



REVISTA DA
Escola Superior da Procuradoria
Geral do Estado de São Paulo

Journal of the State of São Paulo Legal Office's School

Volume 6 – Número 1

Jan / Dez 2015

ISSN 2179-8532



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

GERALDO ALCKMIN
GOVERNADOR DO ESTADO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador Geral do Estado

MARIÂNGELA SARRUBBO FRAGATA
Chefe do Centro de Estudos

PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
Centro de Estudos – ESPGE

**REVISTA DA ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
DE SÃO PAULO**

*JOURNAL OF THE STATE OF
SÃO PAULO LEGAL OFFICE'S SCHOOL*

v. 6 • nº 1 • janeiro / dezembro 2015
ISSN 2179-8532

PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
Centro de Estudos - ESPGE

©2015

A Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (RESPGE-SP) é uma publicação anual da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. É permitida a reprodução de trechos dos artigos, desde que mencionada a fonte original de publicação.

Tiragem 1.000 exemplares

Editora Científica / Scientific Editor

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira

Conselho Editorial / Editorial Board

Alvaro Bereijo, Universidad Autonoma de Madrid, Madrid, Espanha

Carlos Ari Vieira Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo/SP, Brasil

Carlos Blanco de Moraes, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Celso Antônio Bandeira de Mello, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Daniel Antônio de Moraes Sarmiento, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil

Dinorá Adelaide Musetti Grotti, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Humberto Theodoro Júnior, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, Brasil

Giselda Hiroshida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Reinaldo de Lima Lopes, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Juan Zornoza Péres, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Espanha

Leo Pepe, Università di Roma Tre, Roma, Itália

Luiz Alberto David Araújo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Margarita de Hegedus, Universidad de Montevideo, Montevideu, Uruguai

Margerete Gresse, University of Washington, Seattle, EUA

Maria Garcia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Maria Helena Diniz, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Nina Beatriz Stocco Ranieri, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Paulo Affonso Leme Machado, Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba/SP, Brasil

Sueli Dallari, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Vasco Pereira da Silva, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Corpo Editorial/ Publishers

Arlindo Philippi Junior, Universidade de São Paulo/SP, Brasil

Eduardo Carlos Bianca Bittar, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Érika Bechara, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Fernando Dias Menezes de Almeida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Guilherme Assis de Almeida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho/PR, Brasil

José de Melo Alexandrino, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Levi Mello do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

José Mauricio Conti, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Luciana de Toledo Temer Castelo Branco, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Márcio Pugliesi, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Maria Paula Dallari Bucci, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Pietro de Jesús Lora Alarcón, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Vidal Serrano Nunes Júnior, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Pareceristas / Reviewers

Andréa Queiroz Fabri; Antenor Demeterco Neto; Carlos Eduardo do Nascimento; Denilson Victor Machado Teixeira; Dirley da Cunha Júnior; Edvaldo Pereira de Brito; Fábio Guedes de Paula Machado; Fábio Periandro de Almeida Hirsch; José Roberto Fernandes Castilho; José Roberto Marques; Maria das Graças Pinto de Britto; Nelson Finotti Silva; Valéria Cristina Farias; Wagner Balera

A *RESPGE-SP* conta com um grupo permanente de pareceristas, formado pelos integrantes do Conselho e do Corpo Editoriais da publicação, bem como por professores e pesquisadores da ESPGE. Além disso, a *RESPGE-SP* pode convidar especialistas *ad hoc* para análise dos manuscritos.

Secretaria Executiva

Ana Lucia Fernandes de Carvalho
Daniel Martins da Silva
Deise Aparecida Santiago
Paulo Severo dos Santos
Thiago Blumer Marangone
E-mail: espge-secretaria@sp.gov.br

Revisão de Texto

Dante Pascoal Corradini

Projeto Gráfico

Fátima Consales

Editoração

Vanessa Merizzi

Impressão e Acabamento

Imprensa Oficial do Estado S/A – IMESP

Correspondência

Pedidos de permuta devem ser endereçados à ESPGE.
Exchange orders should be addressed to ESPGE.

Normas editoriais disponíveis em: www.pge.sp.gov.br/ESPGE_2016/AcessoHome/estatuto_respge.html

Endereço / Address

Rua Pamplona, 227 – 2ª andar
Bela Vista – São Paulo/SP – Brasil
CEP 01405-100
Tel.: +55 11 3286-7020/7032
E-mail: espge-secretaria@sp.gov.br
Endereço eletrônico: www.pge.sp.gov.br/ESPGE_2016/homeESPGE.aspx

Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo =
Journal of the State of São Paulo Legal Office's School / Escola Superior
da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. — V. 6, nº 1 (2015) — São
Paulo : Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Escola Superior, 2017.

Anual.

Textos multilíngues.

Resumos em português e inglês.

ISSN 2179-8532

2010 (V. 1) (1), 2011 (V. 2) (1), 2012 (V. 3) (1), 2013 (V. 4) (1), 2014 (V. 5)
(1), 2015 (V. 6) (1)

1. Direito – Periódicos. I. São Paulo (Estado). Procuradoria Geral. Escola Superior. II. Journal of the State of São Paulo Legal Office's School.

CDD 340.05
CDU 34(051)

ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

EQUIPE 2015

Diretoria

Daniel Smolentzov, Procurador do Estado, Diretor da ESPGE (até setembro)

Mariângela Sarrubbo Fragata, Procuradora do Estado Chefe, Diretora da ESPGE (a partir de setembro)

Fábio André Uema Oliveira, Procurador do Estado, Coordenador Geral da ESPGE

Conselho Curador

2015

Carlos Henrique de Lima Alves Vita; Carlos José Teixeira de Toledo; Christiane Mina Falsarella; Fábio André Uema Oliveira (Coordenador Geral da ESPGE, membro nato); Fagner Vilas Boas Souza; Fernando Dias Menezes de Almeida; Júlia Maria Plenamente Silva; Mariângela Sarrubbo Fragata (Chefe do Centro de Estudos e Diretora da ESPGE, membro nato); Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira; Renato Bernardi

EQUIPE DE COORDENADORES E MONITORES

Direito Ambiental

Coordenadores de Direito Ambiental

Marcelo Gomes Sodré; Daniel Smolentzov

Monitores de Direito Ambiental

Adriana Ruiz Vicentin; Fábio André Uema Oliveira; Jean Jacques Erenberg; Marcos Narche Louzada; Rodrigo Levkovicz

Coordenadora de Metodologia

Clarice von Oertezen Araújo

Direito Processual Civil

Coordenadores de Direito Processual Civil

Fábio Victor da Fonte Monnerat; Mirna Cianci; Rita de Cássia Conte Quartieri

Monitores de Direito Processual Civil

Levi de Mello; Lúcia Cerqueira Alves Barbosa; Maria Luciana de Oliveira Facchina Podval; Liliane Kiomi Ito Ishikawa; Janine Gomes Berger de Oliveira Macatrão

Coordenadores de Filosofia do Direito

João Carlos Pietropaolo; Haroldo Pereira; Romualdo Baptista dos Santos

Monitores de Filosofia do Direito

Alessandra Ferreira de Araujo Ribeiro; Ana Lucia Corrêa Freire Pires Oliveira Dias; Christiane Mina Falsarella; Julia Cara Giovannetti

Coordenador de Didática de Ensino Superior

Gabriel Veiga Catellani

Direitos Humanos – Direitos Fundamentais e Políticas Públicas

Coordenadores de Direitos Fundamentais e Políticas Públicas – Módulo I

João Carlos Pietropaolo; Ana Claudia Vergamini Luna

Monitores de Direitos Fundamentais e Políticas Públicas – Módulo I

José Luiz Souza de Moraes; Luiz Fernando Roberto; Luiz Francisco Torquato Avólio; Marcia Coli Nogueira; Maria Carolina Carvalho; Maria Clara Osuna Diaz Falavigna; Maria de Cássia Paulino; Patricia Helena Massa; Renata Lane; Rita de Cássia Gimenes Arcas; Rita de Cássia Paulino

Coordenadores de Teoria Geral do Estado

Romualdo Baptista dos Santos; Haroldo Pereira; Alessandra Ferreira de Araújo Ribeiro

Monitores de Teoria Geral do Estado

Ana Lucia Corrêa Freire Pires de Oliveira Dias; Christiane Mina Falsarella; Julia Cara Giovannetti; Emanuel Fonseca Lima

Coordenadora de Metodologia

Clarice von Oertzen de Araújo

Funcionários da ESPGE

Ana Lucia Fernandes de Carvalho; Daniel Martins Silva; Deise Aparecida Santiago; Paulo Severo dos Santos; Thiago Blumer Marangone

SUMÁRIO

Editorial

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira

Direito Administrativo

As parcerias com entidades com finalidade lucrativa

após a Lei nº 13.019/14 13

Guilherme Martins Pellegrini

Controle no terceiro setor: organizações sociais – OS e organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP..... 27

Carolina Adriana Mendes Martins Braga Ponte

A natureza jurídica dos instrumentos de parceria social celebrados entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil 51

Bruno Luís Amorim Pinto

Responsabilidade civil da administração pública pelos danos causados pelas organizações sociais 73

Maria Isabel Mascarenhas Dias

Direito Ambiental

Considerações acerca do direito adquirido à licença ambiental: uma análise a partir da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 93

Amanda Bezerra de Almeida

Prescrição da pretensão executória do termo de ajustamento de conduta ambiental e da sua multa 117

André Luiz Esteves Tognon

Sobreposição entre terras indígenas e unidades de conservação 139

Roberta Hammerat de Araújo Pinto

Direito Previdenciário

**Regime previdenciário e direito de opção dos servidores egressos
de outros entes da Federação: uma questão em aberto 165**
Artur Barbosa da Silveira

EDITORIAL

Honrou-me a Douta Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos e Diretora da Escola Superior, Dra. Mariângela Sarrubbo Fragata, com a designação para exercer as atividades de Editor Científico da *Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, da qual já faço, também com muita honra, parte no Conselho Curador.

Penso que é o momento de prestar contas, já que completarei um ano desta atividade que me foi confiada.

Antes, cumpre esclarecer que a missão não é fácil, principalmente em tempos de escassez de recursos financeiros e de poucos recursos humanos, mas é muito recompensada pela energia positiva proveniente da dedicação: dos colegas Procuradores do Estado que atuam no Centro de Estudos, especificamente da Mariângela Sarrubbo Fragata e do colega Fábio André Uema Oliveira; além dos zelosos e prestativos colaboradores do Centro de Estudos que nos auxiliaram na edição do presente volume, especialmente o Thiago Blumer Marangone e a Camila Fernanda Cipoloni. Todos são verdadeiros exemplos do que deve imperar no serviço público: dedicação com excelência, como valor absoluto.

No primeiro momento que assumi a missão, convidei alguns docentes para acrescentarem seu brilho ao nosso já festejado Conselho Editorial, somando esforços para as próximas edições, Professores a quem faço questão de consignar o registro de agradecimento: Dr. André Ramos Tavares, Dr. Walber Agra, Dr. Rennan Raria Krüger Thamay, Dr. José Eduardo Miranda, Dr. Dirley da Cunha Júnior, Dr. Ricardo Maurício Freire Soares, Dr. Juvêncio Borges da Silva, Dr. Rodrigo Valente, Dr. Dirceu Siqueira Pereira, Dr. Alexandre Reis Siqueira Freire, Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior e Dr. Fábio Palaretti Calcini.

Havia grande dificuldade na obtenção de avaliadores para os artigos que aguardavam apreciação. Para tanto, abrimos chamada pública, buscando docentes de todo o país para cadastro virtual em formulário. Agradecemos a todos que divulgaram, especialmente ao Informativo Migalhas, que divulgou nossa chamada, culminando na obtenção de diversos brilhantes docentes a quem faço questão de agradecer: Fábio André Uema Oliveira, André Vasconcelos Roque, José Roberto Marques, Marcia Cristina Xavier de Souza, Carolina Moraes Migliavacca, Thiago Gonçalves Macêdo Costa, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Bruno Garcia Redondo, Rennan Faria Kruger Thamay, José Henrique Mouta Araujo, Heitor Vitor Mendonça Fralino Sica, Arlete Ines Aurelli, Luís Henrique Bortolai, João Paulo Hecker da Silva, Nelson Rodrigues Netto, Edna Raquel Hogemann, Gustavo Milaré Almeida, Maurício Ferreira Cunha, Joseli Lima Magalhães, José Luiz Souza de Moraes, José Roberto Fernandes Castilho, Nelson Finotti Silva, Antônio Pereira Gaio Júnior, Luís Henrique Barbante Franzé, Adriana Fasolo Pilati Scheleder, Dirley da Cunha Júnior, João Glicério de Oliveira Filho, Nilton Carlos de Almeida Coutinho, André Alves Portella, Fábio Periandro de Almeida Hirsch, Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda, Ricardo Maurício Freire Soares, Theresa Christina Nahas,

Bernardo Silva de Lima, Patrícia Helena Massa, Geovane de Mori Peixoto, Edvaldo Pereira de Brito, Paula Gecislanny Vieira da Silva Gomes, Gabriel Dias Marques da Cruz, Blecaute Oliveira Silva, Napoleão Casado Filho, Pedro Paulo Guerra de Medeiros, Isael José Santana, Carlos Eduardo do Nascimento, Wagner Balera, Rogério Greco, Valério de Oliveira Mazzuoli, Antenor Demeterco Neto, Igor Mauler Santiago, Andréa Queiroz Fabri, Denilson Victor Machado Teixeira, Diogo Rais Rodrigues Moreira, Valéria Cristina Farias, Fábio Guedes de Paula Machado, Mário Luiz Ramidoff, Sebastian Borges de Albuquerque Mello, Luciana Dadalto, Marco Aurélio de Castro Júnior, José Eduardo de Santana Macêdo, Maria das Graças Pinto de Britto, José Francisco Siqueira Neto e Grace Ladeira Garbaccio.

São apresentados nesta edição os interessantes artigos: “As parcerias com entidades com finalidade lucrativa após a Lei nº 13.019/14”, de Guilherme Martins Pellegrini; “Controle no terceiro setor: organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público”, de Carolina Adriana Mendes Martins Braga Ponte; “Da natureza dos instrumentos de parceria social entre o Estado e as organizações da sociedade civil”, de Bruno Luís Amorim Pinto; “Responsabilidade civil da Administração Pública pelos danos causados pelas organizações sociais”, de Maria Isabel Mascarenhas Dias; “Considerações acerca do direito adquirido à licença ambiental: uma análise a partir da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, de Amanda Bezerra de Almeida; “Prescrição da pretensão executória do termo de ajustamento de conduta ambiental e da sua multa”, de André Luiz Esteves Tognon; “Sobreposição entre terras indígenas e unidades de conservação”, de Roberta Hammerat de Araújo Pinto; e “Regime previdenciário e direito de opção dos servidores egressos de outros entes da Federação: uma questão em aberto”, de Artur Barbosa da Silveira.

Este volume já contava com artigos pendentes de apreciação quando fui nomeado, cujos textos foram encaminhados para avaliadores, sem identificação dos autores, respeitando o sistema *double blind review*.

Os critérios para avaliação pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), que culminam na Classificação Qualis, são deveras rigorosos; dentre eles, destaco a exigência de exogenia dos autores (com doutorado e vínculo acadêmico com outra unidade da Federação), algo difícil de ser alcançado por uma revista com o nosso perfil. Temos exogenia de pareceristas e membros de Conselho Editorial. Buscaremos, nas próximas edições, atender às exigências acima, sem prejuízo da avaliação dos artigos dos docentes e discentes da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Faço votos de que esta edição seja apreciada, transmitindo a excelência do teor dos artigos ao meio acadêmico e demonstrando a maestria dos trabalhos produzidos na Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira

Procurador do Estado de São Paulo

Membro do Conselho Curador da ESPGE

Editor Científico da RESPGE

AS PARCERIAS COM ENTIDADES COM FINALIDADE LUCRATIVA APÓS A LEI Nº 13.019/14

The partnerships with profit-making companies after the Law n. 13.019/14

Guilherme Martins Pellegrini¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A situação normativa anterior à Lei nº 13.019/14. 3. O novo regime de parcerias. 4. O conceito de contrato unilateral como critério para identificar a inaplicabilidade da Lei nº 13.019/14. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

RESUMO

O artigo reflete sobre uma significativa mudança trazida pela nova lei de parcerias na administração pública, dado que a possibilidade de celebração de convênios com entidades que possuam finalidades lucrativas não é mais viável. Antes da Lei nº 13.019/14 era possível celebrar convênios com sociedades empresárias, o que o novo marco passou a vedar. Assim, é exposto o novo cenário normativo e analisado quais negócios jurídicos ainda podem ser firmados com entidades com fins lucrativos para além daqueles decorrentes de licitação. O artigo conclui que, a despeito das modificações trazidas pela Lei nº 13.019/14, algumas modalidades de negócio jurídico ainda são passíveis de adoção para parcerias entre a administração pública e entidades com fins lucrativos.

ABSTRACT

The essay reflects on an expressive change brought by the new act of public partnerships, since the option to celebrate cooperative agreements with profit making-companies is no longer feasible. Before the Law nº 13.019/14 it was possible to celebrate cooperative agreements with business entities, which the new act turned unlawful. Thus, the new normative scenario is exposed as well as the types of agreements that still can be concluded with profit-making companies beyond those derived from a public procurement. The essay concludes that, although the changes brought by Law nº 13.019/14, some types of agreements between the public administration and profit making-companies are still attainable.

1. INTRODUÇÃO

No presente artigo busco refletir sobre uma significativa mudança introduzida pela nova lei de parcerias na Administração Pública, qual seja, o fim da possibilidade de celebração de convênios com entidades que possuam finalidades lucrativas.

O arcabouço legal anterior à Lei nº 13.019/14 dava margem para que fossem celebrados convênios com sociedades empresárias, sem limitação quanto à forma societária apresentada por estas.

Com o advento do marco legal, porém, houve expressa ruptura com a normativa antes vigente para os convênios.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e mestrando em Direito e Desenvolvimento pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Gostaria de agradecer a Fabrício Resende, Lucas Moreira e André Rosilho pelas sugestões apresentadas ao presente artigo.

Assim, o artigo busca refletir se os os convênios celebrados antes da Lei nº 13.019/04 com entidades com finalidade lucrativa podem ser substituídos por algum outro negócio jurídico.

Nessa linha, exponho o novo cenário normativo e busco refletir sobre determinadas escolhas legais que não se mostraram acertadas no meu entender, especialmente pelo fato da Lei nº 13.019/14 desconsiderar a relevante diferenciação entre convênios que envolvam e não envolvam repasse de recursos.

Ademais, argumento no sentido de que, se por um lado a Lei nº 13.019/14 eliminou algumas formas de parcerias que antes poderiam ser utilizadas, não acabou por completo com as modalidades de negócios jurídicos (para além dos contratos decorrentes de licitação) que podem ser celebradas com entidades que possuam finalidade lucrativa, já que algumas permanecem fora do seu âmbito normativo.

Notoriamente, contratos como doação desprovida de encargos e estipulação em favor de terceiro, tendo o Estado como beneficiário, continuam sendo passíveis de serem celebrados com entidades com finalidades lucrativas.

A tradicional classificação do direito civil entre contratos bilaterais e unilaterais ganha utilidade para compreender quais formas de parceria estão ou não reguladas pela Lei nº 13.019/14. Com isso, procuro sistematizar a situação legal das parcerias após o novo marco legal.

Relevante também esclarecer que o termo “parceria”, que intitula este artigo, pode ser utilizado em direito administrativo de forma ampla (da qual também fazem parte modalidades de terceirização como concessão e parcerias público-privadas) ou em sentido mais estrito, para referir-se às parcerias do Estado com a sociedade civil, celebradas pelos antigos convênios ou também com contratos de gestão e termos de fomento. Neste artigo utilizo o termo nesse sentido estrito. Ademais, como a Lei nº 13.019/14 passou a tratar por “parcerias” a disciplina que antes era reservada aos “convênios”, por vezes os dois termos no artigo são utilizados de forma intercambiável.

2. A SITUAÇÃO NORMATIVA ANTERIOR À LEI Nº 13.019/14

Antes da publicação da Lei nº 13.019/14 não havia vedação expressa à celebração de convênios com entidades particulares com fins lucrativos. Com efeito, em determinadas hipóteses a parceria era plenamente justificada, sendo esta, ademais, a posição seguida na Administração Pública do Estado de São Paulo, com amparo em entendimento da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

As disposições relativas aos convênios se encontravam em grande parte no âmbito infralegal, uma vez que a Lei nº 8.666/93 só faz menção ao instituto no artigo 116.

No âmbito federal, a regulamentação dos convênios se dava pelo Decreto nº 6.170/07. No entanto, importante notar que o Decreto nº 6.170/07 não abrangia a

totalidade dos convênios, uma vez que abordava unicamente os convênios que englobavam transferências de recursos da União.

A dicção expressa do artigo 1º do Decreto revelava esse ponto:

Art. 1º Este Decreto regulamenta os convênios, contratos de repasse e termos de execução descentralizada celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, para a execução de programas, projetos e atividades que envolvam a transferência de recursos ou a descentralização de créditos oriundos dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União.

Assim, a leitura da definição de convênio constante do artigo 1º, § 1º, I do mesmo diploma devia levar em conta esse fato: o conceito legal servia unicamente para os efeitos do próprio decreto, e não para a totalidade do ordenamento jurídico.

Pela mencionada definição, somente poderiam ser partícipes do convênio, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos.

Nota-se, assim, que pela disciplina federal, caso se tratasse de convênios que englobassem a transferência de recursos da União, a celebração não poderia ser feita com entidades privada com fins lucrativos. Logicamente, isso não se confunde com a assertiva de que havia vedação para celebração de *qualquer* convênio com entidades com fins lucrativos.

A interpretação adequada seria pela possibilidade de celebração de convênios com entidades que detivessem finalidade lucrativa, desde que ausente qualquer transferência de recursos².

Já no âmbito paulista, os convênios encontravam regulamentação no Decreto Estadual nº 59.215/13, o qual não continha qualquer restrição à celebração do ajuste com entidades com finalidade lucrativa.

Diante desse contexto normativo, admitiu-se no Estado de São Paulo, dentre outros, convênios com entidades privadas com fins lucrativos para reforma de prédio público e para a promoção de ações visando à segurança no trânsito³.

Muitos outros exemplos poderiam ser pensados, como parcerias de entidades particulares com a Administração Pública para a promoção do meio ambiente, cultura ou desenvolvimento econômico e social.

² A definição fazia menção unicamente a recursos financeiros. Porém, havia certa imprecisão na definição, uma vez que a contrapartida também se podia dar mediante recursos materiais, como a transferência de bens. O próprio artigo 7º do Decreto nº 6.170/07 continha essa previsão.

³ Casos analisados nos Pareceres PA nº 265/2007 e PA nº 5/2014, respectivamente.

Outra parceria que pode ser utilizada para ilustrar essa relação e que ganhou destaque na imprensa (servindo aqui como reforço argumentativo), foi aquela celebrada entre o Governo Federal e o Facebook para promover a inclusão digital oferecendo acesso gratuito à internet em áreas com dificuldade de conexão à rede mundial de computadores⁴.

A princípio poderia soar estranho que sociedades empresárias atuassem gratuitamente sem qualquer contraprestação. Porém, há dois motivos que sustentam essa atuação.

O primeiro diz respeito à atuação filantrópica que muitas sociedades empresárias exercem e que de forma alguma desnatura seu objeto social.

Vale lembrar que a Lei das Sociedades Anônimas (a qual pelo art. 1.053 do Código Civil pode ser aplicada supletivamente às sociedades limitadas caso o contrato social assim estipule) prevê no artigo 154 que os fins da companhia devem ser atingidos “satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”.

Há ainda a menção, no § 4º do mesmo artigo, de que “o conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais”.

Dessa forma, é natural que muitas sociedades empresárias, em especial grandes conglomerados econômicos, executem ações voltadas ao bem comum e que não lhe tragam benefícios diretos (ressalvados, logicamente, a valorização da imagem, divulgação da marca etc.).

Trata-se, ao final, de concretização de ditame constitucional, contido na previsão de que a ordem econômica tem a finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e se dará com a observância da função social da propriedade (art. 170, *caput* e inciso III, CF).

Outro motivo para a atuação empresarial em paralelo com o Estado é que, muitas vezes, a atividade-meio que a sociedade desempenha para a consecução do lucro coincide com os fins buscados pela Administração.

No caso paulista mencionado, em que se admitiu que companhia seguradora atuasse em conjunto com o Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN, essa situação fica muito clara. Para maximização do seu lucro, a seguradora necessita que os índices de sinistralidade sejam os mais baixos possíveis, o que passa necessariamente por um trânsito mais seguro, que, por sua vez, é o objetivo principal do DETRAN.

⁴ Cf. <http://blog.planalto.gov.br/presidenta-dilma-anuncia-parceria-do-governo-brasileiro-com-o-facebook/>. Acesso em: 11.01.2016. Não cabe aqui analisar críticas que advieram da parceria e que podem contaminar sua legalidade, como a acusação de que o acesso ofertado tem limitação de conteúdo e contraria o marco civil da internet, mas apenas pontuar que parcerias como essa são *a priori* possíveis. Pontuo também que não tenho conhecimento se a parceria foi firmada por meio de convênio.

O caso do Facebook também parece encaixar-se nessa linha de raciocínio: a ampliação do acesso à internet, a par de promover o desenvolvimento e ser objetivo do Governo Federal, sem dúvidas irá aumentar o número de usuários do próprio Facebook, coincidindo, assim, sua atividade-meio com a atividade-fim estatal.

Essa observação também demonstra como a diferenciação por vezes encontrada em autores de direito administrativo de que no contrato o objetivo almejado é o lucro, finalidade que inexistente no convênio, não é muito precisa. Nos casos citados, há cooperação e lucro por parte do privado, ou cooperação *para* o lucro, visto que o lucro (atividade-fim) será consequência da cooperação (atividade-meio).

Porém, com a publicação da Lei nº 13.019/14 e as alterações efetuadas pela Lei nº 13.204/15 (resultado da conversão da Medida Provisória nº 684/15), houve completa mudança deste panorama normativo, o que passo a tratar a seguir.

3. O NOVO REGIME DE PARCERIAS

Em primeiro lugar, parece-me claro que a Lei nº 13.019/14, denominada por alguns de “marco regulatório da sociedade civil”, veio a ocupar e regular o campo que era antes reservado aos convênios.

A descrição da própria ementa de parceria como regime jurídico de “mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco” coincide com a definição de convênio comumente encontrada nos autores de direito administrativo.

Ademais, não foi intento do marco regulatório unificar o regime jurídico aplicável aos diversos tipos de relações existentes com as entidades do terceiro setor. Ao contrário, a Lei nº 13.019/14 não se aplica a dois dos mais comuns meios de parceria: os contratos de gestão celebrados com organizações sociais e os termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos, respectivamente, os requisitos legais das Leis nº 9.637/98 e 9.790/99⁵.

⁵ Há também outras exceções à aplicabilidade da Lei nº 13.019/14 no artigo 3º:

Art 3º Não se aplicam as exigências desta Lei:

I - às transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições específicas dos tratados, acordos e convenções internacionais conflitam com esta Lei;

II - (revogado);

III - aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998;

IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal;

V - aos termos de compromisso cultural referidos no § 1º do art. 9º da Lei no 13.018, de 22 de julho de 2014;

VI - aos termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei no 9.790, de 23 de março de 1999;

VII - às transferências referidas no art. 2º da Lei no 10.845, de 5 de março de 2004, e nos arts. 5º e 22 da Lei no 11.947, de 16 de junho de 2009;

VIII - (VETADO);

IX - aos pagamentos realizados a título de anuidades, contribuições ou taxas associativas em favor de organismos internacionais ou entidades que sejam obrigatoriamente constituídas por:

Dessa forma, relevante notar que o direito administrativo parece seguir uma tendência de tratar os assuntos de forma cada vez mais fatiada. Se em matéria de parcerias há ao menos três marcos legais (Leis nº 9.637/98, 9.790/99 e 13.019/14), em matéria de licitações já possuímos cinco diplomas principais (Leis nº 8.666/93, 8.987/95, 10.520/02, 11.079/04 e 12.462/11).

Outra observação preliminar é de que a Lei nº 13.014/19 possui abrangência nacional, uma vez que o próprio artigo 2º, II define administração pública como “União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, e suas subsidiárias, alcançadas pelo disposto no § 9º do art. 37 da Constituição Federal”.

Aqui, novamente a União segue a tendência de editar normas de caráter nacional e com comandos extremamente específicos em matéria de contratações (no sentido lato), vinculando Estados e Municípios, mesmo sendo duvidosa a competência para tanto, visto que sua atividade legislativa na seara deve se restringir a normas de caráter geral pelo art. 22, XXVII, da Constituição Federal.

Apesar do registro, não cabe aqui discutir a fundo essa questão relativa ao federalismo. É apenas relevante observar como, em temas tão parecidos, existem de um lado legislações federais e regionais, e de outro, apenas legislações nacionais.

Em matéria de contratos de gestão, por exemplo, ao lado da Lei nº 9.637/98 existem leis estaduais tratando do tema, como a Lei Estadual Complementar nº 846/98 do Estado de São Paulo. Por que em tema tão parelho como as parcerias com organizações da sociedade civil de que trata a Lei nº 13.019/14 a competência haveria de ser unicamente da União?

Feita essa digressão, e prosseguindo com a análise do novo marco legislativo, observa-se que as parcerias voluntárias de que trata a Lei nº 13.019/14 somente podem ser celebradas com organizações da sociedade civil.

A definição de organizações da sociedade civil se encontra no artigo 2º, I, da Lei nº 13.019/14 e abarca entidades privadas sem fins lucrativos, sociedades cooperativas e organizações religiosas⁶.

a) membros de Poder ou do Ministério Público;

b) dirigentes de órgão ou de entidade da administração pública;

c) pessoas jurídicas de direito público interno;

d) pessoas jurídicas integrantes da administração pública;

X - às parcerias entre a administração pública e os serviços sociais autônomos.

⁶ Pelo texto legal, a entidade sem fins lucrativos não poderá distribuir entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e deverá aplicá-los integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva. Já a organização religiosa deverá dedicar-se a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos.

Ademais, também se consideram organizações da sociedade civil, pela alínea *b* do mesmo inciso, “as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social”.

Cabe aqui uma crítica à definição, que é feita de modo um tanto quanto impreciso, pois a conceituação é feita não pela forma da organização, mas por alguma característica que esta apresente. Assim, no que toca aos fins do presente artigo, cabe perguntar: poderia o conceito ser estendido para entidades com fins lucrativos? Uma construtora, por exemplo, poderia valer-se da capacidade de executar obras de interesse público e de cunho social para enquadrar-se no dispositivo? Uma sociedade empresária que atue com capacitação de trabalhadores e agentes rurais poderia apresentar a mesma pretensão?

Unicamente pela conceituação do artigo 2º (e sem que se saiba ao certo os termos do futuro regulamento, que poderá trazer diretrizes mais claras à questão), a qualificação poderia ser pleiteada. Porém, dificilmente isso se concretizaria por conta das exigências adicionais previstas no artigo 33 da lei, o qual exige que, para celebrar as parcerias, as organizações da sociedade civil devem ser regidas por normas que prevejam objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social e que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido seja transferido a outra pessoa jurídica de igual natureza que preencha os requisitos da lei e cujo objeto social seja o mesmo da entidade extinta.

Ou seja, de forma geral, as entidades com finalidade lucrativa ficaram completamente excluídas do novo regramento de parcerias⁷.

Já as parcerias previstas no novo marco legal podem ser de três tipos: (i) termo de colaboração, caso envolva transferência de recursos e seja proposta pela administração; (ii) termo de fomento, se também envolver transferência de recursos, mas for proposto por organizações da sociedade civil; e (iii) acordo de cooperação, caso a parceria não envolva transferência de recursos.

Já os convênios, pelos arts. 84 e 84-A da Lei nº 13.019/14, ficaram restritos às parcerias entre entes federados ou pessoas jurídicas a ele vinculadas e àqueles inseridos no âmbito do sistema único de saúde.

⁷ Importante ressaltar que, com o termo “entidades com finalidades lucrativas”, quero me referir especificamente às sociedades empresárias, as quais não foram contempladas pelo conceito de organização da sociedade civil trazido pelo artigo 2º, I, da Lei nº 13.019. A rigor, algumas das figuras constantes do artigo 2º, como as sociedades cooperativas, possuem finalidades lucrativas.

Dessa forma, apesar de algumas diferenças⁸, temos uma disciplina basicamente idêntica quer a parceria envolva ou não a transferência de recursos. O caminho seguido, assim, distancia-se em parte do panorama anterior, no qual houve entendimentos, como exposto, de que, caso o convênio não envolvesse transferência de recursos, poderia ser firmado com entidade com finalidade lucrativa.

Essa possibilidade se perdeu em parte com o advento da Lei nº 13.019/14. A meu ver, a fim de que o Estado aproveitasse a conjunção de interesses que pode decorrer entre sua atividade-fim e a atividade-meio empresarial, deveria haver um regramento distinto às parcerias que não envolvam transferência de recursos, admitindo-se a participação de entidades privadas que almejam o lucro nesse caso.

Claramente, em se tratando de parcerias com transferência de recursos, o tema ganha muito mais polêmica, sendo que há décadas o ordenamento brasileiro apresenta vedação legal à prática.

A Lei nº 4.320/64, por exemplo, prevê que o orçamento anual não poderá consignar ajuda financeira, a qualquer título, a empresa de fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial. Há também a menção de que o orçamento público não consignará auxílio para investimentos que se devam incorporar ao patrimônio de empresas privadas de fins lucrativos (arts. 19 e 21).

A lei de responsabilidade fiscal também estabelece, no artigo 26, que a destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais.

Assim, a exclusão de parcerias que envolvam transferência de recursos com entidades privadas que apresentem fins lucrativos segue a tradição normativa brasileira de longa data.

No entanto, a lógica da Lei nº 13.019/14, parece ser a de que, mesmo que a parceria fosse feita sem qualquer transferência de recursos, incluir uma entidade com fins lucrativos no pacto acabaria gerando um favorecimento estatal a um ente específico, o que não deveria ser permitido.

Minha crítica a essa visão repousa em dois pontos: primeiramente, muitas vezes uma parceria é feita com uma entidade sem que haja propriamente qualquer

⁸ Tal qual a desnecessidade de realização de chamamento público em caso de acordo de cooperação. Este é um outro ponto em que a Lei nº 13.019/14 merece ressalvas, ao prever que o chamamento público será utilizado unicamente para os casos de termo de colaboração ou de fomento. Também podem existir parcerias que não envolvam transferência de recursos (acordo de cooperação) e que gerem vantagens indiretas tão grandes ao beneficiário (como o prestígio decorrente do ato de colaboração), que inúmeros interessados se interessariam pelo pacto. Se o espírito da lei foi consagrar à risca a impessoalidade, não seria o caso de nessa situação também promover um chamamento público?

favorecimento. Essa análise só pode ser feita caso a caso. Na questão da parceria entre DETRAN e seguradora, por exemplo, é notável que mesmo outras competidoras da seguradora que firmou o convênio também se beneficiarão da redução de sinistralidade, de forma que sequer há qualquer prejuízo à concorrência.

Firmar uma parceria com uma entidade privada também não quer dizer que não serão firmadas parcerias com seus competidores. Seria possível, por exemplo, que a Administração formulasse um programa de parcerias, as firmando com qualquer entidade que cumpra os requisitos e deseje participar. Na análise feita pela Procuradoria do Estado de São Paulo à parceria entre o DETRAN e seguradora constou a ressalva, por exemplo, de que deveria haver ampla divulgação para a coletividade acerca da possibilidade de outros interessados firmarem parcerias com o mesmo teor. Ou seja, firmar uma parceria é algo distinto de firmar uma parceria exclusiva.

Logicamente, se pela análise do caso concreto se verificasse desproporcionais ganhos ao ente privado que afetassem a concorrência do setor, então seria o caso de considerar o pacto ilegal. Porém, parece-me impossível que essa análise seja feita *ex ante* a título de vedação legal.

Cabe também pontuar que, mesmo no modelo anterior dos convênios, se houvesse diversos interessados pela parceria, nada impedia que se fizesse um chamamento público ou outra espécie de seleção impessoal. Dessa forma, a competição entre os entes privados seria preservada sem que se abandonasse a cooperação obtida pelo convênio⁹.

Em segundo lugar, ao negar a possibilidade da parceria, o Estado também renuncia aos próprios ganhos que poderia obter com o ajuste. Ou, em linguagem própria à teoria dos jogos: não necessariamente um pacto com uma sociedade empresária é um jogo de soma zero, em que um ganha e o outro perde, ou um jogo em que só o privado ganha: ao contrário, normalmente a utilidade decorrente da parceria gera ganhos para ambas as partes, como exemplificado nos casos mencionados.

Como consequência, ao excluir as sociedades empresárias das parcerias, o Estado acaba ao mesmo tempo sacrificando ganhos próprios.

A par dessa crítica, o ponto principal do artigo é o seguinte: diante do panorama normativo exposto, pode ser comum a interpretação de que os pactos e parcerias (em sentido amplo) com entidades que tenham fins lucrativos ficaram restritos aos contratos decorrentes de licitação.

No próximo ponto trato do motivo pelo qual considero essa leitura errada.

⁹ Com efeito, nos pareceres da Procuradoria do Estado de São Paulo em que foi autorizada a celebração de convênio para reforma de prédio público, constou a observação de que, caso surgissem outros interessados pela obra, deveria haver alguma forma de seleção impessoal.

4. O CONCEITO DE CONTRATO UNILATERAL COMO CRITÉRIO PARA IDENTIFICAR A INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 13.019/14

É possível explorar a definição de convênio (atuais parcerias) para analisar quais negócios jurídicos foram em última instância regulados pela Lei nº 13.019/14.

A definição dos antigos convênios não encontrava muita variação de autor para autor. Em geral, dizia-se que “consideram-se convênios administrativos os ajustes firmados por pessoas administrativas entre si, ou entre estas e entidades particulares, com vistas a ser alcançado determinado objetivo de interesse público”¹⁰. Ou então que “são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para a realização de interesse comum dos partícipes”¹¹.

Ademais, os autores põem grande ênfase na afirmação de que convênio e contrato não se confundem¹².

Em verdade, essa diferenciação depende do conceito que se adote para contratos.

É possível falar em contrato em sentido amplo ou em sentido estrito. Em sentido amplo, todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades (em oposição às declarações unilaterais de vontade) é considerado contrato. Já a definição em sentido estrito fica reservada ao “acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial”¹³.

Convênios são contratos em sentido amplo, visto que representam um negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades. Convênios apenas não são contratos em sentido estrito, já que não se destinam essencialmente a gerar efeitos obrigacionais na esfera patrimonial dos partícipes.

Dentre os contratos, há classificação comum em direito civil e que se revela útil também para fins do direito administrativo, qual seja, aquela relativa a contratos unilaterais e bilaterais.

Nos contratos bilaterais há obrigações recíprocas e os contratantes são simultaneamente credores e devedores do outro; há direitos e obrigações para ambas as partes. Já nos unilaterais, apenas há obrigação sobre uma das partes, e utilidade auferida por outra: só há um credor e um devedor. Exemplos de contrato unilateral, assim, são a doação pura, o depósito e o comodato.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 221.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 408.

¹² Por exemplo: “(...) convênio e contrato não se confundem, embora tenham em comum a existência de vínculo jurídico fundado na manifestação de vontade dos participantes. No contrato, os interesses são opostos e diversos; no convênio, são paralelos e comuns. Nesse tipo de negócio jurídico, o elemento fundamental é a cooperação, e não o lucro, que é o almejado pelas partes no contrato”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 221.

¹³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 9.

A incidência da Lei nº 8.666/93 ocorre eminentemente sobre os contratos bilaterais, já que o contrato resultante da licitação traz direitos e obrigações para ambas as partes. O destinatário privado da vantagem patrimonial oferecida pela Administração é escolhido, assim, pelo procedimento licitatório.

É por essas razões que, em contratos unilaterais nos quais a Administração Pública seja a beneficiária, como regra considera-se desnecessário proceder à realização de licitação, já que o particular não irá auferir vantagens diretas como consequência de sua obrigação¹⁴. Somente quando surgem pluralidade de interessados, ou torna-se notória a vantagem indireta ao particular decorrente do pacto, é que se entende pela obrigatoriedade de licitar¹⁵.

O antigo convênio (e as novas parcerias) não possuem a bilateralidade própria dos contratos de que trata a Lei nº 8.666/93. A bilateralidade dos convênios é no máximo *sui generis*, uma vez que as vantagens que decorrem do pacto não recaem diretamente sobre as partes atuantes, mas sobre um fim comum. Dessa forma, partindo-se da definição ampla de contrato, convênios não precisam ser licitados porque não possuem bilateralidade. Considerando-se a definição estrita de contrato, convênios não precisam ser licitados porque sequer contratos são¹⁶.

Além do mais, da mesma forma que não são propriamente contratos bilaterais, convênios e parcerias também não são contratos unilaterais, uma vez que demandam mútua cooperação para sua execução.

Logo, os contratos unilaterais são espécie de contratos que continuam não se sujeitando como regra nem à licitação da Lei nº 8.666/93 nem à Lei nº 13.019/14.

Assim, o novo diploma de parcerias não inibe a possibilidade da Administração firmar contratos unilaterais como doação pura ou comodato, assim como ser beneficiária de outros atos prestados a título gratuito pelo particular para benefício da coletividade.

¹⁴ “A exigência de prévia licitação relaciona-se preponderantemente com os contratos bilaterais de que participa a Administração Pública. Quando a Administração participa de contrato bilateral, isso significa que a avença produzirá para ela também deveres e não apenas direitos. A Administração será constringida a realizar uma certa prestação, a qual corresponderá ao dever de a outra parte promover a sua própria prestação”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 51.

¹⁵ “Mas há hipóteses de contratos unilaterais em favor da Administração, em que se impõe a realização de licitação. Isso se passa, em primeiro lugar, quando existe pluralidade de potenciais contratações, mutuamente excludentes entre si. (...) Outra hipótese de licitação obrigatória é aquela em que a liberalidade do particular é acompanhada de interesse pessoal indissociável. Isso se passa quando o particular estiver em condições de auferir vantagens não diretamente em face da Administração, mas quanto a terceiros. A liberalidade em favor da Administração será contrabalançada por benefício obtido no relacionamento com outros”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, pp. 52-53.

¹⁶ Também há classificação, abordada por Diogo de Moreira Neto, que trata os convênios como espécie do gênero ato bilateral, à luz da teoria do ato complexo. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 148. Mesmo partindo-se de tal classificação, porém, a conclusão aqui exposta é a mesma.

Tomando o contrato de doação como exemplo, mesmo sendo um negócio jurídico bilateral (pois depende da vontade do donatário para sua concretização), há significativas diferenças que a afastam das parcerias previstas a Lei nº 13.019/14. Notadamente, em casos de doação sem encargo para a Administração, não há necessidade de mútua cooperação entre as partes envolvidas; antes, a obrigação é prestada somente pelo particular.

Vale notar que há o reconhecimento de que a doação não precisa ser necessariamente de bens, podendo também se constituir em serviços. Dessa forma, a reforma de bem público a título gratuito pelo particular se caracterizaria como doação de serviços.

Como exposto em caso analisado pela Procuradoria do Estado de São Paulo, “se é lícito à Administração receber doações de bens sem encargos, vale dizer, doações puras de bens móveis ou imóveis, também o é valer-se de serviços ofertados a título gratuito por pessoas jurídicas de natureza privada, sobretudo na área assistencial”¹⁷.

Observo também que, em alguns casos de doação, bem como demais contratos unilaterais, é possível que exista algum tipo de atuação do Poder Público, por exemplo, mediante o compartilhamento de informações ao particular, para que este possa ter os dados necessários para a prestação dos serviços (como a disponibilização de planta de imóvel). Tais atos, porém, são na grande maioria das vezes acessórios, vez que unicamente se prestam a dar suporte para a atuação principal do particular. Não fazem parte da obrigação principal do contrato e, por tal motivo, não desnaturalizam a doação.

Neste ponto, não vejo motivos para afastar a disciplina das obrigações acessórias nos contratos celebrados pela Administração daquela existente no direito civil, tal qual prevista, por exemplo, nos artigos 92, 184 e 233 do Código Civil. Logo, obrigações que não se prestam a qualquer satisfação das partes caso vistas isoladamente, mas que se destinam unicamente a facilitar e possibilitar a prestação principal, devem ser consideradas acessórias, não desvirtuando contratos unilaterais.

Assim, há completa diferenciação dos contratos unilaterais em relação às atuais parcerias, nas quais concorrentemente as duas partes atuam para a consecução da finalidade de interesse público, sem que se possa dizer que a atuação de uma das partes é meramente acessória da outra.

Parece-me que parte da confusão que poderia advir desses diferentes institutos deriva do fato de que, antes da Lei nº 13.019/14, era comum que a formalização de contratos unilaterais como a doação de particular a favor do Estado se desse mediante instrumento denominado convênio. Porém, o termo “convênio”, nesses casos, era utilizado atecnicamente e no mais das vezes não para denominar a figura contratual realmente utilizada. O fato do instrumento “convênio”, por conta de disposição legal atual, ter ficado reservado a parcerias entre entes federados, não significa que os diferentes negócios jurídicos que o Estado celebrava às vezes sob a forma de convênio deixaram de existir.

¹⁷ Parecer AJG nº 1000/1999.

Isso porque, como se sabe, não é a nomenclatura do instrumento que caracteriza o negócio jurídico realizado, mas sim sua própria essência.

Em resumo, mesmo ante a Lei nº 13.019/14, continua sendo possível a realização de negócios jurídicos entre a Administração Pública e entidades com fins lucrativos, uma vez que a nova lei de parcerias trata unicamente das situações em que “há mútua cooperação para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco”, o que de forma alguma esgota o imenso rol de negócios jurídicos previstos no direito pátrio, sendo que alguns deles dispensam a realização de licitação.

Apenas nas situações em que há verdadeira cooperação, com atuação de ambos os polos do ajuste, é que não há possibilidade de celebração de parceria com entidades com finalidade lucrativa (restrição advinda da Lei nº 13.019/14).

Voltando ao exemplo do Facebook, vejamos como se daria a análise caso a parceria fosse celebrada hoje. Há dois quadros claramente distintos. Caso o Facebook desejasse atuar por mera liberalidade sem contrapartidas estatais, disponibilizando infraestrutura para acesso digital e prestando serviços correlatos, então estaríamos diante de contrato unilateral e a parceria seria possível.

Porém, caso a parceria englobasse mútua cooperação, com atuação tanto do Facebook quanto do Governo Federal, então a parceria não seria possível por conta da vedação existente na Lei nº 13.019/14 (impossibilidade que, no meu entender e conforme argumentei, decorre de escolha legislativa errônea).

Por fim, também não vejo empecilhos à utilização das normas civis que regem os contratos unilaterais, em conjunto com regras contratuais da Lei nº 8.666/93 (quando cabíveis), para disciplinar o pacto em que a Administração for parte, assim como ocorre com as locações. A eventual incompatibilidade de determinada regra do direito civil para os pactos em que a Administração for parte deve ser analisada caso a caso, mas sem que se ergam obstáculos prévios ao seu uso.

A discussão, nesse caso, resultaria em saber se o regime de direito público estaria plenamente afastado ou se ainda seria possível à Administração exercer prerrogativas que lhe são próprias¹⁸.

5. CONCLUSÃO

As parcerias de que trata a Lei nº 13.019, por exigirem mútua cooperação, não abrangem contratos que são classificados pelo direito civil como contratos unilaterais.

¹⁸ Para uma crítica à dicotomia entre contratos administrativos e contratos da administração, bem como à separação rígida entre regime de direito público e de direito privado, v. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2014.

Destarte, em uma tentativa de sistematizar a situação normativa:

- i) nos casos de contratos bilaterais, dada a presença de direitos e deveres para ambas as partes e o ganho patrimonial daí decorrido, surge logicamente o dever de licitar e a necessidade de seleção da entidade privada pelo procedimento cabível;
- ii) nos casos em que há atuação de ambas as partes por meio de cooperação, com o benefício do pacto não se destinando diretamente aos contratantes, mas sim à consecução de finalidades públicas, deve-se seguir a normativa da Lei nº 13.019/14, sendo a parceria permitida unicamente com organizações da sociedade civil;
- iii) finalmente, nos casos de contratos unilaterais, não há incidência da Lei nº 13.019/14 e como regra geral tampouco da Lei nº 8.666/93, sendo possível a contratação com entidades com finalidade lucrativa.

Ante o exposto, é importante ter em mente que a Lei nº 8.666/93 somente abrange contratações em que presente a bilateralidade, ao passo que a Lei nº 13.019/14 não regula contratos unilaterais.

Portanto, concluir ante o novo quadro normativo que qualquer contratação de entidade com finalidades lucrativas deveria necessariamente seguir o procedimento licitatório é um erro.

Essa vertente desconsidera a existência de contratos unilaterais e representa um malefício ao Estado, ao impedir a celebração de diversos negócios jurídicos que trazem ganhos à coletividade, sem frustrar o regime licitatório.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2014.

CONTROLE NO TERCEIRO SETOR: ORGANIZAÇÕES SOCIAIS – OS E ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO – OSCIP

Control in Third Sector: Social Organizations – SO and Civil Society Organizations of Public Interest – CSOPI

Carolina Adriana Mendes Martins Braga Ponte¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Breves apontamentos sobre a Reforma do Estado e o Terceiro Setor. 3. Organizações Sociais. 4. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. 5. Controle por resultados. 6. Controle Interno. 7. Controle pelo Poder Executivo. 8. Controle pelo Tribunal de Contas. 9. Controle Social. 10. Considerações finais. 11. Referências bibliográficas.

RESUMO

O presente trabalho trata das modalidades de controle exercidas sobre as Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, entidades que integram o chamado “Terceiro Setor”. A importância do tema se dá em virtude do número crescente de parcerias firmadas com as entidades do terceiro setor e da elevada quantia de recursos públicos repassados às referidas entidades. Cabe destacar que serão dedicados tópicos para tratar da Reforma do Estado, do “Terceiro Setor” e do controle de resultados, tendo em vista a relevância dos mesmos. Ao longo do texto serão analisadas, de forma específica, as diversas formas de controle – internos e externos – que incidem sobre os ajustes firmados com as Organizações Sociais e com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, por meio de análise minuciosa da legislação de regência e da doutrina a respeito do tema proposto.

Palavras-chave: Terceiro Setor – Parcerias – Controle.

ABSTRACT

This work addresses the control modalities exercised over Social Organizations and Civil Society Organizations of Public Interest, which are entities that integrate the so-called “Third-Sector”. The importance of the theme is justified by the increasing number of partnerships with the third sector entities and due to the high amount of public resources transferred to these entities. It is important to point out that topics are dedicated to the State Reform, “Third Sector” and control of results because of its relevance. Throughout the text, it will be analyzed the several forms of control – internal and external – that focus on the adjustments made with the Social Organizations and Civil Society Organizations of Public Interest through a detailed analysis of the governing legislation and the doctrine regarding the proposed theme.

Keywords: Third sector – Partnerships – Control.

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros, especialista em Direito Econômico Empresarial pela Universidade Estadual de Montes Claros, especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera – Uniderp.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como desiderato tratar das modalidades de controle exercidas sobre as Organizações Sociais – OS e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, entidades do Terceiro Setor.

O trabalho inicia-se com breves considerações sobre a Reforma do Estado, implementada, no Brasil, a partir da década de 1990 e sobre o Terceiro Setor. Após, serão abordadas as principais características das OSs e das OSCIPs.

Feitas estas considerações iniciais, será analisado o controle por resultados, típico da Administração Pública Gerencial.

Em seguida, passa-se ao exame, de forma genérica, dos diversos controles exercidos sobre as OS e OSCIP, a saber: (a) controle interno realizado no âmbito da própria entidade privada parceira do Poder Público; (b) controle pelo Poder Executivo; (c) controle pelo Tribunal de Contas; e (d) controle social.

O trabalho não tem o objetivo de esgotar a matéria, tendo em vista o caráter sucinto do presente artigo, mas pretende abordar o tema de forma direta e ampla visando contribuir no estudo dos controles exercidos sobre as OSs e OSCIPs.

2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A REFORMA DO ESTADO E O TERCEIRO SETOR

No Estado Social de Direito, que se consolidou após a Segunda Guerra Mundial, verificou-se um crescimento acentuado do Estado, que passou a atuar em todos os setores da sociedade, colocando em risco a liberdade individual.

Segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira², “(...) o crescimento desmesurado do Estado e o inchaço da sua máquina administrativa levaram à ineficiência das atividades administrativas”.

O Estado concentrador e burocrático não se sustentava mais, havia, pois, a necessidade de reformulação do papel do Estado.

O princípio da subsidiariedade, que surgiu a partir da doutrina social da Igreja Católica³, pregava a autonomia dos indivíduos contra qualquer intervenção injustificada do Estado. Referido princípio dá ensejo ao chamado “Estado Subsidiário”, que, de acordo com Rafael Carvalho de Rezende Oliveira, é “caracterizado

² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 37.

³ Segundo Maria Sylvia, o princípio da subsidiariedade “foi formulado, em fins do século XIX e começo do século XX, dentro da Doutrina Social da Igreja, principalmente pelas Encíclicas *Rerum Novarum* (1891), de Leão XIII, *Quadragesimo Anno* (1931) de Pio XI, *Mater et Magistra* (1961), de João XXIII e, mais recentemente, a *Centesimus Annus* (1991), de João Paulo II.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada outras formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 15.

pela ausência de intervenção direta quando a sociedade for capaz de atender aos interesses sociais.”⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵ leciona que decorre do princípio da subsidiariedade as seguintes ideias: (i) o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular pode exercer por sua iniciativa própria; (ii) o Estado deve fomentar, coordenar e fiscalizar as atividades exercidas pela iniciativa privada; (iii) parceria entre o público e o privado, com a finalidade de subsidiar a iniciativa privada, quando ela seja deficiente.

No caso do Brasil, a reformulação do papel do Estado se deu a partir da década de 1990, através de alterações legislativas importantes. Nesse período destaca-se que foi aprovado em 21/09/1995 o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, visando tornar a administração pública mais eficiente. No plano constitucional, a Reforma Administrativa foi instituída pela EC nº 19/1998, com o objetivo de transformar a “Administração Pública burocrática” em “Administração Pública gerencial”.

A administração pública gerencial é orientada pela busca da eficiência e da qualidade dos serviços públicos. Enquanto a administração burocrática se preocupa com os meios, a administração gerencial é voltada para a obtenção de resultados (controle por resultados⁶).

Conforme ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷, no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, foram considerados quatro setores de atuação do Estado, quais sejam: a) núcleo estratégico: que representa os órgãos de governo, em sentido lato, que elabora as leis, define as políticas públicas e exige o seu cumprimento (Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário); b) atividades exclusivas: são atividades que somente podem ser exercidas pelo Estado, por exemplo, poderes de regulamentar, fiscalizar, fomentar; atividade de polícia; c) serviços não exclusivos: neste setor o Estado atua simultaneamente com as organizações privadas ou públicas não estatais, corresponde aos serviços sociais do Estado, por exemplo, saúde, educação, etc.; d) setor de produção de bens e serviços para o mercado: são as atividades econômicas lucrativas.

A partir dos quatro setores acima expostos, Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁸ extrai as seguintes afirmações: a) o núcleo estratégico é inerente ao Estado, não sendo passível de delegação, ainda que seja recomendável que a sociedade

⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 336.

⁵ DI PIETRO, op. cit., p. 16.

⁶ O controle por resultado será mais detalhado no decorrer do presente artigo.

⁷ DI PIETRO, op. cit., p. 35.

⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 38.

participe da formulação de políticas públicas; b) as atividades exclusivas, desde que não seja necessário o exercício do poder de polícia, devem ser delegadas à iniciativa privada, por meio dos institutos de concessão e permissão de serviços públicos; c) os serviços não exclusivos, que não pertencem à titularidade exclusiva do Estado, devem ser prestados prioritariamente pelos particulares, com fomento do Estado. Cabe destacar que a Lei nº 9.637/1998 e a Lei nº 9.790/1999 instituíram, respectivamente, o contrato de gestão e o termo de parceria como instrumentos de fomento às atividades sociais; d) a atividade de produção de bens e serviços para o mercado, em regra, deve ser prestada por particulares, sendo possível sua prestação pelo Estado, nas hipóteses previstas no artigo 173 da CF/88.

A expressão “Terceiro Setor” designa as entidades privadas, sem fins lucrativos, que estão situadas entre o setor estatal (Primeiro Setor) e o setor empresarial (Segundo Setor). Referidas entidades não integram a Administração Pública, mas prestam serviços em áreas de relevante interesse público e social.

As entidades do “Terceiro Setor”, preenchidos os requisitos legais, podem formalizar vínculos jurídicos com o Estado, como, por exemplo, termo de parceria e contrato de gestão, recebendo fomento do Estado. A parceria formalizada com o Estado interfere no regime jurídico de tais entidades, fazendo incidir normas de caráter público.

3. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

A Lei nº 9.637/1998⁹ cuida da qualificação de entidades como “organizações sociais” – OS. Trata-se de legislação de âmbito federal, aplicável, pois, somente à União, o que não obsta que Estados e Municípios, por meio de legislação própria, instituem referida qualificação¹⁰.

A qualificação jurídica “organizações sociais” é conferida, por ato administrativo¹¹, a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que desenvolvam atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, desde que cumpridos os requisitos previstos na referida Lei (artigo 1º).

⁹ O SFT, na ADI 1.923/DF, julgou parcialmente procedente o pedido, para conferir interpretação conforme a Constituição à Lei nº 9.637/98.

¹⁰ No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 583.

¹¹ Em que pese divergência doutrinária, o ato administrativo que confere a qualificação de “organização social” é discricionário, pautado nos critérios de oportunidade e conveniência (nesse sentido, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 344, e CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 359).

Conforme lições de Maria Sylvia Di Pietro, a entidade não surge com a denominação de organização social. Na verdade, é uma qualificação recebida, após habilitação perante o Poder Público, por entidade criada como associação ou fundação. Vale dizer, “trata-se de título jurídico outorgado e cancelado pelo Poder Público”.¹²

Uma vez recebida a qualificação de “organização social”, a entidade poderá celebrar “contrato de gestão”¹³ com o Poder Público para o cumprimento de metas de desempenho e recebimento de benefícios públicos (recursos orçamentários, permissão de uso de bens públicos e cessão especial de servidor público¹⁴).

Ressalto que a qualificação como “organização social” não implica obrigatoriamente na celebração do contrato de gestão com a entidade¹⁵.

Ademais, nos termos da decisão proferida pelo STF na ADI 1.923/DF, a celebração do contrato de gestão com a entidade qualificada como “organização social” deverá ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância aos princípios previstos no “caput” do artigo 37¹⁶ da Constituição Federal.

4. ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

A Lei federal nº 9.790/1999, regulamentada pelo Decreto nº 3.100/1999, prevê a qualificação jurídica de “Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público” – OSCIP. Esta Lei aplica-se somente à União, mas nada impede que Estados e Municípios disciplinem mencionada qualificação.

Destaco que a Lei nº 13.019/2014¹⁷, que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, promoveu alterações na Lei nº 9.790/1999.

¹² DI PIETRO, op. cit., p. 580.

¹³ Embora tenha a denominação de “contrato de gestão”, o STF, no julgamento da ADI 1.923/DF, e respeitáveis doutrinadores (a título exemplificativo, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 342, e CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 360) entendem que o contrato de gestão tem natureza jurídica de convênio.

¹⁴ Artigos 12 e 14 da Lei nº 9.637/1998.

¹⁵ Nesse sentido, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 344.

¹⁶ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
(...)”

¹⁷ A Lei nº 13.204/2015 promoveu alterações na Lei nº 13.019/2014. Assim, no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal, a Lei nº 13.019/2014 entrará em vigor no dia 23 de janeiro de 2016 (artigo 88, “caput”). Para os Municípios, a Lei entra em vigor a partir de 1º de janeiro de 2017, salvo se, por ato administrativo local, o Município optar por implementar a Lei a partir do dia 23 de janeiro de 2016 (§§ 1º e 2º do artigo 88).

Referida qualificação é atribuída a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos¹⁸, constituídas e em funcionamento regular há, no mínimo, 3 (três) anos, voltadas para os objetivos sociais elencados no artigo 3º, incisos I a XIII, da Lei nº 9.790/1999¹⁹. Além disso, os estatutos sociais das pessoas jurídicas interessadas em ser qualificadas como OSCIP deveram conter expressamente as normas previstas no artigo 4º da mesma Lei.

A Lei nº 9.790/1999, em seu artigo 2º, elenca as pessoas jurídicas que não podem se qualificar como OSCIP.

A qualificação jurídica de OSCIP é um título jurídico que será atribuído a algumas pessoas jurídicas, por ato do Ministério da Justiça, desde que observados os requisitos legais. O ato administrativo que concede a qualificação é vinculado²⁰, posto que uma vez preenchidos os requisitos legais o pedido será deferido (artigo 1º, § 2º, da Lei nº 9.790/1999).

A pessoa jurídica qualificada como OSCIP poderá firmar “termo de parceria” com a Administração Pública, instrumento jurídico que estabelece, de forma detalhada, os direitos, responsabilidades e obrigações dos pactuantes, estando, pois, a entidade privada apta a receber recursos orçamentários e bens públicos²¹. A celebração do “termo de parceria” será precedida de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, nos respectivos níveis de governo (§ 1º do mencionado artigo 10).

No que diz respeito ao fomento pelo Poder Público, Maria Sylvia Di Pietro²² afirma que a lei não especifica as modalidades de fomento ou cooperação; “há apenas algumas referências a bens ou recursos de origem pública”. Rafael Carvalho Rezende de Oliveira²³ ressalta que o fomento se dará por meio de “repasse de recursos orçamentários e permissão de uso de bens públicos”.

A celebração de “termo de parceria” com o Poder Público deverá ser precedida de concurso de projetos²⁴, processo seletivo com regras objetivas, para escolha da OSCIP, em atenção ao princípio constitucional da impessoalidade previsto no artigo 37, “caput”, da CF/88.

¹⁸ A Lei nº 9.790/1999 define as entidades sem fins lucrativos (§ 1º do artigo 1º).

¹⁹ Artigos 1º e 3º da Lei nº 9.790/1999, com novas redações introduzidas pela Lei nº 13.019/2014.

²⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 344.

²¹ Artigos 9º, 10 e 12 da Lei nº 9.790/1999.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 586.

²³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 345.

²⁴ Artigos 23 a 31 do Decreto nº 3.100/1999, com redação dada pelo Decreto nº 7.568/2011, que regulamenta a Lei nº 9.790/1999.

5. CONTROLE POR RESULTADOS

O controle por resultados, idealizado pela Reforma do Estado, surgiu em contraposição ao controle por processos, típico da Administração Pública Burocrática.

Nos termos do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado²⁵, na Administração Pública Burocrática os controles administrativos são formais e *a priori*, pois visam evitar a corrupção e o nepotismo. Dessa forma, “são sempre necessários controles rígidos dos processos, como, por exemplo, na admissão de pessoal, nas compras e no atendimento a demandas.”²⁶ Trata-se do controle por processos.

Por outro lado, na Administração Pública Gerencial, embora se conserve alguns dos princípios fundamentais da administração burocrática, o controle deixa de se pautar nos processos para se preocupar com os resultados. Cuida-se de controle *a posteriori* dos resultados, daí a importância da definição precisa dos objetivos a serem atingidos. Portanto, na administração gerencial deve-se dar importância aos resultados (fins) em detrimento dos procedimentos (meios). Além disso, na administração gerencial busca-se maior participação dos cidadãos e das organizações da sociedade civil²⁷.

Ainda a respeito do controle por resultados destaco, por oportuno, o seguinte trecho do *Cadernos MARE de Reforma do Estado*, referente às Organizações Sociais²⁸:

O Estado não deixará de controlar a aplicação dos recursos que estará transferindo a essas instituições, mas o fará por meio de um instrumento inovador e mais eficaz: o controle por resultados, estabelecidos em contrato de gestão.

No entanto, segundo Vanice Lírio do Valle²⁹, é falsa a dicotomia existente entre controle por resultados e controle por processos:

²⁵ Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2015.

²⁶ Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, p. 15.

²⁷ Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2015, p. 15-18.

²⁸ *Cadernos MARE de Reforma do Estado*. Organizações Sociais, Caderno 2, p. 15. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno02.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2015.

²⁹ VALLE, Vanice Lírio do. Terceiro Setor e parcerias com a Administração Pública: desafios ao controle das OS e OSCIPs. *Revista de Direito do Terceiro Setor RDTs*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55479>>. Acesso em: 21 set. 2015.

Fato é que a oposição controle por resultados e controle por processos parece falsa o modelo de burocracia weberiana se concebeu justamente para através do procedimento, como meio racional, alcançar determinados fins. De outro lado, o modelo do controle pelo resultado não pode abstrair totalmente do processo, principalmente pela relação de instrumentalidade que esse último guarda com o primeiro.

Na verdade, entendo que no controle por resultados não se nega a importância dos meios, mas sim confere aos resultados maior relevância, tendo em vista a busca pela eficiência e qualidade da prestação de serviços públicos.

Florianio de Azevedo Marques Neto³⁰, ao discorrer sobre as classificações do controle da Administração Pública, enfatiza que o controle exclusivamente formal é insuficiente, devendo, pois, ser a ele “associados mecanismos de *controle material*, assim entendidos aqueles que se voltam a aferir o resultado de um ato ou ação administrativa.” O autor ressalta que o resultado alcançado não legitima condutas irregulares.

Portanto, destaca-se que o controle a ser exercido sobre as atividades desenvolvidas pelas entidades do terceiro setor é de “resultados”³¹, embora não se desconsidere o controle dos procedimentos utilizados.

6. CONTROLE INTERNO

O controle interno é aquele realizado no interior das Organizações Sociais – OS e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP.

Ressalto que Inês Maria Coimbra de Almeida Prado e Taiane Lobato de Castro³² denominam referido controle de “autocontrole”.

Importante ressaltar que não se trata do controle estatal realizado pelo Poder Executivo e pelo Tribunal de Contas, que serão analisados posteriormente, mas sim do controle desenvolvido dentro da própria entidade.

Com relação às organizações sociais, a legislação prevê a exigência de um Conselho de Administração, órgão colegiado de deliberação superior, com atribuições normativas e de controle básicas, para que a entidade possa ser qualificada como OS (artigo 2º, inciso I, aliena “c”, da Lei nº 9.637/1998).

³⁰ MARQUES NETO, Florianio de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 212.

³¹ Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 278.

³² PRADO, Inês Maria Coimbra de Almeida; CASTRO, Taiane Lobato de. *O controle do Terceiro Setor*. In: *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo. v. 8, n. 2, p.11-33. Jul./Out. 2007.

O Conselho de Administração tem sua composição definida pelo artigo 3º, inciso I. Verifica-se que o Poder Público terá expressiva participação, de forma que o controle interno fica predominantemente com o Poder Público, segundo Prado e Castro³³.

Cabe ressaltar a pertinente crítica feita por Juarez de Freitas³⁴ a respeito da participação de representantes do Estado no mencionado Conselho:

No entanto, não faz maior sentido que tenham de respeitar previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público, sendo, na órbita federal, de 20% a 40% de membros natos no Conselho de Administração (arts. 2º, I, “d”, e 3º, I, “a”). Eis uma regra que, a despeito de sua presumível boa intenção, não deve ser elogiada, pois o Conselho é que aprova o contrato de gestão (art. 4º, II), celebrado entre o Poder Público e a entidade qualificada; donde segue o risco de relação nada isenta entre as partes.

Referido Conselho exercerá o controle interno das organizações sociais, de acordo com Prado e Castro³⁵. Nos termos do inciso IX do artigo 4º, cabe ao Conselho a aprovação e encaminhamento, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, dos relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria.

O artigo 4º, em seu inciso X, estabelece ainda que compete ao Conselho de Administração: (i) fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas no contrato de gestão; e (ii) aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa.

O controle sobre os demonstrativos financeiros e sobre as contas anuais da organização social deverá observar o regulamento próprio de cada entidade, previsto no artigo 4º, inciso VIII.

Ressalto que a legislação é omissa a respeito da forma como se dará referido controle interno.

No âmbito das organizações da sociedade civil de interesse público, o artigo 4º, inciso III, da Lei nº 9.790/1999, prevê como requisito para a qualificação como OSCIP que o estatuto da entidade disponha expressamente sobre a constituição de Conselho Fiscal ou órgão equivalente.

³³ PRADO e CASTRO, op. cit., p. 13.

³⁴ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 420.

³⁵ PRADO, Inês Maria Coimbra de Almeida; CASTRO, Taiane Lobato de. *O controle do Terceiro Setor*. In: *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo. v. 8, n. 2, p.11-33. Jul./Out. 2007, p. 13.

Consoante lições de Prado e Castro³⁶, o controle interno da OSCIP é exercido pelo Conselho Fiscal que é competente para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade (artigo 4º, inciso III).

Observa-se que a lei não prevê a composição do Conselho Fiscal, somente permite a participação de servidores públicos na sua composição (parágrafo único do artigo 4º, com nova redação dada pela Lei nº 13.019/2014).

Além disso, nos termos do inciso VII do artigo 4º, o estatuto da entidade deverá prevê normas de prestação de contas que determinarão, no mínimo: (i) a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade; (ii) a realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos objeto do termo de parceria conforme previsto em regulamento.

Andrea Nunes³⁷ defende que “um dos mais eficientes instrumentos de controle interno é a organização contábil de uma entidade”. Segundo ela, embora haja quem afirme que a entidade sem fins lucrativos não é obrigada a se organizar contabilmente, a Lei nº 9.790/1999 exige a obrigatória observância dos Princípios Fundamentais de Contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade, além de elaboração do balanço patrimonial e da demonstração do Resultado do Exercício, entretanto referida exigência somente se aplica às entidades interessadas em se qualificarem como OSCIP.

Assim, a organização contábil das entidades qualificadas como OSCIP é uma forma de controle interno, de acordo com Andrea Nunes.

A realização de auditoria da aplicação dos eventuais recursos (financeiros ou materiais) objeto do termo de parceria é outra forma de controle interno (artigo 4º, inciso VII, alínea “c”). Com relação à auditoria independente, verifica-se que ela somente será obrigatória nos casos em que o montante de recursos for maior ou igual a R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais) e também nos casos em que a OSCIP celebre concomitantemente vários Termos de Parceria com um ou vários órgãos estatais e cuja soma ultrapasse aquele valor, com base no artigo 19, § 1º, do Decreto nº 3.100/1999, que regulamenta a Lei nº 9.790/1999.

Nos termos do artigo 11, § 1º, da Lei nº 9.790/1999, os resultados atingidos com a execução do Termo de Parceria devem ser analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a OSCIP. Mencionada comissão é composta por dois membros do respectivo Poder Executivo, um da OSCIP e um membro indicado pelo Conselho de Política Pública da área de atuação correspondente, quando houver (artigo 20 do Decreto nº 3.100/1999). Ainda segundo

³⁶ PRADO e CASTRO, op. cit., p. 15-16.

³⁷ NUNES, Andrea. *Terceiro Setor: controle e fiscalização*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 69-70.

Prado e Castro³⁸, trata-se de outra forma de controle interno, já que há participação de membro da entidade na comissão de avaliação competente para monitorar a execução do Termo de Parceria (artigo 20, parágrafo único, do Decreto nº 3.100/1999).

Consigno que os responsáveis pela fiscalização do Termo de Parceria, na hipótese de tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens públicos, deverão comunicar ao Tribunal de Contas respectivo, ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União, sob pena de responsabilidade solidária (artigos 12 e 13 da Lei nº 9.790/1999). Para cumprimento do disposto nestes artigos, a OSCIP deverá indicar pelo menos um dirigente, para cada Termo de Parceria, que será responsável pela “boa administração” dos recursos públicos recebidos (artigo 22 do Decreto nº 3.100/1999).

Espera-se que os responsáveis pelo controle interno exerçam o seu fundamental papel, pois referido controle é um importante instrumento para evitar o desvirtuamento das finalidades sociais e para verificar o cumprimento das metas e a escorreita aplicação dos recursos públicos.

7. CONTROLE PELO PODER EXECUTIVO

De início, ressalto que a Constituição Federal, em seu artigo 74, prevê que os Poderes deverão manter, de forma integrada, sistema de controle interno de fiscalização.

Quanto à fiscalização das entidades privadas que recebem recursos públicos, o controle exercido pelo Poder Executivo encontra fundamento constitucional no inciso II do artigo 74, *verbis*:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

(...)

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

(...).

O Poder Executivo exerce importante controle sobre as Organizações Sociais – OS e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP.

³⁸ PRADO, Inês Maria Coimbra de Almeida; CASTRO, Taiane Lobato de. *O controle do Terceiro Setor*. In: Revista de Direito Sanitário, São Paulo. v. 8, n. 2, p.11-33. Jul./Out. 2007, p. 16.

Prado e Castro³⁹ destacam que “(...) o Estado que, porventura, queira utilizar-se do terceiro setor não pode se eximir de sua função primordial de promotor, fiscalizador e regulador da prestação dos serviços sociais.”

No que concerne às Organizações Sociais, o primeiro controle exercido pelo Poder Executivo é a qualificação jurídica da entidade privada sem fins lucrativos, como OS, segundo Prado e Castro⁴⁰. O artigo 2º, inciso II, da Lei 9.637/98 estabelece que a qualificação como OS depende de aprovação, quanto à conveniência e oportunidade, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

O ato administrativo que concede a qualificação jurídica é discricionário. No entanto, destaco a divergência exposta anteriormente, haja vista que há doutrinadores que entendem que o ato é vinculado ao cumprimento dos requisitos legais.

Conforme destacado anteriormente, o Poder Público tem expressiva participação no Conselho de Administração da entidade, previsto no artigo 3º. O Poder Executivo, por meio do referido Conselho, fiscaliza o cumprimento das diretrizes e metas definidas no contrato de gestão e aprova os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa, nos termos do artigo 4º, inciso X. Além disso, cabe ao Conselho de Administração aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria (inciso IX do artigo 4º).

Ademais, é atribuição do Conselho de Administração aprovar o contrato de gestão a ser firmado entre o Poder Público e a entidade privada (inciso II do artigo 4º).

Demais disso, o contrato de gestão, após aprovação pelo Conselho, deverá ser submetido ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada (artigo 6º, parágrafo único). Trata-se de outro controle realizado pelo Poder Executivo, conforme ensinam Prado e Castro⁴¹.

O artigo 8º da Lei 9.637/98 preconiza que a execução do contrato de gestão será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada. Para tanto, a OS apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato de gestão, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro (§ 1º do artigo 8º).

³⁹ PRADO, Inês Maria Coimbra de Almeida; CASTRO, Taiane Lobato de. *O controle do Terceiro Setor*. In: *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo. v. 8, n. 2, p.11-33. Jul./Out. 2007, p. 17.

⁴⁰ PRADO e CASTRO, op. cit., p. 18.

⁴¹ PRADO e CASTRO, op. cit., p. 20.

Além disso, os resultados obtidos com a execução do contrato de gestão deverão ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação; a qual deverá encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo da avaliação realizada (§§ 2º e 3º do artigo 8º)⁴².

Por derradeiro, o Poder Executivo deverá proceder à desqualificação da entidade como organização social, na hipótese de descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão e na lei, mediante processo administrativo, garantido o direito de ampla defesa (artigo 16 da Lei 9.637/98).

Quanto às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, o ato de concessão da qualificação é vinculado ao cumprimento dos requisitos legais (artigo 1º, § 2º c.c artigo 5º, todos da Lei nº 9.790/1999). Este é o primeiro controle que o Poder Executivo, através do Ministério da Justiça, exerce sobre a qualificação jurídica da entidade como OSCIP⁴³.

O parágrafo único do artigo 4º prevê a possibilidade de servidores públicos no conselho fiscal da entidade, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade (inciso III do artigo 4º). Sendo assim, caso haja a participação de servidores públicos na composição do referido conselho, restará configurada mais uma hipótese de exercício do controle em tela.

O artigo 10, § 2º, inciso V⁴⁴, preceitua que o termo de parceria deve conter cláusula que estabeleça a obrigação da OSCIP de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do termo de parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados.

Na prestação de contas⁴⁵ perante o parceiro público, a OSCIP deverá comprovar a correta aplicação dos recursos públicos recebidos e o adimplemento do objeto do termo de parceria, por meio da apresentação dos seguintes documentos:

⁴² Nesse sentido: FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael. Organizadores. *Administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 184-186.

⁴³ Prado e Castro afirmam que “o trâmite legal para a qualificação encontra-se detalhadamente previsto nos arts. 5º e 6º da Lei n. 9.790/99, quando o Poder Executivo terá controle total da outorga ou não do certificado de qualificação da requerente como OSCIP.” (grifo nosso). PRADO, Inês Maria Coimbra de Almeida; CASTRO, Taiane Lobato de. *O controle do Terceiro Setor*. In: Revista de Direito Sanitário, São Paulo. v. 8, n. 2, p.11-33. Jul./Out. 2007, p. 23.

⁴⁴ Prado e Castro destacam que se trata de previsão expressa da “possibilidade de controle do cumprimento do objeto de parceria.” PRADO, Inês Maria Coimbra de Almeida; CASTRO, Taiane Lobato de. *O controle do Terceiro Setor*. In: Revista de Direito Sanitário, São Paulo. v. 8, n. 2, p.11-33. Jul./Out. 2007, p. 23.

⁴⁵ Importante observar que o artigo 9º-A do Decreto 3.100/1999 veda a celebração de termo de parceria com OSCIP que tenha, em suas relações anteriores com a União, omitido o dever de prestar contas.

a) relatório sobre a execução do objeto do termo de parceria, contendo comparativo entre as metas propostas e os resultados alcançados; b) demonstrativo integral da receita e despesa realizadas na execução do termo de parceria; c) parecer e relatório de auditoria, nos casos em que seja obrigatória a realização de auditoria independente da aplicação dos recursos recebidos; d) entrega do extrato da execução física e financeira (artigo 12 do Decreto 3.100/1999).

A execução do objeto do termo de parceria deverá ser fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo, nos termos do artigo 11 da Lei nº 9.790/1999. Além disso, os resultados alcançados com a execução do termo de parceria deverão ser analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a OSCIP⁴⁶, que deverá enviar à autoridade competente relatório conclusivo acerca da avaliação efetuada (§§ 1º e 2º do artigo 11).

Ressalta-se que a fiscalização exercida pelo Conselho de Política Pública não autoriza a inclusão ou alteração das obrigações fixadas no termo de parceria. Referido Conselho somente poderá propor recomendações ou sugestões ao órgão estatal parceiro, para que este adote as providências que entender cabíveis (artigo 17 do Decreto 3.100/1999).

Da mesma forma que ocorre com as OS, a entidade poderá ser desqualificada pelo Poder Público, mediante processo administrativo, garantido o direito de ampla defesa (artigo 7º da Lei nº 9.790/1999).

A Lei nº 13.019/2014⁴⁷ acrescentou à Lei nº 9.790/1999 o artigo 15-B, estabelecendo que a prestação de contas da OSCIP perante o Poder Público refere-se à correta aplicação dos recursos públicos repassados e o cumprimento do objeto do termo de parceria. Trata-se de dispositivo idêntico ao artigo 12 do Decreto nº 3.100/1999. No entanto, o referido artigo 15-B determina a apresentação de outros documentos contábeis, além daqueles previstos no mencionado Decreto.

Ainda a respeito do controle em exame, consigno que a atual Lei de Diretrizes Orçamentárias da União (Lei nº 13.242/2015) estabelece que as entidades

⁴⁶ Sobre a composição da comissão de avaliação, assim dispõe o artigo 20 do Decreto 3.100/1999:

“Art. 20. A comissão de avaliação de que trata o art. 11, § 1º, da Lei nº 9.790, de 1999, deverá ser composta por dois membros do respectivo Poder Executivo, um da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público e um membro indicado pelo Conselho de Política Pública da área de atuação correspondente, quando houver.

Parágrafo único. Competirá à comissão de avaliação monitorar a execução do Termo de Parceria.”

⁴⁷ A Lei nº 13.204/2015 promoveu alterações na Lei nº 13.019/2014. Assim, no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal, a Lei nº 13.019/2014 entrará em vigor no dia 23 de janeiro de 2016 (artigo 88, “caput”). Para os Municípios, a Lei entra em vigor a partir de 1º de janeiro de 2017, salvo se, por ato administrativo local, o Município optar por implementar a Lei a partir do dia 23 de janeiro de 2016 (§§ 1º e 2º do artigo 88).

privadas beneficiadas com recursos públicos a qualquer título serão fiscalizadas pelo Poder Público, para fins de verificação do cumprimento de metas e objetivos para os quais receberam os recursos (artigo 83, “caput”).

Verifica-se a preocupação do legislador em exigir que a entidade privada parceira efetivamente comprove os resultados alcançados de acordo com as metas estipuladas nos instrumentos de parceria.

É de suma importância o controle em tela, já que os recursos públicos são escassos e a sua correta aplicação pela entidade privada parceira deverá ser fiscalizada pelo parceiro público, evitando-se a malversação de recursos e bens de origem pública e, se for o caso, adotar providências no sentido de responsabilizar a entidade e os dirigentes, bem como o agente público ou terceiro, que tenham enriquecido ilícitamente ou causado dano ao erário.

8. CONTROLE PELO TRIBUNAL DE CONTAS

Os recursos repassados a entidades privadas do terceiro setor não perdem a natureza pública, tendo em vista que não se trata de preço ou remuneração pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços, o que justifica o controle dessas entidades pelos respectivos Tribunais de Contas no que diz respeito aos referidos recursos.

Nesse sentido, destaco os ensinamentos de Janaina Schoenmaker⁴⁸:

Mas outros fundamentos são apresentados e, por si sós ou em conjunto ao republicano, ensejam, além do dever de prestar contas pelas entidades privadas do terceiro setor, a atuação das Cortes de Contas sobre elas. O majoritário fundamento a respeito consiste na manutenção da natureza pública dos recursos que lhes são repassados a título de fomento – e não como contraprestação a fornecimento ou serviços prestados, típicos de contratos administrativos regidos pela Lei Federal nº 8.666/93.

Entretanto, destaco posicionamento diverso dos ilustres doutrinadores Carlos Ari Sunfeld e Rodrigo Pagani de Souza⁴⁹ que defendem que os recursos estatais recebidos pela entidade privada têm natureza privada e gestão flexível, já que as modernas parcerias se assemelham a contrato administrativo de prestação de serviços, considerando o caráter contraprestacional do vínculo e a relevância conferida ao alcance de resultado.

⁴⁸ SCHOENMAKER, Janaina. *Controle das parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 74-75.

⁴⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. As modernas parcerias públicas com o terceiro setor. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 61-67.

Entendo, porém, que os recursos recebidos pelas entidades privadas, em decorrência do fomento estatal, não perdem a natureza pública.

No âmbito da União, o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, é exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União (artigos 70 e 71 da Constituição Federal).

No que concerne especificamente ao controle das entidades do terceiro setor pelo Tribunal de Contas, o embasamento constitucional encontra-se previsto no parágrafo único do artigo 70, com redação determinada pela EC n. 19/98, que assim dispõe:

Art. 70. (...)

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 1.923/DF, conferiu interpretação conforme a Constituição à Lei nº 9.637/98, para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle pelo Tribunal de Contas da União sobre a aplicação de recursos públicos repassados às Organizações Sociais.

A Lei nº 9.790/1999 prevê expressamente o controle das OSCIP pelo Tribunal de Contas⁵⁰, ao dispor no seu artigo 4º, inciso VII, alínea d, que o estatuto da entidade deverá conter norma que discipline, de forma expressa, que “a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.”

Nos termos do artigo 11 do Decreto nº 3.100/1999, a OSCIP deverá prestar contas anuais ao Tribunal de Contas sobre a totalidade das operações patrimoniais e resultados alcançados, comprovando a correta aplicação dos recursos públicos recebidos, mediante a apresentação dos documentos elencados no § 2º do mesmo artigo.

Além disso, os responsáveis pela fiscalização do contrato de gestão e do termo de parceria, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens públicos, deverão dar ciência imediata ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária (artigo 9º da Lei nº 9.637/1998 e artigo 12 da Lei 9.790/1999).

Portanto, não resta dúvida de que as OS e OSCIP devem prestar contas aos respectivos Tribunais de Contas de todos os recursos financeiros e bens públicos recebidos do parceiro público⁵¹.

⁵⁰ Nesse sentido: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 371.

⁵¹ Destaco os ensinamentos de Juarez Freitas no sentido de que as OSs e OSCIPs “devem ser controladas pelos Tribunais de Contas (CF, art. 70) em relação a todos os recursos e bens de origem pública (...)”.

Nesse sentido, Janaina Schoenmaker⁵² conclui:

Opinamos não haver dúvidas do dever de as entidades do terceiro setor, sejam elas fundações ou associações, prestarem contas ao Tribunal de Contas na forma de relatório de gestão do órgão parceiro, bem como as terem por ela julgadas, independentemente de causarem prejuízo ao erário.

O artigo 70, “caput”, da CF/88 prevê os seguintes “tipos ou modalidades”⁵³ de controle dos Tribunais de Contas: financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial.

A Constituição Federal ainda fixa os critérios⁵⁴ que os Tribunais de Contas, no seu mister de fiscalização, devem se ater, a saber: legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (artigo 70, “caput”).

Nesse passo, destaco que Odete Medauar⁵⁵ entende que os termos “aplicação de subvenções” e “renúncia de receitas” não são aspectos da fiscalização. Na verdade, referidos termos representam “atuações da Administração sob o controle dos Tribunais de Contas”.

Além dos critérios acima citados, os Tribunais de Contas devem verificar a observância dos princípios previstos na legislação específica do terceiro setor, segundo Janaina Schoenmaker⁵⁶. A Lei nº 9.637/1998, em seu artigo 7º, prevê a observância, na elaboração do contrato de gestão, dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade. A Lei 9.790/1999 exige que os estatutos das entidades contenham normas que disponham sobre a observância dos mesmos princípios acima transcritos e do princípio da eficiência (artigo 4º, inciso I).

Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara⁵⁷ defendem que embora a fiscalização do Tribunal de Contas seja ampla, o Tribunal somente pode emitir “atos de comandos” (por exemplo, cominação de sanções e sustação de atos) se detectar ilegalidades em matéria financeira, orçamentária, contábil ou patrimonial. Qualquer ilegalidade constatada em outras matérias administrativas, no âmbito da fiscalização operacional, cabe ao Tribunal comunicar tal fato às autoridades competentes e fazer

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 426.

⁵² SCHOENMAKER, Janaina. *Controle das parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 117.

⁵³ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 138.

⁵⁴ De acordo com Odete Medauar, seriam aspectos de fiscalização. MEDAUAR, op. cit., p. 140.

⁵⁵ MEDAUAR, op. cit., p. 140.

⁵⁶ SCHOENMAKER, Janaina. *Controle das parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81-82.

⁵⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 180-185.

recomendações. Além disso, segundo os autores, somente o “parâmetro” de legalidade autoriza a emissão de “atos de comandos” pelo Tribunal de Contas, mas não os “parâmetros” de economicidade, eficiência ou efetividade, que autorizam somente a representação à autoridade competente.

Entendo que as competências constitucionais a cargo dos Tribunais de Contas não podem ser restringidas somente ao critério da legalidade, haja vista que a Constituição expressamente prevê que a fiscalização (contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial) será realizada levando-se em consideração os critérios da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, de modo que não é possível uma interpretação restritiva do texto constitucional suprimindo competências dos Tribunais de Contas.

As competências constitucionais do TCU que incidem diretamente sobre as entidades em tela, de acordo com Janaina Schoenmaker⁵⁸, são as seguintes: (a) julgar as contas das entidades do terceiro setor no que tange aos recursos públicos recebidos, nos termos do artigo 71, inciso II, não se admitindo qualquer interpretação que restrinja o conteúdo da palavra “responsáveis”; (b) controle da legalidade das contratações de pessoal realizadas pelas entidades do terceiro setor mantidas com recursos públicos (inciso III do referido artigo 71), mas mencionado controle não seria para fins de registro; (c) realizar inspeções e auditorias nas entidades do terceiro setor receptoras de recursos públicos, mediante provocação ou por iniciativa própria, nos termos do inciso IV do artigo 71, com a finalidade de verificar a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos praticados; (d) fiscalizar a destinação dos recursos repassados pela União às entidades do terceiro setor por intermédio dos Estados, Distrito Federal e Municípios (inciso VI do mesmo artigo 71); (e) desde que previsto em lei, aplicar sanções e fixar prazo para a adoção de providências caso haja irregularidade ou ilegalidade nas contas, com base no inciso VIII do artigo 71; (f) sustar a execução do ato impugnado e comunicar de imediato a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, caso as providências determinadas pelo TCU não forem atendidas (incisos IX e X do artigo 71). No entanto, segundo Janaina Schoenmaker⁵⁹, referida competência:

(...) não autoriza o TCU a sustar contratos celebrados pela entidade com terceiros privados, tampouco convênios, contratos de gestão, termos de parceria, contratos de repasse celebrados entre a entidade e o órgão público parceiro.

⁵⁸ SCHOENMAKER, Janaina. *Controle das parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 97-130.

⁵⁹ SCHOENMAKER, op. cit., p. 129.

Isso porque a Constituição reservou ao Poder Legislativo a sustação de contratos (artigo 71, § 1º), permitindo que o Tribunal de Contas apenas estabeleça prazo para que o responsável adote as providências cabíveis ao exato cumprimento da lei.

Destaco que o controle interno deverá colaborar com os órgãos de controle externo no exercício de sua missão institucional, a teor do disposto no artigo 74, inciso IV, da Constituição Federal. Ressalto que não se trata do controle interno realizado no âmbito da própria entidade privada parceira, mas sim do controle exercido pelo Poder Executivo tratado linhas atrás.

9. CONTROLE SOCIAL

A sociedade exerce papel importante na fiscalização das entidades do terceiro setor que recebem recursos e bens públicos. O controle social pode ocorrer de forma direta ou indireta.

Os princípios da publicidade e da transparência são fundamentais para o controle social.

De fato, a legislação que disciplina as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público traz expressamente a obrigatoriedade da publicidade do contrato de gestão (artigo 7º, “caput”, da Lei nº 9.637/98); do termo de parceria (artigo 10, § 2º, inciso VI, da Lei nº 9.790/99); dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão (artigo 2º, inciso I, alínea f, da Lei nº 9.637/98); do relatório de atividade e das demonstrações financeiras, que serão colocados à disposição para exame de qualquer cidadão (artigo 4º, inciso VII, alínea b, da Lei nº 9.790/99); do regulamento próprio para aquisição de bens e contratação de obras e serviços com emprego de recursos repassados pelo ente público (artigo 17 da Lei nº 9.637/98 e artigo 14 da Lei nº 9.790/99); da publicidade do extrato da execução física e financeira do termo de parceria (artigo 18 do Decreto nº 3.100/1999).

Juarez de Freitas⁶⁰ explica que as OSs e OSCIPs precisam “conferir ampliada publicidade a seus atos de gestão, facilitando, ao máximo, o controle social”.

Qualquer cidadão⁶¹ tem legitimidade para ajuizar ação popular pleiteando a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público,

⁶⁰ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 426.

⁶¹ Segundo Pedro Lenza, cidadão é o brasileiro nato ou naturalizado que esteja no pleno gozo de seus direitos políticos, comprovando tal fato com o título de eleitor ou documento que a ele corresponda (§ 3º do artigo 1º da Lei nº 4.717/1965). LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1262.

com esteio no artigo 1^o⁶² da Lei nº 4.717/1965. Trata-se de controle de forma direta pela sociedade⁶³.

No âmbito das Organizações Sociais o controle direto se dá mediante a participação, nos conselhos de administração, da sociedade civil (artigo 3^o da Lei nº 9.637/1998).

Já nas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público a execução do termo de parceria será acompanhada e fiscalizada pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo, nos termos do artigo 11, “caput”, da Lei nº 9.790/99.

Por sua vez, o controle indireto ocorre quando o cidadão toma conhecimento de ilegalidade ou irregularidade e comunica tal fato ao Ministério Público, para fins de instauração de inquérito civil e propositura de ação civil pública, e ao Tribunal de Contas para a adoção das medidas cabíveis (artigo 74, § 2^o, e artigo 129, inciso III, todos da CF/88).

Além disso, a desqualificação da OSCIP pode decorrer de processo administrativo ou judicial, de iniciativa popular (artigo 7^o da Lei nº 9.790/99 c.c artigo 4^o do Decreto nº 3.100/99).

Embora a legislação discipline instrumentos jurídicos para o controle social, infelizmente, não é da cultura dos cidadãos exercer a fiscalização das parcerias firmadas pelo Poder Público, o que precisa ser mudado.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode negar a importância dos vínculos jurídicos de parceria entre o Estado e as entidades do Terceiro Setor para a prestação de serviços de relevância pública à sociedade.

Da mesma forma, não se pode olvidar da necessidade e da importância dos controles exercidos sobre referidas entidades receptoras de recursos (financeiros e humanos) e bens públicos. Ressalta-se que os controles devem ser eficientes e eficazes para se evitar os desvirtuamentos dos recursos públicos transferidos.

No presente trabalho, buscou-se tratar, de forma geral e abrangente, a respeito das diversas formas de controle – internos e externos.

⁶² “Art. 1^o Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (*Constituição, art. 141, § 38*), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.”

⁶³ Floriano de Azevedo Marques Neto defende que a ação popular representa o “exercício do controle social de maneira reativa”. Isso porque referido controle decorre da “reação do cidadão (pedindo a prestação jurisdicional), em defesa de seu direito subjetivo a ter um governo honesto”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 228.

Seria melhor se existisse uma legislação de âmbito nacional garantidora de igual tratamento para as entidades do Terceiro Setor, que instituísse as diversas formas de controle, assegurando os princípios da segurança jurídica e da isonomia.

Destaca-se que referida legislação nacional deveria evitar a sobreposição de controles e determinar a constante interlocução entre os órgãos responsáveis pela fiscalização, o que implicaria a diminuição dos custos com o controle, garantindo-se, pois, um controle realmente eficiente.

Além disso, tal como já previsto no artigo 14 do Decreto-lei 200/1967, deveriam ser eliminados controles meramente formais e controles nos quais o custo seja superior ao risco, em atenção aos princípios da eficiência e da economicidade.

Conforme exposto no decorrer deste trabalho, hodiernamente o controle é de resultados, fruto da Administração Pública Gerencial, por meio do qual se verifica o cumprimento das metas e dos resultados estabelecidos nos ajustes firmados entre o Poder Público e as entidades privadas.

Espera-se que este artigo tenha cumprido o seu escopo e possa contribuir para o aperfeiçoamento do imprescindível controle dos recursos públicos repassados às entidades privadas.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm >. Acesso em: 09 de novembro de 2015.

BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9637.htm >. Acesso em: 09 de novembro de 2015.

BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9790.htm >. Acesso em: 09 de novembro de 2015.

BRASIL. Lei nº 3.100, de 30 de junho de 1999. Regulamenta a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui

e disciplina o Termo de Parceria e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3100.htm >. Acesso em: 09 de novembro de 2015.

BRASIL. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil; institui o termo de colaboração e o termo de fomento; e altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm >. Acesso em: 09 de novembro de 2015.

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm >. Acesso em: 09 de novembro de 2015.

BRASIL. Lei nº 13.080, de 2 de janeiro de 2015. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2015 e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13080.htm >. Acesso em: 09 de novembro de 2015.

Cadernos MARE de Reforma do Estado. Organizações Sociais, Caderno 2. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno02.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael. Organizadores. *Administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 199-238.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. Coordenadores. *Terceiro Setor e Parcerias na Área de Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NUNES, Andrea. *Terceiro Setor: controle e fiscalização*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

PRADO, Inês Maria Coimbra de Almeida; CASTRO, Taiane Lobato de. *O controle do Terceiro Setor*. In: Revista de Direito Sanitário, São Paulo. v. 8, n. 2, p.11-33. Jul./Out. 2007.

REIS, Taciana Mara Corrêa Maia. *Administração Pública, gerencialismo e legitimação: O Estado em ação para além da Administração Pública Gerencial*. Curitiba: Juruá, 2015.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor - Coleção Temas de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. Editora Malheiros.

SCHOENMAKER, Janaina. *Controle das parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. As modernas parcerias públicas com o terceiro setor. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 42-78.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 177-220.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Terceiro setor: entre a liberdade e o controle*. Salvador: JusPodivm, 2013.

VALLE, Vanice Lírio do. Terceiro Setor e parcerias com a Administração Pública: desafios ao controle das OS e OSCIPs. *Revista de Direito do Terceiro Setor RDTS*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55479>>. Acesso em: 21 set. 2015.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. 3. ed. atual. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

A NATUREZA JURÍDICA DOS INSTRUMENTOS DE PARCERIA SOCIAL CELEBRADOS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL

*The legal nature of the social partnership between Public
Administration and civil society organizations*

Bruno Luís Amorim Pinto¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Da natureza jurídica. 2.1. Da natureza de convênio administrativo ou mero acordo de vontades. 2.2. Da natureza de contrato administrativo *lato sensu*. 2.3. Da natureza de ato administrativo complexo. 2.4. Da posição defendida. 3. Conclusões. 4. Referências bibliográficas.

RESUMO

Analisando a doutrina jurídica brasileira e a legislação nacional aplicável, o presente artigo investiga a natureza jurídica dos instrumentos de parceria social celebrados entre a Administração Pública e as chamadas *organizações da sociedade civil*, demonstrando suas implicações para o regime jurídico desses mecanismos de colaboração.

Palavras-chave: Administração Pública – Organizações da Sociedade Civil – parcerias sociais – natureza jurídica – doutrina – regime jurídico.

ABSTRACT

Analyzing the Brazilian legal doctrine and the national applicable law, this paper investigates the legal nature of social partnerships engaged by Public Administration with the so-called *civil society organizations*, presenting its implications to the legal regime of these collaborative mechanisms.

Keywords: Public Administration – Civil Society Organizations – social partnerships – legal nature – doctrine – legal regime.

1. INTRODUÇÃO

Sob o influxo do perfil cidadão da Constituição Federal de 1988 e do imperativo da *eficiência administrativa*² que norteou, em nosso país, a ainda inacabada *Reforma de 1990*³, a Administração Pública Brasileira vem recorrendo cada vez mais

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito do Estado – Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

² Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2008, p. 103) coloca a eficiência como um dos quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno, traduzindo-a como uma “qualidade essencial da boa governança”, uma eficiência socioeconômica consistente em produzir bens e serviços de melhor qualidade, o mais rápido e na maior quantidade possíveis e com os menores custos para a sociedade.

³ No centro do movimento reformista que se espalhou pelo mundo nas décadas de 1980 e 1990 está a crise endógena do Estado Social ou Providência, marcado por uma Administração Pública altamente burocratizada, ineficiente e capturada por interesses privados (Luiz Carlos BRESSER PEREIRA e Nuria Cunill GRAU, 1999, p. 15-16). De acordo com Odete MEDAUAR (2003, p. 132), pretendia-se uma Administração a serviço do cidadão, a partir dum novo modelo de se relacionar com a sociedade, com mais transparência e eficiência administrativas, transferindo-se atribuições públicas [de interesse

às parcerias com a iniciativa privada sem fins lucrativos para desenvolver serviços sociais e concretizar os *interesses públicos*⁴, atendendo as necessidades coletivas numa perspectiva democrática, pluralista e consensual⁵ de ação estatal, construindo aquilo que se intitula de *Estado Parceiro*⁶.

Trata-se do crescente recurso à atividade de fomento administrativo, uma das decorrências do princípio da subsidiariedade estatal, a partir da lógica de que a não

público] ao setor privado e expandindo-se técnicas de gestão que priorizam os resultados, o chamado *new public management*, tendo como eixos centrais, ao menos nos países periféricos como o Brasil, o controle da inflação e a busca do equilíbrio econômico, com a redução do aparelhamento administrativo e o controle da despesa pública. Tarso Cabral VIOLIN (2010, p. 97-109) explica que, no Brasil, esse movimento surgiu principalmente com a edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – elaborado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) na gestão de Fernando Henrique Cardoso, cujo Ministro era justamente Luiz Carlos BRESSER-PEREIRA, orientada pelos postulados do Consenso de Washington, ocorrido em 1989 nesta localidade, reunindo os organismos de financiamento internacional de Bretton Woods (FMI, BID e Banco Mundial), funcionários do governo norte-americano e economistas latino-americanos, com o intuito especial de orientar o processo nos países em desenvolvimento –, em 1995, seguido pela reforma administrativa implementada pela Emenda Constitucional nº 19/1998 e por normas infraconstitucionais, a exemplo da edição da Lei Federal nº 9.637/1998, que instituiu e disciplinou os contratos de gestão com as organizações sociais.

- ⁴ Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2008, p. 113) ensina que a *noção objetiva de público como algo inerente e próprio, quando não exclusivo, do Estado é mito dominante do século XX, hoje substituído pela ideia de espaço decisório dum conjunto de interesses metaindividuais da sociedade compartilhado com o Estado, a romper com o presumido monopólio estatal sobre inúmeras funções de interesse transindividuais, historicamente por ele absorvidas. Segundo Luiz Carlos BRESSER PEREIRA (1999, p. 21), o público deve ser atualmente entendido como o que é de todos e para todos; o privado, o que está voltado para o lucro ou para o consumo; e o corporativo, o que está orientado para a defesa política de interesses setoriais ou grupais; sendo possível distinguir dentro do público o estatal e o não estatal.*
- ⁵ Almiro do Couto e SILVA (2013, p. 429) leciona que *Administração Concertada, Administração Consensual ou Soft Administration são expressões que refletem novas formas de democracia participativa, em que o Poder Público, ao invés de decidir unilateralmente, utilizando-se do ato administrativo, procura ou atrai os indivíduos para o debate de questões de interesse comum, que deverão ser resolvidas mediante acordo. Nessa mesma toada, Silvio Luís Ferreira da ROCHA (2006, p. 20) afirma que o modelo estatista levou à transformação de uma Administração impositiva e burocrática em outra consensual e gerencial, substituindo-se o modelo clássico da coerção pelo da colaboração, num sistema de gestão baseado em instrumentos consensuais e negociais*
- ⁶ Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2008, p. 21-23) explica a evolução do papel do Estado na seguinte sequência: (i) Estado de Polícia ou Gendarme, de garantia do homem livre – liberalismo; (ii) Estado Providência, de garantia da igualdade material, próprio dos séculos XIX e XX e marcado pela concentração de poder e hipertrofia do aparelho estatal, cortes autocráticos e absolutistas nas versões mais radicais, desequilíbrio entre a liberdade e a igualdade e Estado como tutor ou dirigente da coletividade; e (iii) Estado Parceiro, que reentroniza o homem como responsável e destinatário do progresso, concentrando a confiança em suas potencialidades elementares, encarando-se o corpo estatal como mero instrumento de realização dos interesses coletivos, não mais cabendo ao ente estatal a tarefa de dirigir, mas a de executar a vontade de sociedades abertas. Para o Autor (2006, p. 379), o Estado Parceiro, longe de diminuir, ganhará importância, já que, fortalecido pela segurança ética que lhe dará o princípio da subsidiariedade, concentrará sua ação em seu próprio campo decisório – o da finalidade pública –, uma vez que esta somente pode ser realizada efetivamente com sua ação. De acordo com Luis Martin REBOLLO (2003, p. 111), o Estado Parceiro é “Um Estado que, agora, sobretudo, regula, inspeciona, sanciona. Acentua esse papel vigilante, sem prejuízo de que às vezes preste diretamente serviços”. Referindo-se à doutrina de Gaspar Ariño ORTIZ, Gustavo Justino de OLIVEIRA (2007c, p. 223-226) prefere falar em Estado contratual e Estado financiador, figuras que seriam complementares entre si e expressariam a vocação do Estado contemporâneo de funcionar como “[...] agente financiador e fomentador de atividades que tenham por fim gerar a transformação social”.

intervenção direta do Estado naquelas atividades em que os particulares têm condições de assumir satisfatoriamente impõe, como contrapartida, a fim de garantir os interesses públicos, a coordenação, fiscalização e estímulo à iniciativa privada (Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, 2012, p. 35; Silvio Luís Ferreira ROCHA, 2006, p. 20).

Nomeadamente, cuida-se do estímulo à iniciativa privada sem objetivo de lucro de fins comunitários públicos ou de solidariedade social, denominada no presente artigo simplesmente de *organizações da sociedade civil*, em consonância com a expressão empregada pela recente Lei Federal nº 13.019/2014, sem prejuízo, é claro, das diversas locuções comumente empregadas para designar as entidades não estatais sem fins lucrativos que firmam ajustes colaborativos com o Estado para, ao seu lado, oferecer utilidades à coletividade, *exempli gratia*: entidades paraestatais, terceiro setor, fundações privadas e associações sem fins lucrativos, entidades de colaboração, entre outras⁷.

Oportuno esclarecer que, independentemente da expressão utilizada, o legítimo fomento com repasse de recursos públicos a entidades não estatais exige que elas sejam *sem fins lucrativos, institucionalizadas, autoadministradas e voluntárias*⁸, além de, como bem pontuado por Paulo Eduardo Garrido MODESTO (2006, p. 06), possuírem *fins comunitários, públicos ou de solidariedade social*. Esta última característica, destaque-se, significa a sua vocação à prestação de serviços sociais em benefício de toda a coletividade, em oposição àquelas entidades que proporcionam benefícios somente a seus associados, o chamado *espaço corporativo* (Luiz Carlos BRESSER PEREIRA e Nuria CUNILL GRAU, 1999, p. 21), como é o caso dos serviços sociais autônomos.

Nessa linha reformista, ao longo dos anos, proliferaram-se em nossa legislação diversos instrumentos jurídicos de emparceiramento social entre a Administração e as organizações da sociedade civil⁹, desde, no plano federal pelo menos, o tradicional convênio administrativo, passando pelos contratos de gestão com organizações sociais, pelos termos de parceria com organizações da sociedade civil, até, mais recentemente, os termos de fomento e termos de colaboração contemplados na Lei Federal nº 13.019/2014¹⁰.

⁷ Paulo Eduardo Garrido MODESTO (2011, p. 11) observa que a própria Constituição Federal se vale das mais variadas expressões, a saber: *instituição de educação e de assistência social, sem fins lucrativos* (art. 150, VI, c); *entidades filantrópicas* (art. 199, § 1º); *entidades sem fins lucrativos* (art. 199, § 1º); *entidades beneficentes* (art. 204, I); e *entidades não governamentais* (art. 227, § 1º).

⁸ Conforme estudo conjunto do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, ABONG – Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais e GIFE – Grupo de Institutos, Fundações e Empresas em 2005 (reeditado em 2010).

⁹ Sem prejuízo da confusão que possa despertar com as parcerias público-privada tratadas na Lei Federal nº 11.079/2004, espécie de contrato administrativo de concessão de serviços públicos, Carlos Ari SUNDFELD (2011, p. 20-22) refere-se à expressão parcerias público-privadas em sentido amplo para designar “múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral”, incluindo os contratos de colaboração, abrangendo, portanto, os vínculos formais de cooperação com organizações da sociedade civil aqui estudados.

¹⁰ Rodrigo Pagani de SOUZA (2009, p. 312) questiona a concorrência desses instrumentos de par-

Muito embora existam diferenças pontuais entre si, todos esses ajustes compartilham de uma *unidade de sentido*, qual seja a finalidade colaborativa, com obrigações assumidas pelas partes dirigidas ao mesmo objetivo de interesse público, visando ao desenvolvimento de serviços sociais à coletividade. Fica, então, a pergunta acerca de sua natureza jurídica, isto é, daquilo que são para o Direito, da categoria jurídica sob a qual todos esses vínculos colaborativos podem ser reunidos.

Ressalte-se, ainda, que a pesquisa da natureza jurídica dos instrumentos de colaboração social entre os setores público e privado sem fins lucrativos não é mero exercício de intelecto, sendo fator determinante para definição do regime jurídico dessas parcerias sociais, eis que define a competência [constitucional] legislativa sobre a matéria e, por consequência, o universo de normas incidentes.

2. DA NATUREZA JURÍDICA

A doutrina brasileira diverge em relação à natureza jurídica das parcerias sociais com as organizações da sociedade civil, com alguma prevalência para a sua caracterização enquanto convênio administrativo ou mero acordo de vontades, especialmente no intuito de, afastando o caráter contratual desses vínculos, eximi-los da necessidade de observar a regra da licitação pública prevista no art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988 – CF/88.

Analisando a doutrina administrativista brasileira, Carolina Caiado LIMA (2010, p. 37-48) identifica pelo menos 03 (três) correntes: (i) *acordo de vontades ou convênio administrativo*; (ii) *contrato administrativo*; e (iii) *ato administrativo complexo*. Vejamos:

2.1. Da natureza de convênio administrativo ou mero acordo de vontades

Preliminarmente, importante destacar que é possível falar em convênio tanto como uma espécie de instrumento de parceria social entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil¹¹ quanto como uma categoria jurídica genérica, numa

ceria entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil em nosso ordenamento jurídico justamente diante da igualdade de propósito entre eles, afirmando ser essa redundância um dos problemas fundamentais do Direito vigente. Para o autor, essa multiplicidade de regimes de parceria traz complexidade desnecessária ao Direito positivo brasileiro, permitindo o tratamento desigual de entidades que, fundamentalmente, se encontram na mesma situação. Interessante observar que a crítica do autor permanece atual mesmo após o advento da Lei Federal nº 13.019/2014, a qual pretende conviver com os contratos de gestão e termos de parceria (art. 2º, VII e VIII), determinando ainda a sua aplicação subsidiária (“naquilo que couber”) a estes últimos (art. 4º), apenas impedindo a formalização das parcerias entre a Administração Pública e a iniciativa privada sem fins lucrativos por meio de convênios, que ficarão restritos às relações de cooperação interfederativa prevista no art. 241 da Constituição Federal (art. 84).

¹¹ Os convênios assim intitulados possuem, no plano federal, disciplina própria, dada pelo Decreto Federal nº 6.170/2007 (art. 1º, § 1º, I), pela Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011 (art. 1º, § 2º, VI) e pela IN STN nº 01/97 (art. 1º, § 1º, I), não se aplicando aos contratos de gestão com organizações sociais (Lei Federal nº 9.637/1998), aos termos de parceria com organizações da sociedade

noção de convênio *lato sensu*, designativa, na linha conceitual de Hely Lopes MEIRELLES (2002, p. 383), de todos os “[...] acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum”. É neste segundo sentido que se fala em *categoria jurídica de convênio administrativo ou de mero acordo de vontades*.

Em estudo aprofundado sobre a matéria, Carolina Caiado LIMA (30-36) insere todas as parcerias sociais entabuladas entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil na noção de *convênio administrativo colaborativo ou de cooperação*, firmados entre a Administração e entidades privadas com o objetivo de incentivar, no contexto da atividade administrativa de fomento, ações e atividades livres à iniciativa privada e que estão afetadas ao interesse público/coletivo. Tal categoria contrapõe-se ao dito *convênio de cooperação federativa*, previsto no art. 241 da Constituição Federal de 1988, celebrado entre entidades estatais para a gestão associada de serviços públicos¹².

Da mesma forma, Gustavo Alexandre MAGALHÃES (2012, p. 116-117) conclui que o termo *convênio* abrange:

[...] todos os vínculos jurídicos celebrados entre a Administração Pública, no exercício da atividade de fomento, e os entes no exercício de atividades referentes ao terceiro setor [...], [tratando-se de] acordos de vontade, em que os partícipes visam a um interesse comum, colaborando mutuamente para o desenvolvimento do projeto. [...] [Dessa forma,] todo o estudo realizado acerca dos convênios administrativos (principalmente quanto à natureza jurídica) aplica-se também aos contratos de gestão, termos de parceria e eventuais outros institutos criados por leis específicas no intuito de regular os acordos celebrados entre entes públicos e instituições sem fins lucrativos, para atender a objetivos comuns.

É esse também o entendimento de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2015, p. 293-294), para quem os termos de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público [e os recentes termos de fomento e de colaboração] assemelham-se aos convênios tradicionalmente celebrados entre o Poder Público e entidades privadas para

civil de interesse público (Lei Federal nº 9.790/1999), nem aos noveis termos de colaboração e termo de fomento firmados com organizações da sociedade civil (Lei Federal nº 13.019/2014). É importante destacar que, com o advento da Lei Federal nº 13.019/2014 (art. 84), o convênio propriamente dito, regido pelo mencionado diploma normativo, não mais poderá ser utilizado para instrumentalizar as parcerias sociais entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil, ressalvados os convênios de saúde, por força de seu assento constitucional (art. 199, §1º).

¹² Nesse mesmo sentido, Gustavo Justino de OLIVEIRA (2008b, p. 269-270) explica que os convênios possuem multifuncionalidade no sistema administrativo brasileiro, podendo ser encarados tanto como *acordos administrativos organizatórios* quanto como *acordos administrativos colaborativos*: os primeiros instrumentalizam a descentralização de atividades de um órgão ou ente administrativo para outros órgãos ou entes administrativos; e os segundos formalizam vínculos de colaboração entre a Administração e quaisquer tipos de entidades privadas, com ou sem fins lucrativos, independentemente de serem detentoras de uma qualificação especial prévia.

formalizar a atividade de fomento, tratando-se de “[...] acordo de vontades em que os partícipes objetivam a um fim de interesse comum; cada qual colabora de uma forma, podendo ser por meio de recursos humanos, materiais, financeiros, know how (...)”¹³.

A defesa da natureza de convênio administrativo sustenta-se na ideia de que as parcerias sociais entre a Administração e as organizações da sociedade civil envolvem mero acordo de vontades, porquanto não existiriam interesses contrapostos nem reciprocidade de obrigações entre os partícipes ou convenientes.

Nessa perspectiva, seguindo as lições de Hely Lopes MEIRELLES, José Eduardo Sabo PAES (2013, p. 802-803) defende que o único ponto comum entre o convênio e o contrato é a existência do acordo de vontades, diferenciando-se porque, no primeiro, os interesses das partes são divergentes e opostos, enquanto que, no segundo, eles são coincidentes e comuns, havendo um evento de interesse recíproco em regime de mútua cooperação.

Assim é a compreensão mais tradicional e prevalente na doutrina brasileira acerca da natureza jurídica das parcerias sociais entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, defendida, *verbi gratia*, por Edmir Netto de ARAÚJO (2012, p. 728), José dos Santos CARVALHO FILHO (2013, p. 224-228) e Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2015, p. 238-239), que caracterizam os ajustes aqui examinados convênios administrativos ou meros acordos de vontades, sempre se referindo à ausência de interesses contrapostos e de reciprocidade de obrigações entre os partícipes.

Filiando-se igualmente a essa corrente, Maria Nazaré Lins BARBOSA (2011, p. 535) sintetiza as seguintes características do convênio, que o diferenciariam do contrato: os interesses são recíprocos, e não contrapostos; os entes conveniados têm objetivos institucionais (competências institucionais) comuns, reunindo-se para alcançá-los; por almejem o mesmo objetivo, os seus signatários não são rigorosamente partes, não cobrando taxa ou remuneração entre si; o valor eventualmente entregue por um dos convenientes ao outro somente pode ser utilizado para os fins previstos no instrumento, não se tratando de remuneração, que passa a integrar o patrimônio da entidade que a recebeu, sendo irrelevante para o repassador a utilização que será feita do mesmo¹⁴.

¹³ Registre, ainda, o similar vaticínio de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2014, p. 610-612), segundo o qual “a esses atos caberia adequadamente a denominação de convênios”. Negando a natureza contratual dos acordos de colaboração, o autor critica duramente a designação “contrato de gestão” prevista na Lei Federal nº 9.637/1998, afirmando que nem mesmo a expressão “termo de parceria” da Lei Federal nº 9.790/1999 seria adequada, já que “ignora a correta e pacífica denominação de convênios [de cooperação], já adotada pelo legislador constitucional para instrumentar a gestão associada de serviços públicos (CF, art. 241) [grifos no original]. Ousamos discordar do autor neste último ponto, entretanto, dado que o aludido dispositivo constitucional se refere aos convênios interfederativos, cuja alusão somente traria dificuldades quanto às normas jurídicas aplicáveis, embora não olvidemos da previsão constitucional de convênios entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil sem fins lucrativos na área da saúde (art. 199, § 1º).

¹⁴ Neste particular, distinguindo convênio de contrato, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2013, p. 348) entende que, “no contrato, o valor pago a título de remuneração passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebeu, sendo irrelevante para o órgão repassador a utilização que será feita do mesmo”,

É Hely Lopes MEIRELLES (2002, p. 383) quem ainda acrescenta como marcas dos convênios administrativos [diferenciando-os dos contratos] a instabilidade e a precariedade, na medida em que se permitiria que qualquer partícipe o denunciasse e retirasse sua cooperação quando o desejar, sendo-lhe atribuídas apenas as obrigações e vantagens referentes ao tempo em que participou voluntariamente do acordo. Para ele, “a liberdade de ingresso e retirada dos partícipes do convênio é traço característico dessa *cooperação associativa*, e, por isso mesmo, não admite cláusula obrigatória da permanência ou sancionadora dos denunciantes”¹⁵.

Afigura-se curioso o raciocínio espacial e direcional construído por Edmir Netto de ARAÚJO (2012, p. 728), de acordo com o qual os “Convênios administrativos são convenções, mas não contratos, pois nestes as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie (vontade contratual, resultante e não soma), ao passo que nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns”. O autor, então, classifica os convênios administrativos em acordos de cooperação, quando todas as pessoas estão preordenadas para o fim desejado; e acordos de colaboração, quando um dos convenientes desempenha atividades-meio, preparatórias, auxiliares ou complementares do outro, para o objetivo comum.

O Tribunal de Contas da União – TCU parece seguir essa primeira linha de pensamento, tendo diferenciado expressamente convênio de contrato no Acórdão nº 1.077/2005, principalmente pela [suposta] ausência de reciprocidade de obrigações do primeiro, um vez que, no contrato, uma das partes se obriga a dar, fazer ou não fazer alguma coisa mediante pagamento previamente acertado, ao passo que, no convênio, os interesses são comuns e a contraprestação em dinheiro não precisa existir, tratando-se de ajuste de mútua colaboração para atingimento de objetivo comum.

Também o Supremo Tribunal Federal – STF já se manifestou por essa primeira corrente de pensamento, encampando expressamente a doutrina de Hely Lopes MEIRELLES no RE nº 119.256-9/SP, chegando a afirmar a precariedade dos convênios, no qual não haveria direito adquirido dos seus partícipes à manutenção do vínculo¹⁶.

daí porque, ao revés, no convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado à utilização prevista no ajuste e, tratando-se de verbas públicas, o conveniente não estatal deverá prestar contas ao Tribunal de Contas.

¹⁵ Igualmente, Edmir Netto de ARAÚJO (2012, p. 728) e José dos Santos CARVALHO FILHO (2013, p. 225), este último para quem imperaria no convênio o princípio do informalismo, podendo o pactuante se retirar do ajuste (denúncia do convênio) a qualquer tempo sem suportar efeitos negativos de maior relevância e não sendo exigível o pressuposto da personalidade jurídica (ao contrário do que ocorre com o contrato). Neste ponto, registramos que, encampando a tradicional visão acerca dos convênios e instrumentos congêneres de cooperação mútua, o Decreto Federal nº 6.170/2008 veda a oposição de cláusula de permanência – como não poderia de ser, tendo em vista a garantia constitucional da liberdade de associação – ou sancionadora do denunciante, a despeito de prever que ficam os partícipes “responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participaram voluntariamente do acordo”.

¹⁶ Recentemente adotada no julgamento do mérito da ADI nº 1.923/DF, que consignou que o contrato de gestão com as OSs consiste, em linhas gerais, num convênio, e não exatamente num contrato de direito

Anote-se que essa tradicional distinção entre convênio e contrato já constou textualmente do nosso ordenamento jurídico, nomeadamente no art. 48 do Decreto nº 93.872/1986, que acabou sendo revogado pelo Decreto Federal nº 6.170/2007 e assim dispunha:

Art. 48. Os serviços de interesse recíproco dos órgãos e entidades da administração federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares, poderão ser executados sob regime de mútua cooperação, mediante convênio, acordo ou ajuste.

§ 1º. Quando os participantes tenham interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste, e de outro lado a contraprestação correspondente, ou seja, o preço ou ajuste constitui contrato.

2.2. Da natureza de contrato administrativo *lato sensu*

Numa outra perspectiva, denominada *atual* por Janaina SCHOENMAKER (2011, p. 59), não se nega a natureza convencional das parcerias sociais entre a Administração e as organizações da sociedade civil¹⁷, mas se incluem os convênios na noção de *contrato administrativo em sentido amplo*, numa relação de gênero e espécie.

Filiando-se a essa segunda corrente de pensamento, Celso Antônio Bandeira de MELLO (2009, p. 657-660) afirma que o contrato, enquanto instituto da Teoria Geral do Direito, compreende duas modalidades básicas, a saber: contratos em que as partes se compõem para atender a interesses contrapostos; e contratos em que, inversamente, as partes se compõem pela comunidade de interesses.

Essa também é a visão de Odete MEDAUAR (2013, p. 241-242), de acordo com a qual, assim como ocorreu com os contratos administrativos clássicos dos primórdios do século XX¹⁸, é possível incluir os instrumentos convencionais (decorrentes do consenso, acordo e cooperação) num *módulo contratual*, bastando para tanto que se deixe de lado a concepção restrita de contrato vigente no século XIX, centrada na autonomia da vontade, na igualdade absoluta entre as partes e na imutabilidade da vontade inicial, e se retome a ideia básica de contrato predominante na Grécia

público, senão nominalmente, daí a sua conclusão de que, em princípio, haveria desnecessidade de processo licitatório.

¹⁷ É importante ter clareza de que afirmar que os instrumentos de parcerias sociais entre os setores público e privado sem fins lucrativos são contratos não afasta a tradicional concepção de convênio administrativo, senão quanto às características de ausência de obrigações recíprocas e de estabilidade, mantendo-se a ideia de assunção de compromissos em direção a um objetivo comum.

¹⁸ Quando acabou se firmando a *noção francesa de contrato administrativo enquanto ajustes celebrados pela Administração Pública com particulares para a aquisição de obras, serviços e compras e realização de concessões e alienações públicas, marcados pela relativização do princípio da intangibilidade contratual e da igualdade formal dos contratantes, com prerrogativas e sujeições exorbitantes do Direito Comum (Civil)*.

Clássica e no Direito Romano mais antigo, baseada no intercâmbio de bens e prestações, regido pelo Direito, com possibilidade de regimes jurídicos diversos¹⁹.

Da mesma forma, reconhecendo a insuficiência intrínseca da *teoria [moderna] do contrato administrativo* para explicar o complexo fenômeno contratual da Administração, Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA (2012, p. 242-246) defende a existência dum gênero contratual no qual se incluem os convênios *lato sensu*, falando em *módulos convencionais* ou *contratuais em sentido amplo*. Para ele, todos esses instrumentos convencionais de cooperação celebrados pela Administração criam situações jurídicas subjetivas [direitos e obrigações exigíveis juridicamente], na medida em que produzem regras aplicáveis individualmente às pessoas envolvidas, estabelecendo-se obrigações das partes em relação às atividades a serem realizadas, com metas e prazos de execução fixados.

Com precisão, Marçal JUSTEN FILHO (2005, p. 25-26) pontua não haver na *Teoria Geral do Direito* uma categoria de ato jurídico específica e autônoma denominada *convênio*, apontando como justificativa para a utilização desta expressão no Direito Administrativo Brasileiro a intenção de evitar confusões com as avenças tradicionalmente praticadas entre a Administração Pública e particulares, marcadas que são pela desigualdade, imperatividade e poderes extroversos. Para o autor, os convênios são espécie de *contrato plurilateral*, avença caracterizada pela possibilidade de participação de mais de duas partes e pela inexistência de câmbio de riquezas entre os contratantes, objetivando a realização de certa atividade de interesse comum por meio da organização de bens e esforços²⁰.

Também se alinhando pela natureza contratual dos convênios, Sílvio Luís Ferreira da ROCHA (2006, p. 53-53) entende não haver diferença quanto à natureza, mas apenas de conteúdo, dado que inexistiria no convênio as chamadas *cláusulas exorbitantes*, tratando-se de verdadeiro contrato associativo.

Registre-se, ainda, as lições de Gustavo Alexandre MAGALHÃES (2012, p.), de acordo com o qual “[...] os argumentos utilizados pela doutrina tradicional para negar natureza contratual aos convênios não resistem à análise dos contratos e dos convênios segundo a *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, vez que o consenso (acordo de vontades) e a direção à produção de efeitos jurídicos (criação, modificação ou extinção de determinada relação jurídica) seriam os únicos requisitos inquestionáveis para a celebração do contrato, estando presentes também nos acordos colaborativos (convênios), que ostentariam a natureza de verdadeiros contratos bi/plurilaterais de *natureza reflexiva*”²¹.

¹⁹ Odete MEDAUAR (1995, p. 75-81) demonstra situações em que os interesses convergentes são objeto de contrato e os interesses contrapostos se fazem presentes nos convênios; que o suposto exercício de competências comuns nos convênios não existe no caso de parcerias com os particulares; e que, ainda que não se fale em preço, o repasse de verbas num convênio tem sentido remuneratório.

²⁰ Sem prejuízo, Marçal JUSTEN FILHO (2013, p. 473-473) afirma que o convênio não se confunde com as contratações administrativas em sentido restrito, tratando-se de contrato associativo/cooperativo/associativo, em que a prestação de uma das partes não se destina a ser incorporada no patrimônio da outra, inexistindo, portanto, o caráter comutativo, não se falando em transferência entre si da titularidade de bens e serviços.

²¹ Referindo-se à ampla doutrina civilista, em especial aos ensinamentos de Pontes de MIRANDA, Gus-

Janaina SCHOENMAKER (2011, p. 60) observa que a negação da natureza contratual das parcerias sociais entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil busca especialmente liberar a celebração desses instrumentos negociais da regra constitucional da licitação pública (art. 37, XXI), afastando a aplicação integral da Lei Federal nº 8.666/1993, que incidiria, nos termos do seu art. 116, “apenas naquilo que couber”²².

É o caso de Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA e Fernando Borges MÂNICA (2005, p. 19), que entendem inaplicáveis a *Lei Geral de Licitações* aos termos de parceria celebrados com as organizações da sociedade civil de interesse público por [supostamente] não se tratar de contratação administrativa, mas duma nova modalidade de acordo administrativo, cujo objetivo consiste em fomentar a prestação de serviços públicos sociais e a promoção de direitos fundamentais.

Partindo da distinção entre contratos e convênios, nomeadamente da ausência de obrigações recíprocas que existiria nesta segunda modalidade de ajuste celebrada pela Administração, Maria Sylvia de Zanella DI PIETRO (2005, p. 310-314) sustenta que o convênio não se submete à licitação pública em razão do próprio teor do art. 2º da Lei Federal nº 8.666/1993, que restringe a aplicação da lei às contratações de obras, serviços, compras, alienações, concessões e permissões e locações, e oferece, em seu parágrafo único, conceito de contrato excludente da noção de convênio. Ela explica essa exclusão legal na inviabilidade de competição [supostamente] ínsita ao seu regime de mútua cooperação (sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos, de imóveis e de *know-how*), não se cogitando de preço ou remuneração que admita disputa²³. A autora (2015, p. 237)

tavo Alexandre MAGALHÃES (2012, p. 175) desconstrói a exigência de contraposição de interesses no contrato, demonstrando que aquilo que exige nos negócios jurídicos bilaterais (contratos) é a *enantiomorfia dos interesses, vale dizer, se tratar de interesses distintos e complementares, convergentes para um negócio jurídico. Para o autor, “Trata-se da complementaridade dos distintos interesses representados em um negócio bilateral. Tanto no contrato quanto no convênio existem interesses distintos (sob pena de se ter uma única parte no negócio), que se complementam no intuito de atingir o objeto da avença”*.

²² Igualmente, Carlos Ari SUNDFELD e Rodrigo Pagani de SOUZA (2013, p. 44) explicam que chamar de convênio as modernas parcerias públicas com o terceiro setor configura verdadeiro apelido de fuga, explicado, a par da inércia da tradição no uso de expressões correntes no ambiente jurídico, justamente pela “[...] necessidade gerencial de fuga do regime licitatório ditado pelo defasado Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos brasileiro (Lei 8.666/1993)”. Também Gustavo Alexandre MAGALHÃES (2012, p. 230) constata que a suposta natureza não contratual dos convênios é o principal argumento da doutrina dominante nacional para afastar a realização de licitação prévia como condição para a sua celebração.

²³ O argumento da inviabilidade de competição falece diante daquelas parcerias em que haja transferência de recursos públicos financeiros ou patrimoniais. É que, sendo os recursos públicos essencialmente escassos, a Administração, vinculada que está constitucionalmente aos princípios da isonomia, imparcialidade, moralidade e eficiência, deve assegurar a todos os interessados o direito de disputar o emparelhamento com o Estado na realização de atividades sociais, buscando, outrossim, a cooperação com as entidades da sociedade civil sem fins lucrativos mais aptas à realização dos objetivos coletivos perseguidos, dispendendo o dinheiro público segundo a máxima realização do interesse público. Nesse mesmo diapasão, confirmam-se os votos dos Ministros Ayres BRITTO e Luiz FUX no julgamento

assevera, inclusive, que, se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade da previsão contida no caput do art. 116 da Lei Federal nº 8.666/1993 (“Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”), porque a aplicação da Lei já decorreria dos seus arts. 1º e 2º²⁴.

Destaque-se, contudo, que o art. 84 da Lei Federal nº 13.019/2014 acabou com a celeuma acerca dos limites da aplicação da expressão “apenas naquilo que couber” contida no art. 116 da Lei Geral de Licitações [além de toda a legislação relativa aos convênios administrativos *stricto sensu*], na medida em que afastou peremptoriamente sua incidência aos termos de fomento e de colaboração trazidos na novel legislação e aos termos de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público. Quanto ao contrato de gestão com as organizações sociais previstas na Lei Federal nº 9.637/1998, expressamente liberada da aplicação da recente Lei de Parcerias, sua não sujeição à regra constitucional da licitação adveio, de forma definitiva, com a interpretação conforme dada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1.923/DF.

Nada obstante, na esteira do entendimento firmado no julgamento da ADI nº 1.923/DF e, no plano federal, em respeito à expressa previsão normativa neste sentido para os convênios *stricto sensu*, termos de parceria e para os recentes termos de fomento e de colaboração – art. 8º da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011, art. 23 da atual redação do Decreto Federal nº 3.100/1997 e arts. 2º e 23 da Lei Federal nº 13.019/2014, respectivamente –, a celebração de parcerias sociais com organizações da sociedade civil exige da administração a observância de processo seletivo público, objetivo e simplificado, em nome dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, especialmente diante da possibilidade de repasse de recursos públicos.

do mérito da ADI nº 1.923/DF. Sem embargo, mesmo nos casos em que não haja entrega de valores ou bens ao ente fomentado, em verdadeira inviabilidade de competição, os princípios da moralidade e da eficiência administrativas, associados ao princípio setorial da adequação dos serviços públicos, reclamam que a Administração não estimule a prestação de serviços sociais de baixa qualidade. Nessa linha de raciocínio, como bem colocado por Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA (2012, p. 245), “Mesmo se tratando de entidades sem fins lucrativos a se conveniarem, e também de situações em que a Administração não perceba benefício econômico, pode haver critérios técnicos para se avaliar comparativamente a qualidade de potenciais interessados em um convênio”. Registre-se, contudo, a posição de Celso Antônio Bandeira de MELLO (2009, p. 666), que, focado na proteção do princípio da igualdade, entende que somente deverá ser realizado procedimento objetivo de seleção de entidades de colaboração quando não for possível a celebração da parceria com todas as entidades privadas sem fins lucrativos interessadas.

²⁴ Sem embargo, a autora (2015, p. 300) entende que esses procedimentos objetivos simplificados de seleção são espécie de licitação, que simplesmente são regidos por legislação própria.

2.3. Da natureza de ato administrativo complexo

De menor ressonância na doutrina nacional, há ainda a ideia de que as parcerias sociais entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil ostentam a natureza jurídica de *ato administrativo complexo*.

É o entendimento de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2014, p. 206-217), para quem os atos administrativos complexos e os contratos administrativos seriam espécies do gênero *pacto*, entendido como todo e qualquer ato bilateral/multilateral celebrado pela Administração Pública. Anotando a sua origem alemã (na teorização de Otto GIERKE, aperfeiçoada pela diferenciação tedesca que se seguiu entre contrato e acordo e da sua aplicação à fenomenologia do Direito Administrativo pela doutrina jurídica italiana), ele conceitua o ato administrativo complexo como:

[...] o concurso de manifestações de vontade autônomas em que, conforme a espécie, uma delas, várias ou todas emanam da Administração Pública, tendo por objeto comum a constituição de uma relação jurídica de coordenação de vontades, tanto nas modalidades de cooperação quanto de colaboração, visando a um resultado de interesse público comum às partes acordantes e de competência, pelo menos, de uma delas.

Nessa linha, o autor fluminense (2014, p. 207) explica que os atos administrativos complexos não se confundiriam com os contratos administrativos por duas razões: (i) quanto às vontades, que, no contrato, se comporiam, resultando uma terceira vontade, ao passo que, no ato complexo, elas se acresceriam uma à outra, atuando autônomas e paralelamente²⁵; e (ii) quanto aos interesses, que, no contrato, seriam distintos e opostos, enquanto que, no ato complexo, seriam comuns e convergentes, daí a designação também corrente de ato-união.

Ainda segundo Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2014, p. 208), os atos administrativos complexos compõem gênero aberto, no qual se incluem as espécies tradicionais do convênio [em sentido próprio] e do consórcio público, assim como as mais recentes figuras do acordo de programa, ajustamento de conduta, conferência de serviços, acordo substitutivo, protocolo de intenção, concertos administrativos e tantas outras figuras recolhidas na literatura jurídica dos *acordos não contratuais*.

Percebe-se que essa terceira corrente doutrinária aproveita-se dos ensinamentos contidos naquela dita tradicional inaugurada por Hely Lopes MEIRELLES,

²⁵ O autor (2014, p. 209) observa que, no contrato, o consenso atua sob a forma de *composição de vontades, partindo originalmente de visões antagônicas, com vistas a interesses distintos, para compor a vontade ficta contratual, enquanto que, no ato complexo, ele atua como elemento de “conjugação de vontades”, que se mantêm paralelas e unidirecionadas, já que se dirigem à realização de interesses comuns.*

afirmando se tratar de *acordo ou coordenação de vontades*, simplesmente trazendo essas noções para o âmbito do Direito Administrativo (mais especificamente, para a teoria do ato administrativo), destacando a vontade e a competência da Administração Pública na celebração desses pactos colaborativos.

2.4. Da posição defendida

Servindo-nos, aqui, da referida ideia de que o contrato é figura pertencente ao Direito como um todo e um instrumento disciplinador de prestações e bens voltados à realização dos interesses divergentes e convergentes das partes envolvidas (caráter reflexivo do negócio jurídico bilateral), filiamo-nos à segunda corrente e colocamos todas essas parcerias sociais entre os setores público e privado sem fins lucrativos (convênio propriamente dito, contrato de gestão, termo de parceria, termo de colaboração, termo de fomento, acordos em geral, etc.) como espécies de *contrato administrativo lato sensu*²⁶.

Sucedem tanto no convênio [em sentido amplo] quanto no contrato existem vontades dirigidas à realização de um único negócio (interesses enantiomórficos, complementares), com obrigações recíprocas assumidas por todos os envolvidos, estando a sua satisfação na dependência da entrega da prestação com a qual se comprometeram as partes²⁷.

²⁶ Não negamos que o reconhecimento da natureza contratual dos contratos de colaboração (convênios administrativos colaborativos firmados com a iniciativa privada de interesse público) se apresenta, hoje, muito mais fácil de ser feito. É que, como bem observa Carlos Ari SUNDFELD e Rodrigo Pagani de SOUZA (2011, p. 53), as parcerias públicas com as entidades sem fins lucrativos no Brasil passaram por mudanças especialmente a partir do século XXI: da vagueza do objeto, falta de reciprocidade das obrigações de parte a parte, burocracia do controle e precariedade do vínculo presentes nas *parcerias tradicionais*, passou-se, nas *parcerias modernas*, a exigir perfeita definição do seu objeto, fixação de obrigações de parte a parte com grau de reciprocidade, controle focado no resultado e vínculo firme e permanente.

²⁷ Carlos Ari SUNDFELD e Rodrigo Pagani de SOUZA (2011, p. 52) assinalam que, modernamente, mais do que obrigações claras e específicas, essas parcerias [contratos de colaboração] se notabilizam por instituir obrigações com certo grau de reciprocidade de parte a parte, fixadas de tal modo que o cumprimento de dada obrigação por uma das partes seja o motivo para a exigibilidade do cumprimento de outra obrigação pela outra parte, a exemplo do condicionamento da liberação de recursos pelo Poder Público à execução satisfatória da prestação assumida pelo parceiro não estatal. Para os autores, “[...] agora a tendência é a fixação de um cronograma de liberação de recursos em estrita consonância com a demonstração do cumprimento de etapas intermediárias ou metas pelo executor [privado]”. Também é essa a posição de Fernando Dias de MENEZES DE ALMEIDA (2012, p. 236-246), para quem é o próprio Direito Brasileiro que reconhece a natureza obrigacional dos vínculos formais convencionais colaborativos, os quais criam situações jurídicas para os participantes, com direitos e obrigações exigíveis juridicamente. Nessa mesma toada, Floriano Peixoto de Azevedo MARQUES NETO (2005, p. 117) assenta que os convênios são contratos em sentido amplo (acordos de vontade), na medida em que criam obrigações relativas para as partes conveniadas, particularizando-se pela [suposta] ausência de sinalagma, reciprocidade e antagonismo obrigacional. Por sua vez, comentando os termos de parceria celebrados com as organizações da sociedade civil de interesse público, Marcela Roza Leonardo ZEN (2008, p. 84) coloca que “A entidade deve realizar o programa de trabalho pactuado dentro dos prazos estipulados e com a qualidade prevista. O parceiro público deve orientar, supervisionar e cooperar na implementação do projeto, liberar os recursos que constam do cronograma de desembolso, além de exigir probidade e qualidade nos serviços prestados pela OSCIP”. Finalmente, conquanto negue a natureza contratual, o próprio Diogo de Figueiredo MO-

Parece-nos falaciosa, então, a ideia de que as posições jurídicas dos partícipes de um convênio [*lato sensu*] são idênticas, pois, embora persigam um objetivo comum, cada um assume uma prestação própria – e complementar –, obrigando-se em relação aos demais convenientes, que possuem legítima expectativa de realização do objeto pactuado, podendo, assim, demandar o cumprimento da obrigação devida pelos demais partícipes.

Nesse diapasão, embora os convenientes estejam livres para denunciar o ajuste colaborativo a qualquer tempo, eles não são, exatamente tal qual ocorre com os contratos em geral, irresponsáveis em relação aos interesses da outra parte. Nessa linha, pensamos não ser inerente aos convênios a precariedade do vínculo, revelando-se perfeitamente admissível, por conseguinte, a sanção por descumprimento²⁸.

Perfilhamos, portanto, a linha do Anteprojeto de Normas Gerais sobre a Administração Pública Direta e Indireta, as Entidades Paraestatais e de Colaboração²⁹, que, em seu Título IV, emprega a expressão *contrato público de colaboração*

REIRA NETO (2014, p. 207) também reconhece que a coordenação de vontades [por coordenação ou por colaboração] gera conteúdo obrigacional, exigindo prestações dos partícipes.

²⁸ Gustavo Alexandre MAGALHÃES (2012, p. 184-185) leciona ser impossível distinguir os convênios dos contratos com base na precariedade do vínculo, o que representaria “grande equívoco quanto à compreensão não só dos convênios, mas também do próprio instituto do contrato”, porquanto que a precariedade do vínculo decorreria da possibilidade de uma das partes rescindi-lo a qualquer tempo sem que a ruptura acarretasse para a outra parte direito à indenização [ou alguma forma de sancionamento], deixando de existir sempre que se apusesse um prazo determinado de duração. Para nós, a precariedade inexistente nos contratos de colaboração não apenas quando fixado um lapso certo de duração da parceria, mas também sempre que forem estabelecidos objetivos e metas precisos como contrapartida ao fomento estatal, sujeitando o parceiro privado que desista de persegui-los não apenas à perda do incentivo oficial, mas também a sanções previstas em lei e no instrumento colaborativo. Nesse exato diapasão, Carlos Ari SUNDNFELD e Rodrigo Pagani de SOUZA (2011, p. 53) defendem que enquanto a *parceria tradicional* – os autores reconhecem mudanças nos vínculos colaborativos desenvolvidos no Brasil a partir do século XXI – se notabiliza pela precariedade, dizendo-se passíveis de denúncia a qualquer tempo pelos partícipes, sem que se antevissem maiores consequências jurídicas para a abrupta retirada de um deles; a moderna parceria pretende ser firme e estável, prevendo-se para o parceiro que se retira o dever de indenizar os danos causados em virtude da sua saída, além da sujeição a sanções em caso de inadimplência na execução do pacto. Registre-se, inclusive, que o próprio inciso XVI do art. 42 da novel Lei Federal nº 13.019/2014 prevê como cláusula essencial dos termos de colaboração e de fomento a “faculdade dos partícipes rescindirem o instrumento, a qualquer tempo, com as respectivas condições, sanções e delimitações claras de responsabilidade (art. 73), além da estipulação de prazo mínimo de antecedência para a publicidade dessa intenção, que não poderá ser inferior a 60 (sessenta) dias”, o que espanca qualquer dúvida sobre a natureza obrigacional de tais instrumentos de parceria, com a responsabilização da entidade privada colaboradora em caso de descumprimento dos compromissos assumidos.

²⁹ Trata-se de Anteprojeto elaborado por uma Comissão de juristas constituída pela Portaria 426/2007, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão do Governo Federal, entregue oficialmente em 16 de julho de 2009 propondo uma nova estrutura orgânica para o funcionamento da Administração Pública Federal e das suas relações com entes de colaboração. Os trabalhos desenvolvidos na elaboração deste Anteprojeto deram origem à preciosa obra *Nova Organização Administrativa Brasileira*, livro coordenado pelo Professor Paulo Eduardo Garrido MODESTO e que reúne artigos dos membros da Comissão. Como bem observa o Ex-Ministro Paulo Bernardo, “[...] O Anteprojeto não é uma simples lei de estruturas e organização, mas de definição jurídico-legal dos entes que constituem a administração pública em seu espaço ampliado de atuação institucional, dos princípios a que estão submetidos e dos seus instrumentos e mecanismos de planejamento, articulação e controle” (Paulo Eduardo Garrido MODESTO, 2010, p. 15).

para designar todo e qualquer meio de cooperação entre o Estado e organizações da sociedade civil sem fins lucrativos no desempenho de atividades, ações ou programas de relevância pública, deixando claro, por conseguinte, ser contratual a natureza jurídica dessas parcerias sociais entre os setores público e privado³⁰.

Carlos Ari SUNDFELD e Rodrigo Pagani de SOUZA (2013, p. 43) vão além e afirmam que as *modernas parcerias com o terceiro setor* se assemelham aos contratos de prestação de serviços, [supostamente] porque, diferentemente dos *vínculos tradicionais de colaboração*, o parceiro não estatal presta serviços à coletividade e recebe do parceiro privado estatal, em contraprestação, *pagamentos* em recursos financeiros³¹.

Em decorrência da natureza contratual das parcerias sociais entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, a competência constitucional legislativa para discipliná-los é concorrente, cabendo à União, nos termos do inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal de 1988, a edição de normas gerais sobre qualquer modalidade de contratação administrativa, podendo os Estados, Municípios e Distrito Federal legislar suplementarmente conforme o princípio da predominância do interesse, nos termos dos arts. 24, § 2º, 25, § 1º, e 30, I, todos da Lei Maior Brasileira³².

De forma coerente, defendemos que o inciso XXI do art. 37 da Constituição – e, por conseguinte, as disposições da Lei Federal nº 8.666/1993³³ – não se

³⁰ O § 4º do art. 73 do Anteprojeto estabelece que “Sujeita-se ao regime do contrato público de colaboração todo instrumento que institua vínculo de colaboração, nos termos definidos nesta Lei, independentemente da terminologia utilizada na legislação específica, que será aplicada subsidiariamente”.

³¹ Percebe-se que os autores praticamente equiparam os contratos de colaboração com as concessões administrativas da Lei Federal nº 11.079/2004 quando a Administração figura como usuária indireta dos serviços públicos prestados pelo particular contratado (art. 1º, § 2º). Com o devido respeito, esse não nos parece o melhor entendimento, especialmente porque não existe relação de equivalência (sinalagma) entre as prestações dos parceiros, não se medindo a contribuição estatal ao projeto comum pela quantidade de serviços desenvolvidos pela entidade de colaboração, não se falando, portanto, em remuneração propriamente dita. Com efeito, a ação estatal é de fomento, o qual sequer precisa ser em recursos financeiros. Essa [discutível] premissa dos autores, contudo, possui um objetivo claro em sua construção teórica acerca dos contratos de colaboração: enquanto contraprestação equivalente pelos serviços de relevância pública prestados pelos parceiros privados em favor da sociedade, os recursos públicos transferidos seriam privados, assegurando-se, assim, certa flexibilidade em seu gerenciamento. A natureza dos recursos públicos repassados às entidades de colaboração será examinada em capítulo próprio na segunda parte deste trabalho.

³² Em sentido oposto, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2014, p. 195) entende que, como os convênios e outros acordos do gênero seriam pactos sem natureza contratual, eles não estariam abrangidos pela competência federal do art. 22, XXVII, da Constituição, de modo que cabe a cada entidade política, no desempenho de seus respectivos poderes administrativos, dispor sobre essas figuras. Nessa toada, complementa o autor que o dispositivo do art. 116 da Lei Federal nº 8.666/1993 não seria norma geral, aplicando-se, portanto, exclusivamente à Administração Pública Federal, e, pela mesma razão, o seu § 2º seria inconstitucional, por invadir a competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios para disporem sobre sua organização política e administrativa (art. 18 da Constituição).

³³ Não é de se desconsiderar, outrossim, que a própria redação dos arts. 1º e 2º da Lei Geral de Licitações não abrange os acordos de mútua cooperação (convênios administrativos).

aplicam aos convênios administrativos não porque estes não possuem natureza contratual, mas em razão de tal dispositivo constitucional se referir a uma forma específica de contratação inconfundível com os acordos ou ajustes de cooperação, na medida em que trata da aquisição de obras, serviços, compras e alienações em favor da própria Administração Pública, que retribui/remunera as prestações do contratado privado, inclusive com a preservação do equilíbrio econômico-financeiro (“mantidas as condições efetivas da proposta”)^{34 35}.

Ocorre que, como bem esclarece a epígrafe dessa Lei, ela foi elaborada basicamente com fundamento no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, regulamentando a contratação de obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública segundo a lógica [retributiva/remuneratória] do tradicional contrato administrativo, fixando o regime jurídico da licitação pública e as cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta (*preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato*). A Lei Geral de Licitações, portanto, não busca fundamento de validade no inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal Brasileira, apenas dele se utilizando para estender às parcerias sociais com as organizações da sociedade civil algumas de suas disposições, desde que compatíveis com o regime de cooperação harmônica e equilibrada que lhe é próprio, exatamente nos termos do referido art. 116 da Lei³⁶.

³⁴ Reconhecendo a natureza contratual das *modernas parcerias públicas com o terceiro setor*, Carlos Ari SUNDFELD e Rodrigo Pagani de SOUZA (2011, p. 45) fundamentam a sua não submissão à Lei Geral de Licitações na dispensa que é por vezes prevista na lei como legítima política de Estado e na inexigibilidade decorrente da incompatibilidade da Lei Federal nº 8.666/1993 como objeto desses ajustes colaborativos. Explica Carlos Ari SUNDFELD (2011, p. 22) que o modelo da Lei Federal nº 8.666/1993 pode ser bom para as contratações de empreitadas, mas não se ajusta tão bem aos contratos de parceria, na medida em que: (i) o objetivo não é obter a proposta mais barata, e sim eleger a entidade que melhor encarne o perfil público; (ii) os arranjos de parceria atribuem aos particulares responsabilidades de gestão, e seu bom exercício exige liberdade de meios, incompatível com as prescrições da Lei Geral de Licitações.

³⁵ Não é esse, contudo, o entendimento de Maria Sylvania Zanella DI PIETRO (2015, p. 231), segundo a qual, se os convênios tivessem natureza contratual, o art. 116 da Lei de Licitações não lhes teria determinado a aplicação “no que couber”, porque a incidência da Lei Federal nº 8.666/93 já decorreria dos arts. 1º e 2º deste diploma normativo. Assinale-se que, embora rejeite a natureza contratual dos convênios administrativos colaborativos em geral, a Autora (2015, p. 296-297) justifica a referência a *normas gerais contida na epígrafe da recente Lei Federal nº 13.019/2014 no fato de tratar-se de matéria de contratação e licitação, inserida na competência privativa da União, por força do art. 22, XXVII, da Constituição Federal*.

³⁶ Não negamos ser profundamente problemática a extensão das disposições da Lei Federal nº 8.666/1993 aos convênios feita por esse art. 116, não existindo efetivamente um critério seguro para a aplicação das suas normas “naquilo que couber”. É bem por isso que, conforme já destacado, o art. 84 da recente Lei Federal nº 13.019/2014 excluiu expressamente a incidência da Lei de Licitações nas relações de fomento e de colaboração disciplinadas no novel diploma normativo.

3. CONCLUSÕES

Como importante reflexo do movimento crescente de participação social e busca por eficiência na Administração Pública Brasileira, através do reconhecimento da sociedade civil não apenas como destinatária das prestações de interesse público, mas, principalmente, como responsável pela sua adequada realização, verificamos o fomento estatal à iniciativa privada sem fins lucrativos por meio de parcerias sociais.

Todos esses vínculos jurídicos de parceria social com as organizações da sociedade civil possuem a mesma unidade de sentido, tratando-se de acordos ou ajustes celebrados pela Administração Pública com o objetivo de, mediante a assunção de obrigações recíprocas por seus partícipes, realizar um fim comum de interesse público.

Tal unidade de sentido justifica a existência de um regime jurídico único base, cuja definição parte da identificação da natureza jurídica desses instrumentos de cooperação entre os setores público e privado sem fins lucrativos, com repercussões importantes acerca da competência legislativa sobre a matéria e, assim, das normas incidentes na relação colaborativa.

Examinando a doutrina nacional, é possível identificar duas grandes correntes doutrinárias acerca da natureza jurídicas das parcerias da Administração com as organizações da sociedade civil: de um lado, aqueles que sustentam a natureza de convênio ou de mero acordo de vontade; e, de outro, os que defendem incluí-las na categoria jurídica dos contratos administrativos *lato sensu*; sem prejuízo de uma terceira posição minoritária que afirma se tratar de ato administrativo complexo.

Recorrendo à *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, segundo a qual o acordo de vontades e a busca pela produção de efeitos jurídicos são os únicos requisitos de um contrato, reconhecendo, outrossim, que em todo ajuste colaborativo entre os setores público e privado sem fins lucrativos existe a assunção de obrigações em direção a um objetivo comum, entendemos contratual a natureza das parcerias sociais aqui estudadas.

Dessa forma, defendemos que a competência constitucional legislativa sobre parcerias sociais entre a Administração e as organizações da sociedade civil é da União, a quem cabe editar normas gerais, sempre se admitindo a atividade legiferante dos Estados, Municípios e Distrito Federal naquilo que envolver o seu interesse legítimo, segundo o princípio da predominância do interesse.

É tudo isso sem que a contratualização dessas relações de parceria signifique a submissão à regra constitucional da licitação pública prevista no art. XXI do art. 37 da Lei Maior Brasileira de 1988, porquanto limitada à contratação de obras, serviços, compras e alienações a partir da noção de retribuição/remuneração/pagamento, com garantia do equilíbrio econômico-financeiro pelo Poder Público, referindo-se, pois, aos mencionados contratos administrativos clássicos, regidos pela Lei Federal nº 8.666/1993.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Maria Nazaré Lins. "A Experiência dos Termos de Parceria entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPS)". In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público Privadas*. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, pp. 522-562.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. "Manual para Usuários de Entidades Privadas sem Fins Lucrativos". Brasília, 2010. Disponível em: <www.convenios.gov.br>. Acesso em: 16/05/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. "RE nº 119.256-9/SP". Primeira Turma, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 29/05/1992. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11/02/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. "ADI nº 1.923/DF". Plenário, Relator Ministro Ayres Britto, DJ 19/04/2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10/07/2015.

_____. Tribunal de Contas da União. "Acórdão nº 1.077", de 09/07/2008. Plenário, Relator Ministro Benjamin Zynker. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 06/03/2014.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. "Da Administração Pública Burocrática à Gerencial". In: *Revista do Serviço Público*, nº 47(1), jan.-abr., 1996. Disponível em: <www.bresserpereira.org.br>. Acesso em: 13/09/2013.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. "Entre o Estado e o Mercado: O Público Não Estatal". In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill (orgs.). *O Público Não Estatal na Reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999, p. 15-48.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

CUNNIL GRAU, Nuria. "A Rearticulação das Relações Estado-sociedade: Em Busca de Novos Significados". In: *Revista do Serviço Público*. Ano 47, vol. 120, n. 1, jan-abr.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; SANTOS, Márcia Valquíria Batista do; D'ÁVILA, Vera Lúcia Machado. *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 25. ed., 2012.

_____. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FINANCIADORA DE ESTUDOS E PROJETOS – FINEP. "Manual de Convênios e Termos de Cooperação". 2010. Disponível em: <www.finep.gov.br>. Acesso em: 06/02/2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. "As Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos no Brasil 2005". Estudos e Pesquisas Informação Econômica nº 8. Diretoria de Pesquisas e Gerência do Cadastro Central de Empresas. Rio de Janeiro: 2008. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/fasfil/2005/fasfil.pdf>>.

INSTITUTO PRO BONO. "Estatuto Jurídico do Terceiro Setor: Pertinência, Conteúdo e Possibilidades de Configuração Normativa". In: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL), *Série Pensando o Direito*, nº 16, Ano 2009a. Disponível em: <www.secretariageral.gov.br>. Acesso em: 03/02/2014.

_____. "Parecer Elaborado sobre a Proposta Legislativa de Criação de Consórcios Públicos". *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, julho/agosto/setembro 2005. Disponível na internet em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 23/08/2013.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LIMA, Carolina Caiado. "O Convênio Administrativo Colaborativo para Transferência de Recursos Públicos a Entidades Privadas sem Fins Lucrativos como Instrumento dos Mecanismos Diretos de Fomento Público". 2010. 168f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios Administrativos: Aspectos Polêmicos e Análise Crítica de seu Regime Jurídico*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "Público e Privado no Setor de Saúde". *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 105-154, jan./mar. 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito Administrativo Moderno*. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 35. ed., 2009

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 26. ed., 2009.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2012.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. "Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil". In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado – RERE*, Salvador, Instituto de Direito

Público da Bahia, nº 5, 2006. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 03/02/2014.

_____. "O Direito Administrativo do Terceiro Setor: A Aplicação do Direito Público às Entidades Privadas sem Fins Lucrativos". In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 25, março, abril, maio, 2011. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 15 de março de 2013.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido (Coord.). *Nova Organização Administrativa Brasileira*. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-moderno: Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

_____. *Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial*. 16. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. "Gestão Privada de Recursos Públicos para Fins Públicos: O Modelo das OSCIP". In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado: Novas Fronteiras entre o Público e o Privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 213-259.

_____. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. "OSCIPs e Licitação: Ilegalidade do Decreto nº 5.504, de 05.08.05". *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008c. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 24/04/2014.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro Setor; Empresas e Estado: Novas Fronteiras entre o Público e o Privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

_____. *Direito do Terceiro Setor*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. "Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Termo de Parceria e Licitação". In: *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, ano XXI, nº 9, p. 1010-1025, set. 2005. Disponível na internet em: <www.fernandomanica.com.br>. Acesso em: 23/04/2014.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos Jurídicos, Administrativos, Contábeis, Trabalhistas e Tributários*. 8. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Org.) *O Público Não Estatal na Reforma do Estado*. 1. ed. São Paulo: FGV, 1999.

PLATAFORMA POR UM NOVO MARCO REGULATÓRIO PARA AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL. "Primeira Contribuição da Plataforma das OSCs para o Processo de Regulamentação da Lei nº 13.019/2014". Disponível em: <www.observatoriosc.files.wordpress.com/2014/09/proposta_regulamentac3a7c3a3o_lei13019_plataformamrosc_final.pdf>. Acesso em: 15/10/2014.

PINTO, Bruno Luís Amorim Pinto. "Gestão Privada de Serviços Públicos por Organizações Sociais: Eficiência e Responsabilidade". In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Privado Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 148-167.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2. ed., rev. e aum. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

SCHOENMAKER, Janaina. *Controle das Parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

SILVA, Almiro do Couto e. "Os Indivíduos e o Estado na Realização de Tarefas Públicas". In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Orgs.). *Direito e Administração Pública: Estudos em Homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 407-435.

SUNDFELD, Carlos Ari. "Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas". In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público Privadas*. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 17-46.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. "As Modernas Parcerias Públicas com o Terceiro Setor". In: *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 42-78.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: Uma Análise Crítica*. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

ZEN, Marcela Roza Leonardo. "Licitação e Terceiro Setor: Reflexões sobre o Concurso de Projetos da Lei das OSCIPs". In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.) *Direito do Terceiro Setor*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 75-98.

RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS DANOS CAUSADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

State's civil responsibility for damages caused by Social Organizations

Maria Isabel Mascarenhas Dias¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Terceiro Setor: o novo paradigma da economia civil. 3. Da Organização Social. 4. Contrato de gestão no Brasil. 5. Responsabilidade civil da Administração Pública por danos causados pelas Organizações Sociais. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

RESUMO

O presente artigo se debruça sobre os contratos de gestão celebrados com as Organizações Sociais no intuito de discutir e delimitar a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a terceiros nesse modelo de parceria. Por meio de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa pode-se concluir que a responsabilidade da Administração Pública no contrato de gestão é excepcional, subjetiva e subsidiária, posto que somente ocorre em caso de omissão culposa estatal no dever de fiscalizar e desde que esgotado o patrimônio da entidade parceira. Espera-se com este artigo levantar um debate sobre o tema, ainda pouco discutido no meio doutrinário nacional, além de altamente divergente em razão da falta de sistematização legislativa e da deficiência e omissões dos diplomas legais vigentes.

Palavras-chave: Terceiro Setor – Organização Social – Contrato de Gestão – Responsabilidade Civil do Estado.

ABSTRACT

This article is about the performance agreements done with the social organizations aiming to discuss and delimitate the government's civil responsibility to the damages done to regular citizens in this type of partnership. Through bibliographical, jurisprudential and legislative research, it can be concluded that the government's responsibility in this deal is exceptional, subjective and subsidiary which is only applicable in the case of wrongful government omission in the duty of inspecting it and when the institution's wherewithals are exhausted. Through this article, it is expected to raise a debate about the matter, which is little discussed in the national doctrinal field, it is also highly divergent due to lack of legislative orderliness and the failing and poor legislation about the subject.

Keywords: Third sector – Social Organization – performance agreement – Public Administration's responsibility.

1. INTRODUÇÃO

Ao intervir diretamente, irresponsabilizando a sociedade, o Estado assistencial provoca a perda de energias humanas e o aumento exagerado do setor estatal, dominando mais por lógicas burocráticas do que pela

¹ Procuradora do Município de São Paulo. Assessoria Técnico-Jurídica da Secretaria Municipal de Gestão – ATEG/COJUR.

preocupação de servir os usuários com um acréscimo enorme de despesas (João Paulo II, Encíclica *Centesimus Annus*).

Este trabalho pretende discutir qual a espécie de responsabilidade civil estatal pelos danos causados a terceiros na execução do contrato de gestão, tendo em vista o regime jurídico híbrido (público-privado) aplicável a este modelo de parceria estabelecido entre a Administração Pública e as Organizações Sociais do Terceiro Setor,

No intuito de atingir o objetivo consignado, procurou-se, inicialmente, analisar a natureza jurídica dos principais institutos e conceitos atuais sobre os quais se concentra esta pesquisa, quais sejam: o Terceiro Setor; as Organizações Sociais; e o contrato de gestão.

Nessa senda, no segundo capítulo far-se-á uma breve contextualização do Terceiro Setor em meio às transformações na organização política e econômica do Estado no mundo contemporâneo, marcado pelo princípio da subsidiariedade, ressaltando a importância das organizações da sociedade civil como instrumento eficaz de mediação entre o Estado e o Mercado na efetivação dos direitos sociais. Sob o ponto de vista econômico, importa lembrar que a abordagem civil da economia, ou seja, a economia civil (solidária) não é novidade pois remonta à época do Humanismo Civil italiano da segunda metade do século XV, com o surgimento dos montepios de cunho, principalmente, solidarista.

Por sua vez, o terceiro capítulo aborda os contornos teóricos das Organizações Sociais com apoio da doutrina nacional de modo a identificar sua origem, sua natureza jurídica, sua finalidade e algumas especificidades de difícil compreensão pelos administrativistas ainda pautados pela dicotomia clássica público/ privado. Além disso, analisa-se toda a polêmica doutrinária levantada em torno da constitucionalidade da Lei federal nº 9.637/1998 que instituiu o modelo federal de parceria e o seu recente acolhimento pelo Supremo Tribunal Federal, fatos que sinalizam a passagem do Estado provedor para o Estado regulador e fiscalizador das políticas públicas.

O quarto capítulo é destinado ao exame do modelo de contrato de gestão praticado no Brasil e à defesa da sua constitucionalidade, chancelada pelo STF. A natureza jurídica deste tipo de parceria público-privada de gestão é matéria tormentosa sobre a qual paira patente incerteza doutrinária, gerando opiniões diversas dentre renomadas vozes do Direito.

O reconhecimento da natureza jurídica de convênio qualificado e do regime jurídico híbrido (público-privado), com predominância do regime privado, é de fundamental importância para a compreensão da extensão da responsabilidade jurídica da Administração Pública em relação a terceiros durante a execução do serviço social.

Deste modo ficam estabelecidas as premissas conceituais adotadas no enfrentamento do problema no quinto capítulo.

O cerne da questão posta em análise está em determinar se na execução do contrato de gestão o Estado responde pelos danos causados a terceiros. Em caso

positivo, esta responsabilidade estatal é objetiva (independe de culpa) ou subjetiva (depende de culpa)? Solidária ou subsidiária?

Como fonte para o desenvolvimento desta obra empregou-se, basicamente, o estudo da doutrina, das disposições legais, tendo sido consultada, ainda, a jurisprudência, em especial, o entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF, ajuizada contra diversos dispositivos da Lei nº 9.637/1998 que disciplina as Organizações Sociais no âmbito federal e também contra o art.24, XXIV, da Lei de Licitações e Contratos que prevê a dispensa de licitação nas contratações de OS's.

Por fim, no sexto capítulo serão fixadas as conclusões sobre o dever de indenizar do Estado na prestação de serviços de relevância pública em parceria com as Organizações Sociais do Terceiro Setor.

2. TERCEIRO SETOR: O NOVO PARADIGMA DA ECONOMIA CIVIL

Vislumbra-se no cenário mundial uma revalorização do papel da sociedade civil na satisfação do interesse público e, por consequência, o crescimento de um Estado Democrático de Direito “Subsidiário”.

Segundo o princípio da subsidiariedade, a intervenção estatal deve ocorrer de forma supletiva, quando o corpo social, por si só, não consegue exercer ou promover determinada atividade e de forma fiscalizadora e reguladora para evitar os desequilíbrios e a injustiça social. Em suma, o Estado deve intervir no domínio econômico e social, sem suprimir a liberdade da iniciativa privada, buscando a eficiência e a equidade.

No Brasil, a reforma administrativa – que começou na década de 1990 e se estendeu pelo século XXI – adotou algumas premissas basilares das reformas estrangeiras, dentre as quais a instituição de modelos gerenciais aptos a ensejar a parceria entre Estado e sociedade no atendimento do interesse público primário, formando, assim, o chamado Terceiro Setor.

Para o professor alemão Jürgen Habermas, o Terceiro Setor é “*um núcleo institucional formado por associações e organizações livres, não estatais, não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida*”² na sociedade civil. Vale dizer, a sociedade civil, por meio de suas organizações e associações captam os problemas da vida privada e os traduzem para esfera pública política. Em suma, este sociólogo define o Terceiro Setor como estrutura intermediária de mediação entre o setor privado e o sistema político.

² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

Sob o ponto de vista sociológico, entende-se como o Primeiro Setor o conjunto de entidades pertencentes ao Estado (setor público); Segundo Setor o conjunto das empresas particulares fora do controle do Estado (setor privado lucrativo) e Terceiro Setor o conjunto de organizações e instituições voluntárias em oposição às estruturas ajudadas pelo Estado (setor privado não lucrativo).

Com efeito, fazem parte do Terceiro Setor: as OSC's – Organizações da Sociedade Civil (antigas ONG's), as OS's (Organizações Sociais); as OSCIP's (Organizações da Sociedade Civil e Interesses Públicos); os Serviços Sociais Autônomos (SESC, SENAI etc.); entidades filantrópicas e de caridade e demais entidades de apoio.

No aspecto econômico, cumpre registrar que a economia civil (solidária) tem raízes na Idade Média, quando se discutia na Itália a questão da usura e dos juros sobre o dinheiro. Buscava-se estabelecer qual seria a taxa “justa” a ser cobrada pelo empréstimo. Por essa razão, os professores italianos Luigino Bruni e Stefano Zamagni³ consideram os *montepios* – criados pelos frades franciscanos na Itália – a primeira grande instituição de *economia civil*. O objetivo desta instituição era lutar contra a usura, possibilitando que famílias pobres tivessem acesso ao crédito a uma taxa de juro justa.

No atual mundo globalizado, não obstante o progresso econômico, persistem as desigualdades sociais e os altos índices de desemprego – nesse contexto, a economia Civil propõe um caminho – o das instituições – ao lado daquelas típicas do Estado e do mercado – de bem-estar civil.

De acordo com esses mestres italianos, o excesso de Mercado ou de Estado é prejudicial pois contamina negativamente os pressupostos da sua própria existência (a confiança e a propensão a cooperar). Se para praticar determinado ato o indivíduo é pago (mercado) ou obrigado (Estado), conseqüentemente, tenderá a fazê-lo menos por vontade própria (liberdade).

Nesse panorama, a economia solidária mostra-se como uma alternativa capaz de regular tanto o poder do Estado quanto o do Mercado, mantendo-os ao mesmo tempo livres. Esta regulação se daria sob a forma de um Terceiro Setor atuante e competitivo.

A proposta da economia civil é que o grau de confiança seja aumentado pela maior participação do Terceiro Setor, pois, quanto maior o grau de segurança em uma sociedade, maior seu grau de liberdade. E, havendo uma correlação positiva alta entre segurança e liberdade, menor a necessidade de interferência do Estado e do mercado nas relações entre os indivíduos.

³ BRUNI, Luigino; ZAMAGNI, Stefano. *Economia Civil: eficiência, equidade, felicidade pública*. Tradutor: Durval Cordas. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2010, p.36.

Defensores dessa tese, Luigino Bruni e Stefano Zamagni⁴ afirmam que eficiência e equidade podem andar juntas e alertam para a necessidade latente da passagem do Estado do Bem-Estar Social tradicional (*welfare state*) para a Sociedade do Bem-Estar Social (*welfare society*).

Em outros termos, o chamado Estado do Bem-Estar Social transfere a responsabilidade social do indivíduo para o Estado, ao passo que, na Sociedade do Bem-Estar Social, essa mesma responsabilidade é transferida para a sociedade. É certo que essa mudança de paradigma traz enormes consequências para o Terceiro Setor, que passa a ser o novo ator social na execução de políticas públicas governamentais ao lado do Estado.

Bruni e Zamagni mostram a força do humanismo cívico do “*Quattrocento*” italiano e a profunda unidade existente entre economia e caridade nas mais notáveis organizações econômicas do início do Renascimento. Essa tradição aparece mais tarde na obra de Antonio Genovesi, iluminista da escola de Nápoles, segundo o qual a ausência de laços cívicos de confiança entre os cidadãos, de compromissos morais relativos à maneira de organizar a sociedade, é um obstáculo ao desenvolvimento do mercado. Reciprocidade e dádiva, por um lado, mercados e contratos, por outro, não são mundos hostis que a modernidade tratou de separar, mas estão permanentemente imersos uns nos outros.⁵

Segundo a tese defendida por essa dupla de professores italianos, “*quanto mais o Estado gerencia, menos consegue regular, por conseguir garantir menos a equidade e a eficiência*”⁶.

Percebe-se que a mudança de paradigma trazida pelo Estado Regulador está justamente na mudança de técnica de intervenção estatal, que deixa de ser direta e passa a ser indireta por meio da regulação e do fomento público, com guarida no princípio da subsidiariedade.

O modelo civil de bem-estar social (*welfare society*) propõe, sobretudo, um reconhecimento das organizações da sociedade civil como pressuposto de sustentabilidade entre o Estado e o mercado. Significa dizer que essas organizações devem ser vistas não como “muletas”, mas, sim, como sujeitos não apenas do ponto de vista jurídico, mas também econômico. Enfim, essa teoria oferece mecanismos que conferem independência econômico-financeira ao Terceiro Setor – ou seja, a capacidade de realizar os seus programas ou conquistar seus objetivos sem ter de depender, de modo direito ou condicionante, dos órgãos públicos ou das empresas com fins lucrativos.

Outrossim, não se pode perder de vista o amplo leque de mecanismos de responsabilização – controle procedimental, controle social e controle de resultados

⁴ Id., 2010, p.209.

⁵ ABRAMOVAY, Ricardo. Professor titular do Departamento de Economia da FEA/USP, coordenador de seu Núcleo de Economia Socioambiental (NEA), pesquisador do CNPq e da FAPESP – www.abramovay.pro.br (Texto publicado a partir de Abramovay, 2008).

⁶ Id., 2010, p.212.

– criados a partir das reformas gerenciais do Estado como exigência para o aumento de protagonismo das organizações do Terceiro Setor na implementação de políticas públicas e no desenvolvimento socioeconômico do país.

Atualmente, a Escola Paulista de Política e Negócios – EPPEN da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP) já oferece a disciplina de graduação em Direito do Terceiro Setor.

A professora Natasha Schmitt Caccia Salinas⁷, em interessante artigo de sua autoria, justifica a necessidade da criação de uma disciplina autônoma do seguinte modo:

A forma de compreender e ensinar o direito até hoje se estrutura em torno da divisão clássica “direito público” e “direito privado”, a qual, por sua vez, desdobra-se em ramos como direito civil, comercial, constitucional, administrativo, tributário, etc.(...) A proposta de criação de um curso de direito do terceiro setor visa romper tal paradigma.(...) Uma entidade sem fins lucrativos é um sujeito de direito e se relaciona com diversos outros tipos de pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos, públicas e privadas. Essa organização do terceiro setor não está, portanto, sujeita ao regime jurídico único ou específico.

Como se vê, as organizações do Terceiro Setor não são mais “invisíveis” como outrora e, conseqüentemente, já começam a demandar um tratamento constitucional⁸ em nosso ordenamento jurídico.

Claro está, pois, o importante papel desenvolvido, ultimamente, pelas organizações da sociedade civil em parceria com o Estado no desenvolvimento econômico e social no cenário mundial.

3. DA ORGANIZAÇÃO SOCIAL

As Organizações Sociais no Brasil surgem num período neoliberal, em meio à reforma administrativa de 1995, que busca técnicas gerenciais de administração em detrimento do modelo burocrático até então vigente. A Administração Pública Federal brasileira, nessa época, vivia, ainda, uma crise fiscal e buscava, por um lado, um incremento na eficiência do Estado e, por outro, um ajuste nas contas públicas.

Embora desde 1543 já existisse a Santa Casa de Misericórdia de Santos, no litoral paulista, foi somente na década de 1990 que foi promulgada a Lei Federal

⁷ SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Ensino Jurídico e terceiro setor: contribuições iniciais para a consolidação de uma disciplina de graduação em direito do terceiro setor. Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 9, n.17, p.61-79, jan/jun. 2015.

⁸ BARBIERI, Carla Berlucchi. Terceiro Setor: desafios e perspectivas constitucionais. Curitiba: Juruá, 2008. Resenha de: MORAIS, Ana Carolina Bittencourt. Revista do Direito do Terceiro Setor- RDTS, Belo Horizonte, ano 2, n.4, p.231-237, jul./dez.2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55488>. Acesso em: out.2015.

nº 9.637/98. Nessa época, segundo afirma a professora Raquel Melo Urbano Carvalho (2009, p.927), já havíamos superado o número de duzentas mil entidades sem fins lucrativos (embora parte delas não assistenciais, como clubes esportivos), cujo orçamento total equivale ao de um país como a Bolívia, estimado em nove bilhões, empregando mais de um milhão de pessoas.

Sobre o tema, observa a professora Cecília Zioni⁹ que o segmento cresce na proporção direta de quatro crises crescentes:

a) a falência do Estado Social (por ausência de recursos, estrutura e planejamento); b) a crise do desenvolvimento (com a paralisação do crescimento aumenta a exclusão social); c) o fim do socialismo (desmoronamento do Leste Europeu, tido como uma esperança social); e d) a degradação do ambiente, da segurança e da educação, rebaixando o sentimento de cidadania.

Quanto aos Estados, atribui-se à Bahia o pioneirismo quanto ao Programa de Incentivo às Organizações Sociais, uma vez que, em 1997, foi promulgada a lei baiana – Lei nº 7.027/1997, visando fomentar a absorção de atividades que, por força de previsão constitucional, já vinham sendo exercidas pelo setor privado, destacando ensino, cultura, pesquisa científica e tecnologia, saúde ou outras.

Certo é que esta parceria entre o Estado e a sociedade é compatível com o ordenamento jurídico vigente que admite não somente a modalidade de fomento como também a iniciativa privada na prestação dos serviços, desde que de forma complementar e autônoma à atuação do Poder Público.

A atuação da comunidade está prevista entre as diretrizes do sistema de saúde (art.198, III, da CF/88); da educação (art.205, da CF/88); da cultura (art.216, §1º, da CR) e do meio ambiente (*caput* do art.225, da CF/88). Além disso, o art.199 da Carta Magna dispõe, expressamente, ser livre à iniciativa privada a assistência à saúde. Disposição repetida no art.209 quanto ao ensino. De se ver também a referência explícita: a) a um regime de previdência privada (art.202, da CF); b) ao incentivo a empresas que invistam em pesquisa e criação de tecnologia (§ 4º do art. 218 da CF)

Nesse contexto, no âmbito federal criou-se o denominado Programa Nacional de Publicização de serviços não exclusivos do Estado, veiculado por meio da Medida Provisória nº 1.591/1997, convertida em Lei Federal nº 9.637 de 15/05/1998 que institui o modelo das Organizações Sociais. Importa registrar que a Lei n. 9.637/98 não é uma lei nacional, de modo que os Estados e Municípios, se quiserem se utilizar desse modelo de parceria na sua administração, deverão aprovar suas próprias leis. Na

⁹ ZIONI, Cecília. Um novo caminho. Problemas Brasileiros, n. 337-37, p.1-2, jan-fev/2000. Disponível em: http://www.sescsp.org.br/online/artigo/534_UM+NOVO+CAMINHO#/tagcloud=lista. Acesso em: 21/01/2016

prática, o modelo federal de contrato de gestão está sendo considerado portador dos requisitos mínimos.

A propósito do tema, eis os fundamentos apresentados pelo então Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado:

Por meio de um programa de publicização, transfere-se para o setor público não estatal, o denominado Terceiro Setor, a produção de serviços competitivos e não exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle. Desse modo, o Estado abandona o papel de executor ou prestador de serviços, mantendo-se, entretanto, no papel de regulador e provedor ou promotor destes, principalmente dos serviços sociais, como educação e saúde, que são essenciais para o desenvolvimento, na medida em que envolvem investimento em capital humano. Como promotor desses serviços o Estado continuará a subsidiá-lo, buscando, ao mesmo tempo, o controle social direto e a participação da sociedade. (BRASIL, Cadernos MARE de reforma do Estado – organizações sociais, v.2, p.9).

Raquel Melo Urbano de Carvalho (2009, p.928) conceitua a Organização Social como pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, a que o Poder Público outorga qualificação específica que a habilita a firmar contrato de gestão, cujo objeto é o exercício de atividades não exclusivas, pertinentes aos setores de saúde, educação, pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente.

Frise-se que essas pessoas jurídicas de direito privado estão previstas no Código Civil como sociedades civis, religiosas, científicas, literárias e até mesmo as fundações. Podem já existir ou serem criadas para o fim específico de receberem o título jurídico de *organização social*, desde que preenchidos os requisitos da lei.

Apesar das críticas de muitos doutrinadores, a qualificação é ato administrativo discricionário do Poder Público. No âmbito federal, o exame da conveniência e oportunidade da medida cabe ao Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao objeto social da entidade e no âmbito estadual e municipal, compete aos Secretários. No que tange à fase de qualificação, o Ministro Luiz Fux, em seu voto condutor, no julgamento da ADI nº 1.923/DF, considerou esta etapa como um credenciamento das entidades interessadas em celebrar parcerias de acordo com o juízo de conveniência e oportunidade do administrador público, porém alertou que o indeferimento do pedido de qualificação deve ser devidamente motivado, sendo vedado decisões arbitrárias.

A sistemática desse modelo consiste, basicamente, na transferência da gestão operacional de estruturas prestadoras de serviços sociais não exclusivos do Estado para entidades não estatais qualificadas como Organizações Sociais.

O Estado de São Paulo, inicialmente, restringiu o modelo de Organização Social às áreas de saúde e educação, mas, em 2014, expandiu o seu uso para um número maior de setores como: esporte, atendimento ou promoção dos direitos das pessoas com deficiência, ao atendimento ou promoção dos direitos de crianças e adolescentes; à proteção e conservação do meio ambiente e à promoção de investimentos, de competitividade e de desenvolvimento (art. 1º da Lei Complementar Estadual nº 846, de 05.06.98).

No Município de São Paulo, a Lei nº 14.132 de 24.01.2006 autoriza o Poder Executivo a qualificar como Organização Social as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos cujas atividades sejam dirigidas às áreas da saúde, cultura, esporte, lazer e recreação, atendidos os requisitos previstos nesta Lei (art. 1º, *caput*, da Lei nº 14.132/2006).

Ocorre que o direito administrativo tradicional, pautado pela dicotomia entre o público e o privado, recebeu o novo modelo com severas críticas e questionou a sua constitucionalidade, o que gerou uma insegurança jurídica sobre o tema.

Entende o professor Sílvio Luís da Rocha¹⁰ que a transferência da gestão integral de um hospital público para o particular configura terceirização ilegal de atividade-fim da Administração Pública. Para este autor, a Constituição Federal de 1988 autoriza somente a atividade administrativa de *fomento*, ou seja, o fornecimento de um subsídio, de um complemento por parte do Estado, mas não o *sustento* das organizações da sociedade civil. O fomento tem um requisito chamado contrapartida, e o professor acredita que, se o Estado pedir uma contrapartida, acaba metade das parcerias existentes no cenário atual. (informação verbal).

Na visão da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹, as Organizações Sociais são “entidades fantasmas”, criadas para burlar as regras impostas ao regime jurídico administrativo.

Entretanto, a discussão em torno do assunto ultrapassou o âmbito doutrinário e chegou ao Supremo Tribunal Federal, sendo objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.923/DF. O julgamento do mérito da ADI nº 1.923/DF durou mais de quatro anos, tendo iniciado em 31.03.2011 e finalizado na sessão do dia 16.04.2015. Prevaleceu o voto exarado pelo Ministro Luiz Fux no sentido de não considerar inconstitucionais os dispositivos questionados e lhes atribuir interpretação conforme a Constituição Federal, de forma a garantir a incidência dos princípios da Administração Pública insculpidos no art.37, no que tange à qualificação e seleção da

¹⁰ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Aula ministrada no Curso de Extensão – Relações do Estado com o Terceiro Setor – Escola Superior da PGE/SP em parceria com o Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR da PGM/SP, em São Paulo, agosto de 2015.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, parceria público-privada e outras formas. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.274.

entidade para celebrar o contrato de gestão e sobre a execução da parceria, e, ainda, as competências fiscalizatórias dos órgãos de controle sobre as atividades da entidade.

O posicionamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a parceria do Estado com Organizações Sociais¹² foi no sentido de desconsiderar as críticas doutrinárias feitas sobre a sua constitucionalidade e aprovar o modelo federal de modo a pacificar os seguintes pontos:

a) o modelo da Organização Social não constitui “terceirização” ou “privatização” de serviços públicos, no sentido jurídico desses termos; b) serviços públicos são aqueles que são amplamente e eficientemente oferecidos à população e não necessariamente os oferecidos diretamente pelo Estado à população; c) a adoção do modelo de parcerias com as organizações sociais não importa em uma completa supressão do regime jurídico administrativo e dos controles formais prévios que lhe são característicos, já que essas entidades submetem-se a um regime híbrido, derogado por normas de direito público; d) o dever de observância ao regime jurídico administrativo não justifica a ineficiência no oferecimento de serviços públicos à população, já que tal conclusão seria ofensiva ao interesse público, principalmente considerando-se o fato de o regime jurídico administrativo ter sido criado justamente visando à garantia da vinculação da atividade administrativa à perseguição do interesse público.

Acompanho o entendimento do professor Stefano Zamagni¹³ segundo o qual a tarefa de produção direta ou de gestão dos serviços sociais não é papel do Estado. Confira-se:

a ação do Estado no projeto de um modelo universalista de bem-estar social é constituída pelo cumprimento de três tarefas: a definição do pacote de serviços sociais (e dos respectivos padrões de qualidade) que o Estado pretende garantir aos cidadãos; a fixação das regras de acesso aos serviços – o que implica definir quais serão as ações de redistribuição necessárias para garantir que todos os cidadãos usufruam efetivamente dos serviços; o exercício de formas de controle sobre a oferta efetiva de serviços. Essas são as funções específicas do Estado Regulador.

Portanto, com a alteração do Estado-Providência para a chamada Sociedade do Bem-Estar Social e o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da constitucionalidade deste novo modelo de gestão, as Organizações Sociais se fortalecem

¹² LINS, Bernardo Wildi. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o modelo federal de parcerias com as organizações sociais. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 9, n.17, p.81-100, jan./jun.2015.

¹³ ZAMAGNI, op. Cit., p.211.

como entidades parceiras na execução de políticas públicas governamentais ao lado do Estado.

Feitas essas considerações a respeito da origem, do conceito e peculiaridades das Organizações Sociais, passemos à análise do instrumento de contrato de gestão e seus desdobramentos.

4. CONTRATO DE GESTÃO NO BRASIL

O contrato de gestão é um instrumento importado da Administração Pública Francesa, caracterizado pela ideia de controle de resultados e de flexibilização na atividade de fiscalização. É um instrumento firmado entre a Administração Pública e a entidade qualificada como Organização Social cujo objeto é a execução de serviços públicos não exclusivos do Estado.

A Emenda Constitucional nº19/98 consagrou a figura do contrato de gestão entre nós, ao introduzir o § 8º ao art.37 da Constituição da República, conferindo autonomia gerencial, orçamentária e financeira aos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta com a fixação de controles e critérios de desempenho, direitos e obrigações de seus dirigentes.

Tendo em vista o objetivo deste trabalho, o contrato de gestão ora examinado diz respeito a um outro tipo, àquele previsto no art.5º da Lei nº 9.637/1998 e adotado nas parcerias entre o Poder Público e as entidades qualificadas com Organização Social cujo objetivo é o fomento e a execução de atividades de interesse público.

A natureza jurídica do contrato de gestão é um tema altamente controverso no meio doutrinário. Alguns entendem que se trata de convênio e outros de contrato administrativo.

Na opinião do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁴, a denominação contrato de gestão não foi feliz, pois, na verdade, não há prestações recíprocas envolvidas ou interesses antagônicos, mas apenas um acordo de atuação conjunta visando um mesmo resultado de interesse comum. Segundo este autor trata-se de um ato administrativo complexo tipo um acordo de programa voltado para ampliação da eficiência e autonomia gerencial dos órgãos públicos e para o estímulo à gestão associada de serviços públicos.

Prefiro o conceito do professor Egon Bockmann¹⁵, segundo o qual trata-se de “acordos cooperativos funcionalizados”, manifestações plurilaterais de compromisso

¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação Gerencial na Administração Pública . Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro v.214: 35-36, out. /dez1998. Disponível em: file:///C:/Users/beldi/Downloads/47265-93449-1-PB.pdf. Acesso em: jan. 2015.

¹⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações Sociais., organizações da sociedade civil de interesse público e seus ‘vínculos contratuais’ com o Estado. Fórum Administrativo – Direito Público, a.6., n.62, p.7.091, abr.2006.

cujos objetivos devem ir além dos interesses íntimos dos participantes. Não albergam interesses patrimoniais contrapostos, mas se dirigem mediante cooperação e aplicação de recursos (Estado) e trabalho (OS), atingir um fim compartilhado que beneficie exclusivamente terceiros (coletividade).

O problema que se nota é que a insegurança jurídica quanto à natureza do ajuste repercute enormemente na questão da responsabilidade civil dos parceiros, pois não se define qual o regime jurídico incidente sobre a espécie e se o art. 116 da Lei nº 8666/93 que cuida dos convênios pode ser utilizada.

O contrato de gestão permite a destinação de recursos orçamentários e de bens públicos para a OS e a cessão especial de servidores públicos com ônus para o Estado. (arts. 11 e 15 da Lei nº 9637/1998). A fiscalização da execução do contrato, por sua vez, será exercida pelo órgão supervisor da atividade fomentada; pela Comissão de Avaliação e pelo Tribunal de Contas.

Quanto à fase de celebração do contrato de gestão, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1.923 entendeu não haver inconstitucionalidade na dispensa de licitação, porém, exigiu a observância dos princípios do art. 37 da CF/88 e um procedimento de contratação impessoal pautado por critérios objetivos. Do mesmo modo, embora as entidades parceiras não façam formalmente licitação, deve ser editado um regulamento de compras para o dispêndio de recursos públicos. Quanto ao regime jurídico dos servidores contratados pelas OSs, a Suprema Corte entendeu que embora não incida as regras impostas aos servidores estatutários, existe a obrigação de que esses servidores sejam selecionados a partir de um procedimento de seleção objetivo e impessoal, de acordo com os princípios da Administração Pública.

As sanções do contrato de gestão podem ir desde a substituição dos diretores até a desqualificação da entidade privada em caso de descumprimento contratual e mediante o devido processo administrativo, assegurando o direito de defesa.

É importante gizar que a eficácia do contrato de gestão está na possibilidade do exercício do controle de resultado. No bojo do contrato se encontram os indicadores de qualidade e de produtividade, a serem avaliados por uma comissão de avaliação composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação. Tal aspecto reforça a *accountability* do modelo, pois exige a definição de resultados pelos quais o ente privado deve se responsabilizar, sob pena de desqualificação e rescisão contratual.

Observa-se, pois, que a adoção do contrato de gestão não importa em uma completa supressão do regime jurídico administrativo e dos controles externos e internos que lhe são característicos, conforme muito bem salientou o STF. Existem vários mecanismos novos, a exemplo do regulamento de compras, da convocação pública (utilizada no pelo Estado de São Paulo), avaliação de desempenho; prazos de execução; relatórios com comparativos de metas alcançadas etc., que, apesar de menos burocráticos, conseguem incrementar a qualidade e a oferta de serviços sociais ao cidadão.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DANOS CAUSADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Após a compreensão do instrumento de parceria estabelecido entre as Organizações Sociais e o Estado, cumpre perquirir, no presente capítulo, qual a responsabilidade estatal pelos danos causados a terceiros durante a execução do contrato de gestão, objeto do nosso estudo.

Não é fácil precisar o alcance da responsabilidade estatal pelos danos causados a terceiros em razão das características que identificam este modelo de parceria, dentre as quais: a) as entidades parceiras são pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos; b) estão submetidas a um regime de direito híbrido (público e privado); c) não são integrantes da Administração Pública; d) devem prestar contas ao Tribunal de Contas e outras mais.

Em nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade civil por danos causados a terceiros é, via de regra, subjetiva – depende da prova de culpa.

Todavia, a Constituição Federal no art.37, § 6º prescreve uma responsabilidade objetiva ao Estado nos seguintes termos: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de **serviços públicos**, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” (grifou-se).

Logo, em se tratando de responsabilidade civil do Estado, a regra geral é a responsabilidade civil objetiva, assim considerada a que não necessita de comprovação de culpa. E nos casos de omissão estatal, impera a responsabilidade subjetiva deste, segundo a Teoria da Culpa Administrativa.

Ocorre que, para alguns autores, a exemplo de Paulo Modesto, as atividades realizadas pelas Organizações Sociais não se enquadram no conceito de “serviço público” propriamente dito, o que afasta a incidência da responsabilidade objetiva prevista no inciso § 6º do art.37 da CF/88. Sua responsabilidade, nesse caso, permanece subjetiva.

Vigora no meio doutrinário a ideia de que, segundo o texto constitucional, o serviço público é de titularidade do Estado e este somente pode delegar a prestação deste serviço aos particulares por meio de autorização, permissão ou concessão (art.175, CF/88). O que não é o caso.

Seguindo essa linha de raciocínio, também não se aplica o art.37, § 6º da CF/88 aos serviços sociais franqueados pela Carta Magna à iniciativa privada – saúde, educação, previdência e assistência social. Tais serviços somente serão intitulados como serviços públicos se forem prestados pelo Estado, sendo considerados como atividade privada de “relevância pública” quando prestados por particulares.

O professor Paulo Modesto¹⁶ defende a existência de três formas de prestação de serviços sociais: a) serviço público – atividade de titularidade do Estado (art.175, CF/88); b) serviço de relevância pública – atividade de titularidade mista ou compartilhada (Estado e sociedade civil); e c) serviços de exploração econômica – atividade de titularidade privada (art.170, CF/88), mas passível de ser exercida pelo Estado (art.173 e 177, da CF/88).

A compreensão do conceito constitucional de serviço de relevância pública – inciso II do art.129 e art.197, ambos da CF – é essencial para a compreensão de todas as especificidades do direito do Terceiro Setor, mormente no que toca à questão da extensão da responsabilidade das partes.

Perfilho o entendimento destes juristas no sentido de que nas atividades de relevância pública o regime predominante não é o da atividade, mas o do *sujeito que a executa*. No regime híbrido, se a atividade for exercida por entes de natureza pública, o regime incidente será o de direito público, ao passo que, se for realizada por entidades privadas – estatais ou privadas, o regime é sempre o de direito privado. Essa dualidade no regime jurídico aplicável é uma peculiaridade da chamada *esfera pública* de atividades, em confronto com as atividades enquadradas no conceito de serviço público e no conceito de atividades de exploração econômica.

Nessa ordem de ideias, diante da falta de normatização específica, penso que a responsabilidade do Estado no contrato de gestão deve ser subsidiária – ou seja, o ente estatal responde apenas quando os bens da entidade não forem suficientes para adimplir a reparação ou indenização pelo dano causado a terceiro. Ficando, pois, a responsabilidade primária para a prestadora do serviço.

A meu ver, a qualificação como Organização Social não muda a sua natureza jurídica de associação ou fundação (art.44 do Código Civil). Da mesma forma, o contrato de gestão não altera a essência da entidade parceira – pessoa jurídica de direito privado com personalidade jurídica e patrimônio próprios, razão pela qual não cabe ao Estado responder pelos danos por elas causados a terceiros.

Além disso, o fato de receberem recursos públicos para o desenvolvimento de suas atividades, a princípio, não é fundamento para atrair a responsabilidade solidária estatal. A responsabilidade solidária não se presume, decorre de lei (art. 265 do Código Civil). Ademais, todos os bens estatais transferidos continuam no domínio público e são apenas cedidos à OS por meio de mera permissão administrativa. Os bens imóveis cedidos, portanto, permanecem no patrimônio imobiliário do Estado, e qualquer bem adquirido com recursos advindos do contrato pela Organização Social

¹⁶ MODESTO, Paulo. O Direito Administrativo do Terceiro Setor: a Aplicação do Direito Público às Entidades Privadas sem Fins Lucrativos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 25, março, abril, maio, 2011. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 24/01/2015.

passam a integrar o patrimônio público. Cessado o ajuste por qualquer motivo a administração dos bens retorna ao poder público.

No entanto, em sentido contrário, parte da doutrina entende que quando a Organização Social, por meio de contrato de gestão, assume a gestão operacional de determinada atividade pública, ocorre uma “substituição do Estado” ou uma “delegação disfarçada” do serviço público, causando uma alteração do regime de privado para o público e a responsabilidade desta entidade pelos danos causados a terceiros passa a ser objetiva, nos termos do art.37, § 6º da CF/88.

Compartilhando desse ponto de vista o professor Alberto Higa¹⁷ entende que, excepcionalmente, os agentes fomentados respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiro – *“quando as organizações sociais forem constituídas com a finalidade de substituir o Estado no que toca o seu dever de prestar serviços públicos e de burlar o regime jurídico-administrativo, contrariando, assim, os limites da atuação complementar do particular.”*

Na visão de Higa¹⁸, os serviços de cunho social possuem natureza de *serviço público não exclusivo* quando prestado pelo Estado sob regime jurídico público e quando prestados pela sociedade civil, sob regime de direito privado, são atividades econômicas *stricto ou lato sensu*.

Em relação à responsabilidade do Estado nas parcerias, conclui o autor que, em regra, não se pode responsabilizar o Estado, seja solidária ou subjetivamente, pelos danos causados pelos agentes fomentados a terceiros, salvo em três exceções: a) quanto aos danos causados a terceiros pelos serviços sociais autônomos, no desempenho das atividades fomentadas – hipótese em que o Estado responde subsidiariamente; b) quanto aos danos causados por terceiros pelas organizações sociais criadas para absorverem entidades públicas ou beneficiadas com a cessão de bens e servidores públicos com ônus para a origem – hipótese em que a responsabilidade do Estado e da OS é objetiva para atos comissivos e subjetiva para atos omissivos; e c) quando ocorre omissão estatal na fiscalização prestação do serviço pela entidade parceira cuja prestação deficiente causa danos a terceiros. Nesses três casos excepcionais o Estado responde subsidiariamente segundo este autor.

Interessante notar que este autor defende a tese de uma variação do tipo de responsabilidade estatal conforme a espécie de parceria realizada entre o Estado e a Organização Social. Ouso discordar deste entendimento, com a devida vênia, tendo em vista o recente reconhecimento pelo Plenário do STF da constitucionalidade dessa forma gerencial de parceria público/privada trazida pela Lei nº 9.637/1998.

¹⁷ HIGA, Alberto Shinji. Terceiro Setor – Da Responsabilidade Civil do Estado e do Agente Fomentado. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.270.

¹⁸ Ibidem, p.247

No julgamento da ADI nº 1923/DF¹⁹, o Supremo Tribunal Federal, por meio do voto condutor do Ministro Luiz Fux, reforçou o entendimento de que é *inaplicável* ao contrato de gestão a regra do art.175 da Constituição Federal, que prevê a delegação (substituição) de serviços pelo Estado ao ente privado, por meio de licitação. Essa é uma regra destinada aos serviços públicos privatizados do Estado, como energia elétrica e telecomunicações, regime jurídico diverso do que é aplicado para os serviços não exclusivos exercidos pelo Terceiro Setor. Lapidar, nesse sentido, é o trecho do seu voto abaixo transcrito:

Em suma, portanto, do próprio regime jurídico constitucional de tais atividades se extrai que as Organizações Sociais, quando se dirigem “ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde” (art. 1º, caput, da Lei), não atuam por força do contrato de gestão ou por qualquer espécie de delegação, mas sim por direito próprio. (grifos nossos).

O professor Sílvio Luís Ferreira da Rocha²⁰ e a professora Carolina Zancaner Zockun²¹ ao analisarem as Organizações Sociais defendem a tese de que havendo o dever do Estado fiscalizar o exercício da atividade que envolva a utilização do erário e a ocorrência de dano em virtude de omissão estatal no cumprimento deste encargo, deve o Estado responder subjetivamente, segundo a teoria da culpa do serviço.

Corroborando, o professor José dos Santos Carvalho Filho²² ensina que as Organizações Sociais respondem subjetivamente por seus atos, nos termos do Código Civil, e o Estado responde subsidiariamente.

Compartilho a opinião dos doutrinadores supracitados no ponto em que afirmam que o Estado responde subjetivamente por culpa no seu dever fiscalizatório da execução do contrato de gestão, ressaltando, contudo, que cabe à Administração Pública indenizar o dano causado a terceiro apenas e tão somente nas situações em que se comprove que a omissão estatal foi causa direta e imediata (determinante) da lesão do direito.

¹⁹ STF, 2011. Informativo nº 628. <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=ADI+1923&pagina=3&base=INFO>

²⁰ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. São Paulo: Malheiros, 2003. p.265.

²¹ ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social, p.269.

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Responsabilidade civil das pessoas do direito privado prestadoras de serviços públicos. In: FREITAS (Org.). p.155

Nesse sentido, vale transcrever trecho de Acórdão do Superior Tribunal de Justiça²³ que assim decidiu:

(...) 7. A responsabilidade pelo não cumprimento de todas as metas do contrato de gestão objeto do writ é imputável tão somente à entidade impetrante, não havendo como atribuir ao Poder Público, que lhe transferiu recursos financeiros e lhe cedeu servidores públicos, a ‘culpa’ pelo cumprimento de percentual insatisfatório das metas contratualmente estipuladas. Além disso, conforme bem observado pelo parecer que fundamentou o ato, a impetrante admite o descumprimento parcial do contrato e não justifica os motivos desse descumprimento, apenas discorre que o Poder Público não lhe orientou de maneira suficiente para que as metas pudessem ser atingidas. Registre-se que as alegações da impetrante são contrárias aos princípios que regem a Administração Pública e as atividades do chamado “terceiro setor”, pois a qualificação de entidades como organizações sociais e a celebração de contratos de gestão tiveram origem na necessidade de se desburocratizar e otimizar a prestação de serviços à coletividade, bem como viabilizar o fomento e a execução de atividades relativas às áreas especificadas na Lei 9.637/98 (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde). Assim, apesar de, na espécie, competir ao Ministério do Meio Ambiente a fiscalização, a avaliação e o acompanhamento dos resultados do contrato de gestão, essas providências não afastam a responsabilidade do impetrante de cumprir as metas acordadas com o Poder Público.(...). (grifos nossos).

Nesse panorama, constata-se que após o julgamento da ADI nº 1923/DF, algumas divergências doutrinárias sobre o tema foram superadas, na medida em que o STF²⁴ assentou alguns conceitos constitucionais, quais sejam: a) a competência para a atuação na área dos serviços sociais é compartilhada entre o Estado e a sociedade em nossa ordem constitucional, de modo que ambos possuem titularidade para atuar em parceria nessa seara; b) o modelo de gestão trazido pela Lei das Organizações Sociais não se trata de delegação de serviços públicos, uma vez que a constituição confere à sociedade civil a liberdade de iniciativa para a execução de serviços não privativos do Estado, o que torna este diploma fora do alcance do art.175 da CF/88; c) os serviços de relevância pública prestados por meio de contrato de gestão sofrem o influxo de um regime jurídico híbrido – predominantemente privado, mas derogado por normas de direito público, não importando em uma completa supressão do regime

²³ STJ - MS: 10527 DF 2005/0046851-1, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 14/09/2005, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 07/11/2005 p. 75.

²⁴ STF, 2015, Informativo 781.

jurídico administrativo (princípios do art.37, da CF/88) e dos mecanismos de controle e fiscalização do Estado.

Partindo desses pressupostos, que, aliás, são essenciais para a correta compreensão do limite da responsabilidade estatal no Direito do Terceiro Setor, podemos chegar à conclusão de que na parceria instrumentalizada no contrato de gestão, a entidade privada *executa* e o Estado *fiscaliza e fomenta*.

Nesse passo, o Estado Subsidiário tem o dever de fiscalizar e incentivar a atuação do particular, mas não atua diretamente na prestação do serviço de relevância pública. Cabe, então, à instituição parceira responder por eventual prestação de serviço deficiente que cause danos a terceiros, aplicando-se, via de regra, a responsabilidade subjetiva prevista no art. 186 c/c art.927, *caput*, na hipótese de responsabilidade extracontratual ou o art.389 do Código Civil, no caso de responsabilidade contratual. E, excepcionalmente, haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, aplicando-se a responsabilidade objetiva insculpida no parágrafo único do art.927 do Código Civil, nos casos especificados em lei, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor.

Diante do exposto, o ponto de vista mais consentâneo com a nossa ordem constitucional é de que o Estado pode ser responsabilizado pelos danos decorrentes do contrato de gestão somente em caso excepcional, por omissão culposa no seu *dever de fiscalizar*, desde que seja demonstrado que a sua conduta omissiva tenha concorrido diretamente para o evento danoso e presentes os demais pressupostos relativos à responsabilidade subjetiva. Nessa hipótese, o Estado responde subsidiariamente, adotando-se a regra geral prevista no art.265, do Código Civil – devendo ser esgotado, primeiramente, o patrimônio da OS para o Estado ser responsabilizado pela indenização.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou investigar a extensão da responsabilidade civil do Estado pelos danos decorrentes do contrato de gestão firmado com as Organizações Sociais.

Ao longo da pesquisa, atingiu-se uma série de conclusões, podendo as mais importantes serem sintetizadas da seguinte forma:

A) O fim da clássica dicotomia entre direito público e direito privado e o surgimento de uma “esfera pública não estatal”, submetida a um regime jurídico híbrido (público e privado), sinalizam para um caminho de revalorização do papel da sociedade civil no mundo globalizado e uma possível autonomia de um novo ramo jurídico denominado Direito do Terceiro Setor;

B) A economia civil (solidária) mostra-se como uma alternativa capaz de regular tanto o poder do Estado quanto do Mercado, mantendo-os ao mesmo tempo livres. Esta regulação se daria sob a forma de um Terceiro Setor consolidado e competitivo e pela passagem do Estado-Providência (Estado do Bem-Estar Social tradicional) para o Estado-Regulador (Sociedade do Bem-Estar Social);

C) Organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, prestadoras de atividades de interesse público e que, por terem preenchido determinados requisitos legais e a critério do administrador, recebem a qualificação de “organização social”. O modelo federal de Organização Social no Brasil é disciplinado pela Lei nº 9.637/1998, mas não se trata de uma lei nacional e a sua constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1.923/DF, no ano de 2015. Nesta oportunidade, a Suprema Corte estabeleceu os seguintes conceitos constitucionais que são pressupostos essenciais para a compreensão da extensão da responsabilidade civil do Estado no contrato de gestão a saber: a Constituição Federal confere ao Estado e à sociedade titularidade para atuar em parceria na prestação de serviços sociais; o modelo de gestão trazido pela Lei das Organizações Sociais não se trata de delegação de serviços públicos, o que torna este diploma fora do alcance do art.175 da CF/88; o contrato de gestão sofre o influxo de um regime jurídico híbrido – predominantemente privado, mas derogado por normas de direito público, não importando em uma completa supressão do regime jurídico administrativo (princípios do art.37, da CF/88) e dos mecanismos de controle e fiscalização do Estado;

D) A Administração Pública pode ser responsabilizada pelos danos causados a terceiros no contrato de gestão, excepcionalmente, por omissão culposa no seu dever de fiscalizar, desde que a sua conduta omissiva tenha concorrido diretamente para o evento danoso e presentes os demais pressupostos relativos à responsabilidade subjetiva. Nessa hipótese, o Estado responde subsidiariamente, devendo ser esgotados, primeiramente, os bens da Organização Social para o Estado ser responsabilizado.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, Ricardo. Professor titular do Departamento de Economia da FEA/USP, coordenador de seu Núcleo de Economia Socioambiental (NEA), pesquisador do CNPq e da FAPESP – www.abramovy.pro.br (Texto publicado a partir de Abramovay, 2008).

BRUNI, Luigino; ZAMAGNI, Stefano. Economia Civil: eficiência, equidade, felicidade pública. Tradutor: Durval Cordas. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Responsabilidade civil das pessoas do direito privado prestadoras de serviços públicos. In: FREITAS (Org.).

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, parceria público-privada e outras formas. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HIGA, Alberto Shinji. Terceiro Setor – Da Responsabilidade Civil do Estado e do Agente Fomentado. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

JOÃO PAULO II, Papa. Carta Encíclica *Centesimus Annus* (No centenário da *Rerum Novarum*). São Paulo: Loyola, 1991.

LINS, Bernardo Wildi. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o modelo federal de parcerias com as organizações sociais. Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 9, n.17, p.81-100, jan./jun.2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação Gerencial na Administração Pública. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro v.214: 35-36, out./dez1998. Disponível em: file:///C:/Users/beldi/Downloads/47265-93449-1-PB.pdf. Acesso em: janeiro, 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações Sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus 'vínculos contratuais' com o Estado. Fórum Administrativo – Direito Público, a.6., n.62, p.7.091, abr.2006.

MODESTO, Paulo. O Direito Administrativo do Terceiro Setor: A Aplicação do Direito Público às Entidades Privadas sem Fins Lucrativos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 25, março, abril, maio, 2011. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 24/01/2015.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. São Paulo: Malheiros, 2003.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Ensino Jurídico e terceiro setor: contribuições iniciais para a consolidação de uma disciplina de graduação em direito do terceiro setor. Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 9, n.17, p.61-79, jan/jun. 2015.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social. No prelo.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça - MS: 10527 DF 2005/0046851-1, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 14/09/2005, S1 – PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 07/11/2005 p. 75. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7187281/mandado-de-seguranca-ms-10527-df-2005-0046851-1>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Informativo 628 do STF - 2011. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 02 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=238.32346&tseo=1>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 1923/DF, rel. orig. Min. Ayres Britto, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, julgado em 15 e 16/4/2015 (Info 781).

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO ADQUIRIDO À LICENÇA AMBIENTAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Considerations about the acquired rights related to the environmental license: an analysis from the doctrine and jurisprudence of the Supreme Court

Amanda Bezerra de Almeida¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Direito adquirido e licenciamento ambiental. 2.1. Licença ambiental: conceito, natureza jurídica e espécies. 2.2. O direito adquirido no licenciamento ambiental à luz da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2.3. Hipóteses de alteração da licença ambiental previstas na resolução CONAMA nº 237/1997. 3. Análise do cabimento de indenização pela revogação da licença ambiental. 3.1. Responsabilidade civil pela alteração da licença ambiental. 3.2. A posição da doutrina sobre o direito à indenização. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo estudar o instituto do direito adquirido e analisar a possibilidade de o titular de uma licença ambiental, ainda em vigor, vir a invocar a referida garantia para impedir a alteração ou o cancelamento dos termos da licença já obtida. A análise da matéria foi realizada à luz da doutrina do direito adquirido e do exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em seguida, passou-se ao estudo acerca da existência de direito do empreendedor à indenização, nos casos em que não reconhecido o seu direito adquirido à manutenção da licença, tal qual expedida inicialmente.

Palavras-chave: Direito adquirido – Licença ambiental – Indenização.

ABSTRACT

This work aims to study the institute of acquired rights and examine the possibility of the holder of an environmental permit, still in effect, come to invoke the guarantee to prevent the modification or cancellation of the terms of the license already obtained. The analysis of the material was carried out in the light of the doctrine of vested rights and the examination of the case law of the Supreme Court. Then it went to the study of the existence of the right of the entrepreneur to compensation in cases where no recognized their vested right to the maintenance of the license, as it initially issued.

Keywords: Vested right – Environmental license – Indemnity.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui por escopo analisar a possibilidade de o empreendedor de atividade para a qual é exigida licença ambiental, invocar, em seu benefício, a

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Público pela Universidade Católica Dom Bosco.

proteção do direito adquirido para continuar a exercer a atividade licenciada, nos termos das condições inicialmente previstas quando da concessão da licença ambiental.

Para tanto, examina-se, no Capítulo I, o conceito, a natureza jurídica e as diferentes espécies de licença ambiental, analisando-se, em seguida, a questão do direito adquirido à licença ambiental à luz da teoria geral do direito adquirido e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Por fim, examinam-se as hipóteses de alteração da licença ambiental, previstas no art. 19 da Resolução CONAMA nº 237/1997, as quais, por não tratarem de sucessão de leis no tempo, não se encontram sob o manto de incidência da garantia do direito adquirido.

Para arrematar, o Capítulo II é dedicado ao estudo da possibilidade de o empreendedor ser indenizado em razão de alteração das condições iniciais da licença ambiental ou mesmo em razão de sua revogação. Para tanto, analisa-se a questão à luz da teoria da responsabilidade civil extracontratual do Estado, examinando, ainda, como a matéria é tratada pela doutrina.

2. DIREITO ADQUIRIDO E LICENCIAMENTO AMBIENTAL

2.1. Licença ambiental: conceito, natureza jurídica e espécies

O licenciamento ambiental está previsto, no ordenamento jurídico brasileiro, como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.

O primeiro Diploma Legislativo a tratar da matéria foi a Lei nº 6.803/1980², que dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição, exigindo a realização de licenciamento ambiental para a instalação de indústrias em locais com elevados índices de poluição.

Não obstante já estivesse previsto na Lei nº 6.803/1980, foi apenas com a Lei nº 6.938/81 que o instituto jurídico do licenciamento ambiental adquiriu contornos mais sólidos, generalizando-se a sua exigência para a implantação de qualquer atividade que pudesse causar impacto ambiental negativo, tendo sido alçado à categoria de um dos mais importantes instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.

Com efeito, prescreve o art. 9º, inciso IV da Lei nº 6.938/81³ ser instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente o licenciamento ambiental e a revisão de atividade efetiva ou potencialmente poluidora.

² BRASIL. Lei n.º 6.803, de 2 de julho de 1980. Dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 3 julho 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6803.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

³ BRASIL. Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 de setembro de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 14 fev. 2015.

O conceito de licenciamento ambiental encontra-se positivado no art. 2º, inciso I da Lei Complementar nº 140/2011. Nos termos do referido Diploma Legislativo, licenciamento ambiental “é o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”⁴.

Antes da edição da supracitada Lei Complementar, contudo, a Resolução CONAMA nº 237/1997 já tratava de conceituar o aludido instituto, definindo-o como um procedimento, ou seja, uma série encadeada de atos destinados a um fim, qual seja, a obtenção da licença ambiental.

Dessa forma, licenciamento ambiental e licença ambiental são conceitos jurídicos distintos, que não se confundem, sendo o primeiro um procedimento, ao passo que a segunda é um ato administrativo.

O licenciamento ambiental possui fundamento no exercício do poder de polícia da Administração Pública, bem como possui amparo nos princípios do Direito Ambiental da precaução, da prevenção e do desenvolvimento sustentável.

Há grande discussão, no âmbito doutrinário, acerca da natureza jurídica da licença ambiental: seria a licença ambiental equiparável à licença do Direito Administrativo ou à autorização administrativa? Ou seria ela uma licença *sui generis*, dotada de características próprias que a distinguem da licença administrativa?

Para uma melhor análise da questão, faz-se necessário, primeiro, examinar as características e a definição da autorização e da licença, no âmbito do Direito Administrativo.

A respeito da matéria, trazem-se à baila as lições do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁵, que assim conceitua a autorização e a licença:

Autorização – é o ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo, como regra, caráter precário. [...] Licença – é o ato vinculado, unilateral, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos. A licença para edificar, que depende do competente alvará, exemplifica a hipótese. A licença de importação ou a de exercício de atividade profissional são outros tantos exemplos. Uma vez cumpridas

⁴ BRASIL. Lei n.º 140, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp140.htm>. Acesso em: 15 fev. 2015.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. rev. e atual. Editora Malheiros, 2006. p. 418.

as exigências legais, a Administração não pode negá-la. Daí seu caráter vinculado, distinguindo-se, assim, da autorização.

Como se pode perceber, tanto a licença quanto a autorização, no âmbito do Direito Administrativo, são atos administrativos negociais, assim entendidos aqueles atos em que a vontade do particular coincide com a vontade do Poder Público. Embora ambos sejam atos negociais, a licença e a autorização não se confundem: ao passo que a licença administrativa é um ato vinculado, conferido em caráter de permanência ao particular que atendeu aos requisitos para a sua concessão, a autorização é um ato administrativo discricionário, dotado de precariedade, de modo que pode ser revogado pelo Poder Público, mesmo na ausência de descumprimento das condições assumidas pelo particular.

A licença do Direito Administrativo apenas pode ser invalidada nos seguintes casos: (a) se tiver havido ilegalidade na sua concessão; (b) se o beneficiário da licença descumprir os seus termos; ou (c) diante de interesse público superveniente, havendo direito do particular de ser indenizado nesse último caso.

Feitas essas considerações, passa-se ao exame da natureza jurídica da licença ambiental.

Para o Professor Édis Milaré⁶, a licença ambiental é dotada de peculiaridades que não permitem que esta se identifique com a licença do Direito Administrativo:

Não há falar, portanto, em equívoco do legislador na utilização do vocábulo licença, já que disse exatamente o que queria (*lex tantum dixit quam voluit*). O equívoco está em se pretender identificar na licença ambiental, regida pelos princípios formadores do Direito do Ambiente, os mesmos traços que caracterizam a licença tradicional, modelada segundo o cânon do Direito Administrativo, nem sempre compatíveis. O parentesco próximo não induz, portanto, considerá-las irmãs gêmeas.

Em síntese, a licença ambiental, apesar de ter prazo de validade estipulado, goza do caráter de estabilidade, de jure; não poderá, pois, ser suspensa ou revogada, por simples discricionariedade, muito menos por arbitrariedade do administrador público. Sua renovabilidade não conflita com sua estabilidade; está, porém, sujeita a revisão, podendo ser suspensa e mesmo cancelada, em caso de interesse público ou ilegalidade superveniente ou, ainda, quando houver descumprimento dos requisitos preestabelecidos no processo de licenciamento ambiental. Mais uma vez pode chamar a atenção para

⁶ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: A Gestão Ambiental em foco*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2009, p. 426.

disposições peculiares do Direito do Ambiente, peculiaridades essas fundadas na legislação e corroboradas por práticas administrativas correntes na gestão ambiental.

Maria Luiza Granziera⁷ também leciona que a licença ambiental possui características próprias, não se subsumindo à tipologia quer das licenças administrativas, quer das autorizações administrativas, não obstante defenda que a licença ambiental se aproximaria mais da autorização do que da licença do Direito Administrativo.

Como se pode perceber, conquanto não haja um consenso na doutrina, parece prevalecer o posicionamento segundo o qual a licença ambiental não se identifica perfeitamente quer com a licença administrativa, quer com a autorização administrativa, possuindo características próprias.

Isso porque, a licença ambiental, embora possua prazo de validade preestabelecido, não sendo permanente na acepção da licença administrativa, é dotada de estabilidade, não podendo ser revogada, com base em um juízo meramente discricionário da Administração Pública.

Dessa forma, ao contrário da autorização do Direito Administrativo, a licença ambiental não possui caráter precário, sendo válida pelo prazo determinado no ato de concessão da licença, prazo esse cujos limites máximos encontram-se disciplinados na legislação, variando de acordo com o tipo de licença ambiental expedida: licença prévia, licença de instalação ou licença de operação.

Para Maria Luiza Granziera⁸, a licença ambiental pode ser vinculada ou discricionária, a depender do fato de o legislador já ter disciplinado, por completo, todos os elementos do ato ou se deixou margem para valoração de determinados aspectos por parte do administrador público.

Dessa forma, pode-se concluir que a licença ambiental é uma licença *sui generis*, que não se amolda à tipologia da autorização ou da licença do Direito Administrativo.

Analisada a natureza jurídica da licença ambiental, passa-se ao exame dos três diversos tipos em que se divide a referida licença.

Tendo o órgão ambiental decidido pelo deferimento da licença, a sua concessão se dará em três diferentes etapas: a licença prévia, a licença de instalação e a licença de operação.

A licença prévia (LP) “atesta a viabilidade ambiental do empreendimento ou atividade, aprovando a sua localização e concepção e estabelecendo as condições a serem atendidas nas próximas fases”⁹.

⁷ GRANZIERA, Maria Luiza. *Direito Ambiental*. 3. ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2014, p. 431.

⁸ GRANZIERA, Maria Luiza. *Ibid.*, p. 428-429.

⁹ BELTRÃO, Antonio F. G. *Curso de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: METODO, 2009, p. 139.

A licença de instalação (LI), como o próprio nome indica, autoriza a instalação, e não a operação, do empreendimento, em conformidade com os planos aprovados e com as condições estabelecidas na licença prévia.

Por fim, a licença de operação (LO) é aquela por meio da qual o órgão ambiental autoriza o início das atividades do empreendimento, uma vez atendidas as condições estabelecidas nas licenças prévia e de instalação.

Importa destacar, ainda, que cada uma dessas licenças acima apontadas possui prazo máximo de validade. A licença prévia é válida por, no máximo, 5 (cinco) anos; a licença de instalação possui validade máxima de 6 (seis) anos e, por fim, a licença de operação é válida por até 10 (dez) anos, podendo ser renovada.

2.2. O direito adquirido no licenciamento ambiental à luz da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Já se tendo uma noção do conceito, da natureza jurídica e das espécies da licença ambiental, resta perquirir acerca da aplicação do instituto do direito adquirido no âmbito do licenciamento ambiental. Nesse contexto, a questão que se põe é a seguinte: há direito adquirido à manutenção da licença pelo prazo em que foi originalmente concedida?

Para que se possa proceder à referida análise, será necessário se formular um caso prático hipotético: suponha-se que, após a obtenção da licença de operação, por parte do empreendedor, devidamente cumprida a legislação vigente ao tempo da obtenção da aludida licença, sobrevenha nova lei, mais restritiva, alterando as condicionantes ambientais para o exercício da atividade licenciada, impedindo, por exemplo, a construção do empreendimento no local antes aprovado, por ter a área passado a ser de proteção ambiental. A novel legislação poderá ser aplicada de forma a atingir a licença já obtida?

Primeiramente, deve-se verificar se a nova lei versa sobre norma de competência ou se trata de norma de conduta. No caso hipotético acima, a restrição ambiental trazida pela novel legislação versa sobre norma de competência, pois aniquila o próprio direito à construção do empreendimento (norma de competência), não impondo apenas limitações ao modo de exercer o referido direito (norma de conduta).

Uma norma é considerada de competência quando estabelece os requisitos para que uma pessoa possa ser considerada titular de um direito, ao passo que a norma seria de conduta, quando regulamenta a forma de exercício de tal direito, não alterando a condição do sujeito de titular desse direito. O Professor Tercio Sampaio Ferraz Junior¹⁰ assim dispõe sobre norma de competência e norma de conduta:

¹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 251.

Se a lei antiga contém normas de competência que estabelecem as condições em que alguém é considerado titular de direitos subjetivos, preenchidas essas condições, diz-se que o direito está adquirido, isto é, ocorreu a incidência no sentido de que o adquirente está apto a exercê-lo (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º, § 2º). Assim, se alguém compra uma propriedade, tendo cumprido todas as exigências da lei e suas normas de conduta, uma lei posterior que venha a alterar as condições para alguém ser considerado proprietário (ser proprietário) não pode ter eficácia sobre o direito adquirido anteriormente (alguém que já é proprietário). O princípio do direito adquirido não protege, porém, o sujeito contra os efeitos retroativos de uma lei no que diz respeito à incidência de novas normas de conduta. Assim, protegida a aquisição do status de proprietário (incidência perfeita da norma de competência, nada obstará que o exercício de certos atos correspondentes ao direito adquirido (por exemplo, alugar o imóvel objeto do direito adquirido de propriedade) venha a ser atingido por lei posterior que proíba, por exemplo, o despejo do locatário para subsequente locação por preço maior.

À luz da doutrina do Professor Tercio Sampaio Ferraz, pode ser invocada a proteção do direito adquirido em face de norma de competência, “que estabelece as condições em que alguém é considerado titular de direitos subjetivos, preenchidas essas condições”¹¹, uma vez que a lei não poderá retroagir para atingir situações jurídicas já criadas validamente sob a vigência da lei anterior.

Sendo norma de competência, passa-se ao exame do próximo requisito, apontado por Savigny, fazendo-se necessário verificar se o direito encontra-se apenas no plano abstrato ou se já foi concretizado. No caso *sub examine*, o direito não se encontra apenas no plano abstrato, tendo em vista que já houve a sua realização no mundo dos fatos, tendo o direito objetivo já se transformado em direito subjetivo.

Isso porque não se está a invocar apenas o direito, em tese, de se obter uma licença ambiental para a execução de uma dada atividade econômica, já tendo o empreendedor, com base nas normas de direito objetivo e realizando a hipótese de incidência da norma, obtido a licença ambiental de operação.

Importa destacar que, à luz do que prescreve a doutrina, bem como em consonância com a legislação brasileira, mais especificamente com o parágrafo 2º do art. 6º do Decreto-lei nº 4.657/42, basta que o direito seja exercitável, não sendo exigido que tenha sido exercido, de fato, pelo titular.

Dessa forma, mesmo que o empreendedor ainda não tenha dado início à operação da atividade licenciada ou às obras de instalação para o exercício da aludida atividade, goza da proteção do direito adquirido, se já obtida a licença.

¹¹ Ibid.

Assim, também restou atendido o requisito do direito concreto estabelecido por Savigny, passando-se ao exame do próximo elemento, apontado por Blondeau: se a aplicação da novel legislação a uma relação ou situação jurídica anterior à sua vigência irá causar mais danos ou se trará mais benefícios (proporcionalidade de Blondeau).

O referido requisito trata, em verdade, de um juízo de ponderação de princípios: no caso hipotético que se está analisando, tem-se que, de um lado, está o princípio do direito adquirido (da segurança jurídica e da irretroatividade da lei), ao passo que, de outro, está o princípio da proteção ambiental. A referida ponderação apenas pode ser feita à luz de cada caso concreto e de suas especificidades, analisando-se o grau de degradação ambiental que a atividade causará e se decidindo a respeito de qual dos princípios deverá prevalecer no caso concreto.

Mister analisar, ainda, se o que será atingido pela lei nova serão apenas os efeitos futuros de situação jurídica ocorrida no passado, conforme a doutrina de Roubier. Isso porque a nova lei atinge não apenas os efeitos futuros de situação jurídica passada, mas atinge a própria constituição válida da situação jurídica, na medida em que obsta a construção e a operação da atividade licenciada.

Por fim, resta examinar se o direito já foi incorporado ao patrimônio jurídico do titular, tendo origem em fato idôneo, como determina Gabba. No caso em análise, a licença já foi obtida, sendo um direito concreto, subjetivo, que já se incorporou ao patrimônio do seu titular, tendo origem em fato idôneo, na medida em que respeitou os ditames e as exigências da legislação vigente à época de sua concessão.

Uma questão que se coloca e que se mostra relevante na presente discussão, diz respeito à possibilidade ou não de se invocar a proteção do direito adquirido diante de normas de ordem pública. Discorre sobre a matéria Lilian Barros de Oliveira Almeida¹², seguindo a doutrina do Professor Elival da Silva Ramos¹³:

No Brasil, os princípios da irretroatividade e do direito adquirido, conforme já abordado anteriormente, têm proteção constitucional, vigorando, portanto, o sistema constitucional do Direito Intertemporal. Assim, a dimensão constitucional do direito adquirido não permite que se excepcionem da aplicação do princípio as chamadas leis de ordem pública e que se admita a sua retroatividade.

Dessa forma, mesmo diante de normas de ordem pública, mostra-se possível se pleitear a proteção do direito adquirido, uma vez que esta última se apresenta, no ordenamento jurídico brasileiro, como uma garantia de *status* constitucional.

¹² ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. *Direito adquirido: uma questão em aberto*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 89.

¹³ RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 194-204.

Ultrapassada a questão relativa ao óbice da norma de direito público, que não se apresenta como um obstáculo à proteção do direito adquirido no sistema jurídico brasileiro, nada impediria, no caso concreto analisado e sob a óptica dos conceitos doutrinários acima expostos, que o empreendedor se valesse da garantia do direito adquirido, para impedir o cancelamento de licença ambiental já deferida.

Destaque-se que o procedimento para a concessão da licença ambiental abarca diferentes etapas, que compreendem a concessão de diversos tipos de licença (prévia, de instalação e de operação), apenas podendo ser beneficiado da proteção do direito adquirido o empreendedor que já tiver obtido a licença de instalação (LI) ou a licença de operação (LO).

Isso porque, uma vez obtida a licença de instalação, o empreendedor já possui o direito de iniciar a construção das instalações necessárias ao exercício da atividade objeto do licenciamento ambiental, assim como na licença de operação, já incorporou ao seu patrimônio jurídico o direito de operar o empreendimento licenciado, na forma da lei anterior, não importando, como já destacado anteriormente, se já fez valer o seu direito, tendo iniciado as obras, no caso da licença de instalação, ou tendo dado início à atividade, no caso da licença de operação.

Enfrentada a matéria sob a ótica dos conceitos doutrinários a respeito do direito adquirido, passa-se ao exame da questão sob a perspectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Parte da doutrina entende que a definição de direito adquirido, bem como os contornos jurídicos do referido instituto não podem ser definidos de modo apriorístico, com base em uma definição geral e abstrata, de modo que apenas diante de cada caso concreto e da ponderação dos princípios envolvidos em cada uma dessas situações jurídicas concretas é que se poderia definir o conceito de direito adquirido.

Lilian Barros de Oliveira Almeida é adepta da concepção de que o conceito de direito adquirido e a definição do que seja o núcleo essencial do referido direito fundamental apenas pode ser obtido a partir do exame de cada caso concreto. Daí a importância da análise de precedentes da Suprema Corte a respeito da matéria.

A supracitada autora adota o método tópico para o exame da definição do direito adquirido, o que passará a ser abordado a partir deste momento no presente trabalho.

A tópica parte do problema para a busca da solução, elaborando um catálogo de *topoi* (lugares comuns), que poderá auxiliar na resolução de outros casos concretos. Para Theodor Viehweg (1979, apud Lilian Barros Almeida, 2012), a tópica pode ser classificada como de primeiro e de segundo grau, sendo de primeiro grau quando se está diante de um problema para o qual não existe um referencial prévio, ao passo

que a tópica seria de segundo grau quando, para a solução do caso concreto apresentado, já exista um catálogo de *topoi*.¹⁴

Como bem destaca Lilian Almeida, o Supremo Tribunal Federal possui um catálogo de *topoi* a respeito do direito adquirido:

Verifica-se a existência de um catálogo de *topoi*, que representa diversos pontos de vista (precedentes) consolidados pela Corte e seguidos por ela. Integram esse catálogo, dentre outras, a título exemplificativo, as seguintes proposições: 1) não existe direito adquirido a regime jurídico; 2) não existe direito adquirido à não tributação; 3) existe direito adquirido à aposentadoria se, na vigência da lei anterior, o servidor preencheu todos os requisitos exigidos, em que pese o fato de, à época, não ter requerido a aposentadoria; 4) não existe direito adquirido contra a Constituição; 5) não existe direito adquirido de servidores ativos e inativos à permanência do regime legal de reajuste de vantagem correspondente; 6) existe direito adquirido dos servidores celetistas transformados em estatuários à contagem do tempo de serviço público para efeitos de adicional por tempo de serviço e de licença-prêmio; 7) não existe direito adquirido dos inativos à não incidência de contribuição previdenciária; 8) não existe direito adquirido do condenado criminalmente aos dias remidos pelo trabalho; 9) não há direito adquirido se, durante a tramitação do pedido de licença de construção, sobrevier norma que, alterando a disciplina existente, levar ao indeferimento do pedido.¹⁵

Consultando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se logrou êxito em localizar precedente que versasse sobre o direito adquirido em relação à licença ambiental. Contudo, foram encontrados quatro precedentes com relação ao exame da existência de direito adquirido em face de licença para construção, em casos envolvendo loteamentos, relativos ao direito urbanístico.

Passa-se ao exame de cada um desses precedentes, a fim de se aferir se eles poderiam ser utilizados como paradigmas, com o escopo de orientar a adoção de solução semelhante para o caso da licença ambiental.

O primeiro precedente, datado de 1999, é o RE nº 212.780/RJ, que se encontra assim ementado:

LOTEAMENTO URBANO. APROVAÇÃO POR ATO ADMINISTRATIVO, COM DEFINIÇÃO DO PARCELAMENTO. REGISTRO IMOBILIÁ-

¹⁴ VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. In: ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira, *ibid.*, p. 171.

¹⁵ ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. *Direito adquirido: uma questão em aberto*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 176.

RIO. Ato que não tem o efeito de autorizar a edificação, faculdade jurídica que somente se manifesta validamente diante de licença expedida com observância das regras vigentes à data de sua expedição. Caso em que o ato impugnado ocorreu justamente no curso do processamento do pedido de licença de construção, revelando que não dispunha a recorrida, ainda, da faculdade de construir, inerente ao direito de propriedade, descabendo falar-se em superveniência de novas regras a cuja incidência pudesse pretender ela estar imune. Da circunstância de plantas do loteamento haverem sido arquivadas no cartório imobiliário com anotações alusivas a índices de ocupação não decorre direito real a tais índices, à ausência não apenas de ato de aprovação de projeto e edificação, mas, também, de lei que confira ao registro tal efeito. Legitimidade da exigência administrativa de adaptação da proposta de construção às regras do Decreto nº 3.046/81, disciplinador do uso do solo, na área do loteamento. Recurso conhecido e provido.¹⁶

No precedente acima, não há que se falar em direito adquirido, uma vez que a lei nova sobreveio quando ainda em curso o procedimento de licença, de modo que, quer se trate de licença para fins de construção de loteamento de Direito Urbanístico, quer se trate de licença ambiental, não há que se falar em direito adquirido. Com efeito, apenas se mostra cabível invocar a proteção do direito adquirido quando já deferida a licença, após o término do procedimento licenciatório.

Dessa forma, não tendo havido o deferimento da licença de construção (no caso do loteamento) ou da licença de instalação ou de operação (no caso da licença ambiental), não se encontra o empreendedor sob o manto da proteção do direito adquirido.

O segundo precedente data de 1989, sendo o RE nº 118.226/RJ:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TENDO COMO FUNDAMENTO A CONTRARIEDADE A DIREITO ADQUIRIDO, A COMPETÊNCIA PARA JULGAR O APELO EXTREMO CONTINUA COM O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LICENÇA PARA CONSTRUIR. HIPÓTESE DE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE RENOVAÇÃO E NÃO DE REVOGAÇÃO DA PRÓPRIA LICENÇA. DIREITO ADQUIRIDO INEXISTENTE, AINDA MAIS CONSIDERANDO SER O PEDIDO DE RENOVAÇÃO POSTERIOR À LEI MUNICIPAL QUE DECLARARA A ÁREA NON AEDIFICANDI. CONTESTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário nº 212.780/RJ. Relator: GALVÃO, Ilmar. Publicado no Diário de Justiça de 25 de junho de 1999, p. 30. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28licen%E7a+construir+direito+adquirido%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k4so7v4>>. Acesso em: 21 de maio de 2015.

BASEADA EM MATÉRIA DE FATO E DIREITO LOCAL, QUE REFOGEM DO ÂMBITO DE JURISDIÇÃO EXTRAORDINÁRIA. RE NÃO CONHECIDO.¹⁷

No caso do julgado acima ementado, não cabe falar em direito adquirido, porquanto não houve revogação, cancelamento ou alteração da licença anteriormente deferida, tendo havido, isto sim, o indeferimento do pedido de renovação da licença, após esta já ter expirado.

Com efeito, apenas se mostra possível a invocação da garantia do direito adquirido, caso se pretenda modificar, cancelar ou suspender licença ainda vigente.

O terceiro precedente data de 1985 (RE nº 105.634/PR), ou seja, é anterior à Constituição da República de 1988 e assim dispõe:

LICENÇA PARA CONSTRUIR. REVOGAÇÃO. OBRA NÃO INICIADA. LEGISLAÇÃO ESTADUAL POSTERIOR. I. COMPETÊNCIA DO ESTADO FEDERADO PARA LEGISLAR SOBRE ÁREAS E LOCAIS DE INTERESSE TURÍSTICO, VISANDO À PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PAISAGÍSTICO (C.F., ART. 180). INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO ART. 15 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL; II. ANTES DE INICIADA A OBRA, A LICENÇA PARA CONSTRUIR PODE SER REVOGADA POR CONVENIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SEM QUE VALHA O ARGUMENTO DO DIREITO ADQUIRIDO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.¹⁸

O referido precedente será analisado em conjunto com o quarto julgado, o RE nº 85.002/SP, de data ainda mais remota, 1976, dada a similitude entre ambos os casos:

LICENÇA DE CONSTRUÇÃO. REVOGAÇÃO. FERE DIREITO ADQUIRIDO À REVOGAÇÃO DE LICENÇA DE CONSTRUÇÃO POR MOTIVO DE CONVENIÊNCIA, QUANDO A OBRA JÁ FOI INICIADA. EM TAIS CASOS, NÃO SE ATINGE APENAS FACULDADE JURÍDICA – O DENOMINADO ‘DIREITO DE CONSTRUIR’ – QUE INTEGRA O CONTEÚDO DO DIREITO DE PROPRIEDADE, MAS SE VIOLA O DIREITO DE PROPRIEDADE QUE O DONO DO SOLO ADQUIRIU

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário nº 118.226/RJ. Relator: BORJA, Celso. Publicado no Diário de Justiça de 13 de outubro de 1989, p. 15760. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28licen%27a+construir+direito+adquirido%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k4so7v4>>. Acesso em 21 de maio de 2015.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário nº 105.634/PR. Relator: REZEK, Francisco. Publicado no Diário de Justiça de 8 de novembro de 1985, p. 20107. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28licen%27a+construir+direito+adquirido%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k4so7v4>>. Acesso em 21 de maio de 2015.

COM RELAÇÃO AO QUE JÁ FOI CONSTRUÍDO, COM BASE NA AUTORIZAÇÃO VÁLIDA DO PODER PÚBLICO. HÁ, PORTANTO, EM TAIS HIPÓTESES, INEQUÍVOCO DIREITO ADQUIRIDO, NOS TERMOS DA SÚMULA 473.¹⁹

Nos dois últimos precedentes acima citados (RE nº 105.634/PR e RE nº 85.002/SP), a revogação da licença de construção do Direito Urbanístico se dá por motivo de conveniência e oportunidade da Administração Pública, o que não ocorre nos casos da licença ambiental, em que tendo se verificado a existência, a iminência ou mesmo o risco de dano ao meio ambiente, o Poder Público possui o dever de agir de forma a evitar ou, se não for possível impedir, deve agir de forma a mitigar, ao máximo, a degradação ambiental.

Isso porque o meio ambiente foi erigido, pela Constituição da República de 1988, a bem público de uso comum do povo, indisponível, sendo dever do Estado e da sociedade protegê-lo, não cabendo juízo de mérito quanto à conveniência e a oportunidade do Poder Público de agir de modo a preservar os recursos ambientais.

Não se trata, portanto, de mero juízo de conveniência e oportunidade a revogação da licença diante da iminência ou do risco de dano ambiental, ao contrário do que ocorre nos casos dos precedentes do Supremo Tribunal Federal acima mencionados (RE nº 105.634/PR e RE nº 85.002/SP), relativos à licença de construção do Direito Urbanístico.

Observe-se, ainda, que os precedentes acima, além de não versarem sobre o Direito Ambiental, mas sim sobre o Direito Urbanístico, são anteriores à entrada em vigor da Constituição da República de 1988, datando um de 1985 e o outro de 1976, e que foi apenas com a Constituição brasileira de 1988 que o meio ambiente passou a gozar de uma categoria de proteção mais acentuada no ordenamento jurídico brasileiro.

À vista do exposto, verifica-se que, até o momento, não há precedente do Supremo Tribunal Federal a respeito do direito adquirido no que tange à licença ambiental.

Ante a ausência de precedente no âmbito da jurisprudência da Suprema Corte, não estando a questão dentro do catálogo de *topoi* do Pretório Excelso, deve-se analisar a matéria sob o prisma dos parâmetros doutrinários estabelecidos por Gabba, Savigny, Blondeau, Tercio Sampaio e Roubier, verificando se, em cada caso concreto, estão atendidos os requisitos elencados pelos doutrinadores acima.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário nº 85.002/SP. Relator: ALVEZ, Moreira. Publicado no Diário de Justiça de 11 de março de 1977, p. 01307. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28re+85002%29&base=baseAcor daos&url=http://tinyurl.com/lv4vcmy>>. Acesso em: 21 de maio de 2015.

Caso sobrevenha julgamento do Pretório Excelso a respeito do reconhecimento de direito adquirido no âmbito da licença ambiental, este precedente deverá ser considerado na análise dos demais casos concretos que se apresentarem e passará a integrar o catálogo de *topoi* do Supremo Tribunal Federal a respeito do direito adquirido. Entretanto, até que haja decisão da Suprema Corte, deve-se recorrer à doutrina para a solução dos casos concretos que envolvam o direito adquirido à licença ambiental.

2.3. Hipóteses de alteração da licença ambiental previstas na resolução CONAMA nº 237/1997

A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, ao dispor sobre os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, estabelece, em seu art. 9º, inciso IV, que “são instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: [...] V - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras”²⁰.

Destaque-se que o próprio dispositivo legal acima mencionado prevê expressamente a possibilidade de revisão da licença ambiental. Outrossim, também a Resolução CONAMA nº 237/1997 prescreve a possibilidade de modificação, suspensão ou cancelamento da licença ambiental, ainda que dentro do prazo de sua vigência.

Com efeito, nos termos do art. 19 da Resolução CONAMA nº 237/1997²¹, pode o órgão ambiental competente modificar as condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar uma licença expedida, desde que o faça, sempre, por decisão motivada.

Três são as hipóteses em que são permitidas a modificação, a suspensão ou o cancelamento da licença ambiental anteriormente concedida e ainda em vigor, quais sejam: (I) quando ocorrer violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais; II – diante de omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença; ou III – nos casos de superveniência de graves riscos ambientais e de saúde.

Observe-se que, em todos os três casos acima descritos, a revisão da licença ambiental não decorre da superveniência de uma nova legislação, razão pela qual a possibilidade de modificação, suspensão ou cancelamento da licença não esbarra na garantia do direito adquirido ou do ato jurídico perfeito.

²⁰ BRASIL. Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 de setembro de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 2 fev. 2015

²¹ CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental. Publicada no DOU n. 247, de 22 de dezembro de 1997, Seção 1, páginas 30841-30843. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=237>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

A primeira hipótese trata da violação ou da inadequação de uma condicionante ou da norma legal, por parte do empreendedor. Cuida-se de situação em que o titular da licença desprezita as condições impostas pelo órgão ambiental responsável pelo licenciamento ou transgredir as regras de proteção ao meio ambiente previstas na norma ambiental que incidiu na época da concessão da licença e que continua regendo a relação jurídica firmada.

A segunda hipótese de revisão da licença ambiental diz respeito à conduta do empreendedor que omitiu ou procedeu à falsa descrição de informações relevantes, que tenham subsidiado a expedição da licença. Como se percebe, também não se trata, aqui, de superveniência de novel legislação sobre a matéria.

Por fim, a licença ambiental pode ser revista diante de graves riscos ambientais ou à saúde, constatados apenas após a obtenção da licença. Nesse último caso, ainda que se esteja cumprindo a contento as condições impostas no procedimento de licenciamento e ainda que se esteja respeitando as prescrições previstas na legislação que amparou a concessão da licença, mesmo assim pode haver a sua revisão, se se verificar que os danos causados ao meio ambiente ou à saúde da população são mais graves do que aqueles inicialmente estimados.

Nesse diapasão, a revisão da licença ambiental nem sempre ocorrerá por uma conduta faltosa do particular. No caso de omissão ou falsa descrição de informações que foram relevantes para a concessão da licença ambiental, há conduta culposa/dolosa do empreendedor, o mesmo não se podendo afirmar nas hipóteses de superveniência de graves riscos ambientais e de saúde.

Ainda nesse último caso, em que não há falta do empreendedor, mesmo assim a licença ambiental deve ser revista, modificando-se os condicionantes ou suspendendo-a, caso tais medidas sejam suficientes para a adequada proteção do meio ambiente. Na hipótese de o risco de dano ambiental não poder ser contornado pela modificação das condições impostas na licença ou pela suspensão da atividade, o Poder Público poderá, ou melhor, deverá proceder ao cancelamento da licença ambiental.

A modificação é a alteração das condições impostas ao empreendedor, para que a atividade passe a ser exercida de modo a não comprometer a adequada proteção ambiental. A suspensão, por seu turno, é a paralisação da atividade licenciada, até que esta tenha condições de ser exercida em conformidade com os parâmetros de proteção ao meio ambiente estabelecidos na licença. Por fim, o cancelamento da licença ambiental é a retirada do referido ato administrativo do mundo jurídico.

Dessa forma, a possibilidade de modificação, suspensão ou, até mesmo, de cancelamento da licença ambiental, nos casos previstos na Resolução CONAMA nº 237, não encontra óbice nas garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, por não dizerem respeito à aplicação retroativa de lei

nova, mas sim ao desrespeito a condições exigidas pela própria lei vigente à época da concessão da licença.

3. ANÁLISE DO CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO PELA REVOGAÇÃO DA LICENÇA AMBIENTAL

3.1. Responsabilidade civil pela alteração da licença ambiental

Passa-se, a partir deste momento, ao exame da possibilidade de vir o empreendedor a ser indenizado pela revogação da licença ambiental. Para tanto, faz-se necessário distinguir três situações.

A primeira delas diz respeito aos casos em que haja sido reconhecido o direito adquirido do empreendedor à manutenção da licença ambiental tal qual reconhecida originariamente. Nessa hipótese, não há que se falar, logicamente, em direito à indenização, por ausência dos pressupostos da responsabilidade civil do Estado: inexistência de dano, de conduta e de nexo de causalidade.

A segunda situação, que é a mais relevante para o tema tratado no presente trabalho, diz respeito aos casos em que, não tendo havido o reconhecimento do direito adquirido do particular, este é atingido pela lei nova, seja porque o procedimento de licença ainda não estava findo, quando da entrada em vigor da nova legislação, seja porque a nova lei apenas estabeleceu novos condicionantes sem afetar o direito do empreendedor a continuar a sua atividade. Nessa hipótese, discute-se o direito à indenização para o particular, que terá novos custos para se adequar às novas exigências legais.

Por fim, a derradeira situação que pode se apresentar diz respeito aos casos de modificação, suspensão ou cancelamento da licença ambiental, previstos na Resolução CONAMA nº 237/1997. Faz jus o empreendedor à indenização nos casos do art. 19 da supracitada Resolução?

A análise da matéria perpassa o estudo da responsabilidade civil aquiliana do Estado.

Com relação à primeira situação, uma vez reconhecido o direito adquirido do empreendedor à manutenção da licença ambiental, tal qual reconhecida originariamente, não haverá conduta do Ente Público para o fim de modificar, suspender ou cancelar a licença.

Dessa forma, diante da inexistência de conduta do Estado que venha a alterar os condicionantes da licença originariamente concedida, não há que se falar, por conseguinte, em direito à indenização, por ausência dos pressupostos da responsabilidade civil do Estado: inexistência de dano, de conduta e de nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Passa-se, então, ao exame da segunda situação, a qual diz respeito aos casos em que, não tendo havido o reconhecimento do direito adquirido do

particular, este é atingido pela lei nova. Faz *jus* o empreendedor a ser indenizado nesses casos?

Primeiramente, importa verificar se houve conduta, que tenha causado um dano ao particular e se existe nexó de causalidade entre esta conduta e o dano.

Na hipótese narrada, há conduta por parte do Poder Público que, diante da nova legislação e por não reconhecer o direito adquirido do empreendedor, modifica, suspende ou cancela os termos originários da licença ambiental.

Trata-se de conduta comissiva do Estado, que, por meio de um agente público, atuando nesta qualidade, passa a exigir novas condicionantes ao empreendedor para o fim de conceder a licença ambiental ou para o fim de permitir a continuidade da atividade licenciada.

Cumprido esse primeiro requisito, passa-se ao exame do próximo pressuposto da responsabilidade civil, qual seja, a existência de dano. Como visto, para que o dano possa ser indenizável, faz-se necessário que ele seja certo, que ainda subsista e que tenha havido a violação a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou moral, cabendo ao empreendedor demonstrar a satisfação desses requisitos.

Por fim, deve-se verificar se há nexó de causalidade entre o dano e a conduta do agente público, imputada ao Estado. No caso em exame, estaria presente o nexó causal entre a conduta de exigir novas condicionantes e o aumento do custo do empreendimento, razão pela qual seria cabível o pagamento de indenização ao particular, pois presentes todos os requisitos da responsabilidade patrimonial do Estado.

Cumprido esse primeiro requisito, passa-se ao exame do próximo pressuposto da responsabilidade civil, qual seja, a existência de dano. Como visto, para que o dano possa ser indenizável, faz-se necessário que ele seja certo, que ainda subsista e que tenha havido a violação a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou moral, cabendo ao empreendedor demonstrar a satisfação desses requisitos.

Passa-se, nesse momento, ao exame da derradeira situação que pode se apresentar, a qual diz respeito aos casos de modificação, suspensão ou cancelamento da licença ambiental, previstos na Resolução CONAMA nº 237/1997. Faz *jus* o empreendedor à indenização nos casos do art. 19 da supracitada Resolução²²?

²² Art. 19. O órgão ambiental competente, mediante decisão motivada, poderá modificar os condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar uma licença expedida, quando ocorrer: I – violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais; II – omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença; III – superveniência de graves riscos ambientais e de saúde. (CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental. Publicada no DOU n. 247, de 22 de dezembro de 1997, Seção 1, páginas 30841-30843. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=237>>. Acesso em: 02 mar. 2015).

Examinando a questão sob o prisma da responsabilidade patrimonial do Estado, chega-se à conclusão de que nos casos dos incisos I e II do art. 19 da Resolução, não há direito à indenização por parte do empreendedor.

Com efeito, o inciso I do art. 19 trata da violação ou da inadequação de qualquer condicionante ou norma legal, por parte do empreendedor. Cuida-se de situação em que o titular da licença desrespeita as condições impostas pelo órgão ambiental responsável pelo licenciamento ou transgredir as regras de proteção ao meio ambiente previstas quando da concessão da licença. Nesse caso, há culpa exclusiva do empreendedor, a qual é excludente da responsabilidade extracontratual do Estado.

O inciso II do art. 19 da Resolução CONAMA versa sobre a conduta do empreendedor que omitiu ou procedeu à falsa descrição de informações relevantes, que tenham subsidiado a expedição da licença. Como se percebe, cuida-se de hipótese em que também não há responsabilidade aquiliana do Estado, por ter havido culpa exclusiva do empreendedor na modificação, suspensão ou no cancelamento da licença.

Já na hipótese do inciso III do art. 19 da Resolução CONAMA nº 237/1997, não se está diante de culpa exclusiva do particular, sendo o fato motivador da alteração da licença a superveniência de graves riscos ambientais ou à saúde.

Nesse último caso, ainda que se esteja cumprindo a contento as condições impostas quando da concessão da licença e ainda que se esteja respeitando as prescrições previstas na legislação que amparou a concessão da licença, mesmo assim pode haver a sua revisão, se for constatado que os danos causados ao meio ambiente ou à saúde da população são mais gravosos do que aqueles inicialmente estimados quando da concessão da licença.

Nessa hipótese, seria cabível o pagamento de indenização em favor do empreendedor, pois presentes os requisitos da responsabilidade extracontratual do Estado, quais sejam: (a) conduta do agente público, que passou a exigir novas condicionantes, mais onerosas, para a continuidade da atividade licenciada; (b) ocorrência de dano ao empreendedor, que teve um aumento do custo inicialmente estimado; e (c) nexo de causalidade, em razão de o dano ter decorrido das novas exigências realizadas pelo Poder Público.

Não há, em tal caso, a excludente de responsabilidade da culpa exclusiva do particular, uma vez que, nessa hipótese, ele não cometeu falta, tendo cumprido, a contento, as exigências e condições impostas pela licença ambiental.

3.2. A posição da doutrina sobre o direito à indenização

No âmbito da doutrina, a questão relativa ao direito do empreendedor à indenização por modificação, suspensão ou cancelamento da licença ambiental é bastante polêmica, sendo escassa a produção doutrinária a respeito do assunto. Verifica-se que há posicionamento tanto a favor do pagamento de indenização em prol do particular que teve a sua licença revogada, quanto contrário ao pagamento de qualquer verba a título de indenização ao empreendedor.

Maurício de Jesus Nunes da Silva²³ entende não ser cabível a indenização, por entender que todos os riscos da atividade são imputados ao empreendedor, bem como em razão dos princípios do poluidor-pagador e da precaução.

Já Édis Milaré²⁴ defende a existência do direito à indenização. Para o referido autor, *parece difícil sustentar possa a Administração aniquilar um direito do administrado, privando-o da correspondente indenização [...] pela perda dos investimentos que antes foram legítima e legalmente autorizados.*

Marcos Figueredo Marçal²⁵ adota uma outra posição, intermediária, analisando a situação sob o prisma do comportamento do particular para o cancelamento da licença:

Se o particular agiu de má-fé, omitindo dados relevantes sobre a atividade exercida ou mesmo falseando informações que serviram de base à emissão da licença, não há que se falar em pagamento de indenização. A mesma solução é aplicável às hipóteses em que o cancelamento ocorre por descumprimento das condicionantes impostas para realização da obra ou atividade. No primeiro caso, temos a anulação da licença. No segundo, sua cassação.

Por outro lado, há hipóteses em que ocorre a superveniência de tecnologia e conhecimento científico que permitem dar nova interpretação ao potencial lesivo da atividade. Caso não seja oportuno, nessas situações, aguardar o término do prazo de vigência da licença para a imposição das novas exigências, a licença deve ser revogada. Nesses casos, não é lícito expor o empreendedor a revés econômico – haja vista os investimentos que foram aplicados na obra ou atividade – sem a respectiva compensação pecuniária.

Dentre os posicionamentos acima elencados, acredita-se que o mais adequado é aquele encampado por Marcos Figueredo Marçal, que enfrenta o direito à indenização decorrente da revogação da licença sob a ótica do comportamento do empreendedor, analisando se este contribuiu ou não para o cancelamento da licença, mediante ato faltoso de sua parte, o que acaba por coincidir com as conclusões a que se chegou mediante a análise da questão sob a ótica da responsabilidade extracontratual do Estado, anteriormente realizada.

²³ SILVA, Maurício de Jesus Nunes da. A revogação da licença ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. v. 53. São Paulo: Editora RT, 2009. p. 187.

²⁴ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: A Gestão Ambiental em foco*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2009.

²⁵ MARÇAL, Marcos Figueredo. Indenização pelo cancelamento de licença ambiental. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3569, 9 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24149>>. Acesso em: 18 mar.2015.

Nesse diapasão, na hipótese de a revogação da licença se originar de ato doloso ou culposo do empreendedor, não haveria que se falar em direito à indenização. Dessa forma, se o particular omitiu ou falseou informação relevante quando do procedimento de concessão da licença ambiental ou veio a descumprir as condições impostas pela licença, não faz *jus* a ser indenizado pela revogação ou pelo cancelamento desta. Isso porque assegurar o direito à indenização em tais casos implicaria premiar o empreendedor faltoso, permitindo que este se beneficiasse da própria torpeza.

Já na hipótese de o particular não ter concorrido para a revogação da licença por ato faltoso de sua parte, faria *jus* a ser indenizado pelos prejuízos que vier a sofrer.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho visou ao estudo acerca da existência de direito adquirido à manutenção da licença ambiental pelo prazo em que foi originalmente concedida e nos termos das condições inicialmente impostas pelo Órgão Ambiental responsável pela concessão da licença.

Verificou-se que a Suprema Corte brasileira ainda não possui precedente relativo à análise da existência de direito adquirido à licença ambiental, de modo que, não estando a questão dentro do catálogo de *topoi* do Pretório Excelso, deve ser a matéria analisada sob o prisma da doutrina, ou seja, à luz das teorias de Gabba, Savigny, Blondeau, Tercio Sampaio e Roubier, verificando se, em cada caso concreto, estão atendidos os requisitos elencados pelos referidos doutrinadores.

Caso sobrevenha julgamento do Pretório Excelso a respeito do reconhecimento de direito adquirido no âmbito da licença ambiental, este precedente deverá ser considerado na análise dos demais casos concretos que vierem a se apresentar e passará a integrar o catálogo de *topoi* do Supremo Tribunal Federal a respeito do direito adquirido.

O presente trabalho tratou, ainda, das hipóteses de alteração da licença, previstas no art. 19 da Resolução CONAMA nº 237/1997, as quais, por não tratarem de sucessão de leis no tempo, não se encontram sujeitas à doutrina da irretroatividade das leis e ao direito intertemporal e, como corolário, não poderá ser invocada a proteção do direito adquirido em referidos casos.

Destarte, nas três hipóteses previstas no art. 19 da Resolução CONAMA nº 237/1997, pode haver a modificação, a suspensão ou até mesmo o cancelamento da licença ambiental, sempre que o órgão ambiental competente constatar que as condicionantes impostas quando da concessão da licença são insuficientes para a adequada tutela do meio ambiente.

Por fim, procedeu-se ao exame da doutrina acerca do direito do empreendedor à indenização, tendo sido expostos posicionamentos a favor e contrários ao pagamento de indenização ao particular.

Dentre os posicionamentos doutrinários elencados, acredita-se que o mais adequado é aquele encampado por Marcos Figueredo Marçal, que enfrenta o direito à indenização decorrente da revogação da licença sob a ótica do comportamento do empreendedor, analisando se este contribuiu ou não para o cancelamento da licença, mediante ato faltoso de sua parte, o que acaba por coincidir com as conclusões a que se chega mediante a análise da questão sob a ótica da responsabilidade extracontratual do Estado.

Com essas considerações finais, encerra-se o presente trabalho, que não tem o intuito de esgotar a matéria, mas apenas de estudar um pouco essa temática tão interessante e ainda em aberto, que diz respeito ao direito adquirido no âmbito do licenciamento ambiental.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. *Direito adquirido: uma questão em aberto*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BELTRÃO, Antônio F. G. *Curso de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Método, 2009.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 05 de mar. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DOU de 24.01.1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário nº 85.002/SP. Relator: ALVEZ, Moreira. Publicado no Diário de Justiça de 11 de março de 1977, p. 01307. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28re+85002%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lv4vcmy>>. Acesso em: 21 de maio de 2015.

BRASIL. Lei n.º 6.803, de 2 de julho de 1980. Dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 3 de julho 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6803.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 de setembro de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 14 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário nº 105.634/PR. Relator: REZEK, Francisco. Publicado no Diário de Justiça de 8 de novembro de 1985, p. 20107. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28licen%E7a+construir+direito+adquirido%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k4so7v4>>. Acesso em: 21 de maio de 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário nº 118.226/RJ. Relator: BORJA, Celio. Publicado no Diário de Justiça de 13 de outubro de 1989, p. 15760. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28licen%E7a+construir+direito+adquirido%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k4so7v4>>. Acesso em: 21 de maio de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário nº 212.780/RJ. Relator: GALVÃO, Ilmar. Publicado no Diário de Justiça de 25 de junho de 1999, p. 30. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28licen%E7a+construir+direito+adquirido%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k4so7v4>>. Acesso em: 21 de maio de 2015.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 19 de mar. 2015.

BRASIL. Lei n.º 140, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp140.htm>. Acesso em: 15 fev. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE. Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente humano. 5 a 16 de junho de 1972. Disponível em: <<http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>>. Acesso em: 01 de abr. de 2015.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental. Publicada no DOU

n. 247, de 22 de dezembro de 1997, Seção 1, páginas 30841-30843. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=237>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FRANÇA, R. Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. 3. ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2014.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direitos adquiridos na interpretação do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: GZ. Ed., 2010.

LEAL JUNIOR, João Carlos; PIRES, Natália Taves. Aspectos relevantes do direito adquirido na ordem jurídica brasileira. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 57, set 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5104>. Acesso em: jun. 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARÇAL, Marcos Figueredo. Indenização pelo cancelamento de licença ambiental. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3569, 9 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24149>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. rev. e atual. Editora Malheiros, 2006.

MILARÉ, Édis. "Direito do ambiente: um direito adulto". *Revista de Direito Ambiental*, vol. 15, São Paulo: RT, 1998.

RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Maurício de Jesus Nunes da. "A revogação da licença ambiental". *Revista de Direito Ambiental*. v. 53. São Paulo: Editora RT, 2009.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA AMBIENTAL E DA SUA MULTA

Prescription of the executory claim of the term of adjustment of environmental conduct and of its fine

André Luiz Esteves Tognon¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Do termo de ajustamento de conduta. 2.1. Conceito. 2.2. Objeto do termo de ajustamento de conduta. 2.3. Das cominações do termo de ajustamento de conduta. 3. Da prescrição. 3.1. O instituto da prescrição no direito ambiental. 3.2. O instituto da prescrição no termo de ajustamento de conduta. 3.3. O instituto da prescrição na cominação do termo de ajustamento de conduta. 3.4. Da prescrição da pretensão executória. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a viabilidade da aplicação do instituto da prescrição da pretensão quanto à pretensão executória do descumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental (TAC), com ênfase no tema da multa diária. Nesse contexto, questiona-se se o referido instituto é aplicado em caso de inércia do autor do TAC após 5 (cinco) anos do vencimento da obrigação principal.

Palavras-chave: Meio ambiente – Termo de ajustamento de conduta – Cominação – Prescrição, pretensão executória e da multa.

ABSTRACT

This article aims to analyze the feasibility of applying the claim prescription institute as the enforceable claim of breach of the Environmental Conduct Adjustment Term (TAC), with an emphasis on daily fine. In this context, questioned whether such Office is applied in case of inertia of the TAC author after five (5) years before the repayment of the principal obligation.

Keywords: Environment – Conduct adjustment term – Imposition – Prescription, enforceable and fine pretense.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva verificar se é imprescritível a pretensão executória da multa diária de Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental, diante do entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul².

Assim, o presente artigo aborda esses temas para verificar se o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul deu uma correta interpretação na premissa quanto à imprescritibilidade na pretensão executória da multa diária do Termo de

¹ Advogado da CESP – Companhia Energética de São Paulo. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru – ITE, especialista em Direito Processual pela Faculdade de Direito de Presidente Prudente – ITE, especialista em Direito Ambiental pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

² Agravo nº 2010.038561-7/0000-00, 1ª Câmara Cível do TJMS, rel. Des. Joenildo de Souza Chaves, p. 23.09.2011.

Ajustamento de Conduta Ambiental. Para tanto, será abordada a questão da prescrição da pretensão executória, sendo questionado se a inércia dos legitimados implicará prescrição da tutela executória para cobrar as obrigações e as multas diárias ajustadas no termo de ajustamento de conduta.

Neste aspecto, observará que o termo de ajustamento de conduta é um importante instrumento de defesa do meio ambiente, que deve ser empregado sempre que for possível, voltado a restaurar o meio ambiente de forma hígida e adequar as condutas às leis ambientais.

E para atingimento de tais fins, o Termo de Ajustamento de Conduta estabelecerá obrigações e cominações, de modo que a inércia dos legitimados trará reflexos diante desse ato. Dentre estes reflexos, será verificado que o meio ambiente hígido está intimamente relacionado à vida e à dignidade da pessoa humana, circunstâncias que elevam o meio ambiente ecologicamente equilibrado a um direito fundamental, não sendo, portanto, passível de prescrição, de modo que a inércia não impedirá a busca da pretensão executória da obrigação, que, a nosso ver, é passível a prescrição da pretensão executória para tutelar a cobrança das multas diárias ajustadas no termo de ajustamento de conduta por não possuir esta característica de direito fundamental.

2. DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

2.1. Conceito

O Compromisso de Ajustamento ou TAC objetiva corrigir e adequar as condições de exercício das atividades produtivas³ e quando tomado no âmbito dos órgãos públicos legitimados, do Ministério Público, da Defensoria Pública, dos órgãos públicos sem personalidade jurídica ou das entidades da administração indireta constitui um título extrajudicial⁴. E quando firmado no bojo de uma ação civil pública ou coletiva constitui um título judicial.

O TAC é um importante instrumento efetivo na resolução de conflitos ambientais numa concretização de justiça rápida e qualificada⁵, na medida em que o interessado voluntariamente reconhece a ilicitude da conduta, objetiva readequar a sua conduta ao ordenamento jurídico vigente, a fim de afastar o risco de dano ambiental ou recompor em sua integralidade aqueles já ocorridos.

³ PASSOS, Lidia Helena Ferreira da Costa. *Ação civil pública: acesso à justiça dos interesses comunitários*. Boletim Informativo da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, São Paulo, ano 3, n. 16, dez. 1998.

⁴ MAZZILLI, 2005, p. 227.

⁵ SANTOS, Jerônimo Jesus. *Termo de Ajustamento de Conduta*. Editora e Livraria do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 40.

Os doutrinadores não convergem em seus entendimentos quanto ao regime jurídico do Termo de Ajustamento de Conduta, pois alguns entendem como uma espécie de transação, outros um ato jurídico e, ainda, para alguns é um negócio jurídico. Mas, deixando de lado essa polêmica, parece que todos concordam que em relação a esse direito transindividual não cabe qualquer disposição ou renúncia, na medida em que o meio ambiente é de todos e deve ser preservado e assegurado para propiciar uma sadia qualidade de vida para a presente e as futuras gerações, o que é incompatível com a figura da transação, diante de reciprocidade de direitos e obrigações e compensações mútuas face à disponibilidade do direito envolvido.

Sendo assim, o Ajustamento de Conduta é um instrumento *sui generis*⁶ regido por normas de ordem pública, de modo que os colegitimados não poderão abrir mão do bem ambiental tutelado diante de sua natureza indisponível. Podem apenas acordar quanto à forma, ao modo, lugar e tempo de cumprimento das obrigações, levando em consideração a capacidade econômica do infrator e o interesse da coletividade e, sendo assim, pode ser rescindido como qualquer ato jurídico em geral, amigavelmente entre os interlocutores, ou por via judicial.

Na realidade, o Termo de Ajustamento de Conduta é uma garantia mínima e, sendo assim, pode ser complementado por meio de outro TAC, ou mesmo diante do ajuizamento de ação civil pública pelos legitimados, objetivando suprimir omissão da transação ou corrigir vícios propriamente ditos⁷.

2.2. Objeto do termo de ajustamento de conduta

O objeto do Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental de caráter indisponível, não permite uma discricionariedade no tocante às negociações pelos colegitimados, que impliquem renúncia de qualquer direito e de concessão do direito em jogo, na medida em que “[...] as obrigações a serem assumidas no título deverão abranger de forma eficiente as medidas necessárias a afastar o risco de dano ambiental ou reparação do mesmo bem jurídico” (AKOURI, 2012, p. 119).

É muito importante que o Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental abranja as condutas necessárias para que o interessado em seu cumprimento repare ou previna o meio ambiente, a fim de que impeça que os outros colegitimados, diante da legitimidade disjuntiva e concorrente para o ajuizamento da ação civil pública, busquem a revisão do TAC ou um novo TAC, com essas obrigações faltantes. Isso significa que o TAC tem de abranger tudo aquilo que seria obtido numa eventual sentença de procedência de uma ação coletiva ambiental (RODRIGUES, 2011, P. 155). Neste

⁶ ROSSI, Júlio César. *Compromisso de Ajustamento de Conduta: Alguns Aspectos Materiais e Processuais*. Revista Dialética de Direito Processual nº 144, março, 2015, p. 22.

⁷ MILARÉ, SETZER e CASTANHO, 2005, p. 12.

aspecto, muito interessante a abordagem empreendida por AKAOUI⁸, que retrata duas situações. Uma diz respeito ao objeto do Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental, que prevê medidas incompletas; e a outra, medidas retratadas no TAC que se mostram inadequadas. Na primeira situação retratada, apesar das medidas serem incompletas, o Termo de Ajustamento de Conduta é válido e, por essa razão, deve ser fielmente cumprido em todos os seus termos. Contudo, diante da parcialidade da restauração do dano ambiental, com certeza o interessado deverá complementar, seja por um novo Termo de Ajustamento de Conduta ou mediante uma condenação judicial numa ação coletiva. Já em relação à segunda situação apresentada, tem-se que o Termo de Ajustamento de Conduta por contrariar a lei é nulo, com vício insanável que macula irreversivelmente o instrumento, “[...] tornando-o imprestável” (AKAOUI, 2012, p. 120).

Assim, para que seja assegurada a readequação e conformidade do interessado com a lei ambiental e afastar o risco de dano ou recompor os danos ambientais já provocados, o objeto do Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental deve versar sobre obrigações de fazer e não fazer, ou compensação ecológica, ou indenização.

No caso, considerando que o sistema de indenização do dano ambiental tem como pressuposto o princípio da conservação, as obrigações de fazer assumem importante papel no Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental. Nesse contexto, a obrigação de fazer pode ser definida como o vínculo jurídico que obriga o devedor a prestar um ato positivo voltado para a recuperação ou restauração ambiental. E entende-se por recuperação como a restituição de um ecossistema a uma condição não degradada, que pode ser diferente de sua condição original, e como restauração, a restituição de um ecossistema o mais próximo possível da sua condição original, nos termos do art. 2º, incs. XIII e XIV da Lei n. 9.985/00, do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC)⁹. Portanto, as obrigações de fazer¹⁰ são importantes ferramentas de efetividade do Direito ao Meio Ambiente, uma vez que determinam a reparação específica do ambiente degradado, a serem executadas por conta e risco do interessado.

Ao lado das obrigações de fazer, as obrigações de não fazer também são outra ferramenta de suma importância, para que o interessado possa adequar a sua atividade ou conduta de acordo com os padrões e qualidades ambientais. A obrigação de não fazer é aquela em que o devedor assume o compromisso de se abster da prática de atividade, ou conduta para se adequar ao previsto na legislação ambiental, podendo ser fixada tanto para cessar ou prevenir a ocorrência de dano

⁸ AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 119-120.

⁹ Resolução SMA nº 32, de 03 de abril de 2014.

¹⁰ LEITE, José Rubens Morato Leite e AYLA, Patrych de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. 6. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 216.

quanto para adequar a atividade ou conduta degradadora aos padrões de qualidade e tolerabilidade ambiental¹¹.

Ainda, o Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental poderá obrigar o interessado, diante de certas situações, a entregar um bem de sua posse ou detenção, em função de relevante valor coletivo. AKAOUI¹² cita o exemplo de uma imagem religiosa de inestimável valor histórico ou cultural ou um animal da fauna silvestre brasileira em cativeiro.

E como se observou, as obrigações de fazer e não fazer são os principais instrumentos para efetivação do Direito Ambiental, na medida em que visam a restaurar *in natura* o meio ambiente degradado ou cessar a atividade danosa; mas há situações em que a degradação ao meio ambiente é irreversível, sendo impossível a restituição do meio ambiente degradado.

Segundo AKAOUI (2012, p. 127), “somente quando não for possível a reversão do dano é que se abrirá a possibilidade de indenização daquele em dinheiro [...]”, sendo que essa impossibilidade é técnica e não financeira.

Nesse aspecto, o Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental tem por objeto não apenas obrigações de fazer e não fazer, mas também indenização pecuniária, pois a restauração *in natura* nem sempre se mostra suficiente para reverter ou recompor integralmente o meio ambiente degradado. Fato, aliás, reconhecido pelo C. STJ¹³.

Referida indenização será revertida para um fundo, o qual é gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, permitindo, com isso, que essa indenização seja, de alguma forma, devolvida à sociedade, titular do bem ambiental a ser protegido.

Nessa circunstância, RODRIGUES (2011, p. 168) entende que essa opção deve ser a última possibilidade, diante da dificuldade de estabelecer o valor a ser indenizado para reparação dos danos ambientais, bem como o valor deve ser revertido para o fundo, sendo proibido dar qualquer outra destinação, como aquisição de bens móveis a título de indenização¹⁴.

Ainda, prefere-se, em vez de indenização do dano ambiental por dinheiro, por compensação ambiental pelo equivalente dada a impossibilidade de restituição do bem ambiental.

¹¹ SANTOS, Jerônimo Jesus. *Termo de Ajustamento de Conduta*. Editora e Livraria do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 46.

¹² AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 126.

¹³ REsp 1382999/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 18/09/2014.

¹⁴ RODRIGUES, 2011, p. 168.

Para AKAOUI (2012, p. 129), “[...] mencionada compensação pode ter a natureza jurídica de obrigação de dar coisa certa ou incerta, porque o título jurídico que se estabelece estará, ainda assim, revestido de certeza e liquidez.”

Como se vê, é uma forma alternativa à reparação específica do dano ambiental, geralmente, no próprio local degradado, com a mesma importância ecológica¹⁵.

2.3. Das cominações do termo de ajustamento de conduta

É obrigatória a previsão de cominações, como um meio a mais de efetividade de cumprimento do termo de ajustamento de conduta, na medida em que essas cominações possuem um caráter inibitório e punitivo, tendo, ainda, um caráter de título executivo, por força do disposto no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85, e do art. 784, IV, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

E em função da disposição que prevê a existência de cominação no Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental, alguns doutrinadores, como AKAOUI (2012, p. 133) entendem que a cominação é uma determinação legal e sua falta no Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental o torna nulo por vício extrínseco.

A cominação disposta no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 objetiva evitar a ocorrência de inadimplemento relativamente às obrigações assumidas no ajustamento, funcionando como uma medida punitiva e coercitiva com o fim de inibir o devedor. Sendo assim, a cominação estabelecida para o caso de descumprimento de qualquer das obrigações estabelecidas no Termo de Ajustamento de Conduta, visa a punir o devedor que presta morosamente e, secundariamente, garantir o cumprimento.

Para AKAOUI (2012, p. 135), o caráter inibitório da cominação não afasta o caráter de aplicação de pena ao compromissário pelas obrigações assumidas, caso este não cumpra os termos previstos no compromisso.

Isso significa que é possível a propositura de ação executiva com base em Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental para a cobrança de cominação estipulada para o caso de descumprimento, sem a necessidade de execução concomitante da obrigação principal¹⁶.

Nesse aspecto, as preciosas lições de ASSIS esclarecem que as cominações previstas no Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental são obrigações acessórias, medidas coercitivas e punitivas, cuja função é justamente garantir o seu atendimento.

E segundo AKAOUI (2012, p. 136), a natureza jurídica da cominação estipulada no Termo de Ajustamento de Conduta é uma cláusula penal especial, tendo

¹⁵ Yoshida, Consuelo Yatsuda Moromizato, TAC, TCA e composição prévia: a reparação do dano e medidas compensatórias no contexto da PNAMA, Revista de Direito Ambiental, vol. 64, RT, São Paulo, out-2011, p. 13.

¹⁶ ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 545/546.

caráter cominatório, na medida em que objetiva coibir o descumprimento das obrigações assumidas no título¹⁷.

Assim, cumpre esclarecer que, mesmo quando a multa prevista no Termo de Ajustamento de Conduta for diária, continua sendo uma cláusula penal, objetivando garantir o cumprimento e punir o devedor que presta morosamente. Assim, as cominações do Termo de Ajustamento de Conduta possuem a natureza jurídica de cláusula penal, não sendo uma *astreinte*, na medida em que esta cominação é destinada para resguardar autoridade das decisões judiciais e, por consequência, a própria dignidade do Poder Judiciário¹⁸.

Ainda, a *astreinte*, ao contrário da multa do Termo de Ajustamento de Conduta, é apenas coercitiva e não punitiva, bem como atrelada justamente à necessidade de prestar tutela jurisdicional¹⁹. Tal entendimento é pacífico, com o qual concordamos.

A cominação mais utilizada em caso de descumprimento das obrigações assumidas pelo obrigado é a multa diária, que de maneira alguma tem a ver com a sanção administrativa de multa e muito menos a substitui ou as obrigações assumidas no compromisso, na medida em que visa a garantir que o obrigado cumprirá integralmente as obrigações assumidas para reparação integral do meio ambiente.

Essa multa diária não tem nenhuma ligação com as *astreintes*, que são fixadas pelo Juiz, de forma que a sua função é coercitiva e não punitiva, e como tais estão relacionadas justamente à necessidade de garantir o cumprimento da tutela jurisdicional. Assim, a cláusula penal, instituto de direito material, prevista no art. 412, do Código Civil, não se confunde com a multa fixada pelo Poder Judiciário, como *astreinte*, que tem caráter inibitório.

Nesse sentido, inclusive, já se manifestou o STJ²⁰, no sentido de que a cláusula penal, instituto de direito material, encontra-se vinculada a um negócio jurídico, em que há acordo de vontades; enquanto as *astreintes* é um instrumento de direito processual, somente cabíveis na execução, voltadas a compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, e, por essa razão, não correspondem a qualquer indenização por inadimplemento.

Mas, diante do caso concreto, poderão ser previstas outras cominações, como, por exemplo, a suspensão de atividade ou a obrigação de refazer a situação anterior à violação. Nesse sentido, RODRIGUES esclarece que “outras formas de medidas coercitivas podem ser fixadas como a garantia hipotecária, como a inscrição do

¹⁷ RODRIGUES, 2011, p. 169.

¹⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo, *As astreintes e o novo Código de Processo Civil*, Revista de Processo, ano 35, nº 182, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, abr.-2010, p. 198.

¹⁹ AMARAL, 2019, p. 197 e 201.

²⁰ REsp 422966/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 23.09.2003, DJ 01.03.2004 p. 186.

TAC em registro imobiliário, a fixação de fiança bancária, a contratação de seguro e outras medidas que garantam o cumprimento das obrigações previstas no TAC²¹.

E quando a cominação estipulada for de natureza pecuniária, a sua fixação não poderá ser irrisória e nem excessiva, sob pena de não desempenhar adequadamente o seu papel de pressão psicológica junto ao obrigado, para que cumpra integralmente as obrigações assumidas no ajustamento de conduta.

Nesse contexto, para a fixação do valor pecuniário a título de multa deverá ser levado em consideração dois critérios pelos legitimados, a situação econômica do obrigado e a gravidade do resultado do descumprimento, diante da importância do bem lesado ou ameaçado.

Ainda, o valor da multa deve ser compatível com o fim buscado no Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental, para que crie uma consciência no obrigado de que é melhor cumprir as obrigações assumidas do que descumpri-las e sofrer a pena por descumprimento.

Assim, não há limite para o valor da multa cominatória, de forma que deve ser adequado e proporcional entre os meios e fins para que atinja a sua finalidade precípua, embora RODRIGUES esclareça que, nos compromissos firmados pelos órgão do SISNAMA, o valor da multa encontra-se limitado ao teto da obrigação principal²².

Enfim, embora a multa seja fixada com o propósito de compelir o devedor ao atendimento das obrigações assumidas no Termo de Ajustamento de Conduta, o seu quantitativo está a qualquer tempo sujeito à revisão para a verificação de sua proporcionalidade. Nesse sentido, trago a colação do C. STJ²³, que permitiu ao juiz reduzir o valor da multa em caso de ser considerada excessiva, mas proibiu aumentar a mencionada multa, que foi estipulada expressamente no título extrajudicial.

3. DA PRESCRIÇÃO

3.1. O instituto da prescrição no direito ambiental

A prescrição é a regra, mas há certas situações jurídicas retratadas que são imprescritíveis, como aquelas ligadas ao direito de personalidade, ações de estado de família, direitos facultativos ou potestativos ou, ainda, quando determinada por lei.

É regra, ainda, que a prescrição está intimamente ligada ao direito de propriedade, de forma que o bem jurídico ambiental, no caso apenas o macrobem, é um bem

²¹ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 170.

²² Op. cit, p. 170.

²³ REsp 859.857/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/06/2008, DJe 19/05/2010.

jurídico de interesse público, de conteúdo não patrimonial, na medida em que as ações de natureza ambiental tutelam e buscam preservar um bem difuso²⁴. O meio ambiente como um macrobem²⁵ configura-se como bem de uso comum do povo, sendo um bem de interesse público, afeto à coletividade. Isso significa que, mesmo sendo um bem relacionado à propriedade pública ou privado, os respectivos proprietários jamais poderão dispor da qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, razão pela qual, no processo reparatório, prioriza-se a recuperação do dano para recomposição do meio ambiente degradado, ficando relegado para um segundo plano a compensação pecuniária diante da perda da qualidade ambiental, que representa à coletividade²⁶.

Nesse contexto, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental²⁷, “[...] pois condiciona todos os demais e não se sujeita à extinção, o que se admitindo representaria a extinção da própria vida ou, quando menos, comprometeria insuportavelmente sua qualidade [...]” (FINK, 2005, p. 141).

Evidentemente que a manutenção desse equilíbrio ficaria fragilizado se fosse possível a prescrição do direito de ação de reparação ao meio ambiente, na medida em que inviabilizaria as gerações futuras da possibilidade de exercerem o direito à pretensão reparatória da lesão ao patrimônio ambiental.

De outro modo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito coletivo e difuso de forma que, em caso de violação a esse direito, a tutela ambiental reparadora não pode ser extinta pela inércia dos colegitimados das ações coletivas, diante da natureza do direito do bem tutelado, o qual pertence à coletividade.

Sendo tal entendimento sedimentado na jurisprudência²⁸, que reconhece que os danos ambientais são imprescritíveis diante de sua natureza, na medida em que a ação coletiva proposta pelos colegitimados visa a tutelar um direito humano fundamental retratado no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e recuperar um bem de uso comum do povo e, por essa razão, indisponível²⁹ e sem natureza patrimonial, embora muitas vezes referida degradação ao meio ambiente seja passível de valoração econômica para fins de reparação.

²⁴ BARBOSA, Haroldo Camargo, *O instituto da prescrição aplicado à reparação dos danos ambientais*, Revista de Direito Ambiental, ano 15, n. 59, RT, São Paulo, jul-set. 2010, p. 129.

²⁵ LEITE, José Rubens Morato Leite e AYLA, Patrych de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. 6. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 91.

²⁶ LEITE e AYLA, Op. cit., p. 89-90.

²⁷ CHACÓN, Mario Peña, *Daño ambiental y prescripción*, Revista Brasileira de Direito Ambiental, Editora Revista dos Tribunais, ano 27, vol 27, São Paulo, jul/set. 2011, p. 273.

²⁸ REsp 1223.092/SC, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 6.12.2012, DJe de 4.2.2013; AgRg no REsp 1150479/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 4.10.2011, DJe de 14.10.2011 e REsp 1120117/AC, Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 10.11.2009, DJe de 19.11.2009.

²⁹ FINK, Daniel R., *Ação Civil Pública – Prescrição – Breves Notas e Reflexões*, in: *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 146.

Assim, a pretensão à reparação ao dano ambiental é imprescritível, na medida em que a natureza do bem ambiental a ser tutelado é de direito humano fundamental, bem de uso comum do povo, bem público, sendo indisponível e não possuindo natureza patrimonial.

3.2. O instituto da prescrição no termo de ajustamento de conduta

O Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental, ao lado da ação civil pública, é um instrumento efetivo para a resolução de conflitos ambientais, na medida em que visa a recuperar integralmente ou compensar por equivalente ou em pecúnia o meio ambiente degradado.

Assim, o Termo de Ajustamento de Conduta busca ajustar a atividade na lei ambiental para afastar o risco de dano e/ou para recompor os danos ambientais já provocados, sendo que, enquanto não forem adimplidos os compromissos assumidos, as obrigações ambientais se prolongam no tempo até o efetivo cumprimento de forma integral pelo interessado.

Dessa forma, o objeto do Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental consistente nas obrigações de fazer e não fazer ou em obrigações por meio de compensação ecológica, por visarem ao reequilíbrio do bem ambiental degradado, de uso comum do povo, indisponível e que não tem natureza patrimonial, é imprescritível e somente cessa com o efetivo cumprimento integral das obrigações, uma vez que o dever de reparação do meio ambiente se renova a cada dia.

No caso, as obrigações assumidas no TAC são transindividuais e, dessa forma, objetivam que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja restabelecido, o que significa que o descumprimento desse dever pelo compromissário importa na violação ao dever de proteger o meio ambiente, que se renova a cada dia.

Assim, enquanto não efetivadas as medidas ajustadas no TAC, não há fluência de eventual prazo prescricional, tendo em vista que o dever de reparação do meio ambiente se renova a cada dia, na medida em que o meio ambiente, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, é difuso e indisponível.

A este respeito RODRIGUES (2011, p. 199) esclarece que:

Partindo dessas premissas, consideramos: a) quando se trata de compromisso sobre direito individual homogêneo e coletivo patrimonial, tanto a sua celebração quanto a sua execução estão sujeitos à prescrição; b) quando se trata de compromisso sobre direito difuso não há prescrição, a não ser que a lei disponha expressamente. Mesmo para quem entenda ser prescritível a tutela desses direitos, a celebração do ajuste se revela uma causa de interrupção do curso da mesma, posto que representa um “ato inequívoco”, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Sendo assim, o Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental, sendo um título executivo extrajudicial, quando proveniente de procedimentos administrativos, ou, um título executivo judicial, quando proveniente de uma decisão homologatória pelo Poder Judiciário, pode ser objeto de tutela executiva específica, em qualquer tempo.

Enfim, a pretensão objetivando o cumprimento dos ajustes tomados no Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental não se sujeita ao prazo prescricional, porque não há direito adquirido a lesionar o meio ambiente.

3.3. O instituto da prescrição na cominação do termo de ajustamento de conduta

Já a cominação imposta no Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental tem um caráter contínuo e permanente? É um direito indisponível à coletividade? Qual direito está relacionado à cominação: patrimonial ou difuso?

Como dito alhures, a cominação é caracterizada por uma pena, tendo secundariamente um caráter inibitório, na medida em que busca primeiramente penalizar o faltoso pelo descumprimento e num segundo momento coibir o descumprimento das obrigações assumidas no compromisso. Observa-se, portanto, que a cominação possui natureza de cláusula penal.

Trata-se de cláusula penal moratória, estabelecida para o caso de descumprimento de qualquer das obrigações estabelecidas no Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental, objetivando punir o devedor que presta morosamente os compromissos assumidos.

Assim, a cláusula penal prevista no Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental não visa ao cumprimento das obrigações assumidas relativas à adequação da lei e reparação do dano ambiental, que é transindividual e um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é imprescritível.

Embora possa visualizar um caráter inibitório como ocorre com as *astreintes*, no meu entendimento, o que se prepondera é o aspecto punitivo e como tal a sua natureza jurídica é de cláusula penal, na medida em que a cominação ajustada no Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental busca punir o devedor faltoso.

Tendo, portanto, a finalidade de punir o inadimplente para cumprimento das obrigações ajustadas no Termo de Ajustamento de Conduta, verifica-se que a cominação imposta não possuiu a natureza de um direito indisponível à coletividade, eis que não objetiva a restauração do meio ambiente, mas cobrar a multa por mora. Ademais, a cobrança da multa e seu pagamento não inibem a execução específica do objeto do Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental.

Assim, se o fim da cominação é punir o devedor faltoso, a sua cobrança importa uma diminuição patrimonial, estando diretamente relacionada ao direito patrimonial e não à indisponibilidade, intimamente ligada ao direito, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

E, sendo assim, a pretensão de cobrança de multa cominatória submetete-se a prazo prescricional, pois se mostra “aplicável a prescrição quinquenal a contar da constatação do seu descumprimento”³⁰. Confira, aliás, como segue a jurisprudência do TJRS³¹.

A exigibilidade da multa prevista em Termo de Ajustamento de Conduta em virtude de descumprimento de medidas de recuperação do meio ambiente assumidas pode ser objeto de tutela executiva específica, mas, como não objetiva o cumprimento das obrigações voltadas à recuperação dos danos causados ao meio ambiente, cabe a incidência de prazo prescricional, porque se trata de um direito de cunho patrimonial.

Ainda, mesmo que a cominação prevista no Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental seja multa diária, no meu entendimento, prepondera o aspecto punitivo e como tal é uma cláusula penal moratória, sendo, portanto, passível de prescrição. A multa diária prevista no Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental, mesmo quando proveniente de homologação judicial, não caracteriza como astreintes, na medida em que uma das funções das astreintes é compelir o cumprimento de uma ordem judicial e, no caso, a referida multa ajustada no TAC visa a punir o devedor faltoso no cumprimento dos ajustes tomados. Ainda, a multa diária prevista no TAC não depende do reconhecimento do direito material de fundo existe, como nas astreintes, que necessitam de confirmação em decisão definitiva, ou seja, a cobrança da multa diária necessita apenas do inadimplemento.

A única diferença entre a multa simples e a multa diária é que a sua exigibilidade é de trato sucessivo e, sendo assim, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. Isso significa que a exigibilidade das prestações vencidas após o transcurso de 5 (cinco) anos está prescrita, nascendo outras prestações diante da mora até o efetivo cumprimento da obrigação principal do Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental, mas, sempre, limitada à cobrança dessas novas prestações periódicas dentro do período não prescrito.

Estando certo do cabimento da prescrição quinquenal, o legitimado somente poderá reclamar os últimos cinco anos das multas diárias contados da propositura da tutela da pretensão executória.

3.4. Da prescrição da pretensão executória

Enfim, restou esclarecido que o Termo de Ajustamento de Conduta tem natureza de título executivo extrajudicial, de forma que a cláusula penal nele ajustada pode ser executada quando verificado o descumprimento de alguma das obrigações

³⁰ Apelação Cível Nº 70060108529, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator(a): Denise Oliveira Cezar, Julgado em 30/10/2014.

³¹ Apelação Cível Nº 70056344419, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator(a): Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 18/12/2013.

estabelecidas, de forma que esse inadimplemento não materializa em dano ambiental, na medida em que não visa a restaurar esse dano. Assim, aplicável à prescrição quinquenal a contar da constatação do seu descumprimento.

E, após uma detida análise dos conceitos dos institutos estudados no presente trabalho, a natureza jurídica do bem tutelado e os seus fins, observa-se que o Direito Ambiental é imprescritível diante de sua natureza de direito fundamental ao meio ambiente hígido para a preservação da saúde e vida das presentes e futuras gerações. Sendo assim, a obrigação principal do Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental, como objetiva recompor esse meio ambiente para restabelecer o seu equilíbrio, é imprescritível.

No caso, a obrigação principal do Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental está protegida pelo manto da imprescritibilidade e, caso não fosse assim, toda a sociedade, que é a titular ao meio ambiente sadio, seria penalizada, em caso de inércia dos colegitimados.

Entretanto, as cominações impostas no Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental são cláusulas penais, na medida em que objetiva assegurar o resultado útil das obrigações principais, por possuir caráter de sanção, como forma de punir o descumprimento das obrigações assumidas no título.

Assim, as cominações determinadas no Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental objetivam punir o devedor por não cumprir as obrigações assumidas e, em caso de inadimplemento, a pretensão de cobrança de multa cominatória, mesmo sendo a diária, submete-se a prazo prescricional, na medida em que não visa a restaurar esse dano e muito menos se relaciona com a defesa de um direito coletivo, indisponível e constitucionalmente tutelado.

Assim, para aquelas pretensões que submetem ao lapso prescricional, tem-se a regra que a prescrição da pretensão executiva ocorre no mesmo lapso temporal da prescrição da pretensão da ação de conhecimento, consoante se observa da Súmula 150³² do STF

O instituto da prescrição está ligado à perda da pretensão de cobrança do valor da multa, o que significa dizer que, se o bem jurídico pretendido pelo titular for de cunho patrimonial e individual, a sua inércia, durante certo prazo fixado em lei, implica prescrição; enquanto, se o bem jurídico for de interesse público e indisponível, como o bem ambiental, a imprescritibilidade é a regra.

Assim, como o bem tutelado no Termo de Ajustamento de Conduta é imprescritível, também é imprescritível a pretensão executória do termo de ajustamento de conduta. Nesse sentido, trago à colação os julgados do E. TJRS³³, que caminham no sentido de que, em relação às obrigações de fazer e não fazer previstas no Termo

³² Súmula 150 do STF: Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação.

³³ Apelação Cível Nº 70056344146, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator(a): Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 18/12/2013 e Apelação Cível Nº 70060314721, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 24/09/2014.

de Ajustamento de Conduta não ocorrem prazo prescricional, uma vez que o dever de reparação do meio ambiente se renova a cada dia.

Esse também é o entendimento da doutrina. Confira-se:

Com vistas aos princípios processuais que regem o instituto da prescrição, não há como reconhecer a prescribibilidade dos direitos difusos e coletivos, uma vez que, não sendo possível sua tutela individual, os seus titulares ficam a depender da atuação dos legitimados extraordinários, não podendo arcar com o ônus da inércia ou mesmo da atuação retardada desses.³⁴

As execuções específicas das obrigações de fazer, não fazer, dar coisa certa ou incerta e/ou indenização pecuniária, provenientes do descumprimento de um título executivo extrajudicial, qual seja, Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental, visam à reparação específica e integral do meio ambiente degradado, que é transindividual e violador do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, razão pela qual referida pretensão pode ser ajuizada a qualquer momento, não se submetendo a prazo prescricional.

Nesse sentido, as disposições legais que estabelecem prescrição não podem ser aplicadas às execuções especificadas das obrigações assumidas no Termo de Ajustamento de Conduta, cujos objetos se relacionam com a defesa de um direito coletivo, indisponível e constitucionalmente tutelado. Nessas situações, a violação às obrigações estipuladas no TAC consistentes em obrigação de fazer, não fazer, dar coisa certa ou incerta e/ou indenização pecuniária³⁵ objetivam proteger o meio ambiente, renovando a cada dia o descumprimento, não sendo possível cogitar de um prazo prescricional. Entender o contrário é negar a permanência dos ecossistemas que dão suporte à vida em todas as suas formas, que, teologicamente, sustentam a vida humana presente e as gerações futuras³⁶.

Assim, tratando-se de reparação por danos ambientais e assumidas em Termo de Ajustamento de Conduta, não há falar em prescrição, já que o respectivo direito encontra-se protegido pelo manto da imprescribibilidade por ser inerente à vida, bem como fundamental e essencial à afirmação dos povos. A proteção ao meio ambiente busca resguardar bem jurídico indispensável, o qual antecede os demais direitos pela sua imprescindibilidade, impondo o reconhecimento da imprescribibilidade do direito à reparação pelos descumprimentos das obrigações assumidas no Termo

³⁴ SILVA, Érica Barbosa, *Cumprimento de sentença em ações coletivas*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 59.

³⁵ Como essa indenização busca compensar o dano ambiental irreparável, sou da opinião que a exigibilidade dessa indenização é imprescricional, na medida em que essa compensação em pecúnia encontra-se intimamente ligada ao bem tutelado, meio ambiente, ou seja, direito indisponível e transindividual, intimamente relacionado ao direito à vida.

³⁶ ALVES, Sérgio Luiz Mendonça, *A prescrição no direito ambiental brasileiro, Prescrição no Código Civil: uma análise interdisciplinar*, 3. ed. rev. atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 719.

de Ajustamento de Conduta Ambiental, sendo inadequada a utilização dos prazos previstos para ações executórias que versem sobre matéria eminentemente privada.

No caso, diante do descumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental, o Credor poderá executar as cominações legais e obrigações específicas ajustadas para adequação da atividade e recomposição do meio ambiente degradado.

Contudo, se os Colegitimados permanecerem inertes, isso implicará prescrição? Para respondermos esta indagação, deveremos observar o direito tutelado, na medida em que a prescrição está intimamente relacionada com a natureza do Direito posto em jogo.

A prescrição da pretensão executória decorre da inércia do Credor promover a execução³⁷, de forma que se o bem tutelado for imprescritível a qualquer momento poderá socorrer da ação de execução para recomposição ou reparação do bem lesado. Isso significa que o meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio, sendo um bem jurídico fundamental e indisponível, é tutelável a qualquer momento, vez que enquanto não for devidamente satisfeito, cumprindo as obrigações principais do Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental, se renovam a cada dia.

Assim, as obrigações assumidas no Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental consistentes em obrigações de fazer, não fazer, para a recomposição ou abstenção de condutas ilícitas ou de compensação ambiental, pelo equivalente ou por indenização, são perpétuas.

Entretanto, não é o que se dá em relação à execução da multa do Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental diante da natureza do bem jurídico, que é punitivo e de coação, num segundo plano. De outro modo, a inércia do Credor em promover a execução da multa do TAC descaracteriza a sua finalidade de punição, não podendo, assim, se perpetuar no tempo tal desídia, sob pena da multa ultrapassar em muito o bem jurídico principal, ferindo a razoabilidade e proporcionalidade da multa em relação ao descumprimento.

Isso também ocorre mesmo quando se trata de multa diária, ou seja, cominações de trato sucessivo e período. Para essas situações, a exigibilidade de cobrança nasce todo dia, mas é limitada ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos.

O termo inicial do prazo prescricional é o inadimplemento pelo compromissário, sendo que a partir de então nasce para os Colegitimados a pretensão executória que deve ser exercida dentro do prazo legal, sob pena de prescrição desse Direito.

No caso, a pretensão executória deve ser exercida no prazo máximo de 5 (cinco) anos, nos termos do § 5º, inciso I, do artigo 206 do Código Civil, sob pena de ser declarada a prescrição da pretensão executória.

³⁷ DESTEFENNI, Marcos, *A prescrição superveniente à sentença (prescrição da pretensão da prescrição executória cível), Execução civil e cumprimento da sentença*, volume 3, São Paulo: Método, 2009, p. 474.

Portanto, em que pese a obrigação de reparar o dano ambiental ser imprescritível, a pretensão de cobrança da multa em decorrência do descumprimento de tal condição não é, submetendo-se ao prazo prescricional quinquenal.

Neste aspecto, não se deve confundir as obrigações ajustadas no Termo de Ajustamento de Conduta para adequação da atividade/conduta aos termos da lei ambiental e recomposição do bem ambiental lesado (tutela de preservação do bem ambiental difusa), das cominações determinadas no mesmo instrumento que buscam apenas punir o devedor que presta a obrigação morosamente, porque estas prescrevem, de modo que se aplicam as regras de natureza privada³⁸.

Aliás, esse tem sido o entendimento dos nossos Tribunais³⁹, que caminham no sentido de que “embora as disposições legais que estabelecem prescrição não possam ser aplicadas à obrigação de reparar o dano ambiental, a pretensão de cobrança de multa cominatória submete-se a prazo prescricional. Súmula 467 do Superior Tribunal de Justiça”⁴⁰.

Assim, ao contrário do entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, a cláusula penal, estabelecida para o caso de descumprimento de qualquer das obrigações estabelecidas no TAC, visa a punir o devedor que presta morosamente as obrigações ajustadas, sendo, por essa razão, aplicável a prescrição quinquenal da pretensão executória a contar da constatação do seu descumprimento.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O termo de ajustamento de conduta é um importante instrumento de defesa do meio ambiente que deve ser empregado sempre que for possível, no intuito de prevenir um risco ao bem ambiental. Por essa razão, o termo de ajustamento de conduta traz efetividade ao direito fundamental ao meio ambiente, na medida em que visa a restaurar o meio ambiente de forma hígida e adequar à lei as condutas dos interessados, de modo que todos sejam beneficiados.

Assim, ao lado da ação civil, o Termo de Ajustamento de Conduta, quando prevê medidas completas e adequadas, assegura à coletividade a recuperação integral do dano ambiental. E para que seja assegurada a readequação e conformidade do interessado na lei ambiental para afastar o risco de dano ou para recompor os danos ambientais já provocados, o objeto do Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental

³⁸ ALVES, Sérgio Luiz Mendonça, *A prescrição no direito ambiental brasileiro, Prescrição no Código Civil: Uma análise interdisciplinar*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 737.

³⁹ TJMG - Apelação Cível 1.00.12.000906-1/001, Relator(a): Des.(a) Corrêa Junior, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/11/2014, publicação da súmula em 10/12/2014 e Apelação Cível Nº 70058059841, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arminio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 29/01/2014.

⁴⁰ Apelação Cível Nº 70056344419, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator(a): Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 18/12/2013.

versa sobre obrigações de fazer e não fazer para a restauração do ambiente degradado e em caso de impossibilidade por meio de compensação ecológica, substituindo o bem degradado por outro equivalente ou aplicar a sanção monetária com o mesmo fim de substituição, bem como cominações para assegurar o cumprimento e penalizar o faltante pelo descumprimento.

Nesse aspecto, se o interessado, voluntariamente, reconhece a ilicitude da conduta e busca readequar-se a sua conduta ao ordenamento jurídico vigente, a fim de afastar o risco de dano ambiental ou recompor em sua integralidade aqueles já ocorridos, significa que, *a priori*, possui intenção de cumprir fielmente as obrigações ajustadas, mas descumprindo-as, não interessando os motivos, nasce para os legitimados a pretensão executória das obrigações principais e acessórias, na medida em que o Termo de Ajustamento de Conduta constitui título executivo, podendo ser, na espécie, um título judicial se proveniente de conciliação obtida na via judicial ou extrajudicial se entabulado na esfera administrativa pelos legitimados.

Restou, ainda, esclarecido que o meio ambiente, por se encontrar no âmbito de proteção de direitos fundamentais indisponíveis de toda a coletividade, é imprescritível, por se tratar de direito inerente à vida. Assim, foi demonstrado, ainda, que a ausência de cumprimento das obrigações voltadas à recuperação dos danos causados ao meio ambiente prolonga no tempo a lesão até a cessação da conduta. Nesse contexto, questionamos: a inércia em promover a ação de execução para a cobrança das obrigações prescreve? Para responder a essa questão, foi esclarecido que o instituto da prescrição reside na inércia do direito pelo titular, ensejando a perda da pretensão ou a sua exigibilidade. Isso significa que, se o titular da ação não exercer a tutela executiva durante certo período determinado na lei, ocorre a perda do direito de promoção da execução, a fim de que seja assegurada a estabilidade e segurança jurídica.

Assim, a tutela executiva em relação às obrigações principais no Termo de Ajustamento de Condutas é imprescritível, ou seja, perpetua, pois, enquanto não efetivadas as medidas ajustadas e assumidas, não há fluência de eventual prazo prescricional, tendo em vista que o dever de reparação do meio ambiente se renova a cada dia.

Entretanto, há obrigações não ligadas à coletividade, como a multa em caso de descumprimento, que, no caso, objetiva inibir qualquer pretensão de descumprimento das obrigações assumidas para se adequar às exigências legais, reparar e compensar os danos ambientais. A natureza jurídica dessas cominações é de cláusulas penais moratórias, tendo em vista que objetiva garantir o cumprimento e a punir o devedor que presta morosamente. O bem protegido não é transindividual e indisponível, de modo que a inércia em promover a tutela executiva leva à prescrição da cobrança das cominações. Portanto, a inércia em promover a ação de execução para a cobrança da multa estipulada no Termo de Ajustamento de Conduta leva à prescrição, se não ajuizada no prazo legal de 5 (cinco) anos, mesmo quando se tratar de multa diária, pois, para essas situações, a exigibilidade de cobrança nasce todo o dia, mas é limitada ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Batista de, Aspectos controvertidos da ação civil pública, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ALVES, Sérgio Luiz Mendonça, A prescrição no direito ambiental brasileiro, Prescrição no Código Civil: uma análise interdisciplinar, 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

AKOURI, Fernando Reverendo Vidal, Compromisso de ajustamento de conduta ambiental, 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012.

AMARAL, Guilherme Rizzo, As *astreintes* e o novo Código de Processo Civil, Revista de Processo, ano 35, nº 182, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, abr. 2010.

ASSIS, Araken. Manual da Execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, 10.ed.

BARBOSA, Haroldo Camargo, O instituto da prescrição aplicado à reparação dos danos ambientais, Revista de Direito Ambiental, ano 15, n. 59, RT, São Paulo, jul-set. 2010.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília/DF, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 11 mai. 2015.

BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Institui a Política Nacional de Meio Ambiente. Brasília/DF, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm>. Acesso em: 22 fev. 2015.

BRASIL. Lei 7.224, de 7 de novembro de 1984. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Brasília/DF, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244impresao.htm>. Acesso em: 30 mai. 2015.

BRASIL. Lei 7.341, de 24 de julho de 1985. Disciplinou a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Brasília/DF, 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em: 22 fev. 2015.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília/DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm>. Acesso em: 22 fev. 2015.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor. Brasília/DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 22 fev. 2015.

BRASIL. Lei 9985, de 18 de julho de 2000. Institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Brasília/DF, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm>. Acesso em: 30 mai. 2015.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília/DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 mar. 2015.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília/DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 mar. 2015.

CHACÓN, Mario Peña, Daño ambiental y prescripción, Revista Brasileira de Direito Ambiental, Editora Revista dos Tribunais, ano 27, vol 27, São Paulo, jul/set. 2011.

CRETELLA JÚNIOR, J. Direito administrativo comparado. 1972, p. 30; D08 bens públicos no direito brasileiro. 1969, p. 303; Tratado. Vol. VII, 1970, p. 51; RDA 90/459; Revista Forense.

DECOMAIN, Pedro Roberto, Execução de Obrigação de Fazer, in: Execução de Obrigação de Fazer, Revista Dialética de Direito Processual nº 115, out. 2012.

DE MIO, Geisa Paganini, FILHO, Edward Ferreira e CAMPOS, José Roberto Campos, O inquérito civil e o termo de ajustamento de conduta para resolução de conflitos ambientais, Revista de Direito Ambiental, ano 10, n. 39, RT, São Paulo, jul-set. 2005.

DESTEFENNI, Marcos, A prescrição superveniente à sentença (prescrição da pretensão da prescrição executória cível), Execução civil e cumprimento da sentença, volume 3, São Paulo: Método, 2009.

DUARTE, Nestor, Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei nº 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916. Coordenador: Cezar Peluso, 7. ed. rev. e atual., Barueri, 2013, p. 140.

FERRUCI, Marcelo, O direito ambiental como direito fundamental. Estado e poder ambiental, Revista de Direito Ambiental, ano 13, n. 52, RT, São Paulo, out.-dez. 2008.

FILHO, Agnelo Amorim, Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, v. 3º, jan./jun. 1961.

FINK, Daniel R., Ação Civil Pública – Prescrição – Breves Notas e Reflexões, in: A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Instituições de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil, volume I: parte geral*, 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Daniela Vasconcellos. Consideração acerca do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, Revista de Direito Ambiental, Ano 14, n. 45, jul.-set./2009, Editora Revista dos Tribunais.

GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

LEITE, José Rubens Morato Leite; AYLÁ, Patrych de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MARANHÃO, Délio. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, v. 2.

MASCARENHAS, Luciene Martins de Araújo. Meio ambiente: a configuração dos riscos da modernidade e os direitos difusos, *Revista de Direito Ambiental*, Ano 14, n. 54, abr.-jun./2009, Editora Revista dos Tribunais.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Compromisso de Ajustamento de Conduta: Evolução e Fragilidades – Atuação do Ministério Público, *Revista Direito e Liberdade – ESMARN – Mosoró*, V. 1, n. 1, jul/dez 2005, p. 226. Disponível em: http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/223. Acesso em: 11 fev. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 2007.

MILARÉ, Édis; SETZER, Joana; CASTANHO, Renata. O Compromisso de Ajustamento de Conduta e o Fundo de Defesa de Direitos Difusos: Relação entre o instrumento alternativos de defesa ambiental da Lei 7.347/1985, *Revista de Direito Ambiental*, ano 10, n. 38, RT, São Paulo, abr-jul. 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: RT, 1971, v. 6.

PASSOS, Lúcia Helena Ferreira da Costa. Ação civil pública: acesso à justiça dos interesses comunitários. *Boletim Informativo da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 16, dez. 1998.

RODRIGUES, Geisa de Assis, Anotações sobre a conciliação na ação civil pública e na ação popular que tutelam o meio ambiente, *Revista de Direito Ambiental*, Ano 04, Vol. 14, Editora Fiuza, abr./jun. 2008.

_____. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática*, ed. Forense, 3. ed., Rio de Janeiro, 2011.

ROSSI, Júlio César. Compromisso de Ajustamento de Conduta: Alguns Aspectos Materiais e Processuais, Revista Dialética de Direito Processual nº 144, março, 2015.

SANTOS, Jerônimo Jesus. Termo de Ajustamento de Conduta, Editora e Livraria do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Interpretado: parte geral e parte especial*. São Paulo: Freitas Bastos, 1982.

SÃO PAULO. Lei Complementar 734, de 26 de novembro de 1993. Institui a Lei Orgânica do Ministério Público. São Paulo/SP, 1993. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/estrutura/734.htm>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

SÃO PAULO. Resolução SMA 32, de 3 de abril de 2014. Estabelece as orientações, diretrizes e critérios sobre restauração ecológica no Estado de São Paulo. São Paulo/SP, 2014. Disponível em: <<http://www.ambiente.sp.gov.br/legislacao/files/2014/04/Resolu%C3%A7%C3%A3o-SMA-032-2014-a.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

SILVA, Érica Barbosa. *Cumprimento de sentença em ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Solange Teles da. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: avanços e desafios, Revista de Direito Ambiental, Ano 12, n. 48, out.-dez./2007, Editora Revista dos Tribunais.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. TAC, TCA e composição prévia: a reparação do dano e medidas compensatórias no contexto da PNAMA, Revista de Direito Ambiental, vol. 64, RT, São Paulo, out. 2011.

VENOSA, Sílvio Salvio. *Direito Civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Atlas. 2005.

SOBREPOSIÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

Overlap between indigenous lands and protected areas

Roberta Hammerat de Araújo Pinto¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Início dos conflitos da sobreposição entre terras indígenas e Unidades de Conservação. 3. Fatores que convergem em conflitos territoriais envolvendo Unidades de Conservação e territórios indígenas. 4. Possibilidades de solução de conflitos – Lei Federal nº 9.985/2000 e legislações vigentes. 4.1. Unidades de Conservação de Uso Indireto – interpretação do artigo 42 SNUC. 4.2. Recategorização das Unidades de Conservação: o problema da falta de legislação específica e possíveis institutos de solução dos conflitos. 4.3. Processo de criação, implantação e gestão das Unidades de Conservação: gestão participativa da população indígena e possibilidade de exploração racional dos recursos naturais. 4.4. Inclusão das terras indígenas no Sistema Nacional de Unidades de Conservação. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo interpretar o processo de sobreposições entre terras indígenas e unidades de conservação. A motivação para este estudo deriva da tentativa de compatibilização do direito das populações tradicionais às terras que habitam, com os objetivos das Unidades de Conservação. Pretende-se apresentar subsídios para o conhecimento e o debate sobre conflitos advindos da criação, no Brasil, de áreas protegidas, onde há a presença de populações indígenas. Busca-se concretizar a aplicação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), instituído pela Lei Federal Nº 9.985/2000, e de outras legislações correlatas, com a possibilidade da presença de populações indígenas nas Unidades de Conservação, como importantes aliados na preservação, conservação e utilização sustentável da biodiversidade; bem como a possibilidade de participação desta população no planejamento e implantação desses espaços protegidos.

Palavras-chave: Unidades de Conservação – Terras indígenas – Sobreposição – Colisão de direitos fundamentais – Compatibilização.

ABSTRACT

This article aims to interpret the overlap process between indigenous lands and protected areas. The motivation for this study based on the attempt to reconcile the right of traditional populations to the land that inhabit, with the objectives of protected areas. It is intended to contribute for knowledge and debate about conflict arising from the creation, in Brazil, of protected areas, where there is a presence of indigenous peoples. Seeks to apply the National Nature Conservation Areas System (SNUC) set by the Federal Law n. 9.985 / 2000, and other related laws, with the possibility of the presence of Indigenous Peoples in protected areas, as important allies in conservation and sustainable use of biodiversity; as well as the possibility of participation of this population in the planning and implementation on these Protected Areas.

Keywords: Protected Areas – Indigenous lands – Overlap – Collision of fundamental rights – Compatibility.

¹ Servidora Pública na Secretaria de Estado do Meio Ambiente. Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Paulista, especialista em Direito Ambiental pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

A doutrina consagra o direito dos indígenas às terras por eles tradicionalmente ocupadas e o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direitos coletivos fundamentais, dignos da máxima proteção. Os direitos territoriais dos povos indígenas são assegurados de forma específica pela Constituição Federal, pela legislação federal e, de forma geral, pelas legislações estaduais. Igualmente, as Unidades de Conservação contam com o amparo constitucional e visam garantir o direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e as futuras gerações. Como então compatibilizar esses dois direitos fundamentais?

A criação dos espaços especialmente protegidos tem sido um importante aliado na conservação da biodiversidade, sendo indispensáveis para a proteção do meio ambiente, que, por sua vez, é imprescindível para a sustentabilidade do planeta e para as presentes e futuras gerações, como prescreve a Constituição Federal. A criação desses espaços é fundamental para garantir o equilíbrio ecológico, não restando dúvida que um dos principais instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº 6.938 de 1981, para conservação da natureza, adotado mundialmente, é a criação de áreas naturais protegidas, ou seja, as Unidades de Conservação.²

A Terra vem sofrendo a perda de sua biodiversidade, acelerada nos últimos milênios pelo rápido crescimento da população humana e o avanço industrial, com o consequente aumento do uso dos recursos naturais e a alteração cada vez maior dos ecossistemas da natureza. Essa situação faz com que a necessidade de se conservar a natureza seja precípua, para garantir nossa qualidade de vida e dar opção dessa mesma qualidade às futuras gerações, conforme preceitua a Constituição Federal.

No entanto, há de se ter um equilíbrio entre o meio ambiente natural e o cultural ao se criar Unidades de Conservação. Muitas vezes, ao se criar Unidades de Conservação, o Estado retira desses espaços as populações tradicionais, que desde sempre ocuparam essas áreas; e, de uma hora para outra, passam a ter seus modos tradicionais de vida ameaçados. Há, portanto, um desrespeito a outro direito fundamental, também garantido por nossa Constituição Federal: o direito dos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam.

O conceito de “terra tradicionalmente ocupada” é definido no parágrafo primeiro do art. 231, da Constituição Federal de 1988, como áreas habitadas em caráter permanente pelo grupo indígena, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar, e as necessárias à reprodução física e cultural, de acordo com seus usos, costumes e

² Bibliografia recomendada para estudo do histórico das áreas protegidas e de como se deu criação das Unidades de Conservação: LEUZINGER, Márcia Diegues. *Natureza e Cultura – Unidades de Conservação de Proteção Integral e Populações Tradicionais Residentes*, Curitiba, Ed. Letra da Lei. 2009. MILANO Miguel Serediuk. *Unidades de Conservação, técnica, lei e ética para conservação da biodiversidade*, Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária. 2001.

tradições³. Da leitura do dispositivo citado, extrai-se que o motivo para o poder público reconhecer o direito das comunidades indígenas às terras onde habitam é o fato de os povos indígenas ocuparem essas áreas tradicionalmente e delas dependerem para garantir seu sustento.⁴

Logo, o grande desafio que se impõe é conseguir uma forma de equacionar, na legislação vigente, a proteção do meio ambiente com os interesses das populações tradicionais que vivem nessas áreas e delas tiram sua subsistência, bem como conservam suas culturas e tradições, sem a imposição de uma política autoritária que impõe a retirada dos indígenas das terras que tradicionalmente sempre ocuparam.

Para o desenvolvimento deste artigo, ajustou-se o foco para a seguinte questão: quais seriam os métodos de preservação da cultura indígena, sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, compatíveis com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com seu caráter intergeracional?

2. INÍCIO DOS CONFLITOS DA SOBREPOSIÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

Para um melhor entendimento sobre o tema tratado no presente artigo, há uma breve explanação, a seguir, de como se iniciou a problemática das terras sobrepostas.

Como foi possível observar, é fato que a Constituição Federal, de 1988, colaborou para os avanços, tanto dos direitos indígenas quanto dos direitos ambientais. No entanto, em período anterior, desde, pelo menos, 1959, muitos Parques já haviam sido criados em áreas indígenas, contribuindo para os atuais conflitos de sobreposições entre Unidades de Conservação e Terras Indígenas, como, por exemplo, o Parque Nacional do Araguaia, na Ilha do Bananal, no Tocantins, habitado pelo grupo de índios carajás, há mais de quatro séculos.

Mas, foi somente na década seguinte, quando consolidados os significados de “Unidades de Conservação” e “Terras Indígenas”, que as terras devolutas, destinadas a diferentes objetivos, passaram a ser de fato uma problemática, gerando conflitos entre comunidades indígenas, representantes de Unidades de Conservação

³ Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 .

⁴ Bibliografia recomendada para compreensão do histórico do direito originários dos índios às terras que ocupam: VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e Povos Indígenas*. Ed.Juruá, 2009. DIEGUES, Antônio Carlos, MOREIRA, André de Castro (orgs.). *Espaços e Recursos Naturais de Uso Comum*. São Paulo: NUPUAB – Núcleo de Apoio à Pesquisa sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras. USP.2001.

DIEGUES, Antônio Carlos (coordenação geral). VIANNA, Lucila Pinsard (sub. coordenação) - *Conflito entre Populações Humanas e Unidades de Conservação da Mata Atlântica*. São Paulo: NUPUAB - Núcleo de Apoio à Pesquisa sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras - USP.95.

Bibliografia recomendada para compreensão do significado de populações tradicionais. ALBUQUERQUE, Jorge L.B. “et al” *Ornitologia e Conservação – Da Ciência às Estratégias*. Tubarão. SC: Ed. Unisul, 2001.

e órgãos governamentais e não governamentais, ligados às questões ambiental, indígena ou fundiária.

O Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal – IBDF, que antecedeu o IBAMA, e foi o criador de grande parte das atuais Unidades de Conservação, tinha como escopo, de um lado, a proteção da natureza, e, de outro, a questão do chamado “desenvolvimento florestal”, de onde adveio a criação das Reservas Florestais e Florestas Nacionais, com a finalidade de futura exploração. Por outra ótica, o também antigo Serviço de Proteção ao Índio, que antecedeu a FUNAI, transferia os grupos indígenas para reservas que não proviam condições favoráveis para a sua subsistência e não dava aos índios condição alguma de preservar seus usos e costumes tradicionais. O objetivo era, tão somente, dar ocupação colonial aos territórios indígenas.⁵

Com a edição do Código Florestal, em 1965, que definiu Parque Nacional como Unidade de Conservação de Uso Integral, passou-se a excluir a possibilidade de existência de populações humanas no seu interior. Entretanto, mesmo posteriormente, parques foram criados desconsiderando esse critério, como, por exemplo, o Parma Pico da Neblina (AM), habitado pelos Ianomâmis, e o Parma Pacas Novos (RO), criado na área habitada pelos Urueru-Wauna, ambos constituídos em 1979. Nesta fase, a presença humana ainda não era considerada um empecilho para a política de conservação.⁶

Essa questão só foi de fato considerada com o passar dos anos, com a expansão da fronteira amazônica, quando os governos militares com um padrão desenvolvimentista, foram responsáveis pela eliminação de uma parte significativa da população indígena no território nacional, provocando também um maior contato desses grupos com o restante da sociedade.⁷

Como consequência dessa integração do índio na sociedade nacional, muitos desses índios deixaram de ser inseridos no contexto onde faziam parte da natureza, que eram alheios aos usos e costumes da sociedade, para serem encaixados na categoria de “predadores dos recursos naturais”, das áreas protegidas. Foi quando tiveram início os conflitos das sobreposições entre Terras Indígenas e Unidades de Conservação.⁸

Ao longo da segunda metade do século XX, esse conflito se acirrou; ou por terem se acentuado as hostilidades de casos antigos, ou pelo surgimento de novos casos; mas, sobretudo, pelo reconhecimento dos direitos indígenas, que passou a correr em pé de igualdade com o valor da proteção ambiental mundial, em vista da escassez

⁵ SANTILLI, Márcio. *A cilada corporativa*. In: RICARDO Fany *Terras Indígenas e Unidades de Conservação: o desafio das sobreposições*, Instituto Socioambiental - ISA. 2004, p.11-14.

⁶ RICARDO, Fany – RETS - Revista do terceiro setor. Tribunal de Contas do município do Rio de Janeiro.2005 Disponível em: <http://www.tcm.tj.gov.br/web/site/noticias.pg.01>. Acesso em: 20 de maio de 2015.

⁷ RICARDO, Fany. “at al.” *Terras Indígenas e Unidades de Conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. Instituto Socioambiental – ISA. 2004, p.8-10

⁸ Idem.

dos recursos naturais. A legislação ambiental congregou o conceito de biodiversidade e previu diferentes categorias de manejo para as Unidades de Conservação, enquanto as terras indígenas passaram a ser reconhecidas na Constituição Federal em caráter permanente. Dentro desse contexto, o governo se revezou em diferentes períodos, ora reduzindo áreas de Terras Indígenas, com a criação de Parques, ora diminuindo a extensão de Parques já criados para demarcar Terras Indígenas.⁹

De um lado, há os que consideram insalubre para a preservação da biodiversidade a presença de população tradicional em Unidades de Conservação. Eles sustentam que as populações tradicionais, com suas práticas de exploração da natureza, causam graves impactos à preservação do meio ambiente nas Unidades de Conservação, que foram criadas exatamente para essa finalidade. Do outro lado, há os que defendem que a presença dessas populações tradicionais são anteriores à criação das Unidades de Conservação, e que tais populações integram o patrimônio ambiental que se quer preservar.¹⁰

Uma vez que ambos os institutos, tanto as Terras Indígenas quanto as Unidades de Conservação são legitimadas constitucionalmente, a resolução jurídica para o impasse de sobreposição territorial não é de fácil solução.

Forçoso concluir que, neste panorama de beligerância, entre os que defendem de forma irrestrita as Unidades de Proteção Integral e os que reconhecem as terras sobrepostas como territórios de ocupação histórica indígena, quem ganha são os que invadem de maneira predatória, como os madeireiros, garimpeiros, contrabandistas, etc., que se aproveitam do frágil sistema de fiscalização ambiental; enquanto quem perde é o meio ambiente como um todo.

Muitos dos ambientalistas e indigenistas estão percebendo que o meio ambiente sofre mais por pressão de outros grupos sociais, do que por seus próprios pontos de conflito.¹¹

E é neste cenário, que nos últimos anos, tem havido uma tendência global de se buscar alianças¹². A legislação nacional tem progredido nesse sentido; e, embora possa ser discutida a eficiência das soluções expressas no sistema normativo interno para o enfrentamento dos conflitos em casos concretos envolvendo Unidades de Conservação e povos tradicionais, elas existem. Vejamos:

⁹ Cláudio Maretti faz um breve histórico do início dos conflitos entre os povos indígenas e as UCS : MARETTI, Cláudio C. *Conservação e valores Relações entre áreas protegidas e indígenas: possíveis conflitos e soluções*. In: RICARDO, Fany *Terras Indígenas e Unidades de Conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. Instituto Socioambiental. p.85-96.

¹⁰ Questão muito bem colocada por: LEITÃO, Sérgio. *Superposição de leis e de vontades: Por que não se resolve o conflito entre Terras Indígenas e Unidades de Conservação?* In: RICARDO, Fany *Terras Indígenas e Unidades de Conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. Instituto Socioambiental. p.17-23

¹¹ RICARDO, Fany. "at al." *Terras Indígenas e Unidades de Conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. Instituto Socioambiental – ISA. 2004, p.8-10.

¹² MARETTI, Cláudio C. *Conservação e valores Relações entre áreas protegidas e indígenas: possíveis conflitos e soluções*. In: RICARDO, Fany *Terras Indígenas e Unidades de Conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. Instituto Socioambiental. p.85-96.

Cita-se, por exemplo, o art. 57, da Lei nº 9.985/2000, que trata da sobreposição entre Terras Indígenas e Unidades de Conservação, que prevê a criação de grupos de trabalho para “*propor as diretrizes [...] com vistas à regularização das sobreposições [...]*”, garantida a participação das comunidades envolvidas.

Já o Decreto Federal nº 5.758/2006, que institui o Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas (PNAP), destaca, entre os objetivos específicos, “*solucionar os conflitos decorrentes de sobreposição das Unidades de Conservação com Terras Indígenas e terras quilombolas*”.

Dentro do mesmo raciocínio, o art. 3º, inciso II, do Decreto Federal nº 6.040/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, define como objetivos específicos: “*solucionar ou minimizar os conflitos gerados pela implantação de Unidades de Conservação de Proteção Integral em territórios tradicionais e estimular a criação de Unidades de Conservação de Uso Sustentável*”. Podemos citar, ainda, o Decreto Federal nº 4.339/2002, que institui a Política Nacional da Biodiversidade, que traz como objetivos da Conservação da Biodiversidade: “*11.2.8. promover o desenvolvimento e a implementação de um plano de ação para solucionar os conflitos devidos à sobreposição de Unidades de Conservação, Terras Indígenas e de quilombolas.*”.

Mas, para que isso aconteça, deve haver a existência de uma política articulada por parte do governo com relação aos espaços ambientais protegidos, ou seja, deve haver vontade política dos órgãos públicos federais responsáveis por essas terras, como o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio e a FUNAI; que, numa disputa incessante pelo poder, acabam por prejudicar a tão almejada conservação do meio ambiente.¹³

Cabe concluir que, independentemente das diferentes posições, existem, atualmente, no país, um grande número de sobreposições entre Unidades de Conservação e Terras Indígenas, que, na maioria dos casos, revelam a existência de sérios conflitos.

3. FATORES QUE CONVERGEM EM CONFLITOS TERRITORIAIS ENVOLVENDO UNIDADES DE CONSERVAÇÃO E TERRITÓRIOS INDÍGENAS

Os conflitos de sobreposições de Unidades de Conservação com Terras Indígenas são decorrentes de uma série de fatores congregados, em especial, por falta de articulação de uma política de planejamento governamental desses territórios. Muitas vezes, são criadas Unidades de Conservação em Terras Indígenas, ou ainda, órgãos indigenistas delimitam Terras Indígenas no interior de uma Unidade de Conservação. Há casos em que os modos tradicionais de vida dos indígenas contrariam os objetivos

¹³ Ver: SANTILLI, Márcio. *A cilada corporativa*. In: RICARDO Fany *Terras Indígenas e Unidades de Conservação: o desafio das sobreposições*, Instituto Socioambiental - ISA. 2004, p.11-14.

pelos quais uma Unidade de Conservação foi criada, no caso de se tratar de uma Unidade de Conservação de Uso Integral.

Muitos dos conflitos com populações residentes em Unidades de Conservação ou localizadas no seu entorno têm origem em processos de criação conduzidos de forma autoritária, sem participação dos segmentos interessados da sociedade civil. Conhecer como se deu a condução do processo de criação da Unidade de Conservação é importante para a compreensão do seu contexto de inserção local e regional.¹⁴

Uma das questões inerentes aos conflitos de sobreposições refere-se à falta de participação dos povos indígenas no processo de acompanhamento de criação de Unidades de Conservação e de gestão dos espaços onde se constata a presença dessas populações. Segundo o Ministério Público Federal, na elaboração de qualquer Plano de Regularização Fundiária de Unidade de Conservação, onde populações tradicionais estejam presentes, é inafastável a incidência das normas da Convenção 169, da OIT, sobre territorialidade étnica e cultural e o direito de consulta prévia e informada, devendo ser criados procedimentos adequados, que permitam a participação dos interessados na definição de medidas que possam afetá-los¹⁵.

Deve-se ter em mente que, por um longo período da história, as Unidades de Conservação foram criadas à revelia das populações indígenas, que, há muito, habitavam as áreas que passavam a ser objeto de proteção especial, estabelecendo uma série de restrições para essas populações, quando não inviabilizavam sua presença, exigindo a remoção integral.

Ato reverso há casos em que os índios entram nas Unidades de Conservação, que muitas vezes são consideradas de Proteção Integral, após a criação da unidade, em especial nos parques Amazônicos ou da Mata Atlântica, pelo fato de essas áreas serem os únicos lugares livres de populações vindas de outras regiões. Os índios, sob pressão e influência dos madeireiros, garimpeiros, caçadores, agricultores migratórios e, ainda, pelos pecuaristas e grandes cultivadores, acabam por se refugiar nas próprias Terras Indígenas e nas Unidades de Conservação. Enquadram-se neste contexto, por exemplo, os numerosos grupos Guaranis, seminômades, que, sem terras reconhecidas, acabam ocupando as áreas do Sul e Sudeste, normalmente integradas por Unidades de Conservação, espaços que ainda detêm cobertura florestal.¹⁶

¹⁴ GRABNER. Maria Luiza (coordenadora), “et al” – 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Territórios de Povos e Comunidades Tradicionais e as Unidades de Conservação de Proteção Integral – Alternativa para o Asseguramento dos Direitos Socioambientais*. Ministério Público Federal. Brasília – DF. 2014, p. 38-41.

¹⁵ GRABNER. Maria Luiza (coordenadora), “et al” – 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Territórios de Povos e Comunidades Tradicionais e as Unidades de Conservação de Proteção Integral – Alternativa para o Asseguramento dos Direitos Socioambientais*. Ministério Público Federal. Brasília – DF. 2014, p. 38-41.

¹⁶ Esse assunto é muito bem abordado na entrevista dada por Maria Teresa Jorge Pádula, realizada por Fany Ricardo e Valéria Macedo em janeiro de 2014. PÁDULA, Maria Teresa Jorge. In. RICARDO Fany. *Terras Indígenas e Unidades de Conservação: o desafio das sobreposições*. Instituto Socioambiental – ISA 2004, p. 107-109.

Incontroverso é que, em muitos casos, essa evasão ocorre em áreas em que a conservação da biodiversidade é urgente, pela existência de espécies ameaçadas ou endêmicas, ou muito raras, dentre outros fatores, como áreas que abrigam nascentes de bacias fundamentais para o fornecimento de águas. Considerando o envolvimento de algumas das sociedades indígenas com as práticas sociais que, em muitos casos, incorporam técnicas produtivas bem mais impactantes ao meio ambiente do que as atividades tradicionais, a evasão pode ser perversa para essas áreas que requerem urgente conservação da biodiversidade.¹⁷

Conforme muito bem colocado por André Villas-Bôas, apesar das populações indígenas geralmente se utilizarem de técnicas de manejo de baixo impacto, a forma como se comportam perante a natureza depende de variáveis, como, por exemplo, de sua história de contato com a sociedade, de seu crescimento populacional ou, ainda, de seu confinamento em áreas subscritas, que acabam por impor diferentes formas de gestão e manejo.¹⁸

Por outro lado, em se tratando de Unidades de Conservação de Proteção Integral, existem casos em que as restrições impostas pela sua gestão, que decorrem da falta de um plano de manejo adequado, acabam por inibir o exercício das atividades econômicas tradicionais das quais dependem as populações indígenas para sua sobrevivência. É uma situação contraditória, pois apesar do Estado reconhecer a existência dessas populações moradoras das áreas antes da criação das Unidades de Conservação, inibe o exercício de suas atividades econômicas tradicionais sem apresentar-lhes soluções viáveis.

Existe a necessidade de se incluir as populações indígenas nos planos de manejo das Unidades de Conservação de Proteção Integral de forma adequada. Fato é que, enquanto não se reconhecer o plano de manejo como o instrumento de gestão mais importante da Unidade de Conservação, não findarão as problemáticas das sobreposições entre Terras Indígenas e Unidades de Conservação. O plano de manejo deve ser construído por meio de processo participativo que permita a aprendizagem e a valorização dos saberes tradicionais sobre o manejo dos recursos naturais.¹⁹

Há que se fazer investimento em políticas públicas e gestões diferenciadas, especialmente em locais onde existem recursos de grande interesse econômico, como minérios, madeira e regiões favoráveis à pecuária ou ao cultivo da soja. Em muitos

¹⁷ Idem, p. 109.

¹⁸ VILLAS-BÔAS, André. *Há uma urgência de políticas públicas voltadas à gestão de terras indígenas, enfrentando temas como proteção ambiental, fiscalização de fronteiras e alternativas econômicas*. In: RICARDO, Fany. *Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza: o desafio das sobreposições*. Instituto Socioambiental. 2004, p. 119-121.

¹⁹ GRABNER, Maria Luiza (coordenadora), “et al” – 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Territórios de Povos e Comunidades Tradicionais e as Unidades de Conservação de Proteção Integral – Alternativa para o Assuramento dos Direitos Socioambientais*. Ministério Público Federal. Brasília – DF. 2014, p. 29,76.

casos, o Estado é omissivo e conivente com esses interesses econômicos de retorno imediato e insustentável.²⁰

Não é difícil observar que a falta de políticas públicas governamentais e soluções jurídicas de difícil aplicação acabam por desencadear vários fatores que se convergem para os conflitos das sobreposições entre Terras Indígenas e Unidades de Conservação. A falta de participação dos povos indígenas na criação e gestão das Unidades de Conservação; a inexistência de planos de manejo e de gerenciamento adequados; a falta de uma gestão compartilhada dos recursos naturais; a falta de fiscalização; os desmatamentos; e, ainda, muitas vezes, a situação fundiária não resolvida, são alguns dos fatores que estimulam os conflitos das sobreposições.

Há ainda que se colocar como relevante nos fatores que convergem para os conflitos de sobreposições a disputa por territórios e poder, pelos órgãos Federais do IBAMA e FUNAI, que, ao longo da história, não conseguiram prover soluções consistentes para o problema.²¹

Vale colocar que a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), em agosto de 2007, apesar de não ter resolvido o problema avançou na problemática das sobreposições, apesar de ter se dado em um cenário de conflitos políticos e sem um diálogo com os demais setores da sociedade, trouxe avanços.

A criação de um órgão específico de gestão de Unidades de Conservação, com orçamento próprio, pôde propiciar a melhora da estruturação de equipamentos e do quadro de funcionários. Algumas ações normativas do ICMBio reforçaram a intenção do SNUC de promover pesquisas nas Unidades de Conservação, por meio da criação do Programa de Iniciação Científica e do Programa de Voluntariado, o que pode contribuir não apenas para o aumento de pesquisas das atividades diárias das Unidades de Conservação, mas também com o envolvimento

²⁰ Quanto à questão referente à omissão do Estado, ver: VILLAS-BÔAS, André. *Há uma urgência de políticas públicas voltadas à gestão de terras indígenas, enfrentando temas como proteção ambiental, fiscalização de fronteiras e alternativas econômicas*. In: RICARDO, Fany. *Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza: o desafio das sobreposições*. Instituto Socioambiental. 2004, p. 119-121.

²¹ Sérgio Leitão ilustra bem essa realidade ao citar três exemplos de sobreposições: do Parque Nacional do Araguaia, que está sobreposto, dentre outras, à Terra Indígena Inãwebohonã, de ocupação tradicional dos povos indígenas javaé e carajá; o segundo exemplo citado pelo autor diz respeito à sobreposição que envolve a terra dos índios Enawenê Nawê, localizada no oeste do estado do Mato Grosso, e a Estação Ecológica Iquê, criada em 1981, pela antiga Secretaria Espacial do Meio Ambiente; e o terceiro exemplo traz o caso das onze Florestas Nacionais (FLONA) que se sobrepõem à Terra Indígena do Alto do Rio Negro, localizada no Estado do Amazonas. Esses três casos demonstram uma luta irracional pelo poder entre os setores da administração. LEITÃO, Sérgio, *Superposição de leis e vontades. Por que não se resolve o conflito entre Terras Indígenas e Unidades de Conservação?* In: RICARDO, Fany. *Terras Indígenas e Unidades de Conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. Instituto Socioambiental – ISA. 2004, p. 22-23.

das comunidades locais com os objetivos e as possibilidades de uso da Unidade de Conservação e seu entorno.²²

Se uma nova tendência de conservar e proteger a sociobiodiversidade vem se consolidando, o desafio que urge para os órgãos envolvidos é justamente sustentar a equivalência dos dois interesses, com uma política integrada, que assegure os modos tradicionais da população indígena, de maneira que eles possam utilizar os recursos naturais de forma sustentável e, ao mesmo tempo, possam assegurar a proteção da biodiversidade das áreas protegidas.

4. POSSIBILIDADES DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS – LEI FEDERAL N° 9.985/2000 E LEGISLAÇÕES VIGENTES

4.1. Unidades de Conservação de Uso Indireto – interpretação do artigo 42 SNUC

De conformidade com o artigo 42 do SNUC, quanto às Unidades de Conservação de Proteção Integral, a restrição da presença das populações tradicionais foi mantida na legislação, se resolvendo as situações pendentes com indenização ou compensação pelas benfeitorias, além da realocação, priorizando-se o reassentamento. Segundo citado artigo, não sendo compatível a permanência de populações tradicionais em determinada Unidade de Conservação, a situação deverá ser resolvida com os institutos jurídicos supracitados.

Conforme documento do Ministério Público Federal, Série Manual de Atuação – 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, *Territórios de Povos e Comunidades Tradicionais e as Unidades de Conservação de Proteção Integral – Alternativa para o Asseguramento dos Direitos Socioambientais*, o documento intitulado Estratégias para Elaboração do Plano de Regularização Fundiária de Unidades de Conservação Federais, de 2012, criou um GTI (Portaria nº 391/2011), com base no art. 42, da Lei nº 9.985/2000, que propõe: “(...) a criação de um programa conjunto e específico para promover o reassentamento das populações tradicionais e agricultores familiares que serão beneficiários, residentes em Unidades de Conservação nas quais ‘sua permanência não seja permitida’ (...)”.²³

A regra do artigo 42 do SNUC e citado documento confrontam a Convenção nº 169 da OIT. Com base no entendimento previsto no artigo 16 de referida Convenção, apenas excepcionalmente se permite a remoção de populações tradicionais das

²² VERÍSSIMO, Adalberto; ROLLA, Alicia; VEDOVETO, Mariana; FUTADA, Silvia de Melo. *Áreas protegidas na Amazônia Brasileira: avanços e desafios*. Belém: Imazon/ISA; São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011. p. 36.

²³ GRABNER, Maria Luiza (coordenadora), “et al” – 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Territórios de Povos e Comunidades Tradicionais e as Unidades de Conservação de Proteção Integral – Alternativa para o Asseguramento dos Direitos Socioambientais*. Ministério Público Federal. Brasília – DF. 2014, p.24.

terras ocupadas por elas, sendo garantido o direito de retorno assim que o motivo cesse. O Supremo Tribunal Federal – STF firmou entendimento de que os tratados, independentemente do assunto, seriam internacionalizados como lei ordinária²⁴, o que geraria um conflito entre as duas legislações.²⁵

A solução dada pelo artigo 42 do SNUC, além de ocasionar grandes prejuízos às populações tradicionais, está longe de resolver os conflitos de sobreposições nas Unidades de Conservação de Proteção Integral, já que a lei permite que as populações permaneçam no interior destas até o reassentamento, o que, em muitos casos, pode perdurar por tempo indefinido, trazendo prejuízos para ambos os lados.²⁶

Apesar do artigo 42 do SNUC pecar ao não prever instrumentos suficientes para solucionar os conflitos existentes nas Unidades de Conservação de Proteção Integral, criadas sem a adoção de critérios científicos antes da vigência da lei, deve-se fazer uma leitura do citado artigo, conforme a Constituição Federal, a Convenção 169 da OIT, dentre outras legislações nacionais e tratados internacionais, fazendo-se uma análise de cada caso em concreto.

De acordo com as legislações vigentes, inicialmente, deve-se buscar alternativas que busquem instrumentos que permitam a compatibilização entre o direito dos povos indígenas permanecerem nas terras que tradicionalmente habitam e os objetivos de preservação ambiental das Unidades de Conservação de Proteção Integral, de forma que possibilite a permanência dessas populações no território em longo prazo.

Deve-se fazer uma análise da norma para além de sua interpretação literal, para se observar os equívocos de aplicação dos dispositivos da Lei nº 9.985/2000, que impõem, em alguns de seus preceitos, especialmente o artigo 42, em desconformidade

²⁴ Nesse sentido os seguintes julgados do STF: ADI 1675-MC, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 19/19/03; Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 22/11/02; ADI 1480-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/05/01; RE 214.329, Rel. Moreira Alves, DJ 11/06/99.

²⁵ Já os doutrinadores, de forma majoritária, entendem que os tratados são considerados intermediários, por serem inferiores às normas constitucionais, mas estarem acima das normas ordinárias. Entre os principais doutrinantes que argumentam a interpretação de hierarquia intermediária dos tratados internacionais devidamente ratificados e incorporados no ordenamento jurídico brasileiro ver: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*. 2. ed. Rev., ampl. E atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. REZEK, Jose Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 9. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2002. ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional*. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2000. FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, apud http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/q=convencao-169-da-oit-no-brasil.

²⁶ Com relação ao art. 42 do SNUC interessante os comentários de Ibraim Rocha ao fazer uma comparação com o art.32 da mesma lei, que dispõe sobre o incentivo da pesquisa sobre fauna, flora e ecologia das Unidades de Conservação e sobre a forma de uso sustentável dos recursos naturais, valorizando-se os conhecimentos das populações tradicionais, o que soa incompatível com o ato de retirar essas populações das áreas ocupadas por seus antepassados. Ibraim. Rocha, *Posse e Domínio na Regularização de Unidades de Conservação. Análise de um Amazônida*. Texto escrito como palestra para o III Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação, 22 e 23 de setembro de 2003. Fortaleza – CE – Brasil.

com tratados internacionais de direitos humanos e com a própria Constituição Federal, em qualquer caso, a realocação das populações tradicionais residentes em Unidades de Conservação “*nas quais sua permanência não seja permitida*”. Vale citar algumas legislações que demonstram como deve ser feita a leitura do art. 42 do SNUC, conforme sugerido no Manual de Atuação – 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Territórios de Povos e Comunidades Tradicionais e as Unidades de Conservação de Proteção Integral – Alternativa para o Asseguramento dos Direitos Socioambientais.

Com relação à proteção da diversidade cultural, no âmbito do sistema jurídico interno, encontramos: a Constituição Federal de 1988 que, no artigo 215, determina que o “Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais”, e no artigo 216, I e II, inclui sinais que distinguem sua identidade como: “formas de expressão” e “modos de criar, fazer e viver”; o Decreto nº 6.040, de 7/2/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, sustentada no tripé: cultura, identidade e territorialidade.

Já em relação à proteção da diversidade biológica, temos além da Lei Federal nº 9.985/2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225; a Lei nº 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente; o Decreto nº 4.339/2002, que institui a Política Nacional da Biodiversidade, baseada em princípios que preveem a compatibilização do direito à conservação da biodiversidade e da diversidade cultural (2ª, XII); e o Decreto nº 5.758/2006, que institui o Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas (PNAP), que destaca, entre os objetivos específicos, “*solucionar os conflitos decorrentes de sobreposição das Unidades de Conservação com Terras Indígenas e terras quilombolas*”.

E ainda no ordenamento jurídico interno, conforme já citado no item 2.1, temos o art. 57, da Lei nº 9.985/2000, que prevê a criação de grupos de trabalhos com vistas à regularização das sobreposições; o Decreto Federal nº 6.040/2007 (art. 3º, inciso II), que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, a qual propõe solucionar ou minimizar os conflitos gerados pela implantação de Unidades de Conservação de Proteção Integral em territórios tradicionais.

No que tange aos Tratados Internacionais sobre os Direitos Humanos, conforme já mencionado, por orientação predominante do Supremo Tribunal Federal, tem força de lei ordinária, embora infraconstitucional. No âmbito do sistema jurídico internacional, acerca dos direitos humanos, sob a ótica da proteção da diversidade biológica, podemos citar: a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, também conhecida como Recomendação de Paris; a Convenção da Diversidade Biológica que, já no seu preâmbulo, ressalta: “*o valor intrínseco da diversidade biológica e dos valores ecológico, genético, social, econômico, científico, educacional, cultural, recreativo e estético da diversidade biológica e de seus componentes*”.

Ainda no âmbito do sistema jurídico internacional, com relação aos direitos humanos, sob a ótica da proteção da diversidade cultural, temos, além das Convenções e Declarações editadas pela Organização dos Estados Americanos (OEA), as seguintes do sistema da Organização das Nações Unidas (ONU): a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (artigo 4º); a Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (item 6, do artigo 2º), que dispõe ser: a “*proteção, promoção e manutenção da diversidade cultural condição essencial para o desenvolvimento sustentável em benefício das gerações atuais e futuras*”; a Convenção nº 169/89, da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais; e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Conforme demonstrado, a remoção das populações deve ser tida como medida excepcional (art. 16 OIT), respeitada a garantia da consulta livre, prévia e informada dos grupos afetados, devendo ser permitida somente nos casos em que ficar comprovada a incompatibilidade insuperável entre a permanência das populações indígenas e os objetivos da Unidade de Conservação de Proteção Integral; e após evidenciada, mediante estudos técnico-científicos, a inviabilidade, especialmente de longo prazo, da permanência dessas populações.

A interpretação do artigo 42 do SNUC deve ser feita em consonância com os demais sistemas jurídicos, nacional e internacional, indo muito além de uma mera interpretação singela. Vale colocar que, de acordo com o Manual da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão acerca de Territórios de Povos e Comunidades Tradicionais e as Unidades de Conservação de Proteção Integral, um conjunto de pesquisas realizadas nas mais diversas áreas do conhecimento tem demonstrado a viabilidade e o interesse em proteger e manter essa população em seus territórios tradicionais, mesmo quando inseridos em Unidades de Conservação de Proteção Integral.²⁷

4.2. Recategorização das Unidades de Conservação: o problema da falta de legislação específica e possíveis institutos de solução dos conflitos

Conforme defendido por alguns autores, toda essa questão poderia ter sido amenizada com a possibilidade de recategorização das Unidades de Conservação, que seria a transferência do grupo das Unidades de Conservação de Uso Integral para as de Uso Sustentável, mas o SNUC não inovou nesse sentido.

Uma alternativa para a solução desse impasse teria sido a aplicação do art. 56, da Lei nº 9.985/2000, porém ele foi vetado, por ter sido considerado inconstitucional, já que o artigo 225, III, da Constituição Federal dispõe que somente poderá haver alteração da área ou categoria de um espaço territorial especialmente protegido

²⁷ GRABNER, Maria Luiza (coordenadora), “et al”. Manual de Atuação – 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Territórios de Povos e Comunidades Tradicionais e as Unidades de Conservação de Proteção Integral – Alternativa para o Asseguramento dos Direitos Socioambientais. Ministério Público Federal. Brasília – DF 2014, p. 20.

por lei específica e o referido artigo previa uma revisão administrativa da categoria das unidades de conservação de proteção integral.

Essa previsão solucionaria diversos conflitos, pois permitiria ao poder público, com a participação das comunidades interessadas, decidirem por sua permanência ou reassentamento, possibilitando que os objetivos de proteção da natureza fossem alcançados sem grandes prejuízos às populações tradicionais. Nesse sentido, o veto ao art. 56, da Lei nº 9.985/2000 é uma grande perda, pois permitiria a implantação efetiva de diversas Unidades de Conservação que hoje se encontram somente no papel, transformando-as em Reservas Extrativistas ou Reservas de Desenvolvimento Sustentável.²⁸

Apesar da falta de legislação, a recategorização é vista como uma alternativa possível, desde que solicitada pelos grupos interessados e diante de algumas situações, como a perda dos atributos que ensejaram a criação da Unidade de Conservação; se houver necessidade de maior autonomia por parte da comunidade; e na possibilidade de gestão compartilhada, que beneficie tanto o lado ambiental quanto a manutenção do modo de vida tradicional.

Vale colocar que o artigo 55, do SNUC, regulamentado pelo Decreto nº 3.834/2001, estabelece o prazo de dois anos para reavaliação e reclassificação das Unidades de Conservação que não se enquadram nas atuais categorias previstas no Sistema Nacional de Unidades de Conservação. Cabe ao Ministério do Meio Ambiente (MMA) realizar essa reavaliação das Unidades de Conservação, reclassificando-as dentro dos critérios atuais.

Colocada essa situação específica, serão apresentadas mais duas soluções institucionais possíveis no cenário de implantação e gestão de Unidades de Conservação, com presença de povos indígenas, que já vêm sendo utilizadas em casos concretos, apresentadas no “Manual da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão acerca de Povos e Comunidades Tradicionais e as Unidades de Proteção Integral”,²⁹ sem prejuízo de outros eventuais arranjos vislumbrados.

Nos casos em que se mostre possível a compatibilização dos direitos constitucionais dos índios e das populações indígenas, a preservação do meio ambiente e a proteção da diversidade étnica e cultural, o melhor caminho é a “dupla afetação”. A administração dos espaços ambientalmente protegidos obedece a um plano de administração conjunta ou de gestão compartilhada (entre Comunidade Tradicional, FUNAI, IBAMA, ICMBio, INCRA, etc.), respeitada a Convenção nº 169, da OIT, especialmente quanto à necessidade da consulta livre, prévia e informada dos povos

²⁸ SANTILLI, Márcio. *A cilada corporativa*. In: RICARDO Fany *Terras Indígenas e Unidades de Conservação: o desafio das sobreposições*, Instituto Socioambiental - ISA. 2004, p. 12,13.

²⁹ GRABNER, Maria Luiza (coordenadora). *Série Manual de Atuação – 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Territórios de Povos e Comunidades Tradicionais e as Unidades de Conservação de Proteção Integral – Alternativa para o Asseguramento dos Direitos Socioambientais*. Ministério Público Federal. Brasília /DF, 2012, p.25-26.

índigenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais residentes na respectiva Unidades de conservação.

O instituto já foi afirmado pelo Supremo Tribunal Federal no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, que consignou a compatibilidade tanto no caso da área de uso sustentável quanto no caso de área de proteção integral, estabelecendo-se a dupla afetação. A Corte Suprema foi criticada somente no ponto em que estabelece a administração unilateral do órgão de defesa ambiental:

RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam área de conservação e preservação ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob administração do competente órgão de defesa ambiental.³⁰

No entanto, percebe-se que nas condicionantes do mesmo acórdão, concluiu-se pela participação das comunidades indígenas e da Fundação Nacional do Índio – FUNAI:

(VIII) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes e Conservação da Biodiversidade; (IX) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI.³¹

Outra possibilidade seria o instituto da “desafetação”, que ocorre em casos extremos nos quais fique comprovada a total incompatibilidade entre a permanência das comunidades na terra e os objetivos das Unidades de Conservação de Proteção Integral, após esgotados todos os meios de negociação, restando somente a possibilidade de alteração dos limites da Unidade de Conservação incidentes no território tradicional. Neste caso, e a presença de povos e comunidades tradicionais sendo precedente à criação da Unidade de Conservação de Proteção Integral, entende-se que os atos de criação sejam nulos.

E somente como última possibilidade viria a remoção das populações, que seria possível, como dito anteriormente, como medida excepcional; e, desde que respeitada a garantia da consulta livre, prévia e informada dos grupos afetados, nos casos em que ficar comprovada a extrema incompatibilidade entre a permanência da

³⁰ Pet 3388/RR, Mini. Carlos Britto, 19 de março de 2009 – caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

³¹ Pet 3388/RR, Mini. Carlos Britto, 19 de março de 2009 – caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

comunidade no território e os objetivos da Unidade de Conservação de Proteção Integral, após evidenciada, mediante estudos técnico-científicos de natureza etnoambiental, a inviabilidade, especialmente de longo prazo, da permanência das populações.

Conforme demonstrado, está posto que o caminho é o instituto da dupla afetação, podendo ser utilizados os institutos da desafetação e da remoção como medidas excepcionais, na impossibilidade da gestão compartilhada. Dentro deste contexto, a 4ª Câmara de Coordenação e Revisão, do Ministério Público Federal, no 19º Encontro Nacional de Meio Ambiente e Patrimônio Cultural, realizado em 2012, deliberou:

(...) 8. Fazer uma leitura do art. 42 do SNUC conforme a CF e Convenção 169 da OIT, entre outras, para permitir a conciliação da presença das populações tradicionais em UCs de todas as categorias. 9. Afirmar a presença das populações tradicionais como agentes aliados importantes na preservação/conservação e na utilização sustentável da biodiversidade brasileira. 10. Firmar a negociação com as populações tradicionais, mediante consulta livre, prévia e informada, como pressuposto para a criação das UCs de qualquer categoria para a gestão compartilhada, ao invés do reassentamento compulsório. 11. Fomentar a instituição de programas específicos de apoio às populações tradicionais em UCs de uso sustentável. 12. A desafetação e a recategorização podem não ser as melhores soluções, portanto, quando possível, propor a dupla afetação (...). (grifo nosso)³²

Conclui-se que o instituto da dupla afetação, que propõe a gestão compartilhada, é compatível com o ordenamento jurídico interno e com os Tratados Internacionais; e, apesar das dificuldades a serem enfrentadas, ainda é a melhor alternativa para a compatibilização dos Direitos Ambiental e Cultural, trazendo benefícios tanto para a conservação da natureza quanto para a manutenção do modo de vida tradicional.

4.3. Processo de criação, implantação e gestão das Unidades de Conservação: gestão participativa da população indígena e possibilidade de exploração racional dos recursos naturais

Viu-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de convivência dos direitos fundamentais indígenas e ambientais. Viu-se, ainda, que o instituto da dupla afetação é o melhor caminho para a compatibilização desses direitos, estando o instituto de acordo com o ordenamento jurídico interno e com os Tratados Internacionais.

O entendimento atual é no sentido de que as populações tradicionais podem ser importantes aliadas na preservação, conservação e utilização sustentável da biodiversidade.

³² 19º Encontro Nacional sobre Meio Ambiente e Patrimônio Cultural da 4ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, realizado no período de 17 a 19 de outubro 2012, em Aracaju/SE.

Assim, nesse item será demonstrada a importância da criação, implantação e gestão das Unidades de Conservação para a compatibilização dos direitos ambiental e social.

O problema maior advém das Unidades de Conservação criadas até meados da década de 1970 e no período compreendido entre os anos de 1982 e 1997, ou seja, no período anterior à vigência da Lei nº 9.985/2000, quando as Unidades de Conservação eram criadas de maneira aleatória, sem os estudos técnicos e científicos necessários.³³

Atualmente, temos como diretrizes para a criação de Unidades de Conservação a Lei nº 9.985/2000 (artigo 22, § 2º); a Convenção nº 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais (art. 6); a Instrução Normativa ICMBio nº 05, de 15/5/2008, que dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de estudos técnicos e consulta pública para a criação de Unidade de Conservação Federal; a Instrução Normativa ICMBio nº 03, de 18/9/2007, que disciplina as diretrizes, normas e procedimentos para a criação de Unidade de Conservação Federal das categorias Reserva Extrativista e Reserva de Desenvolvimento Sustentável.

Serão descritos alguns procedimentos e diretrizes importantes e, muitas vezes, obrigatórios, que devem ser seguidos no processo de criação e gestão das Unidades de Conservação; e foram retirados, de forma sintetizada, da Série “Manual de Atuação da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão”³⁴, e visam solucionar ou amenizar os conflitos territoriais que envolvem as populações tradicionais e as Unidades de Conservação, com o objetivo da compatibilização de direitos.

Para a criação das Unidades de Conservação existem exigências preliminares que devem ser realizadas, como estudos técnicos, que identifiquem a presença de atributos ambientais e socioculturais relevantes; diagnóstico da prática usada na terra; verificação de existência de populações tradicionais ou não tradicionais; conhecimento da situação fundiária do espaço; e os limites mais adequados para a nova Unidade; sendo importante incorporar nesses estudos a previsão de impactos sociais positivos e negativos decorrentes da criação da Unidade de Conservação.

Um fator muito importante para a criação e gestão das Unidades de Conservação é a participação das comunidades tradicionais nesses processos, realizada por meio de Consulta Pública, conforme descrito no parágrafo segundo do artigo 22 do SNUC. Esse procedimento é um importante aliado quando se constata a presença de populações tradicionais na área onde se quer criar a Unidade de Conservação. Para ser realizada da maneira correta, essa criação deve cumprir os objetivos

³³ PÁDUA, Maria Tereza Jorge. *Sistema Brasileiro de Unidades de Conservação: de onde viemos e para onde vamos?* In: *Anais do Congresso de Unidades de Conservação de Unidades de Conservação*. Apud CZAJKOWSKI, Silvia. *O Parque Nacional de Superagui e Alternativas para o Planejamento de Unidades de Conservação de Proteção Integral*. Tese de Doutorado em Geociências e Meio Ambiente. Rio Claro: Instituto de Geociências e Ciências Exatas, UNESP, 2004, p.10 e 11.

³⁴ GRABNER, Maria Luiza “et al.” *Série Manual de Atuação – 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Territórios de Povos e Comunidades tradicionais e as Unidades de Conservação de Proteção Integral – Alternativas para o Asseguramento dos Direitos Socioambientais*. Ministério Público Federal. DF. 2014, p.38-107.

da Convenção nº 169/89, da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais.

A Consulta Pública proporciona informações e dados importantes para a criação da Unidade de Conservação, que geram efeitos positivos posteriores, no que tange às sobreposições. Possibilita a verificação dos dados apresentados nos estudos prévios; a coleta de contribuições complementares ou eventuais correções; validação da proposta de categoria de Unidade de Conservação a ser criada, seus objetivos, extensão e limites previstos; a verificação da opinião dos ocupantes do interior e do entorno da área; e, por fim, a confirmação se a proposta da criação da Unidade de Conservação é pertinente naquele território.³⁵

Tais procedimentos são indispensáveis para se evitar posteriores conflitos nas sobreposições com populações tradicionais. Observe-se que para a criação de uma Estação Ecológica e de uma Reserva Biológica não é obrigatória a Consulta Pública.

Vale colocar que, em se tratando de Unidades de Conservação de Uso Sustentável, as quais se destinam a abrigar povos e comunidades tradicionais, como as Reservas Extrativistas (RESEX) e as Reservas de Desenvolvimento Sustentável (RDS), é obrigatório, nos termos do art. 4º da Instrução Normativa ICMBio nº 03, de 18/9/2007, que as comunidades tradicionais ou sua representação solicitem, ao ICM-Bio, a criação da Unidade de Conservação, uma vez que sua participação na proteção e na gestão desses espaços é pré-requisito de sua existência.

No que concerne à implantação das Unidades de Conservação, um dos aspectos relevantes é sua caracterização socioambiental, que identifica as características ambientais que abrangem o meio físico (geomorfologia, hidrografia, pedologia, clima) e o meio biótico (biomas, vegetação, fauna e flora), bem como os aspectos socioeconômicos, históricos e culturais, referentes às comunidades residentes no interior da Unidade ou em seu entorno.

Deve-se, também, tipificar a categoria, como de Uso Sustentável ou de Proteção Integral; descrever a área abrangida; identificar as principais ameaças e potencialidades; e identificar os principais conflitos, como, por exemplo, o uso e a ocupação da área que contém territórios tradicionais ou não, por parte de outros interesses sobrepostos, dentre outros fatores.

Já, no que tange à estrutura para implantação e gestão, existem quatro importantes fatores: o plano de manejo, o conselho gestor, a situação fundiária e a demarcação física dos limites. Sob a perspectiva da gestão compartilhada, os Planos de Manejo assumem uma importância estratégica, devendo ser a eles incorporados os Planos de Uso Tradicional, os Termos de Compromisso e os

³⁵ GRABNER. Maria Luiza “et al.”. *Série Manual de Atuação – 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Territórios de Povos e Comunidades tradicionais e as Unidades de Conservação de Proteção Integral – Alternativas para o Asseguramento dos Direitos Socioambientais*. Ministério Público Federal. DF. 2014, p.38.

Acordos de Manejo, bem como os Termos de Ajustamento de Conduta, que visem compatibilizar direitos.

Sem tirar a importância de cada um desses atributos, aqui vou dispor um pouco sobre o Plano de Manejo na gestão participativa. O Plano de Manejo consiste:

(...) um documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais da Unidade de Conservação, é estabelecido seu zoneamento, são definidas as normas que orientam o uso da área, o manejo ou gestão dos recursos naturais e os Programas de Manejo a serem desenvolvidos, incluindo-se a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da Unidade (...)³⁶

No que se refere aos povos tradicionais, muitos desses documentos os colocam no capítulo relacionado com problemas para implantação da Unidade de Conservação. É normal encontrar nesses documentos soluções provisórias, como, por exemplo, para a situação econômica dos povos indígenas, até que eles sejam reassentados ou indenizados; ou colocações, como prover as necessidades básicas de sobrevivência desses povos. Tal fato ocorre por se considerar como certa a remoção obrigatória desses povos, a médio ou longo prazo.

É de grande importância que os profissionais responsáveis pelo levantamento de informações para a constituição do Plano de Manejo incluam as populações tradicionais em seus estudos, para que seu modo de vida, suas culturas e seus saberes sejam valorizados e entendidos pelos especialistas; para que esses transmitam seus conhecimentos técnicos de forma que os índios possam explorar os recursos naturais de forma sustentável, possibilitando, assim, a gestão compartilhada.

Para que se efetive a gestão compartilhada de espaços protegidos, deve ser feita uma leitura integrada dos direitos socioambientais, não somente dos direitos sociais e ambientais previstos no ordenamento jurídico, mas vislumbrando uma solução justa, em que os povos indígenas saibam manusear os recursos naturais de forma sustentável, sem perder suas características tradicionais. Incumbe aos órgãos públicos competentes encontrar junto às populações tradicionais soluções viáveis para o manejo sustentável dos recursos naturais, como alternativas às práticas de manejo impactantes ao meio ambiente.³⁷

Conforme já colocado, a modalidade de gerenciamento de espaços que acolhe a gestão compartilhada está alinhada com a tese da conciliação de interesses

³⁶ Lei Federal nº 9.985 – Sistema Nacional de Unidades de Conservação, de 18/07/2000, Cap. I, art. 2, XVII.

³⁷ Em muitas sociedades, especialmente nas tradicionais, o homem não se comporta como destruidor da natureza, já que depende para sua sobrevivência da renovação dos recursos naturais. Nesse sentido fazer uma leitura da obra do professor Antônio Carlos Diegues. DIEGUES, Antônio Carlos (coordenação geral). VIANNA, Lucila Pinsard (sub. Coordenação) - *Conflito entre Populações Humanas e Unidades de Conservação da Mata Atlântica*. São Paulo: NUPUAB - Núcleo de Apoio à Pesquisa sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras - USP/95.

presente entre os objetivos da Política Nacional da Biodiversidade. Ainda, a proposta ora defendida está de acordo com a tese doutrinária da ponderação de direitos fundamentais, sendo o direito dos indígenas às terras por eles tradicionalmente ocupadas e o meio ambiente ecologicamente equilibrado dignos da máxima proteção.

4.4. Inclusão das terras indígenas no Sistema Nacional de Unidades de Conservação

Antes da Constituição Federal de 1988, muitas terras indígenas eram demarcadas com a finalidade de proteger os recursos naturais necessários às comunidades indígenas. O Código Florestal, Lei Federal nº 4.771/65, em seu art.3º, letra “g” e parágrafo segundo³⁸, revogado pela Lei nº 12.651/ 2012, considerava como Áreas de Preservação Permanente as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas. Já a Constituição Federal de 1988 (art. 231, parágrafo primeiro) coloca as áreas indígenas como imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais.

Mas, na prática, as terras indígenas nunca fizeram, de fato, parte da estratégia da conservação da biodiversidade, o que é uma perda levando-se em conta que esses territórios ocupam 12,50% do território nacional e 20,96% da Amazônia Legal³⁹. A exclusão das Terras Indígenas do sistema de áreas protegidas foi, provavelmente, norteadá pelo mito da natureza intocada, que orientou o modelo das Unidades de Conservação no sistema brasileiro.

O Instituto Socioambiental – ISA chegou a fazer uma proposta de uma Reserva Indígena de Recursos Naturais – RIRN. A proposta era criar áreas indígenas destinadas, em parte, à conservação integral, e, em parte, ao manejo sustentável de recursos naturais. Esta proposta que, à época não obteve o consenso para aprovação no âmbito do SNUC, está bem próxima do atual instituto da dupla afetação, consagrado em 2005, no julgamento do Caso Raposa Serra do Sol pelo Supremo Tribunal Federal.⁴⁰

Segundo Nuriti Bensusan, se as Terras Indígenas fossem incluídas no Sistema Nacional de Unidades de Conservação, teríamos um aumento significativo de áreas protegidas em cada bioma, especialmente na Amazônia. O autor demonstra esse fato em uma tabela, na qual coloca as áreas protegidas agrupadas por biomas, dando o exemplo, dentre outros, do bioma da Amazônia, com 352 (trezentas e cinquenta e

³⁸ Lei Federal nº 4.771, de 15 de setembro de 1965.

³⁹ SANTILLI, Márcio. A Cilada Corporativa. In: RICARDO Fany *Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza: o desafio das sobreposições*. Instituto Socioambiental- ISA. 2004, p.14.

⁴⁰ LEITÃO, Sérgio. *Superposição de leis e de vontades: Por que não se resolve o conflito entre Terras Indígenas e Unidades de Conservação?* In: RICARDO, Fany *Terras Indígenas e Unidades de Conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. Instituto Socioambiental. p. 19-20.

duas) Terras Indígenas, extensão de 96.640.671 hectares, teria um aumento de 22,99 de extensão do bioma.⁴¹

Em 2012, foi promulgado o Decreto Federal nº 7.747, de 05/06/2012, que institui a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas – PNGATI: “(...) com o objetivo de garantir e promover a proteção, a recuperação, a conservação e o uso sustentável dos recursos naturais das terras e territórios indígenas (...)”.⁴² Com esse Decreto as Terras Indígenas passam a ser consideradas espaços especialmente protegidos, consagrando o fato de que essas terras abrangem importantes espaços territoriais e são fundamentais para a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A inclusão de Terras Indígenas no Sistema Nacional de Unidades de Conservação, além de estar em consonância com a Constituição Federal de 1988, com a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas e com a nova vertente de gestão compartilhada, ajudaria a solucionar os diversos problemas e conflitos advindos das sobreposições, já exaustivamente demonstrados nesse trabalho.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate acerca das sobreposições entre Terras Indígenas e Unidades de Conservação ainda é recente no Brasil, e as soluções para os casos concretos ainda estão sendo discutidas pelos doutrinadores, nos meios sociais e na esfera governamental. O grande desafio que se impõe para o cumprimento da legislação vigente é o equacionamento entre a preservação do meio ambiente com os interesses das populações indígenas inseridas nessas áreas.

Tem-se clareza da importância das áreas protegidas no Brasil, sendo a criação dessas áreas indispensável para a proteção do meio ambiente. Da mesma forma, resta claro que se deve buscar uma proposta mediadora para as populações indígenas que sofreram graves consequências, no decorrer da história, com a criação das Unidades de Conservação de Uso Indireto.

O Estado, ao criar os espaços protegidos, não raro, afeta as condições socio-culturais dessas populações, que de uma hora para outra passam a ter seus modos de vida tradicionais ameaçados e devem se retirar das áreas que desde sempre ocuparam e passaram a ser consideradas de proteção especial. Se a preocupação com o meio ambiente é uma constante, no mesmo patamar devem estar as minorias que habitam as diversas Unidades de Conservação.

⁴¹ SANTILLI, Márcio. A Cilada Cooperativa. In: RICARDO Fany *Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza: o desafio das sobreposições*. Instituto Socioambiental- ISA. 2004, p.68-69.

⁴² Decreto Federal nº 7.747 de 5 de junho de 2012, que institui a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas. cap.I – disposições preliminares. art.1º.

Para se evitar conflitos de sobreposições e a reprodução de processos de desigualdade, é necessário que os órgãos governamentais competentes planejem, de forma articulada, a criação das áreas protegidas, a partir de uma visão holística, que abranja os conhecimentos cultural e socioambiental.

A criação de uma nova Unidade de Conservação deve ser precedida de estudos técnicos e de uma ampla consulta à população local e residente na área do entorno da unidade que se quer criar. É fundamental propiciar debates e esclarecimentos sobre a importância da área protegida, que incluam qual o tipo de unidade mais adequada, a dimensão, os limites, dentre outros fatores que devem ser decididos de forma coletiva.

A remoção das populações indígenas de suas terras deve ser tida como última possibilidade, como medida excepcional e desde que comprovada mediante estudos técnicos a incompatibilidade entre a permanência da comunidade e a criação da Unidade de Conservação de Proteção Integral. Nos casos em que se mostre possível a compatibilização dos direitos constitucionais das populações indígenas e da preservação do meio ambiente, o melhor caminho é a Dupla Afetação, modalidade de gerenciamento de espaços que obedece a um plano de administração conjunta ou de gestão compartilhada entre os órgãos ambientais e indigenistas, de modo a assegurar o uso sustentável dos recursos naturais.

Para que essa modalidade seja possível, incumbe aos órgãos públicos competentes federais, em parcerias com instituições não governamentais, encontrar junto às populações tradicionais soluções viáveis para o manejo sustentável dos recursos naturais e alternativas às práticas de manejo que sejam impactantes ao meio ambiente. É importante, ainda, para se ter êxito na conservação da biodiversidade, que as populações tradicionais possam desempenhar o seu conhecimento tradicional dos ecossistemas, ainda tão pouco conhecido pelas pesquisas acadêmicas.

O entendimento atual é no sentido de que as populações tradicionais podem ser importantes aliadas na preservação, conservação e na utilização sustentável da biodiversidade. Ambos os direitos, o direito dos povos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas por eles e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, fazem parte de um conceito amplo de meio ambiente, não se podendo falar em choque entre a proteção ambiental e a cultural.

Considerando o cenário apresentado, entende-se que é de fundamental importância procurar compreender se tem ocorrido e como tem se dado a participação das populações tradicionais na implantação e gestão das Unidades de Conservação, além de vislumbrar hipóteses de soluções para esses conflitos, como a possibilidade de gestão compartilhada; a inclusão, na elaboração dos planos de manejo, de planos de uso tradicional, considerando sempre as populações tradicionais como importantes aliados na conservação do meio ambiente e não como destruidores da natureza.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Jorge L.B., “et al.” - *Ornitologia e Conservação – Da Ciência às Estratégias*. SC: Ed.Unisul – Tubarão, 2001.

ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional*. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2000.

BENSUSAN, Nurit. *Terras Indígenas: as primeiras Unidades de Conservação*, In: RICARDO, Fanny (Orgs). *Terras Indígenas e Unidades de Conservação. O desafio da sobreposição*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

DIEGUES, Antônio Carlos, MOREIRA. André de Castro (orgs.) - *Espaços e Recursos Naturais de Uso Comum*. São Paulo: NUPUAB - Núcleo de Apoio à Pesquisa sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras – USP, 2001.

DIEGUES, Antônio Carlos (coordenação geral). VIANNA, Lucila Pinsard (sub. Coordenação) - *Conflito entre Populações Humanas e Unidades de Conservação da Mata Atlântica*. São Paulo: NUPUAB - Núcleo de Apoio à Pesquisa sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras – USP, 95.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, apud http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/q=convencao-169-da-oit-no-brasil.

GRABNER. Maria Luiza (coordenadora), “et al”. Série Manual de Atuação – 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Territórios de Povos e Comunidades Tradicionais e as Unidades de Conservação de Proteção Integral – Alternativa para o Asseguramento dos Direitos Socioambientais*. Ministério Público Federal. Brasília – DF 2014.

LEITÃO, Sérgio, *Superposição de leis e vontades. Por que não se resolve o conflito ente Terras Indígenas e Unidades de Conservação?* In: RICARDO, Fany. *Terras Indígenas e Unidades de Conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. Instituto Socioambiental – ISA. 2004.

LEUZINGUER, Márcia Diegues. *Natureza e Cultura – Unidades de Conservação de Proteção Integral e Populações Tradicionais Residentes* – Curitiba, Ed. Letra da Lei – 2009.

MARETTI, Cláudio C. *Conservação e valores Relações entre áreas protegidas e indígenas: possíveis conflitos e soluções*. In: RICARDO, Fany *Terras Indígenas e Unidades de Conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. Instituto Socioambiental.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*. 2a ed. Rev. ampl. e atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MILANO, Miguel Serediuk. *Unidades de Conservação, técnica, lei e ética para a conservação da biodiversidade*. In: *Direito ambiental das áreas protegidas – o regime jurídico das unidades de conservação*. Coord. Antônio Herman Benjamim. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

PÁDUA, Maria Teresa Jorge. In: RICARDO Fany. *Terras Indígenas e Unidades de Conservação: o desafio das sobreposições*. Instituto Socioambiental - ISA 2004.

PÁDUA, Maria Tereza Jorge. *Sistema Brasileiro de Unidades de Conservação: de onde viemos e para onde vamos?* In: *Anais do Congresso de Unidades de Conservação de Unidades de Conservação*. Apud CZAJKOWSKI, Silvia. *O Parque Nacional de Superagui e Alternativas para o Planejamento de Unidades de Conservação de Proteção Integral*. Tese de Doutorado em Geociências e Meio Ambiente. Rio Claro: Instituto de Geociências e Ciências Exatas, UNESP, 2004.

REZEK, Jose Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 9. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

RICARDO, Fany. RETS - Revista do terceiro setor. Tribunal de Contas do município do Rio de Janeiro. 2005. Disponível em: <http://www.tcm.tj.gov.br/web/site/noticias>. Acesso em: 20 de maio de 2015.

VERÍSSIMO, Adalberto; ROLLA, Alicia; VEDOVETO, Mariana; FUTADA, Silvia de Melo. *Áreas protegidas na Amazônia Brasileira: avanços e desafios*. Belém: Imazon/ISA; São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011.

ROCHA, Ibraim, *Posse e Domínio na Regularização de Unidades de Conservação. Análise de um Amazônida*. Texto escrito como palestra para o III Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação, 22 e 23 de setembro de 2003. Fortaleza – CE – Brasil.

SANTILLI, Márcio. *Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza. A cilada Corporativa*. In: RICARDO Fany. *Terras Indígenas e Unidades de Conservação: o desafio das sobreposições*. Instituto Socioambiental – ISA. 2004.

VILLARES, Luiz Fernando, *Direito e Povos Indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009.

VILLAS-BÔAS, André. *Há uma urgência de políticas públicas voltadas para a gestão de terras indígenas, enfrentando temas como proteção ambiental, fiscalização de fronteiras e alternativas econômicas*. In: *Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza: o desafio das sobreposições*. Instituto Socioambiental – ISA. São Paulo. 2004.

19º Encontro Nacional sobre Meio Ambiente e Patrimônio Cultural da 4ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, realizado no período de 17 a 19 de outubro 2012, em Aracaju/SE.

LEGISLAÇÃO

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.

_____. Lei Federal nº 9.985, de 18 de julho de 2000 - Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC.

____ Lei Federal nº 4.771, de 15 de setembro de 1965 – Código Florestal – revogado pela Lei nº 12.651/ 2012.

____ Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

____ Decreto Federal nº 5.051, de 19 de abril de 2004, que promulga a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

____ Decreto Federal 3.834/2001 que regulamenta o art. 55 da Lei 9.985, de 18 de julho de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação.

____ Decreto Federal nº 6.040, de 07 de fevereiro de 2007, que Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.

____ Decreto Federal nº 4.339/2002, de 22 de agosto de 2002, que institui princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade.

____ Decreto Federal nº 5.758, de 13 de abril de 2006, que institui o Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas (PNAP)

____ Decreto Federal nº 7.747, de 5 de junho de 2012, institui a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas – PNGATI.

____ Convenção 169 - Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra em 27 de junho de 1989, aprovada por meio de Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002.

____ Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural - Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - (Unesco), Paris, de 17 de outubro a 21 de novembro de 1972.

____ Decreto Legislativo nº 2, de 1994 - Convenção Sobre Diversidade Biológica - Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, de 5 a 14 de junho de 1992.

____ Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural – UNESCO, abril de 2002.

____ Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais. Paris, de 03 a 21 de outubro de 2005 – texto ratificado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 485/2006.

____ Instrução Normativa ICMBio nº 05, de 15 de maio de 2008, que dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de estudos técnicos e consulta pública para a criação de Unidade de Conservação Federal.

____ Instrução Normativa ICMBio nº 03, de 18 de setembro de 2007, que disciplina as diretrizes, normas e procedimentos para a criação de Unidade de Conservação Federal das categorias Reserva Extrativista e Reserva de Desenvolvimento Sustentável.

JULGADOS

Supremo Tribunal Federal: ADI 1675-MC, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 19/19/03; Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 22/11/02;

Supremo Tribunal Federal: ADI 1480-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/05/01; RE 214.329, Rel. Moreira Alves, DJ 11/06/99.

Pet 3388/RR, Mini. Carlos Britto, 19 de março de 2009 – caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

REGIME PREVIDENCIÁRIO E DIREITO DE OPÇÃO DOS SERVIDORES EGRESSOS DE OUTROS ENTES DA FEDERAÇÃO: UMA QUESTÃO EM ABERTO

*Pension system and right to choice of graduates servers from other
entities of the Federation: an open question*

Artur Barbosa da Silveira¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Previdência Pública Complementar: evolução constitucional e legal. 3. Regime previdenciário e direito de opção dos servidores: o entendimento da Administração Pública. 4. A ausência de manifestação definitiva do Poder Judiciário sobre o assunto. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

RESUMO

O presente artigo enfrenta, com base na doutrina, na jurisprudência e na análise da legislação e do texto constitucional, a seguinte questão, ainda sem posicionamento definitivo do Poder Judiciário: servidor público anteriormente pertencente a determinado ente da Federação, ao ingressar em cargo público de outro ente federativo sem solução de continuidade, tem ou não direito à opção de permanecer no regime previdenciário anterior?

Palavras-chave: Regime – Previdenciário – Público – Direito – Opção.

ABSTRACT

Based on the doctrine, jurisprudence and analysis of the legislation and the constitutional text, the present article faces the following question, still without definitive positioning of the Judiciary: a public servant formerly belonging to a specific entity of the federation, when joining public office of another federal entity without continuity, has or does not have the right to remain in the previous social security system.

Keywords: Regime – Pension – Public – Right – Option.

1. INTRODUÇÃO

Um dos temas mais relevantes no Direito Previdenciário, tanto atualmente quanto em relação aos próximos anos, cuja análise é justificada pela sua importância e repercussão social, política, jurídica e orçamentária, é a obrigatoriedade ou não da submissão ao novo regime previdenciário dos servidores públicos que já ocupavam cargos públicos em determinado ente da Federação e que, sem solução de continuidade, ingressaram em um novo cargo público pertencente a outra esfera de poder posteriormente à instituição do regime de previdência complementar por esse último ente federativo.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, especialista em Direito Público pela Faculdade Projeção de Brasília, especialista em Direito Tributário pela Universidade Estácio e especialista em Direito Processual Civil pela UNIMESP. Autor de livros e artigos jurídicos.

Isso porque, autorizados pelo comando constitucional, a União e diversos entes federativos disciplinaram, mediante leis próprias, o regime de previdência complementar, a exemplo da Lei federal nº 12.618/2012 que, regulamentando os parágrafos 14, 15 e 16 do artigo 40 da Constituição Federal, autorizou a criação das Fundações de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), do Legislativo (Funpresp-Leg) e do Judiciário (Funpresp-Jud).

Em relação àqueles que já eram servidores públicos no momento da entrada em vigor do regime complementar, o texto constitucional é expresso e não deixa dúvidas: somente serão submetidos às novas regras mediante sua prévia e expressa opção.

Entretanto, a discussão emerge em relação aos servidores que ingressaram no serviço público após a criação do regime complementar, mas que já ocupavam anteriormente cargos públicos em outro ente federativo, sem o rompimento de vínculo com a Administração Pública: esses últimos possuem ou não direito de opção ao antigo regime previdenciário, escapando, assim, das regras mais rigorosas previstas no novo regime de previdência complementar?

Colocada a problematização, o presente artigo, embora não objetive esgotar o tema em referência, irá enfrentá-lo com base em pesquisa doutrinária e jurisprudencial, bem como na análise do texto expresso da Constituição Federal de 1988.

2. PREVIDÊNCIA PÚBLICA COMPLEMENTAR: EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL

Inicialmente, é importante referir que o regime previdenciário dos servidores públicos passou por diversas mudanças desde a vigência da Constituição Federal de 1988, mormente a partir da Emenda Constitucional nº 20 de 1998, uma vez que o Estado brasileiro, a cada dia, vislumbra uma maior necessidade de economia dos recursos públicos (termo mais conhecido por enxugamento da máquina administrativa), encontrando, como uma das alternativas mais eficientes, a aproximação do regime previdenciário público com o regime geral de previdência social, coberto pelo INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), cujo teto é limitado por ato do Poder Executivo.

De acordo com a doutrina, as profundas modificações do regime previdenciário dos servidores públicos promovidas pelo Estado brasileiro objetivam, em última análise, unificar a previdência social pública e privada de forma paulatina, reduzindo os proventos de aposentadoria e pensão dos servidores públicos, observadas, entretanto, as situações já consolidadas com base na legislação em vigor no momento das referidas modificações.

Nesse sentido, a esclarecedora lição de DI PIETRO (2010)²:

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 556.

As bases para a chamada reforma previdenciária foram lançadas pela Emenda Constitucional nº 20/98. O objetivo último é de reduzir os benefícios sociais – mais especificamente proventos de aposentadoria e pensão – dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos e seus dependentes, colocando-os, paulatinamente, nos mesmos patamares vigentes para o regime geral de previdência social, que inclui o trabalhador do setor privado e os servidores não ocupantes de cargo efetivo. O que se objetiva, na realidade, é a unificação da previdência social. Não podendo ser feita de imediato, tendo em vista as situações consolidadas com base na legislação vigente, pretende-se alcançar esse objetivo de forma paulatina.

A Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/1998, modificou o art. 40 da Constituição Federal de 1988, que passou a prever, no seu §14, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata aquele artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Carta Magna.

O §15 do art. 40 da Constituição Federal, com a redação atual atribuída pela Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003, determina que, observado o disposto no art. 202 da Carta Magna, o regime de previdência complementar referido no § 14 do mesmo dispositivo será instituído por lei complementar do respectivo Poder Executivo.

Em arremate, o §16 da do art. 40 da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998, estabelece que, somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos parágrafos 14 e 15 do mesmo artigo poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.

Seguindo o comando constitucional, o Estado de São Paulo editou a Lei nº 14.653, de 22/12/2011, prevendo a instituição do regime de previdência complementar a que se refere o artigo 40, §§ 14 e 15 da Constituição Federal, sendo que a São Paulo Previdência – SPPREV passou a ser entidade gestora única, tendo por finalidade administrar o Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos titulares de cargos efetivos – RPPS e o Regime Próprio de Previdência dos Militares do Estado de São Paulo – RPPM.

Posteriormente, em razão da edição da Portaria SPPREV 020, de 04/02/2015, publicada no Diário Oficial do Estado de São Paulo de 05/02/2015, foi estabelecida

³ Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2011/lei-14653-22.12.2011.html>. Acesso em: 2/12/2015.

⁴ Disponível em: <https://proafr.files.wordpress.com/2015/02/loadarquivonoticia.pdf>. Acesso em: 2/12/2015.

a data-base de 21 de janeiro de 2013, ocasião em que foi efetivamente instituído o Regime de Previdência Complementar do Estado de São Paulo pela Portaria da Diretoria de Análise Técnica nº 19, publicada no Diário Oficial da União na mesma data. Assim, os funcionários públicos ingressos no Poder Executivo paulista após 21 de janeiro de 2013 passaram a ser enquadrados na nova sistemática previdenciária.

Em relação à União, tal regime complementar foi instituído por meio da Lei federal nº 12.618, de 30/4/20125, que, além de instituir o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, fixou o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição Federal, autorizando, ainda, a criação de 3 (três) entidades fechadas de previdência complementar, denominadas Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg) e Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud).

Com o Decreto federal nº 7.808, de 20/09/20126, foi criada a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo – Funpresp-Exe para administrar o plano de previdência dos servidores públicos do Executivo – ExecPrev.

O Poder Legislativo Federal optou por não ter uma fundação própria delegando à Funpresp-Exe a administração do plano de previdência para os servidores da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Tribunal de Contas da União, o LegisPrev.

Em 04 de fevereiro de 2013, a partir de autorização da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc), a Funpresp-Exe iniciou a administração do ExecPrev que atualmente conta com 202 patrocinadores, entre órgãos da administração direta, autarquias e fundações públicas federais.

Assim, todos os servidores públicos que ingressaram no Poder Executivo Federal a partir de 4/2/2013 passaram a ter duas opções: contribuir apenas para o RPPS - Regime Próprio de Previdência Social e ter sua aposentadoria limitada ao teto do RGPS ou vincular-se à previdência complementar, sendo tal opção irretratável.

Ressalte-se que foi assegurado aos servidores que, sem solução de continuidade com a Administração, ingressaram no serviço público Federal antes da vigência do novo regime, o direito de aderir à previdência complementar ou permanecer no sistema previdenciário anterior.

⁵ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12618.htm. Acesso em: 2/12/2015.

⁶ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7808.htm. Acesso em: 2/12/2015.

3. REGIME PREVIDENCIÁRIO E DIREITO DE OPÇÃO DOS SERVIDORES: O ENTENDIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Traçadas as linhas básicas sobre o tema no âmbito federal e no Estado de São Paulo, a questão que se coloca é a seguinte: os servidores oriundos de outro ente federativo que, sem solução de continuidade, ingressarem em cargo público federal, estadual ou municipal, fazem jus ou não à manutenção do regime previdenciário anterior?

Administrativamente, a resposta é negativa aos servidores, tanto em relação à União quanto em relação ao Estado de São Paulo.

No tocante à União, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), seguindo os termos do parecer da Advocacia-Geral da União (Parecer nº 009/2013/JCBM/CGU/AGU), publicou a Orientação Normativa nº 02, de 13 de abril de 2015⁷, no sentido de que os servidores estaduais, municipais e distritais que ingressaram em cargo público efetivo do Poder Executivo Federal, a partir de 04/02/2013, estão submetidos ao regime de Previdência Complementar, independentemente de solução de continuidade entre os cargos.

Segundo o art. 2º da referida orientação normativa, estão sujeitos ao regime de previdência complementar de que trata a Lei nº 12.618, de 2012, e, consequentemente, terão suas contribuições previdenciárias submetidas ao limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social:

I - os servidores públicos federais que tenham ingressado ou venham a ingressar em cargo público efetivo do Poder Executivo Federal a partir de 4 de fevereiro de 2013;

II - os servidores públicos federais egressos de órgãos ou entidades de quaisquer dos entes da Federação que tenham ingressado ou venham a ingressar em cargo público efetivo do Poder Executivo Federal a partir de 4 de fevereiro de 2013;

III - os servidores públicos federais egressos das carreiras militares que tenham ingressado ou venham a ingressar em cargo público efetivo do Poder Executivo Federal após 4 de fevereiro de 2013; e

IV - os servidores antes integrantes da Polícia Civil, da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal que tenham ingressado ou venham a ingressar em cargo público efetivo no Poder Executivo Federal a partir de 4 de fevereiro de 2013.

⁷ Disponível em: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/56/MOG/2015/2.htm>. Acesso em: 10/09/2016.

Ou seja, o MPOG conferiu interpretação restritiva à expressão “serviço público” do art. 40, par. 16º, Constituição Federal. Desse modo, os servidores que se encaixam na situação acima e que aderirem à previdência complementar terão garantido apenas um benefício especial, que equivale a uma compensação, a título de incentivo, dos valores já pagos ao RPPS durante o período de contribuição, nos termos do art. 4º da orientação normativa.

O que se observa, portanto, é que Administração Pública Federal é enfática em negar a faculdade de opção aos servidores públicos egressos de outros entes da Federação (Estados e Municípios) após a vigência do regime de previdência complementar federal (Lei n. 12.618/2012), mesmo não havendo solução de continuidade no referido ingresso. Isso porque, segundo a União, aplica-se ao caso a já consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de que não há se falar em direito adquirido a regime jurídico.

Com referência ao Estado de São Paulo, a Procuradoria Geral do Estado emitiu o Parecer PA nº 7/20138, no sentido de ser dada interpretação restritiva ao comando do art. 40, § 16 da Constituição Federal, nos termos da seguinte ementa do referido parecer:

CONSTITUCIONAL. AGENTE PÚBLICO. SERVIDOR PÚBLICO. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR.

Fixação pelo Estado de São Paulo, para o valor das aposentadorias e pensões concedidas pelo regime próprio de previdência social, do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social. Possibilidade restrita àqueles que ingressaram no serviço público a partir da data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar. Instituição compreendida como processo que se estende da criação do regime pela lei à autorização de operação do plano de benefícios concedida pelo órgão regulador e fiscalizador federal. Inteligência do artigo 40, parágrafos 14 a 16, da Constituição da República. Interpretação conforme a Constituição do artigo 10, parágrafo 10, e do artigo 30 da Lei Estadual nº 14.653, de 22 de dezembro de 2011. Simples autorização genérica, contida nesses dispositivos legais, para que o Poder Executivo venha, oportunamente, a impor a limitação do valor dos benefícios do regime próprio ao teto do regime geral e a admitir a adesão de servidores ao regime complementar. Invalidez de disposições do Comunicado Conjunto CC/SF/SGP nº 1, de 3 de fevereiro de 2012, e de preceitos do regulamento do plano

⁸ Disponível em: <http://www.recursoshumanos.sp.gov.br/pareceres/pareceres%20aposentadoria/Parecer%20PA%20n%C2%BA%2007-2013.pdf>. Acesso em: 2/11/2016.

de benefícios “PREVCOM RP”. Impossibilidade de retroação dos efeitos da adesão ao plano de benefícios à data anterior à publicação do ato de instituição do regime de previdência complementar. Ingresso no serviço público como entrada em exercício. Investidura como ato complexo.

Dentre o universo dos agentes públicos estaduais que se submetem ao regime de aposentadorias e pensões do artigo 40 da Constituição da República, sujeitam-se ao limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral da previdência social e assim contribuem dentro desse mesmo limite exclusivamente os que venham a entrar em exercício no serviço público a partir de 21 de janeiro de 2013, aos quais se faculta a adesão ao regime de previdência complementar com possibilidade de efeitos financeiros retroativos à data do exercício, contanto que exista previsão no regulamento do plano de benefícios correspondente.

Sob a ótica da Procuradoria do Estado de São Paulo, quando o art. 40, § 16 da Carta Magna diz “serviço público”, tal expressão contém implicitamente os termos “federal”, “estadual”, “municipal” e “distrital”, não sendo todo tipo de serviço público que garante o direito de opção do servidor, mas somente aquele serviço público prestado ao mesmo ente federativo.

O Ministério Público do Estado de São Paulo (MP/SP) possui entendimento divergente ao da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, no sentido da inaplicabilidade do regime de previdência complementar previsto no art. 40, §§14 a 16 da Constituição Federal de 1988 àqueles que já eram servidores públicos da União, de outros Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e que ingressaram no Ministério Público de São Paulo após a vigência da Lei Estadual nº 14.653/11, desde que não haja solução de continuidade. Nesse sentido, transcreve-se o despacho do Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, proferido em 21/06/2012 no protocolado nº 86.773/2012:

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, de 21.06.2012

Protocolado n. 86.773/12

Interessado: Área de Preparação e Controle de Pagamento de Pessoal

Objeto: consulta referente ao regime de previdência complementar instituído pela Lei Estadual n. 14.653, de 22 de dezembro de 2011.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. CONSULTA. REGIME PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR.

1. O regime de previdência complementar previsto no art. 40, §§ 14 a 16, CF/88, não se aplica àqueles que ingressaram no MPESP após a

vigência da Lei Estadual n. 14.653/11 e que já eram servidores públicos da União, de outros Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, desde que não haja solução de continuidade, pois o § 16 do art. 40 CF/88 não aninha a distinção promovida pelo legislador estadual em favor exclusivamente dos servidores públicos estaduais.

2. Ademais, em se tratando de ingresso de membro do MP de outra esfera federativa não se pode obnubilar o caráter nacional e unitário da instituição. 3. À luz do art. 40, § 14, CF/88, enquanto não instituído o regime de previdência complementar cuja efetividade depende da implantação dos planos de benefícios, membros e servidores admitidos no MPESP estão sujeitos ao regime próprio de previdência social dos servidores públicos, incidindo a contribuição previdenciária sobre a remuneração global respectiva com as ressalvas legais, não se podendo limitar sua contribuição ao teto do regime geral da previdência social e não inscrevê-los obrigatoriamente no regime de previdência complementar.⁹

No Ministério Público da União (MPU), o Procurador-Geral da República, acolhendo Parecer nº 328/2014, de 28 de maio do mesmo ano, da Assessoria Jurídica Administrativa da Secretaria Geral, fixou entendimento no sentido da aplicabilidade do regime complementar de previdência social aos militares egressos da União, estados e Distrito Federal que ingressaram no MPU após o início da Funpresp-Jud¹⁰.

4. A AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DEFINITIVA DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE O ASSUNTO

Na realidade, a questão colocada ainda está em aberto perante o Poder Judiciário.

No âmbito federal, a título de exemplo, temos que o órgão de classe que representa os Advogados da União (ANAUNI) ajuizou a Ação Ordinária n. 42311-69.2013.4.01.340011, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, que tramita perante a 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, objetivando garantir que a opção daqueles advogados públicos pelo regime de previdência complementar da

⁹ Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/DO_Estado/2012/DO_22-06-2012.htm. Acesso em: 22/11/2015.

¹⁰ Disponível em: <<http://www.modernizacao.mpf.mp.br/noticias-1/2014/pggr-estabelece-regras-para-a-previdencia-de-servidores-egressos-do-servico-militar>>. Acesso em: 25/11/2015.

¹¹ Disponível em: https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=423116920134013400&zsecao=DF&pg=1&trf1_captcha_id=f57ae38c4762699cc0c7733d9c70bdbb&trf1_captcha=rb5v&enviar=Pesquisar. Acesso em: 20/11/2016.

União seja retratável e revogável até o final da demanda, de sorte que a escolha definitiva – irrevogável e irratável – seja realizada apenas quando, após o trânsito em julgado do feito, seja aberta ao agente público a possibilidade de aderir ao regime de previdência anterior.

Ressalte-se que, no processo supra, foi indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela em 12/08/2013, o que ensejou a interposição do Agravo de Instrumento nº 0051276-51.2013.4.01.0000/DF pela mencionada associação de classe, sendo que, em 30/09/2013, o relator do Tribunal Regional Federal da 1ª Região deferiu o pedido de efeito suspensivo, suspendendo os efeitos do § 8º do art. 3º da Lei Federal n. 12.618/2012 somente para os servidores nomeados após a vigência do novo regime de previdência, que já detinham cargo público na esfera estadual, municipal ou distrital, que não tenham interrompido seu vínculo para assumir cargo público federal, até o trânsito em julgado do feito de origem.

Os autos principais da ação ordinária estão conclusos para sentença desde 04/08/2014.

No Estado de São Paulo, a Associação dos Procuradores do Estado, em razão de decisão tomada em assembleia de classe, ingressou com a Ação de Rito Ordinário, com pedido de tutela antecipada, sob o número 1030573-20.2015.8.26.0053, que tramita perante a 13ª Vara da Fazenda Pública da Capital do Estado de São Paulo, objetivando garantir o direito dos servidores vindos de outros entes federativos de optarem pelo regime previdenciário anterior.

Deferida a liminar naquela ação, a Fazenda do Estado de São Paulo interpôs o Agravo de Instrumento nº 2213100-82.2015.8.26.0000¹², ao qual foi atribuído efeito suspensivo, e, por fim, foi dado provimento ao recurso da Fazenda pela 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento ocorrido em 15/12/2015 (acórdão publicado em 18/12/2015 e transitado em julgado em 11/02/2016).

Não houve, portanto, o enfrentamento do mérito do pedido em nenhuma das ações supra.

5. CONCLUSÃO

Concluimos que a questão do enquadramento dos servidores públicos egressos de outros entes da Federação no novo regime de previdência complementar é controvertida e que, apesar de tanta divergência de entendimentos, o Poder Judiciário ainda não se manifestou de forma definitiva sobre o tema.

¹² Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1H00086W00000&processo.foro=53&uuidCaptcha=sajcaptcha_133c5d556aae4d38bf35155e8d1669c1. Acesso em: 28/12/2015.

Entretanto, já há posicionamento firme da Administração Pública nos âmbitos da União e do Estado de São Paulo no sentido de dar interpretação restritiva ao comando constitucional, enquadrando na nova sistemática previdenciária os servidores públicos egressos de outros entes federativos após a instituição do regime de previdência complementar.

Incumbe ao Poder Judiciário, como órgão constitucional ao qual foi atribuído o poder de solucionar as controvérsias, a tarefa de dar a palavra final sobre o assunto.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORRERA, Marcelo Carita. Direito de opção pelo regime público de previdência complementar. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4205, 5 jan. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31703>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. ESTADO DE SÃO PAULO.

_____. Portaria SPPREV nº 020, de 04/02/2015. Disponível em: <https://proafr.files.wordpress.com/2015/02/loadarquivonoticia.pdf>. Acesso em: 2/12/2015.

_____. Lei estadual nº 14.653, de 22/12/2011. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2011/lei-14653-22.12.2011.html>. Acesso em: 2/12/2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. Despacho do Procurador-Geral de Justiça, de 21.06.2012. Protocolado n. 86.773/12. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/DO_Estado/2012/DO_22-06-2012.htm. Acesso em: 22/11/2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Manifestação do Procurador-Geral da República, acolhendo Parecer nº 328/2014. Disponível em: <<http://www.modernizacao.mpf.mp.br/noticias-1/2014/pgr-estabelece-regras-para-a-previdencia-de-servidores-egressos-do-servico-militar>>. Acesso em: 25/11/2015.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. Parecer PA nº 7/2013. Disponível em: <http://www.recursoshumanos.sp.gov.br/pareceres/pareceres%20aposentadoria/Parecer%20PA%20n%C2%BA%2007-2013.pdf>. Acesso em: 2/11/2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Ação ordinária nº 1030573-20.2015.8.26.0053. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1H00086W00000&processo.foro=53&uuidCaptcha=sajcaptcha_133c5d556aae4d38bf35155e8d1669c1. Acesso em: 28/12/2015.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Ação Ordinária n. 42311-69.2013.4.01.3400. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/>

.....
processo.php?proc=423116920134013400&xsecao=DF&pg=1&trf1_captcha_id=f57ae38c4762699cc0c7733d9c70bddb&trf1_captcha=rb5v&enviar=Pesquisar. Acesso em: 20/11/2016.

UNIÃO

_____Decreto nº 7.808, de 20/09/2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7808.htm. Acesso em: 2/12/2015.

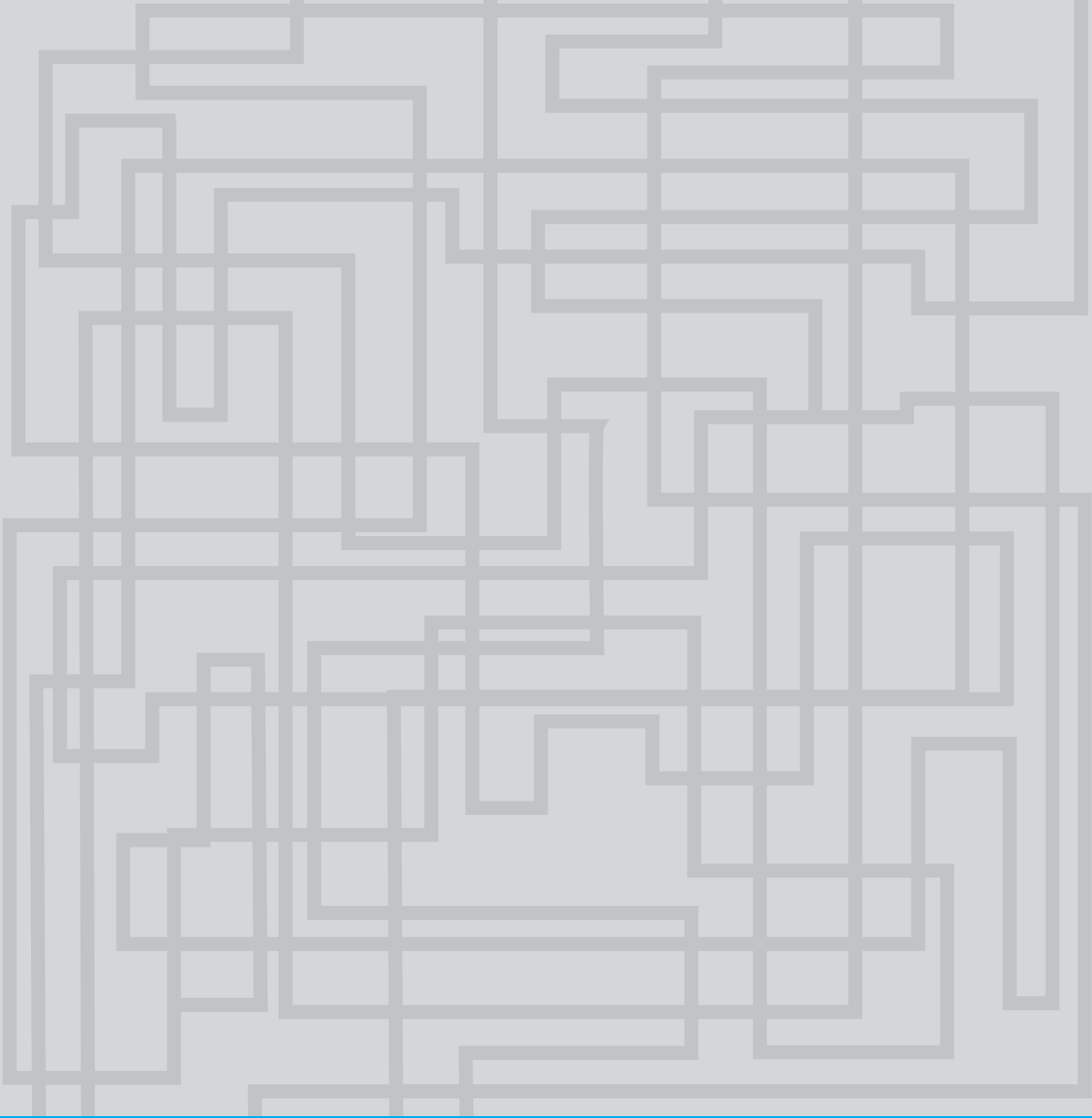
_____Lei federal nº 12.618, de 30/4/2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12618.htm. Acesso em: 2/12/2015.

_____Orientação Normativa nº 02, de 13 de abril de 2015. Disponível em: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/56/MOG/2015/2.htm>. Acesso em: 10/09/2016.

editoração, impressão e acabamento

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO



PGE - SP
Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
Centro de Estudos



**GOVERNO DO ESTADO
DE SÃO PAULO**