

Contrarrazões em Agravo de Instrumento. Visa manter decisão judicial que declarou suspensos os efeitos de reconhecimento do FUNBIO como OSCIP e que proibiu o INEA e o Estado do Rio de Janeiro de repassar ao FUNBIO os recursos advindos de todos os empreendimentos localizados nos Municípios abrangidos pelo Parque Estadual da Costa do Sol.

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: Fundo Brasileiro para a Biodiversidade – FUNBIO

Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Agravo de Instrumento nº: 0048605-21.2013.8.19.0000

11ª Câmara Cível

Proc. Originário nº: 0004121-47.2013.8.19.0055

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. 506/571) 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 FUNBIO – Fundo Brasileiro para a Biodiversidade interpõe o presente recurso de agravo de instrumento buscando a reforma da r. decisão de fls. 388/413, proferida

* 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.

pelo Juízo *a quo*, para, 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 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, ficam o Estado do Rio de Janeiro autorizados 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, 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 no valor de 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) 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. 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, de 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 pouca ou nenhuma distinção entre o convênio e o 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 probidade 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” (arts. 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 – impede 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.

2.2. 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).

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 à 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), 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 de requisitos de validade “planilha de custo detalhada, acompanhada de justificativa detalhada dos preços obtidos, preferencialmente através de pesquisa, no mínimo, junto a três fornecedores”.

2.3. 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.

Balanço

Em seu site, o FUNBIO divulga seu balanço patrimonial anual. Pelo balanço patrimonial em 31 de dezembro de 2012 (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), 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) (“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 impõe o controle pelas Cortes de Contas.”).

2.4 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 e 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). 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/14IGqim) 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) apresenta cronograma típico de atividades do FUNBIO durante cada fase dos projetos financiados com recursos daquela compensação ambiental. Dentre 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). Até que em 01 de abril de 2010, foi substituído por outro Convênio, sem número (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 convite, 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 ao 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 (dentre 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 execuão dos projetos pelo FUNBIO não é direta como exige a Lei, mas por empresas – não outras organizaões 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 celebraão de seu Convênio, como um instrumento para que as contrataões realizadas para a execuão dos projetos com recursos da compensaão ambiental do art. 36 da LSNUC sejam realizadas com dispensa indevida de licitaão. Ao invés do rígrado 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 licitaões, contrataões milionárias, como a do Plano de Manejo do Parque Estadual da Costa do Sol, se dão sem qualquer controle, comunicaão de critérios, ou publicidade adequada. Basta ver a fragilidade do “processo de seleão” 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 Licitaões e no inciso XXI, do art. 37, da Constituião. O distanciamento é inequívoco.

A gestão compartilhada de unidades de conservaão por OSCIP foi prevista pelo legislador, mas de forma completamente diversa da idealizada pelo Estado. Além da impossibilidade de contrataões indiretas, como já visto, deve haver processo de seleão entre as OSCIP interessadas, sendo que o Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002 faz menão expressa à aplicabilidade da Lei de Licitaões para tanto: “[o] edital para seleão de OSCIP, visando a gestão compartilhada, deve ser publicado com no mínimo sessenta dias de antecedência, em jornal de grande circulaão na região da unidade de conservaão 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 conservaão, em que uma OSCIP, escolhida sem licitaão, passasse a gerenciar todos os recursos das compensaões ambientais, contratando livremente, também sem licitaão, quem lhe aprovesse.

É inquestionável, portanto, a ilegalidade das contrataões realizadas pelo FUNBIO com a aplicaão das verbas da compensaão ambiental, por ausência da necessária licitaão por um órgão da administraão pública, nos termos da Lei nº 8.666/1993.

2.5. 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 compensaão ambiental criada pelo art. 36 da Lei do SNUC. Os argumentos do longo parecer, após depurados da contradião lógica de alguns, podem ser assim resumidos: (a) a obrigaão em questão é de apoiar a implantaão ou manutenão de unidades de conservaão,

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.

2.6. 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 Uni3o, h3 norma expressa determinando ao IBAMA caber a decis3o sobre a destina3o dos recursos do art. 36 da Lei do SNUC (art. 31, § 4º, do Decreto 4.340, de 22 de agosto de 2002). 3 criada, ainda, uma ordem legal de projetos para a destina3o desses recursos, iniciando-se pela regulariza3o fundi3ria e demarca3o de terras, passando pela elabora3o, revis3o ou implanta3o de plano de manejo, aquisi3o de bens e servi3os necess3rios 3 implanta3o, gest3o, monitoramento e prote3o da unidade etc (art. 33 e incisos do Decreto nº 4.340/2002).

Com isso, pode-se usar as premissas do pr3prio Parecer da PGE contra a sua conclus3o especfica, no sentido da possibilidade legal da celebra3o do conv3nio pretendido pela SEA/INEA: o ingresso dos recursos no tesouro torna a verba de natureza p3blica.

T3o evidente quanto o fato de o dano ambiental (ilc3to) n3o se confundir com impacto ambiental (lc3to), 3 o de que se um impacto 3 ou foi inevit3vel, n3o 3 poss3vel a sua recupera3o *in natura*. Se houve autoriza3o para a implanta3o de uma f3brica, com supress3o da vegeta3o que ali existia (sendo esse um dos impactos), n3o 3 poss3vel o replantio no mesmo local, j3 que a f3brica est3 e vai continuar ali. Portanto, n3o 3 o caso de reparar um dano, j3 que n3o houve ilc3to – a f3brica foi licenciada –, mas sim de compensar o impacto inevit3vel. E as 3nicas formas vi3veis de compensa3o pelo impacto n3o mitigado ser3o (a) em dinheiro ou (b) a chamada compensa3o ecol3gica ou em esp3cie (medidas concretas para criar, em outra 3rea, os mesmos servi3os ambientais suprimidos na 3rea do impacto).

Ocorre que, de uma forma ou de outra, 3 claro haver um interesse p3blico no exato cumprimento da obriga3o de compensar, ou seja, de que os impactos objeto da compensa3o sejam corretamente previstos e traduzidos na exata propor3o (a) de um valor pecuni3rio correspondente, ou (b) da medida equivalente, em outra 3rea, sempre tendo em vista o valor econ3mico dos servi3os ambientais suprimidos.

No entanto, o pr3prio legislador resolveu optar pela convers3o dos impactos em um valor monet3rio, calculado pela f3rmula $CA = VR \times FI$, onde CA 3 o valor da compensa3o, VR 3 o somat3rio dos investimentos do projeto e FI 3 o grau de impacto nos ecossistemas (art. 31-A do Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002). Por isso, al3m de n3o ser a pr3tica do pr3prio FUNBIO receber medidas compensat3rias em esp3cie (at3 porque proscritas pelas normas indicadas no item 3.3.1 desta a3o), n3o faria sentido que o legislador indicasse essa convers3o obrigat3ria para, em seguida, admitir a reconvers3o para o c3lculo do impacto a ser compensado em esp3cie. Em especial quando ele pr3prio, o legislador, define uma ordem de prioridade de medidas (art. 33 do mesmo Decreto), sendo que todas elas pressup3e contrata3es.

E se ainda assim, desconsiderando todas as normas acima, fosse permitido ao empreendedor prestar diretamente um dos servi3os listados no rol de prioridades – elaborar um plano de manejo, por exemplo –, ao argumento de que seu valor pecuni3rio corresponderia ao c3lculo da compensa3o por ele devida? Ainda assim, a 3nica forma a garantir que o valor do servi3o n3o seria manipulado (para mais), seria a licita3o. O que ganha especial relevo j3 que, n3o s3 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 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 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 nº 8437/1992.

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

Assim, diante dos fundamentos jurdicos acima indicados ao longo desta pea processual e do perigo da demora descrito, o Ministrio Pblico entende estarem presentes os requisitos que autorizam a concessao da tutela antecipada.

Art. 2º No mandado de segurana coletivo e na aao civil pblica, a liminar ser concedida, quando cabvel, aps a audincia do representante judicial da pessoa jurdica de direito pblico, que dever se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

Art. 1º Aplica-se a tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Cdigo de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu paragrafo nico 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.

3.2. DA APLICAO DO PRNCPIO DA PRECAUO COMO SUPEDNEO JURIDICO DA TUTELA DE URGNCIA

Em termos histricos, o princpio da precauo tem origem nos Tratados Internacionais, de onde se destaca sua expanso e relevncia entre os pas integrantes da Unio Europeia, j que o princpio integrante do seu contedo normativo.

De acordo com o que determina o Tratado da Comunidade Europeia, Tratado de Maastrich, em seu art. 174, 2, "A poltica da Comunidade no domnio do meio ambiente ter por objetivo atingir um nvel de proteao elevado, tendo em conta a diversidade das situaes existentes nas diferentes regies da Comunidade. Basear-se- nos princpios da precauo e da ao preventiva, da correo, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente e do poluidor-pagador" (BORGES, 2005, p. 532).

Em 1989 e 1990 a Comisso Econmica das Naes Unidas para a Europa consagrou o princpio da precauo como princpio geral da poltica ambiental, o qual teve seu marco principal na Declarao do Rio de Janeiro, atravs do princpio 15, no mbito da Conferncia das Naes Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento.

A Convenao das Naes Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, assinada em 05 de junho de 1992 na Cidade do Rio de Janeiro, o considerada como marco inicial do reconhecimento do princpio da precauo, de onde se extrai o Princpio 15 da Declarao do Rio, o qual, dando o conceito comumente adotado para este princpio, refere-se a ele da seguinte forma: "Com o fim de proteger o Meio Ambiente, o princpio da precauo dever ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaa de danos graves ou irreversveis, a ausncia de certeza cientfica absoluta no ser utilizada como razo para o adiamento de medidas economicamente viveis para prevenir a degradaao ambiental."

Com efeito, em se tratando de defesa do meio ambiente, o princpio da precauo tem aplicao 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 nexo 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. Face à 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: arts. 5º, incisos LIV e LV, 22, XXVII, 37, *caput* e inciso XXI, 70, parágrafo único e 225 da CRFB; arts. 2, 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, arts. 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, 30 de janeiro de 2014.

FABRÍCIO ROCHA BASTOS

Promotor de Justiça