos recursos da compensação ambiental” (art. 12 – grifos acrescidos), cabendo a eles “dar publicidade, bem como informar anualmente aos conselhos de meio ambiente respectivos, a aplicação dos recursos oriundos da compensação ambiental” (*idem*). O quadro normativo pertinente, dessa forma, é repleto de evidências de que, ao contrário do que quer fazer crer o Parecer da PGE, não é permitida a compensação ambiental em espécie ou ecológica pelo próprio empreendedor, sendo, ao invés, obrigatório o cumprimento da obrigação mediante pagamento (“desembolso”) ao órgão licenciador, que é “responsável pela gestão dos recursos” respectivos.

No caso da União, há norma expressa determinando ao IBAMA caber a decisão sobre a destinação dos recursos do art. 36 da Lei do SNUC (art. 31, § 4º, do Decreto 4.340, de 22 de agosto de 2002). É criada, ainda, uma ordem legal de projetos para a destinação desses recursos, iniciando-se pela regularização fundiária e demarcação de terras, passando pela elaboração, revisão ou implantação de plano de manejo, aquisição de bens e serviços necessários à implantação, gestão, monitoramento e proteção da unidade etc (art. 33 e incisos do Decreto nº 4.340/2002).

Com isso, pode-se usar as premissas do próprio Parecer da PGE contra a sua conclusão específica, no sentido da possibilidade legal da celebração do convênio pretendido pela SEA/INEA: o ingresso dos recursos no tesouro torna a verba de natureza pública.

Tão evidente quanto o fato de o dano ambiental (ilícito) não se confundir com impacto ambiental (lícito), é o de que se um impacto é ou foi inevitável, não é possível a sua recuperação *in natura*. Se houve autorização para a implantação de uma fábrica, com supressão da vegetação que ali existia (sendo esse um dos impactos), não é possível o replantio no mesmo local, já que a fábrica está e vai continuar ali. Portanto, não é o caso de reparar um dano, já que não houve ilícito – a fábrica foi licenciada –, mas sim de compensar o impacto inevitável. E as únicas formas viáveis de compensação pelo impacto não mitigado serão (a) em dinheiro ou (b) a chamada compensação ecológica ou em espécie (medidas concretas para criar, em outra área, os mesmos serviços ambientais suprimidos na área do impacto).

Ocorre que, de uma forma ou de outra, é claro haver um interesse público no exato cumprimento da obrigação de compensar, ou seja, de que os impactos objeto da compensação sejam corretamente previstos e traduzidos na exata proporção (a) de um valor pecuniário correspondente, ou (b) da medida equivalente, em outra área, sempre tendo em vista o valor econômico dos serviços ambientais suprimidos.

No entanto, o próprio legislador resolveu optar pela conversão dos impactos em um valor monetário, calculado pela fórmula  $CA = VR \times FI$ , onde CA é o valor da compensação, VR é o somatório dos investimentos do projeto e FI é o grau de impacto nos ecossistemas (art. 31-A do Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002). Por isso, além de não ser a prática do próprio FUNBIO receber medidas compensatórias em espécie (até porque proscritas pelas normas indicadas no item 3.3.1 desta ação), não faria sentido que o legislador indicasse essa conversão obrigatória para, em seguida, admitir a reconversão para o cálculo do impacto a ser compensado em espécie. Em especial quando ele próprio, o legislador, define uma ordem de prioridade de medidas (art. 33 do mesmo Decreto), sendo que todas elas pressupõem contratações.

E se ainda assim, desconsiderando todas as normas acima, fosse permitido ao empreendedor prestar diretamente um dos serviços listados no rol de prioridades – elaborar um plano de manejo, por exemplo –, ao argumento de que seu valor pecuniário corresponderia ao cálculo da compensação por ele devida? Ainda assim, a única forma a garantir que o valor do serviço não seria manipulado (para mais), seria a licitação. O que ganha especial relevo já que, não só pelo argumento da economicidade, a isonomia entre contratantes é um influxo valorativo inexorável a partir do art. 37, inciso XXI, da

Constituição, já que esforço argumentativo algum poderia afastar o fato de que envolvido na sistemática das compensações estão, como comprovado, (i) o interesse público pelo correto cálculo e aplicação da compensação e (ii) a presença de aplicação de recursos para finalidades legais, cuja gestão cabe aos órgãos da Administração.

De todo modo, não custa frisar, que não tem sido essa a opção do INEA, SEA ou FUNBIO: todas as compensações de que se têm notícia foram gerenciadas com a participação do INEA/SEA, via Convênio (do contrário, o Convênio seria desnecessário). Mesmo no cenário imaginário do presente item desta ação, a licitação, ainda assim, seria indispensável. O que torna os contratos firmados pelo FUBIO, até então, nulos.

### 3. DA PRESENÇA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Apesar da informação de fls., dando conta da obtenção por parte do Estado do Rio de Janeiro da Suspensão da Segurança, mister faz-se abordar, posto relevante, a presença dos requisitos ensejadores da medida de urgência.

A demora natural do processo opera em desfavor do Autor. E nesse caso, o interesse público que merece ser protegido, ou seja, as adequadas medidas de implantação e manutenção do Parque Estadual da Costa do Sol e todas as demais unidades de conservação dos municípios abrangidos por este Núcleo estão correndo risco com a manutenção dos efeitos do Convênio com o FUNBIO, até o final da lide. Os contratos realizados são ilegais, os custos descontados dos recursos da obrigação do art. 36 da Lei do SNUC são ilegais, e não há igualdade entre os que podem ter a chance, a partir de verdadeira licitação, de prestar o serviço da melhor forma – mais econômica, inclusive – para o Estado.

#### 3.1 Da Possibilidade Jurídica da Concessão de Medida Liminar *Inaudita altera pars* em Desfavor da Fazenda Pública

O artigo 2º da Lei nº 8437/1992<sup>8</sup> exige, para fins de concessão de liminares, em sede de Ação Civil Pública proposta em face do Poder Público, a prévia manifestação do representante judicial da Fazenda.

Tal norma somente se aplica às hipóteses de medidas liminares com conteúdo cautelar, sendo, portanto, inaplicável às medidas liminares com conteúdo de tutela antecipada.

O artigo 1º da Lei nº 9494/1997<sup>9</sup> estende à tutela antecipada as restrições e vedações para a concessão de medidas cautelares em desfavor do Poder Público, porém, em nítida hipótese de silêncio eloquente, o legislador não fez qualquer referência ao artigo 2º da Lei 8437/1992.

<sup>8</sup> Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

<sup>9</sup> Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

Assim, fácil concluir pela inaplicação da restrição ínsita no artigo 2º da citada Lei ao caso concreto.

Assim, diante dos fundamentos jurídicos acima indicados ao longo desta peça processual e do perigo da demora descrito, o Ministério Público entende estarem presentes os requisitos que autorizam a concessão da tutela antecipada.

### **3.2 Da Aplicação do Princípio da Precaução como Supedâneo Jurídico da Tutela de Urgência**

Em termos históricos, o princípio da precaução tem origem nos Tratados Internacionais, de onde se destaca sua expansão e relevância entre os países integrantes da União Europeia, já que é princípio integrante do seu conteúdo normativo.

De acordo com o que determina o Tratado da Comunidade Europeia, Tratado de Maastrich, em seu art. 174, 2,:

A política da Comunidade no domínio do meio ambiente terá por objetivo atingir um nível de proteção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da Comunidade. Basear-se-á nos princípios da precaução e da ação preventiva, da correção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente e do poluidor-pagador (BORGES, 2005, p. 532).

Em 1989 e 1990 a Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa consagrou o princípio da precaução como princípio geral da política ambiental, o qual teve seu marco principal na Declaração do Rio de Janeiro, através do princípio 15, no âmbito da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento.

A Convenção das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, assinada em 05 de junho de 1992 na Cidade do Rio de Janeiro é considerada como marco inicial do reconhecimento do princípio da precaução, de onde se extrai o Princípio 15 da Declaração do Rio, o qual, dando o conceito comumente adotado para este princípio, refere-se a ele da seguinte forma:

Com o fim de proteger o Meio Ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Com efeito, em se tratando de defesa do meio ambiente, o princípio da precaução tem aplicação ampla visto que se atua no momento anterior ao “conhecimento, identificação e mensurabilidade do risco”; a precaução deve ser aplicada de forma precípua, ou seja, desde o processo decisório, por intermédio de medidas preventivas, com o objetivo de evitar um dano previsível ou provável, ou, ainda, que o dano não seja provável nem previsível, mas, na hipótese de haver incerteza científica, deve-se aplicar o princípio da precaução, o que significa que basta a incerteza quanto à verificação do risco ambiental, o qual não precisa nem ser conhecido.

Diante da possibilidade de instalação de determinada atividade econômica em que haja incerteza científica acerca dos efeitos desta instalação, deve-se aplicar o princípio da precaução. Cabe-nos aqui esclarecer o que seja atividade potencialmente causadora de dano ambiental.

Segundo o art. 3º da Lei nº 6.938/1981, considera-se atividade potencialmente causadora de dano ambiental toda e qualquer atividade que altere as propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, e que tais alterações sejam causadas por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam a saúde, a segurança e o bem-estar da população, as atividades sociais e econômicas, a biota, as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente e a qualidade dos recursos ambientais.

Conforme dito anteriormente, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente estabeleceu em seu artigo 14, § 1º que a responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente será objetiva, sendo suficiente apenas a existência dos requisitos indispensáveis que impliquem na responsabilização civil: ação lesiva, existência do dano e nexos de causalidade, para atribuição do dever de reparação.

Assim, comprovada a lesão ambiental, torna-se indispensável que se estabeleça uma relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano dele proveniente. Para tanto, basta que se demonstre a existência do dano sobre o qual o exercício de uma atividade perigosa exerceu uma influência decisiva. Nesse particular, vale ressaltar que, mesmo que a conduta do agente não seja ilícita, se dessa atividade resultar algum dano ao meio ambiente, haverá responsabilização por dano ambiental.

Como os danos em geral, os danos ambientais podem ter natureza moral ou patrimonial. Saliente-se aqui a questão social acerca do dano ambiental tendo em vista que este representa a lesão a um direito difuso, um bem imaterial, incorpóreo, autônomo, de garantia constitucional para uso comum do povo.

A reparação do dano ambiental compõe-se de dois elementos: a reparação in natura do estado anterior do bem ambiental afetado, e a reparação pecuniária, ou seja, a restituição em dinheiro. Assim, segundo a legislação pátria, quando não for possível o retorno ao estado inicial, recairá sobre o poluidor a condenação de um quantum pecuniário, suficiente para recomposição efetiva e direta do meio ambiente lesado.

Todavia, nem todo dano se indeniza. Em face da impossibilidade muitas vezes de reparação do dano ambiental, a pena pecuniária mostra-se insatisfatória, visto que não tem o condão de recuperar, por exemplo, um ecossistema destruído ou de ressuscitar uma espécie já extinta.

#### **4. DO PREQUESTIONAMENTO**

Requer o Ministério Público que V. Exas. se manifestem expressamente sobre os dispositivos legais cima citados, quais sejam: art. 5º, incisos LIV e LV, 22, XXVII, 37, *caput* e inciso XXI, 70, parágrafo único e 225 da CRFB; arts. 2º, 3º, 24, 25 e 116 da Lei nº 8666/1993, art. 36 da Lei do SNUC (9985/2000), arts. 1º, §3º e 2º da Lei nº 8437/1992, art. 1º, §1º e 7º da Lei nº 9790/1999 e art. 273,§2º do CPC, possibilitando desta forma a interposição de eventual Recurso Especial e/ou Extraordinário.

#### **5. CONCLUSÃO**

Ante o exposto, requer o Ministério Público seja o Agravo de Instrumento improvido, mantendo-se a r. decisão interlocutória de fls. 388/413, convertendo-a em definitiva ao final do processo.

São Pedro da Aldeia, 11 de fevereiro de 2014.

**FABRÍCIO ROCHA BASTOS**

Promotor de Justiça