

RELATÓRIO AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2009.71.00.003729-8/RS

Objeto da ação. Esta ação civil pública discute licenciamento ambiental do empreendimento *Playa Vista*, localizado em **ecossistemas de terrenos de marinha, lagoa e dunas** no município de Xangri-lá. O empreendedor é o réu Metagon Incorporações e Loteamentos Ltda. As licenças impugnadas são as seguintes: licença prévia LP 695/06 (fls. 130-131), licença de instalação LI 811/07 (fls. 784-786), e licença de instalação LI 952/07 (fls. 162-164). Todas foram expedidas pela FEPAM.

Petição inicial. Na petição inicial (fls. 02-60 e documentos de fls. 61-319), o autor pede liminar para: **(1)** determinar o embargo judicial da obra e suspensão de todas as licenças expedidas, sob pena de multa diária de R\$ 500.000,00; **(2)** determinar a imediata interdição da área de preservação permanente delimitada no parecer técnico da FEPAM, sob pena de multa diária de R\$ 500.000,00; **(3)** determinar a notificação do Oficial do Registro de Imóveis de Capão da Canoa para abster-se de registrar quaisquer aquisições ou compromissos de compra e venda relacionados à área discutida; **(4)** determinar ao réu-empresendedor para abster-se de alienar os lotes projetados sobre a área delimitada no parecer técnico da FEPAM, sob pena de multa de R\$ 300.000,00 por lote vendido, bem como determinar ao réu-empresendedor para apresentar relação dos lotes já comercializados, com respectivos nomes e endereços dos proprietários; **(5)** determinar ao réu-empresendedor que coloque placas, junto à praia e avenida Paraguaçu, para informar que se trata de "*área interdita por ordem deste juízo federal - proibido edificar, suprimir vegetação ou promover qualquer modificação no local - área de preservação permanente*", bem como determinar ao réu-empresendedor que informe a existência deste processo em todos os meios de comunicação em que divulgar o empreendimento.

O autor pede a procedência da ação para: "**(1)** *Decretar a nulidade das licenças expedidas, determinando à ré FEPAM que se abstenha de licenciar ou autorizar atividades nas áreas de preservação permanente delimitadas em Parecer Técnico, à fl. 75 do processo administrativo nº 18487-0567/04-4, que deverá ser juntado aos autos; (2) Decretar a nulidade do termo de ajustamento de conduta firmado entre os réus e o Ministério Público Estadual; (3) Condenar os réus ao pagamento de quantia a ser convertida ao fundo previsto em lei, a título de indenização pelos danos ambientais causados, conforme levantamento apresentado pelo perito judicial; (4) Confirmar a determinação para que os réus que procedam à reparação do meio ambiente degradado mediante o cumprimento de prestação específica consistente na restauração das áreas impactadas, por meio de projeto de recuperação ambiental a ser apresentado por perito judicial e implementado com acompanhamento de assistentes técnicos nomeados pelas partes*" (fls. 60).

O autor diz que: a competência é da Justiça Federal porque existe interesse da União (terreno de marinha) e do IBAMA (ecossistemas em zona costeira). As áreas naturais de zona costeira são ambientalmente relevantes. A área do empreendimento situa-se próxima à lagoa formada pelo represamento natural de curso de água em contato com dunas naturais. O empreendedor adquiriu a área em 2004. Em dezembro de 2004, solicitou licença à FEPAM para intervenção em área de preservação permanente para implantar condomínio residencial (canalização de curso d'água, com preservação da lagoa e dunas) (expediente 18487-0567/04-4), mas a FEPAM indeferiu a licença de canalização e também pedido de reconsideração apresentado pelo empreendedor. O empreendedor formulou novo pedido de licença ambiental à FEPAM (expediente 1848-05.67/06-1), que expediu licença prévia 695/2006 com restrições (para preservar o ecossistema). O empreendedor e o município de Xangri-lá levaram a questão ao Ministério Público Estadual e firmaram termo de ajustamento de conduta, omitindo dados sobre a real

situação da área. No início de 2007, antes da licença de instalação, o empreendedor removeu parte das dunas frontais e soterrou parte do lago. Resolveu dois problemas: "*não poderia construir sobre uma lagoa; e o cordão dunas lhe obstruía a visão do mar. Então, aterrou a lagoa com a própria duna*" (fls. 15). Quando foi expedida a licença de instalação 952/2007, nada constou sobre o sistema de lagoa e dunas. A Brigada Militar embargou e autuou a obra, conforme relatório de ocorrência ambiental 014/1º BABM/2008. Após a descaracterização da área pela ação irregular do réu-empresendedor, a FEPAM desconsiderou a importância ambiental do ecossistema que a própria FEPAM tinha anteriormente reconhecido. A causa da degradação da vegetação nativa das dunas existentes no local foi a intervenção prévia, não autorizada e degradante feita em 2007 pelo réu-empresendedor e desconsiderada pela FEPAM. Posteriormente, houve nova intervenção do réu-empresendedor contra as dunas, com terraplanagem, rebaixamento e alinhamento artificial de 300 metros de faixa de praia em toda sua extensão. A intenção do empreendedor era reduzir a altura das dunas para desobstruir a vista do terreno para o mar. Essa intervenção foi feita com maquinário pesado, passando sobre tocas de tuco-tuco branco, que é espécie endêmica desta região e ameaçada de extinção. Além de comprometer a biodiversidade e equilíbrio ecológico, a alteração do ecossistema natural agrava o problema social da região. Não foi permitida a participação da sociedade civil porque as licenças foram concedidas sem realização de estudo de impacto ambiental, relatório de impacto ambiental ou audiência pública.

O autor alega que o licenciamento foi irregular porque: **(a)** é inconstitucional e ilegal intervenção em área de preservação permanente, especialmente protegida pelo art. 225-§ 1º-III, 170-IV e 5º-XXII da CF/88, pelo art. 1.228-§ 1º do Código Civil, pelos arts. 1º, 2º e 3º da Lei 4.771/65, pela Resolução CONAMA 303/02 e pelo art. 109-§ único-I da Lei Orgânica Municipal de Xangri-lá; **(b)** somente nas situações excepcionadas pelo art. 4º da Lei 4.771/65 (na redação da MP 2.166-67/01) é possível intervenção em área de preservação permanente, exigindo-se que "*a supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto*"; **(c)** nenhum desses requisitos é verificado no licenciamento do empreendimento, inviabilizando a intervenção em área de preservação permanente (fls. 32-35); **(d)** a motivação da FEPAM no indeferimento da licença prévia anteriormente requerida pelo empreendedor dá conta da relevância daquele ecossistema e dos efeitos prejudiciais da atividade pretendida, demonstrando a nulidade da licença posteriormente expedida pela FEPAM.

Também alega que: **(e)** a instalação de obra causadora de significativa degradação ambiental sem realização de estudo de impacto ambiental e sem apresentação de relatório de impacto ambiental é inconstitucional e ilegal porque o EIA/RIMA é exigido pelos arts. 225-§ 1º-IV da CF/88, 1º e 2º da Resolução CONAMA 01/86, 6º-caput e § 2º da Lei 7.661/88, 251-§ 1º-V da Constituição do Rio Grande do Sul, 9º-XXVI da Lei Estadual 10.330/94, e 71-§§ 1º e 2º da Lei Estadual 11.520/00; **(f)** não são procedentes os motivos alegados pela FEPAM para não exigir EIA/RIMA (empreendimento com área inferior a 100 hectares e empreendimento sem significativo impacto ambiental) porque existe legislação específica para atividade de parcelamento do solo que implique alteração de características naturais da zona costeira (art. 6º-§ 2º da Lei 7.664/88), que deve ser observada (art. 71-§ 1º da Lei Estadual 11.520/00), porque a enumeração do art. 2º-XI da Resolução CONAMA 01/86 é meramente exemplificativa, e porque as manifestações anteriores da FEPAM dão conta da relevância ambiental da área e da potencialidade danosa da urbanização do local.

Também alega que: **(g)** é necessária anulação de ato administrativo manifestamente contrário ao ordenamento jurídico e ao interesse público, inclusive quando *"atendendo a escusos interesses particulares que se contrapõem ao interesse público na preservação do meio ambiente, foi praticado em evidente desvio de finalidade"* (fls. 47); **(h)** é nulo o termo de ajustamento de conduta firmado com o Ministério Público Estadual porque não estão presentes os motivos que justificariam a celebração do termo (constantes intervenções com a retirada de areia irregular), porque o acordo não foi cumprido pelo empreendedor, e porque a atuação do Ministério Público não poderia criar direitos para o empreendedor.

Andamento preliminar. Distribuído a este juízo em 06/02/09 (fls. 321-v), foi determinada a prévia audiência dos interessados e do Ministério Público Federal como impunha o art. 2º da Lei 8.437/92 (fls. 322). O réu-empresendedor pediu prorrogação do prazo (fls. 336), que foi deferida pela Juíza Substituta (fls. 341). Também determinou que o autor se manifestasse sobre o requerido pela União (fls. 341). O autor impugnou a concessão do prazo e requereu que o réu apresentasse os documentos solicitados pela União (fls. 727-728).

Manifestação da União. A União peticionou (fls. 328-329) para: **(a)** informar que pode se tratar de área de terreno de marinha e que o processo demarcatório ainda está em curso; **(b)** requerer que as partes apresentem plantas do empreendimento para então se manifestar conclusivamente.

Manifestação do Ibama. O IBAMA peticionou (fls. 338-340) para: **(a)** informar que tem interesse em intervir nesse processo porque *"existem indícios de que o empreendedor não esteja respeitando as restrições legais relativas às áreas de preservação permanente"* (fls. 339-v); **(b)** embora o prazo para manifestação seja exíguo, informar que *"existem indícios de infração ambiental, considerando especialmente o Relatório de Ocorrência Ambiental nº 014/1º BABM/2008"* porque *"as dunas merecem especial proteção, conforme requerido na ação civil pública"* (fls. 339-v), ressaltando que as questões discutidas no licenciamento parecem ser *"de elevada complexidade técnica"* (fls. 339-v); **(c)** requerer *"seja admitida sua intervenção no processo na condição de amicus curiae, com base no art. 5º, parágrafo único, da Lei 9.469/97"*.

Manifestação da Fepam. A FEPAM peticionou (fls. 344-364) para: **(a)** alegar incompetência da Justiça Federal; **(b)** informar que emitiu licença prévia 695/2006-DL em 12/09/06 dando *"viabilidade ambiental para área de 11,8 hectares, com previsão para construção de 114 lotes com ocupação unifamiliar"* (fls. 355) e que emitiu licença de instalação 952/2007-DL em 27/11/07, substituída depois pela licença de instalação 269/2008-DL; **(c)** informar sobre a situação da área, destacando que *"a área antes do licenciamento ambiental vinha sendo utilizada para receber e armazenar drenagens pluviais contaminadas, como depósito de lixo e como fonte ilegal de material mineral (roubo de areia)"* e que *"na gleba de 11,8 hectares inexistiam dunas primárias ou mesmo secundárias nascentes ou olhos de água, morros ou montanhas, escarpas, lagos ou lagoas naturais. Também não apresentava características de vereda, manguezal, tabuleiro ou chapada e ficava fora da área de restinga"* (fls. 358); **(d)** informar que *"o licenciamento ambiental em pauta não se deu em área de relevante interesse ambiental e tampouco comprometeu a qualidade de qualquer recurso natural existente na área licenciada"* mas, *"pelo contrário, tal como foi concebido e concretizado resultou em uma série de ganhos ambientais para a área do empreendimento bem como para o Município como um todo"* (fls. 361-362); **(e)** requerer o indeferimento da liminar.

Manifestação do réu Metagon Incorporações e Loteamentos Ltda. O réu-empresendedor peticionou (fls. 730-762 e documentos de fls. 763-1094), alegando: **(a)** o empreendimento está 100% concluído, com instalação de toda rede

subterrânea de esgoto e energia elétrica, arruamento, meio fio, cercado por muros, e que 70% dos lotes do empreendimento já foi comercializado (fls. 733-734); **(b)** todas as etapas e exigências foram observadas, sendo regular e correto o licenciamento e tendo observado o termo de ajustamento de conduta (fls. 738-744); **(c)** os fatos não se passaram como descrito na petição inicial porque o Passo da Lagoa e respectiva lagoa continuam no mesmo local, *"nada tendo a ver com o terreno da ré, localizado na beira da praia, em sede urbana"* (fls. 745); porque as dunas estão fora do empreendimento e sua área foi desmembrada do empreendimento, constando de matrícula própria (fls. 746); porque a altura das dunas não foi reduzida, mas o terreno do empreendimento foi elevado em 1,40 metros para realizar a passagem de toda tubulação por baixo do empreendimento (fls. 746-747); porque o plano de manejo das dunas foi proposto por especialistas e aprovado pela FEPAM, não tendo o réu jamais colocado *"tratores em cima das dunas"* e sendo a colocação de esteiras *"procedimento ditado pelo Plano de Manejo das Dunas"* para sua preservação em razão do vento constante no litoral (fls. 747-748); **(d)** a desnecessidade de apresentação de Relatório de Impacto Ambiental para área com menos de 100 hectares (art. 2º-XV da Resolução CONAMA 01/86) porque o empreendimento é loteamento residencial com apenas 10 hectares (fls. 748-749); **(e)** o Ministério Público Estadual não foi induzido em erro porque não existia lago no local, já que *"o alegado lago jamais passou de singelas poças de água (de qualidade comprometida), decorrentes de deslocamento artificial das chuvas e dejetos provenientes da Vila Mariana"* (fls. 749-751); **(f)** a área do empreendimento não é um oásis, não está situada numa região isolada ou santuário ecológico, não se caracteriza como área de preservação permanente, mas se situa em área com forte interferência antropomórfica e é atingida pelo esgoto da Vila Marina (fls. 752-753); **(g)** ao contrário do alegado pelo autor, o empreendimento beneficiou a pesca artesanal com a criação de rede de esgoto e tratamento para a Vila Marina e Município de Xangri-lá (fls. 754), e não causou danos a espécies ameaçadas de extinção (fls. 754-755). O réu requereu: **(1)** o indeferimento da petição inicial porque esta ação civil pública não busca proteger o meio-ambiente ou a ordem urbanística, mas objetiva batalha política contra o governo estadual e o enriquecimento sem causa do autor (fls. 735-737), e porque *"a pretensão aviada para que se retorne ao status quo ante, mais precisamente ao ano de 2004, quando adquirido o terreno, mostra-se absurdamente impraticável, pleito, permite-se dizer, risível e hilário, necessitando, para tanto, a desmobilização de todos os empreendimentos imobiliários da região, que hoje conta com mais de 20 condomínios, tratando-se de área antropotizada"* (fls. 737); **(2)** o indeferimento da liminar porque ausente a verossimilhança do direito e o risco da demora (fls. 755-759); **(3)** o reconhecimento da incompetência da Justiça Federal porque IBAMA e União não participam do processo (fls. 759-761).

Parecer do Ministério Público Federal. Em seu parecer (fls. 1097-1135, acompanhado de documentos de fls. 1139-1260), o Ministério Público Federal opinou pela competência da Justiça Federal em razão do interesse da União (praias marítimas e terrenos de marinha) e do IBAMA (requerimento de intervenção como *amicus curiae*) (fls. 1098-1099). Informou a existência do inquérito civil público 1.29.000.002010/2007-91 (ainda não-concluído) para averiguar ocupação de área de preservação permanente e terreno de marinha por parte do empreendimento Playa Vista, e apresentou documentos relevantes à apreciação da liminar nesta ação civil pública. Alegou que o termo de ajustamento de conduta firmado no Ministério Público Estadual não restringe a atuação da Justiça Federal nem impede o conhecimento da ação civil pública porque o próprio Ministério Público Estadual remeteu ofício ao Ministério Público Federal quanto a atividades irregulares do empreendedor e possíveis danos ambientais. Opinando pelo deferimento de medidas liminares contra o empreendimento, o Ministério Público Federal alegou: **(a)** o réu-empresendedor desenvolveu atividades com prejuízo ambiental, como noticiado em ocorrência ambiental de fls. 166-178 da Polícia Ambiental, causando o

réu-empresendedor "danos à duna, em área de preservação permanente, e em local onde, inclusive, verificou-se a incidência de animais da fauna silvestre, inclusive o tuco-tuco branco, em extinção" (fls. 1102); **(b)** o empreendimento também "desrespeitou o item 6 da Licença de Instalação nº 952/2007 que proibia a intervenção nos cursos d'água até as dunas em direção à praia" (fls. 1102-v), sendo que "todo o empreendimento, ademais, prevê intervenção em áreas de dunas e nas próprias dunas, justamente por estar inserido em Área de Preservação Permanente" (fls. 1102-v) e que "o empreendimento efetivamente está sendo realizado em Área de Preservação Permanente" (fls. 1103); **(c)** "as alterações produzidas pelo empreendimento La Plage ... não foram analisadas do ponto de vista da cumulatividade de seus efeitos face ao empreendimento Playa Vista, o que, contudo, era necessário, visto que a interação entre ambas as áreas é evidente e já foi constatada pelo próprio empresário" (fls. 1104); **(d)** como o empreendimento é de natureza particular e privada, não sendo obra de utilidade pública, "requer-se análise judicial da conveniência e utilidade da implantação de um empreendimento particular, que trará benefício restrito aos empresários, pelo ganho que obterão com as vendas (visto que os compradores também serão prejudicados com os problemas ambientais ocasionados pelos danos acarretados pelo empreendimento) versus todos os problemas e consequências ambientais dele decorrentes, que virão a atingir não apenas o meio ambiente/fauna e flora existentes no local, mas igualmente o lençol freático, com risco de possível salinização para o continente, e a própria faixa de praia, além de virem a ser afetados todos os demais veranistas, atuais e futuros, que tiverem a intenção de desfrutar do litoral norte do Estado do Rio Grande do Sul" (fls. 1104); **(e)** o empreendimento está sendo construído em área de preservação permanente (dunas), conforme consta nos documentos do empresário (fls. 1104-v), tendo havido intervenção pretérita e irregular do réu-empresendedor com grande movimentação de areia, alterando as feições da área (fls. 1105-v); **(f)** as dunas desempenham papel importante na preservação da zona costeira, da faixa de praia, do mar territorial e dos próprios veranistas e moradores de balneários (fls. 1106-1107); **(g)** a área atingida pelo empreendimento apresenta especial importância ambiental porque é "identificada como um sistema de lagoa/dunas, apresentando elementos terrestres e aquáticos, formando um ecossistema rico com grande importância" (fls. 1108-1110); **(h)** o dano ambiental causado pela implantação do empreendimento atinge a fauna silvestre existente no local, que dependia das dunas e da vegetação do local para alimento, reprodução, ninhos e abrigo (fls. 1110-1113); **(i)** a FEPAM "agiu de maneira desconforme com a proteção do meio ambiente ao ter autorizado a implantação do empreendimento, na forma como o fez e, posteriormente, ao proceder à defesa judicial do ato, deixando de considerar as importantes ponderações que foram feitas sobre a importância ambiental da área e os impactos de sua ocupação irregular" (fls. 1113-v), entendendo o Ministério Público Federal que o IBAMA deve ser chamado a proceder ao licenciamento ambiental do empreendimento de forma supletiva em razão da inépcia do licenciamento feito pela FEPAM (fls. 1114); **(j)** ao indeferir pedidos anteriores do empresário para licenciamento, a própria FEPAM reconheceu as características ambientais relevantes da área onde situado o empreendimento (sistema litorâneo ainda preservado e composto por curso d'água permanente, banhados e dunas frontais), mas posteriormente licenciou o empreendimento, "demonstrando a impossibilidade de continuar à frente do procedimento de licenciamento ambiental do empreendimento" (fls. 1114), examinando o Ministério Público Federal minuciosamente essas alterações no entendimento da FEPAM (fls. 1114-1115); **(k)** o réu-empresendedor não cumpriu as condições da licença ambiental, mas mesmo assim a FEPAM não suspendeu o licenciamento nem adotou providências contra o empresário, sendo que "a forma de atuação da FEPAM (...), assim como a defesa do empreendimento (...) indicam que o órgão não está em condições de continuar a exercer o licenciamento do empreendimento. A situação indica a necessidade de substituição do órgão ambiental estadual pelo

IBAMA como órgão supletivo, quanto à continuidade do processo de licenciamento, e também pelas peculiaridades do caso que envolvem a zona costeira, área de preservação permanente, e os efeitos daí advindos para o mar territorial" (fls. 1115-1116); **(l)** a vegetação presente no empreendimento é própria da área de dunas e restinga, caracterizando que o local é área de preservação permanente (fls. 1115-1116); **(m)** o licenciamento ambiental do empreendimento "*deveria ter levado em consideração a existência de inúmeros outros empreendimentos com as mesmas características na área do entorno do empreendimento, em razão dos evidentes prejuízos ambientais cumulativos que virão a ser causados*", como por exemplo o condomínio contíguo, *La Plage*, que interfere na feição das dunas existentes naquela área de preservação permanente, e os condomínios *Loteamento Arpoador* e *Las Dunas*, que sequer foram considerados embora vizinhos (fls. 1116-1120), entendendo o MPF que "*o processo de licenciamento do condomínio Playa Vista deve exigir a apresentação de Estudo de Impacto Ambiental que considere a realidade existente no Município e a presença de todos os condomínios residenciais existentes nos limites do local onde está sendo inserido o empreendimento*" e que se deve "*inverter a lógica que está sendo apresentada pela FEPAM e pelo empreendedor. Querem fazer crer os réus que, pelo fato de haver outras ocupações irregulares no litoral não poderiam ser impostas restrições ao empreendimento Playa Vista. Pelo contrário. O pensamento deve ser justamente o oposto, no sentido de que existência de outros projetos ou empreendimentos irregulares devem limitar outras irregularidades ambientais*" (fls. 1120); **(n)** é necessário complementar o levantamento arqueológico porque existe possibilidade de que o empreendimento esteja em área de entorno de sambaqui (fls. 1121-1122); **(o)** existe situação que justifica a intervenção supletiva do IBAMA para o licenciamento ambiental do empreendimento (fls. 1122-1124); **(p)** a alegação de que o condomínio foi concluído e que grande parte dos lotes já foram comercializados justifica o deferimento da liminar "*para que a situação fática não venha agravar ainda mais os prejuízos ambientais já verificados no local do empreendimento, e para que as medidas a serem adotadas sejam as menos impactantes possíveis*" (fls. 1125-1127). Examinou o direito aplicável e citou precedentes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fls. 1127-1131). Ao final, ratificou os pedidos de liminar formulados pelo autor (fls. 1132-1134) e formulou seus próprios pedidos de liminar (fls. 1134-1135).

Nova manifestação (espontânea) do réu-empresendedor. Espontaneamente, o réu-empresendedor apresentou réplica ao parecer do Ministério Público Federal (fls. 1262-1270, com documentos de fls. 1271-1281), alegando: **(a)** as dunas encontram-se fora do empreendimento uma vez que as dunas e a área de preservação permanente têm matrícula própria e não se confundem com a área do condomínio; **(b)** o empreendimento encontra-se integralmente concluído; **(c)** o plano de manejo das dunas é obrigação que foi imposta ao réu-empresendedor, mas não atinge a área do condomínio porque as dunas estão fora dessa área; **(d)** a liminar deve ser indeferida porque nada de irregular foi constatado contra o empreendimento e respectivo licenciamento.

Manifestação do Município de Xangri-lá. O réu Município de Xangri-lá peticionou (fls. 1292-1296, com documentos de fls. 1297-1353), alegando: **(a)** os atos que praticou quanto ao empreendimento estão embasados na lei e nas licenças ambientais concedidas pela FEPAM; **(b)** reporta-se aos termos das licenças expedidas pela FEPAM ao réu-empresendedor, não lhe cabendo contestar o licenciamento estadual; **(c)** o réu-empresendedor firmou termo de ajustamento de conduta com o Ministério Público Estadual, obrigando-se ao cumprimento daquelas condições. Conclui que "*não existe nos autos elementos suficientes a invalidar os laudos técnicos que subsidiaram as licenças fornecidas pela FEPAM. Desta forma, não há como se negar, em sede de liminar, validade aos documentos firmados pelo*

órgão licenciador ambiental" (fls. 1296), motivo pelo qual manifesta-se pelo indeferimento da liminar.

Vieram conclusos em 05/05/2009. Somente nesta data foi possível decidir sobre a liminar em razão da complexidade da causa. É o relatório. Decido.

FUNDAMENTAÇÃO

1. QUESTÕES PRELIMINARES

1.1. Sobre o interesse da União. A localização do imóvel é inequívoca. As fotos e plantas juntadas mostram que o empreendimento está situado em área de dunas e terrenos de marinha, contígua à praia litorânea e com interferência na zona costeira brasileira. O interesse jurídico da União Federal é flagrante, cabendo apenas decidir como se dará sua intervenção no processo: ou intervindo voluntariamente como assistente do autor (na defesa do bem público federal) ou, não o fazendo, como litisconsorte passivo (pela omissão em defender a praia litorânea e terrenos de marinha atingidos pelo empreendimento). As providências requeridas pela União às fls. 328-329 (juntada de plantas da localização do empreendimento) são desnecessárias porque: **(a)** o empreendimento está localizado em área conhecida, sem controvérsia a respeito; **(b)** a União pode perfeitamente identificar e localizar o imóvel a partir do que consta dos autos, cabendo-lhe diligenciar junto aos seus órgãos técnicos competentes. Portanto, cabe à União Federal requerer sua intervenção como assistente do autor sob pena de, não o fazendo, resistir à pretensão do autor (por sua omissão), passando a figurar no pólo passivo da ação. **Indefiro o pedido da União** de fls. 328-329 e **concedo-lhe prazo de 10 dias** para requerer sua intervenção como assistente sob pena de, não o fazendo, passar a integrar o processo na condição de litisconsorte passivo necessário, o que deverá ser então requerido pelo autor.

1.2. Sobre a intervenção do IBAMA como assistente do autor. O IBAMA manifestou interesse de intervir no processo pelo art. 5º-§ único da Lei 9.469/97 (fls. 338-340). Entendo que existe esse interesse do IBAMA porque: **(a)** o empreendimento pode atingir área de preservação permanente de interesse federal, consistente em terrenos de marinha e área de dunas e restinga; **(b)** o IBAMA detém competência para licenciamento supletivo para aquelas situações em que existe relevância ambiental do empreendimento ou o órgão estadual de proteção ambiental falha no cumprimento de suas atribuições. **Defiro o pedido do IBAMA** de fls. 338-340 e **defiro seu ingresso no processo como assistente do autor**, com os poderes e prerrogativas legalmente previstas para essa intervenção (art. 5º-§ único da Lei 9.469/97 e arts. 50-55 do CPC).

1.3. Sobre a preliminar de incompetência absoluta da Justiça Federal. Os réus FEPAM e METAGON alegaram que não estaria justificada a competência da Justiça Federal e requereram remessa da ação civil pública à Justiça Estadual (fls. 344-364 e 759-761). Entretanto, é ao juízo federal que compete decidir se existe interesse da União ou de autarquia federal para fins de definição de sua competência (Súmula 150 do STJ). Já foi dito que existe interesse da União Federal e do IBAMA porque o empreendimento situa-se ou, ao menos, interfere sobre área ambientalmente relevante da União Federal e o licenciamento (supletivo) pode ser atribuído ao IBAMA. Já existe requerimento expresso do IBAMA para intervir na condição de assistente do autor, o que já foi deferido. Haverá também participação da União Federal, seja como assistente do autor, seja como litisconsorte passivo necessário, faltando apenas definir como responderá a União à pretensão do autor veiculada nesta ação civil pública. Portanto, a hipótese de competência do art. 109-

I da CF/88 está firmada. **Rejeito a preliminar de incompetência absoluta e mantenho este processo na Justiça Federal.**

1.4. Sobre a preliminar de indeferimento da petição inicial. O réu-empresendedor alegou que esta ação civil pública não busca proteger o meio ambiente ou a ordem urbanística, mas objetiva batalha política contra o governo estadual e enriquecimento sem causa do autor (fls. 735-737). Também alegou que *"a pretensão aviada para que se retorne ao status quo ante, mais precisamente ao ano de 2004, quando adquirido o terreno, mostra-se absurdamente impraticável, pleito, permite-se dizer, risível e hilário, necessitando, para tanto, a desmobilização de todos os empreendimentos imobiliários da região, que hoje conta com mais de 20 condomínios, tratando-se de área antropotizada"* (fls. 737). Entretanto, não é caso de indeferimento da petição inicial porque: **(a)** existe discussão de matéria de interesse ambiental e urbanístico nesta ação civil pública, que autoriza conhecimento da petição inicial e processamento desta ação civil pública; **(b)** sequer existem indícios que o autor utilize desta ação civil pública com desvio de finalidade ou intenção de alcançar fins escusos ou ilícitos; **(c)** ao contrário, tudo faz crer que a atuação da associação-autora se dá no interesse do patrimônio ambiental brasileiro, tanto que o IBAMA e o Ministério Público Federal aderiram à pretensão do autor; **(d)** a alegação de fato consumado não impede o recebimento e processamento da ação civil pública porque é possível, na sentença, determinar o desfazimento de atos e recuperação da área atingida se julgada procedente esta ação; **(e)** eventual consumação de dano ambiental é motivo relevante para recebimento da petição inicial, não servindo de pretexto para seu indeferimento liminar e perpetuação de infração ambiental, se efetivamente ocorrida. **Rejeito a preliminar de indeferimento da petição inicial, recebo a petição inicial desta ação civil pública e determino seu regular processamento.**

2. EXAME DA LIMINAR

2.1. Sobre algumas considerações prévias. Antes do exame da liminar, é conveniente explicitar isto:

Primeiro, a atuação dos órgãos de proteção ambiental torna difícil decidir sobre a liminar. A causa é complexa e envolve interesses relevantes de ambas as partes. De um lado, o empreendedor foi licenciado pela FEPAM, com acompanhamento do Ministério Público Estadual, realizando diversas obras para implantação do condomínio. De outro lado, aquela área do condomínio continha ecossistema relevante à zona costeira, com área de dunas e curso d'água que a FEPAM tinha reconhecido como relevante, que o IBAMA reconhece como relevante, e que autor e Ministério Público Federal mostram ser área de preservação permanente. Mas o que a torna esta causa difícil de decidir é a forma como atuaram os interessados durante o licenciamento e na própria ação civil pública. Em matéria de proteção ambiental, o que se espera do Poder Público é postura ativa e eficiente, capaz de dar conta das competências constitucionais impostas pelo art. 225-§§ 1º e 3º da CF/88. Mas não é isso que se vê nos autos. Os órgãos públicos agem tímida e passivamente, seja aceitando sem restrições ou condições o que foi apresentado pelo empreendedor (caso da FEPAM, que licenciou o empreendimento sem restrições, mesmo tendo anteriormente declarado a relevância ambiental da área), seja se omitindo na adoção das medidas necessárias à proteção do local atingido (caso da União e do IBAMA, que apenas intervêm no processo e não adotam extrajudicialmente providências cabíveis para prevenção e reparação dos danos causados à área de preservação permanente localizada na zona costeira).

Segundo, a excelência da atuação da associação-autora, do réu-empresendedor e do Ministério Público Federal nesta ação civil pública torna difícil decidir sobre a

liminar. Os interesses discutidos estão bem representados no processo, defendendo as partes seus pontos de vista com inteligência, técnica e habilidade. As argumentações são construídas com sustentação jurídica e apresentadas de forma clara. Este juízo precisa tomar cuidado, portanto, para não se deixar conduzir apenas pela palavra das partes. Precisa decidir com base em elementos concretos de prova. Precisa chegar o mais próximo da realidade dos fatos, não se contentando apenas com os argumentos das partes ou a aparência de legalidade do licenciamento superficial. A argumentação inteligente não pode permitir a destruição do meio ambiente ao arrepio da legislação vigente. A aparência nem sempre se confunde com a realidade das coisas. A proteção do meio ambiente não é fim exclusivo da atividade jurisdicional porque o Judiciário deve estar além das partes e interesses que representam. A função primária deste juízo não é a proteção ambiental indiscriminada, mas apenas prestação jurisdicional às partes interessadas. Existem normas e leis que devem ser observadas pelas partes, pelos órgãos públicos de proteção ambiental e, principalmente, por este juízo. É essencial deixar aqui caracterizados os limites e escopo da atuação de juízo federal: não lhe cabe a proteção ambiental a qualquer custo. Existe um ordenamento jurídico que vincula o juiz e a que ele deve obediência. Ainda que tenha independência para decidir, o juiz está submetido às leis e à Constituição. O juiz não pode estar comprometido *a priori* com valores outros que a defesa da legalidade e concretização da justiça. Portanto, é essencial examinar os fatos e as provas trazidos aos autos. O material probatório trazido é mais relevante do que os argumentos das partes, ainda que o trabalho dos representantes do autor, do réu-empresendedor e do Ministério Público Federal seja excelente.

Terceiro, não existem elementos concretos que desabonem a atuação da associação-autora. Pelo réu-empresendedor foi dito: "*Na verdade o autor nada tem a opor quanto ao empreendimento do réu. A propositura da presente ação se constitui num palco montado pelo autor para externar uma vindicta política, ao mesmo tempo em que persegue o enriquecimento sem causa*" (fls. 735-736). Mas o exame das provas não indica irregularidade na atuação da associação-autora e não encontro elementos nos autos que justifiquem as acusações lançadas pelo réu-empresendedor contra a associação-autora. Esta ação civil pública parece ser fruto de motivação legítima de entidade da sociedade civil face à omissão dos órgãos públicos em proteger o meio ambiente. O espaço utilizado pelo autor é previsto constitucional e legalmente: associação pode ajuizar ação civil pública para proteção ambiental. A conduta da associação-autora é legítima e o réu-empresendedor sequer indica motivo minimamente relevante e sério que justificasse alguma suspeita contra as intenções do autor. A alegação de que o autor atribuiu elevado valor à causa e age com intenção de enriquecimento não encontra respaldo na prova, até porque eventual condenação não reverterá em benefício próprio da associação-autora, mas ou será destinado a fundo legalmente previsto ou à recuperação da área agredida. Ademais - e isso afasta qualquer dúvida sobre a relevância ambiental da causa - o Ministério Público Federal e o IBAMA aderiram à pretensão da associação-autora, assumindo a defesa ambiental da área e também questionando o licenciamento feito pela FEPAM em favor do empresário.

Quarto, este juízo assegurou ampla defesa e prévio contraditório às partes. Ainda que tenha retardado a apreciação da liminar, essa providência deixa este juízo confortável para decidir a liminar neste momento, após a audiência dos interessados. Por ocasião do ajuizamento, não pareceu a este juízo prudente apreciar a liminar baseando-se tão-somente na argumentação da associação-autora. Este juízo preferiu conceder prazo aos réus, inclusive ao empresário, para que se manifestassem sobre a pretensão liminar do autor. Portanto, antes de apreciar esta liminar: **(a)** foram concedidos prazos para manifestação a todos réus (fls. 322); **(b)** ainda que a legislação não previsse (art. 2º da Lei 8.437/92), ao réu-empresendedor foi assegurada prévia e ampla possibilidade de manifestação

quanto à liminar, tendo juntado documentos, suscitado preliminares, apresentado (com brilhantismo e inteligência) argumentos, etc; **(c)** foi ainda concedida prorrogação do prazo ao réu-empresendedor (fls. 336 e 341); **(d)** o réu-empresendedor ainda pode se manifestar posteriormente ao parecer do Ministério Público Federal (fls. 1262-1270), juntando documentos e prestando esclarecimentos quanto àquele parecer, que serão considerados por este juízo. Em resumo, ainda que isso tenha retardado a apreciação da liminar, os réus puderam apresentar (e efetivamente apresentaram) ampla defesa quanto ao pedido de liminar. E esta decisão tentará fundamentar da forma mais completa possível o entendimento que autoriza o deferimento da liminar, assegurando aos vencidos o constitucional direito ao duplo grau de jurisdição.

2.2. Sobre a inequívoca verossimilhança do direito. Examinadas alegações e provas, concluo pela inequívoca verossimilhança do direito porque: **(1)** o empreendimento se localiza em área de preservação permanente; **(2)** o licenciamento foi conduzido de forma irregular pela FEPAM, o que torna nula a autorização para intervir naquela área de preservação permanente; **(3)** o tratamento dispensado às corujas-buraqueiras demonstra a irregularidade do licenciamento; **(4)** é exigível EIA/RIMA para avaliação global dos impactos do empreendimento, que não foi realizado. Examinando separadamente cada um desses motivos:

Primeiro, o empreendimento se localiza em área de preservação permanente e não estão presentes requisitos legais para autorizar intervenção naquele local. Segundo o autor e o Ministério Público Federal, o empreendimento se localiza em área de preservação permanente (dunas e curso d'água) e não seria lícita intervenção nesse local especialmente protegido. O empresário defende-se, dizendo que as dunas não são atingidas e que não existia curso d'água relevante no local, apenas acúmulo de água das chuvas: "*o alegado lago jamais passou de singelas poças de água (de qualidade comprometida), decorrentes de deslocamento artificial das chuvas e dejetos provenientes da Vila Mariana*" (fls. 750).

Se olharmos as fotos de fls. 765-768, ratificadas pela declaração de conclusão de obras de fls. 769, realmente pode parecer que o local não seja hoje área de preservação permanente. Afinal, o empresário realizou "*obras de terraplanagem, pavimentação do sistema viário, instalação de eletrodutos, instalação da rede de drenagem pluvial, instalação da rede de abastecimento de água, instalação da rede coletora interna de esgoto cloacal, construção da galeria externa de águas pluviais, construção de refúgios de acesso e construção de muros do limite frontal e lateral do Condomínio Playa Vista*", concluídas em 06/01/09 (fls. 769), alterando consideravelmente as características originais do local.

O empresário esclareceu que a manifestação do Ministério Público Federal se equivoca sobre a localização exata do empreendimento: "*as dunas tem matrícula própria e localizam-se fora do empreendimento*" (fls. 1263). Esta petição do empresário confirma o que foi dito por este juízo, quanto estarem as partes representadas por profissionais que dominam a melhor técnica jurídica e são dotados de expressivos recursos argumentativos. Ao procurar desfazer o equívoco do Ministério Público Federal, a petição do empresário (fls. 1262-1281) apresenta aparente lógica e sedutora sistematicidade, dizendo: "*Aqui reside o principal equívoco da manifestação ministerial. A área de Dunas e a APP não fazem parte do empreendimento Playa Vista. Predita área, a abranger os 60 metros a contar do pé da primeira Duna, foi desmembrada da matrícula do empreendimento. As Dunas tem matrícula própria e localizam-se fora do empreendimento. O equívoco do MPF revela-se na matrícula da Incorporação, podendo ser diagnosticado através de uma simples operação matemática, além, é claro, por meio das fotografias que entranhadas aos autos*" (fls. 1263).

Examinando a situação atual do empreendimento, pode parecer que o empreendedor tenha razão. Hoje o local não parece mais ser área de preservação permanente e as dunas existentes não estão dentro da matrícula do empreendimento. O didático gráfico trazido na manifestação do empreendedor (fls. 1273) comprova que a faixa de dunas (matrícula imobiliária 66.644 de fls. 1277) está fora da área do empreendimento (matrícula imobiliária 66.643 de fls. 1276). Olhando as fotos, também poderia parecer que o empreendedor tem razão: não há santuário ecológico no local; houve drástica intervenção humana; nem as corujas têm condições de permanecer naquele local. O local foi integralmente alterado, à espera do condomínio que será implantado, transformando aquele lugar num pedaço de paraíso artificial com vista eterna para o mar, onde em breve haverá espaço de lazer para poucos, sem espaço para flora nativa e fauna silvestre. Considerando apenas o resultado dessa intervenção do empreendedor sobre a área, o licenciamento da FEPAM pode parecer correto: salvo a vista perene para o mar (que não precisa de proteção especial), nada ambientalmente relevante parece existir naquele local a justificar preservação permanente. Hoje, seria um simples terreno urbano, esperando a conclusão da urbanização e a construção das edificações.

Entretanto, não é apenas a situação presente da área que deve ser considerada no controle do respectivo licenciamento. É preciso examinar também o que existia no local no momento do licenciamento e antes do início da intervenção do réu-empresendedor. Não é apenas o fruto da intervenção do empreendedor que deve ser considerado. O processo de licenciamento ainda não está concluído e o condomínio ainda não foi implantado. Ainda não existem construções nem edificações nem moradores. Se houve algum dano, há tempo ainda para ser reparado.

Pois bem, a prova trazida aos autos convence este juízo de que existe inequívoca verossimilhança nas alegações do autor, ratificadas pelo Ministério Público Federal (fls. 1097-1135) e pelo IBAMA (fls. 338-340), porque o local onde está sendo implantado o condomínio Playa Vista, em Xangri-lá, é área de preservação permanente e merece a especial proteção que a legislação lhe confere, ainda que isso não tenha sido observado pela FEPAM, porque:

(a) o local onde está o empreendimento foi completamente descaracterizado e transformado pela intervenção do réu-empresendedor que, com a complacência da FEPAM, suprimiu vegetação nativa, afetou fauna silvestre, canalizou e desviou curso d'água, interferiu em dunas e restingas, como consta de fls. 765-769 e 1149-1176 e adiante será detalhado;

(b) as explicações do réu-empresendedor após o parecer do Ministério Público Federal (fls. 1262-1281, especialmente aquelas de fls. 1271-1274) não convencem porque não se questiona a conduta do empreendedor apenas quanto à faixa frontal de dunas (aparentemente preservada na matrícula imobiliária 66.644 de fls. 1277). A intervenção do empreendedor que é questionada é aquela sobre toda a área do empreendimento, onde havia curso d'água, vegetação nativa e fauna silvestre, todos ambientalmente relevantes, os quais foram ignoradas (destruídos) durante a instalação do empreendimento. Pela habilidosa última petição do réu-empresendedor (fls. 1262-1275), fica parecendo que a controvérsia se resume à intervenção na faixa de dunas próxima à praia. Realmente, essa faixa próxima à praia não pode ser tocada pelo empreendedor e parece que não o foi (salvo quanto ao trator que quase destruiu as dunas - fls. 166-177, mas isso não foi objeto de apuração de responsabilidade pelos órgãos ambientais competentes!). Mas os fundamentos da ação não se restringem a esse espaço protegido contíguo à praia. Alcançam toda a área do empreendimento, que seria área de preservação permanente por curso d'água que atravessava o empreendimento e cujas margens estariam submetidas à

proteção especial. Estranho é que a FEPAM tenha ignorado essa especial condição da área, mesmo que poucos meses antes a tenha considerado relevante, seja em 2005 quando negou licença para canalizar ou desviar aquele curso d'água (indeferimento de fls. 106 e 124-128), seja quando em 2006 impôs condição e restrição específica na licença prévia (condicionante 1.7.1 da LP 695/2006-DL de fls. 130). Portanto, não há equívoco do autor ou do Ministério Público Federal quanto à localização da área de preservação permanente. A discussão não se restringe às dunas localizadas próximas à praia, que foram desmembradas da matrícula imobiliária pelo empreendedor. A controvérsia recai sobre toda a área do empreendimento, não apenas quanto àquilo que existe hoje pela intervenção desastrosa do empreendedor, mas também pelo que existia de ambientalmente relevante na área e foi modificado pelo empreendedor para implantar o condomínio. Portanto, ainda que algumas dunas tenham sido preservadas fora do empreendimento, rejeitam-se as explicações do réu-empresendedor (fls. 1271-1274) porque o existente dentro da área do empreendimento foi destruído pelo empreendedor, atingindo área de preservação permanente;

(c) dentro da área onde está construído o empreendimento (ou seja, na área destinada ao condomínio, marcada no gráfico de fls. 1273 e constante da matrícula imobiliária 66.643 de fls. 1276), existiam dunas e vegetação de restinga, com respectiva fauna e flora, que constituíam área de preservação permanente e não eram passíveis de intervenção pelo empreendedor, tal como reconhecido diversas vezes nos documentos examinados nesta decisão;

(d) a FEPAM havia reconhecido aqueles locais como sendo áreas de preservação permanente quando, em 2005, negou por duas vezes licença ao empreendedor para canalização e desvio do curso d'água ali existente, explicitamente referindo-se à Resolução CONAMA 303/2002. Foi dito pela FEPAM: "*trata-se de atividade de modificação e retificação de curso d'água em área que integra um sistema litorâneo ainda preservado, composto por um curso d'água permanente, áreas úmidas (banhados) e dunas frontais sobre a qual incide restrição de ocupação conforme a legislação ambiental, Resolução CONAMA nº 303/2002*" (fls. 106, grifei) e "*o ambiente descrito nesse parecer encontra-se inserido em Área de Preservação Permanente, onde incide a legislação ambiental CONAMA 303 de 2002. Nosso parecer é pela manutenção do indeferimento da solicitação de canalização do curso d'água*" (fls. 126, grifei);

(e) mesmo quando deferiu licença prévia à implantação do condomínio, a FEPAM inclui restrição pela presença de área de preservação permanente nas margens do curso d'água: "*1.7- deverão ser respeitadas a Área de Preservação Permanente, marginal ao curso d'água e campo de dunas, conforme a Resolução 302/02 do CONAMA que considera Área de Preservação Permanente: 1.7.1- a faixa marginal, de cursos d'água perenes ou intermitentes, medida a partir do nível mais alto, em projeção horizontal, com largura mínima de 30 metros; 1.7.2- os campos de dunas frontais*" (fls. 130, grifei). Ou seja, a área de preservação permanente não consistia apenas em campos de dunas frontais (condicionante 1.7.2 da licença), mas também incidia sobre as margens do curso d'água (condicionante 1.7.1 da licença). Não bastava ao réu-empresendedor preservar as dunas, tinha que preservar também as margens do curso d'água e, obviamente, o próprio curso d'água;

(f) o relatório de ocorrência ambiental 141/1ºBABM/2008 (fls. 166-170), elaborado pela Polícia Ambiental, também reconhece que existia área de preservação permanente no local independentemente das dunas frontais e vinculado ao banhado existente no local: "*Também havia dentro dessa área um local alagadiço com características de banhado, pela composição de flora e existência de animais silvestres no local, que foi terraplanado. (...) Do que foi apurado, através da fiscalização, o empreendedor Metagon Incorporações e Loteamento Ltda, realizou*

terraplanagem em área de incidência de espécies da fauna nativa, sem nenhuma medida que minimizasse os impactos ocasionados pela destruição total daquele ambiente que tinha como uma de suas funções a manutenção de ambiente favorável às espécies da fauna nativa que ali permaneciam" (fls. 166-170, grifei);

(g) relatório de vistoria feito por geólogo e biólogo do Ministério Público Estadual (fls. 179-190) explicitamente refere que o local é área de preservação permanente: *"O empreendimento alterou áreas de preservação permanente que deveriam ter sido conservadas"* (fls. 189);

(h) o laudo elaborado pelo Instituto de Pesquisas Hidráulicas da UFRGS sobre os recursos hídricos e uso do solo no loteamento (fls. 648-659) concluiu que *"a área em questão não enquadra-se como uma Área de Preservação Permanente (APP), visto que aquela resolução considera as APPs e outros espaços territoriais especialmente protegidos como instrumentos de relevante interesse ambiental, integrantes do desenvolvimento sustentável, objetivo das presentes e futuras gerações. Ora, a vegetação e a avifauna, pela sua baixa diversidade ecológica e pelos solos pobres e mal drenados, não permitem o desenvolvimento sustentável"* (fls. 656, grifei). Foi com base nesse laudo que a FEPAM desconsiderou a área enquanto de preservação permanente (fls. 207). Mas as conclusões daquele laudo não são suficientes para descaracterizar a área como de preservação permanente porque: **(1)** o relatório de vistoria feito por geólogo e por biólogo do Ministério Público Estadual (fls. 179-190) critica aquele laudo, sendo relevante esta crítica, que é adotada por este juízo para desconsiderar aquelas conclusões do laudo do IPH-UFRGS; **(2)** o laudo do IPH-UFRGS não é assinado por biólogo, apenas por engenheiros civis (fls. 659), sendo que merece mais crédito a palavra de biólogo sobre fauna e flora do que a de engenheiros civis (*"importante salientar que não há o nome de nenhum profissional da área biológica como um dos autores do laudo"* - fls. 182); **(3)** a caracterização de áreas de preservação permanente é feita objetivamente, ou seja, pelo que existe em cada local a partir da legislação vigente, e não por considerações sobre desenvolvimento sustentável ou gerações presentes e futuras, como feito pelos engenheiros civis, que parece estarem tentando mais legitimar a intervenção do empreendedor na área do que examinar os atributos ambientais da área; **(4)** o fato da área ser frágil e suscetível de impactos ambientais negativos não a descaracteriza como de preservação permanente (como querem os engenheiros civis da UFRGS) mas, ao contrário, mais presentes estão os motivos que justificam sua preservação, como dito no parecer da vistoria dos técnicos do Ministério Público Estadual (*"A caracterização do litoral (ou planície costeira) como uma região geologicamente jovem, arenosa e pobre em nutrientes, com dinâmica sedimentar praial e eólica ativa e um lençol freático tão raso permite enquadrá-la como uma área ambientalmente frágil e muito suscetível a impactos negativos. Tais características deveriam suscitar esforços no sentido de sua preservação, e jamais ensejar o pretendido pelos engenheiros civis do IPH, uma diminuição da importância da área e um incentivo à sua urbanização e transformação em condomínios fechados"* - grifei, fls. 180); **(5)** a avaliação sobre a umidade feita pelo IPH-UFRGS também recebeu críticas pela época em que foram realizadas as medições (fls. 181), evidenciando-se incompleta a avaliação sobre a presença ou não de solos hidromórficos, campos úmidos ou banhados no local de instalação do condomínio, destacando-se que *"mesmo em um período em que reconhecidamente ocorreu uma das mais pronunciadas estiagens dos últimos tempos (final de 2005 e início de 2006), o lençol freático apresentou-se, em três piezômetros na medição de 1º de dezembro de 2005, a profundidades menores que um metro"* (fls. 181); **(6)** o laudo do IPH-UFRGS não examinou adequadamente as questões relacionadas à fauna e vegetação, tanto que *"o laudo apresentado não levantou espécies vegetais ou animais, nem calculou densidades para as populações (animais e vegetais) existentes no local, portanto, a definição de pobreza biológica da área não tem fundamento"* (fls. 182);

(i) o empreendedor não se preocupou em documentar a situação anterior da área e produzir prova consistente de que aquele local não era área de preservação permanente. Ao contrário, a intenção do empreendedor era descaracterizar o mais rápido possível o local para implantação do condomínio, o que foi feito inclusive ao arrepio da legislação e da licença ambiental que detinha, como reconhecido no relatório de ocorrência ambiental da Polícia Ambiental (fls. 166-177). Também não produziu nenhuma prova relevante quanto à utilização do local como depósito de lixo ou escoamento de esgoto das residências que existiam nas imediações. Os relatórios ambientais que apresentou são incompletos e não-conclusivos (veja-se o caso das corujas e seu monitoramento, e o laudo do IPH-UFRGS), preocupando-se apenas em legitimar o empreendimento e implantá-lo o mais rápido possível;

(j) o licenciamento da FEPAM será ainda examinado nesta decisão e desconsiderado por este juízo pelos problemas que apresenta, não merecendo crédito aquela afirmação da FEPAM de que a área não seria de preservação permanente, seja porque a própria FEPAM reconheceu anteriormente a área com esse especial atributo, seja porque a prova dos autos aponta para a ocorrência de área de preservação permanente no local do empreendimento;

(k) embora seja surpreendente a inexistência de autuações ambientais contra o empreendedor pela intervenção feita, muitas vezes sem autorização sequer da FEPAM (basta ver o relatório de ocorrência ambiental da Polícia Ambiental de fls. 179-190), isso não comprova que a conduta do empreendedor fosse regular, apenas aponta para as reiteradas omissões dos órgãos públicos de proteção ambiental no cumprimento de suas atribuições legais, inclusive com a concordância do Ministério Público Estadual (com quem o empreendedor firmou termo de ajustamento de conduta), deixando que o empreendimento fosse instalado e implantado sem adoção de nenhuma providência em defesa daquele ecossistema, sua fauna e flora;

(l) é muito significativa a petição do IBAMA (fls. 338-340) intervindo nesta ação civil pública ao lado da associação-autora em razão de existirem "*indícios de que o empreendedor não esteja respeitando as restrições legais relativas às áreas de preservação permanente*" (fls. 339-v). Mencionando as peculiaridades que envolvem a proteção das áreas de preservação permanente (fls. 339-v), o IBAMA indica que a área do empreendimento deve gozar de especial proteção e que as possibilidades de intervenção nessas áreas dependem de questões complexas, que devem ser detidamente examinadas;

(m) se a área é de preservação permanente, somente poderia sofrer alteração nos estreitos limites do art. 4º da Lei 4.771/65, na redação da MP 2.166-67/2001, que estabelece: "*A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexister alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto*". O exame que o autor faz desta questão na petição inicial (fls. 32-35) demonstra que o empreendedor não atendeu aos requisitos legais e procedimentais que permitiriam intervenção naquela área de preservação permanente. Não é hipótese de utilidade pública ou interesse social. Não está demonstrada a inexistência de alternativa técnica e locacional. Não foram resguardadas as funções ambientais do local. A autorização não é clara, nem houve anuência prévia da União Federal (art. 4º-§ 1º da Lei 4.771/65). Logo, o empreendedor não poderia ser autorizado a intervir no local como fez;

(n) ainda que o Ministério Público Estadual tivesse celebrado um termo de ajustamento de conduta com o empreendedor, isso não é suficiente para gerar

direito contra o meio ambiente ao arrepio da legislação vigente. O empreendedor e o Ministério Público Estadual não poderiam dispor de algo que é legalmente imposto (proteção às áreas de preservação permanente), ainda mais quando o interesse envolvido não é exclusivamente estadual, mas atinge patrimônio federal (interesse da União quanto aos terrenos de marinha e praias litorâneas; interesse do IBAMA quanto à fauna silvestre e vegetação das dunas e área de restinga) e o interesse coletivo e difuso das gerações presentes e futuras (meio ambiente). Aliás, o Ministério Público Estadual reconheceu posteriormente seu erro, quando vistoria feita por biólogo e geólogo apontou as deficiências do licenciamento estadual e, principalmente, indicou os prejuízos causados pela intervenção do empreendedor (fls. 179-190). Então o Ministério Público Estadual remeteu os fatos ao órgão que detinha competência para tratar das questões federais envolvidas, o Ministério Público Federal (referência feita no ofício de fls. 1144 do Ministério Público Estadual ao Ministério Público Federal, em março de 2008).

Portanto, se o empreendimento se localiza em área de preservação permanente (margens de curso d'água), não poderia sofrer a intervenção feita pelo réu-empresendedor, ainda que o órgão ambiental estadual tivesse falhado ao licenciar o empreendimento sem as condicionantes e restrições adequadas. O empreendedor tinha ciência da condição da área, tanto que uma das condicionantes específicas da licença prévia era respeitar as áreas de preservação permanente dos campos de dunas frontais (condicionante 1.7.2 da LP 695/2006-DL de fls. 130) e da *"faixa marginal, de cursos d'água perenes ou intermitentes"* (condicionante 1.7.1 de fls. 130), não podendo se beneficiar da omissão do órgão estadual em proteger aquela área especialmente protegida. Conduta ilícita não gera direito.

Segundo, o licenciamento foi conduzido de forma irregular pela FEPAM, o que torna nula a autorização para intervir naquela área de preservação permanente. As etapas do licenciamento foram resumidas pelo réu-empresendedor (fls. 739-744) e pelo Ministério Público Federal (fls. 1114-1115), culminando com a concessão das seguintes licenças: licença prévia nº 695/06 (fls. 130-131), licença de instalação nº 811/07 (fls. 784-786) e licença de instalação nº 952/07 (fls. 162-164).

Nesse licenciamento, entretanto, a FEPAM ignorou por completo as próprias manifestações de seus técnicos que poucos meses antes tinham negado ao empreendedor licenças para alterá-lo:

(a) indeferimento de licença nº 26/2005-DL, de 11/05/05, em que a FEPAM nega a licença para canalização do curso d'água que cruza o empreendimento porque *"trata-se de atividade de modificação e retificação de curso d'água em área que integra um sistema litorâneo ainda preservado, composto por um curso d'água permanente, áreas úmidas (banhados) e dunas frontais sobre a qual incide restrição de ocupação conforme a legislação ambiental, Resolução CONAMA nº 303/2002"* (fls. 106). Essa decisão está fundamentada em dois pareceres técnicos da FEPAM (fls. 104 e 105);

(b) indeferimento em 26/09/05 do pedido de reconsideração do empreendedor, com base em detalhado parecer da FEPAM de 21/09/05 (fls. 124-127), concluindo que o curso d'água era relevante e que *"o ambiente descrito nesse parecer encontra-se inserido em Área de Preservação Permanente, onde incide a legislação ambiental CONAMA 303 de 2002. Nosso parecer é pela manutenção do indeferimento da solicitação de canalização do curso d'água"* (fls. 126).

Ou seja, a FEPAM tinha conhecimento e expressamente reconhecia que a área do empreendimento era de preservação permanente (margem de curso d'água) e sofria restrições inerentes a esse tipo de área protegida, tanto que indeferiu o pedido de canalização do curso d'água que cortava a área do empreendimento.

Menos de um ano depois, em 12/09/06, a FEPAM emite licença prévia em favor do empreendedor (LP 695/2006-DL, às fls. 130-131), com condições e restrições, entre elas: "*1.7- deverão ser respeitadas a Área de Preservação Permanente, marginal ao curso d'água e campo de dunas, conforme a Resolução 302/02 do CONAMA que considera Área de Preservação Permanente: 1.7.1- a faixa marginal, de cursos d'água perenes ou intermitentes, medida a partir do nível mais alto, em projeção horizontal, com largura mínima de 30 metros; 1.7.2- os campos de dunas frontais*" (fls. 130, grifei). Ao menos estavam ressalvadas as áreas de preservação permanente existentes na área do empreendimento, uma das quais inegavelmente era constituída pela faixa marginal do curso d'água.

Entretanto, pouco mais de um ano depois, em 17/10/07 e 27/11/07, a área de preservação permanente marginal ao curso d'água desapareceu por completo aos olhos da FEPAM. Como num passe de mágica, nenhuma restrição é feita nas licenças de instalação emitidas pela FEPAM (LI 811/2007-DL de fls. 784-786 e LI 952/2007-DL de fls. 162-164). A restrição que existia na licença prévia desapareceu nas subseqüentes licenças de instalação. Permaneceu apenas a restrição quanto às dunas: "*6- Intervenções em faixa de praia na zona de interface da área de preservação permanente - APP, com a urbanização, deverão constar no Plano de Manejo de Dunas de responsabilidade do município de Xangri-lá*" (condicionante 6 da LI 952/2007-DL de fls. 162). Onde foi parar o curso d'água? Onde foram parar suas margens especialmente protegidas na licença prévia?

Realmente, é estranho e surpreendente como evoluiu o tratamento dado pela FEPAM ao curso d'água. Em 2005, o curso d'água era relevante e constituía área de preservação permanente (existia!), que não podia ser tocada (fls. 104-106 e 124-127). Em 2006, a FEPAM faz menção genérica na licença prévia à área de preservação permanente marginal ao curso d'água (fls. 130-131) (ainda existia, mas agora genericamente!). Em 2007, nada mais menciona nem exige a FEPAM nas licenças de instalação (fls. 784-786 e 162-164). Onde foi parar o curso d'água? Onde está a área de preservação permanente marginal ao curso d'água que a FEPAM reconhecia existir? Não existe mais! Sumiu!

Em 29/09/08, relatório do empreendedor tenta explicar, com fotos coloridas (fls. 1170-1176), onde foi parar o curso d'água, agora tratado como "canal pluvial":

2. Canal pluvial:

Antes:

O canal pluvial corria pelo meio da área sem definição de calha, provocando assim erosão das dunas. Em períodos de chuva a grande quantidade de água que descia pelo canal associada à alta das marés abriam grandes porções de dunas na praia. (seguem fotos)

Atualmente:

Com o desvio e canalização do canal pluvial que corria no centro da área para a lateral da área, foi possível iniciar o restabelecimento do sistema de dunas frontais. (seguem fotos)

Com a relocação do canal pluvial que atravessava a área, o sistema de dunas pôde ser reconstituído. A fauna que habitava o meandro antigo do canal começou a usá-lo em sua nova posição (fls. 1170-1176).

As fotos de fls. 1174-1175 mostram onde está o curso d'água: foi canalizado. Pare a leitura desta decisão e vá até as fotos de fls. 1174-1175 para conferir, com seus próprios olhos, o destino dado ao curso d'água. Canalizado. Mas a FEPAM não dissera em 2005 que não era possível canalizar aquele curso d'água? A FEPAM não

impusera em 2006, como restrição e condicionante do licenciamento, que as áreas marginais ao curso d'água deveriam ser preservadas? O "canal pluvial" que aparece como canalizado nas fotos de fls. 1174-1175 é o mesmo curso d'água cuja canalização e desvio a FEPAM havia indeferido anteriormente por ser área de preservação permanente. É interessante comparar o relatório de 2008 do empreendedor (acima transcrito) com o parecer dos técnicos da FEPAM em 2005:

Este parecer está alicerçado nas informações extraídas (...) dos relatórios dos meios físico e biótico, constantes do processo 18487-0567/04-4, na vistoria de campo realizada no dia 05 de setembro de 2005 e na cena de março de 2005 de uma imagem de satélite com alta resolução, para a área onde foi solicitada a intervenção ambiental. Seguem as observações:

Trata-se de um 'curso natural que foi modificado' (...), drena uma grande bacia de contribuição, cujas águas são 'advindas da estrada do mar' (...) e escoam por intermédio de uma 'vala até a Av. Paraguassu' (...). Nesse caminho o curso sofre acréscimos de volumes por conta das 'ligações clandestinas' (...) e pelas intervenções de rebaixamento d'água realizadas para drenar águas do entorno da Av. Paraguassú.

Esta descrição atribui ao curso d'água grande responsabilidade quanto à drenagem de uma grande extensão areal, não estando, portanto, restrita ao local de intervenção. O fato do mesmo ter sido retificado no passado ocasionou a redução da área marginal original vinculada ao ambiente. Isto está evidente nas sinuosidades deixadas para trás (áreas alagadiças - meandros e paleocanais) na ocasião da retificação, verificadas em campo e na imagem em anexo (...).

No relatório Avaliação Hidrológica é descrito '... sendo importante a manutenção das condições naturais das lagoas existentes, bem como sua vegetação' (...).

O ambiente das lagoas é sustentado pelo aporte de águas oriundas do curso e, sua configuração areal, definida pela posição de chegada desse. Portanto, alterações locais futuras, impostas ao curso d'água em questão irão conformar outro ambiente, podendo até mesmo suprimir parte do atual, uma vez que algumas áreas ficarão muito distantes do ponto de aporte do curso, com a efetivação da alteração solicitada.

Para fins de urbanização, recomenda-se levantamento de cota de no mínimo 1,00 metros, a fim de nivelar com loteamento existente ao lado sul e outro em implantação no lado norte' (...).

Esta recomendação proposta pelo consultor corrobora com o fato de que a área é naturalmente mais baixa que as lindeiras, conferindo assim o caráter de curso d'água essencial para o escoamento e amortecimento das águas advindas da bacia de capacitação em questão.

A forte intensidade e o grande volume com que chegam as águas junto ao campo de dunas é constatada no relatório Avaliação Hidrológica 'cordão de dunas, vegetadas por gramíneas,... ...mas que apresentam descontinuidades laterais geradas pelas descargas dos sangradouros...'

O caráter de drenagem de significativo porte e essencial ao escoamento de grandes volumes d'água projetados a esta, fica evidente no trecho supracitado.

A foz do curso d'água estabelece por migração lateral, a partir do rompimento das dunas frontais, o melhor caminho para escoar suas águas, definindo assim sua condição de estabilidade momentânea, pois se trata de um ambiente dinâmico.

Desta forma, a canalização do curso d'água aumentaria a velocidade de fluxo (curso reto, menos sinuoso e com menor coeficiente de rugosidade do leito), forçando a foz a se adaptar a um trecho restrito da faixa de praia, cessando dessa forma com a migração lateral, essencial para o amortecimento das águas e conseqüente proteção contra processos erosivos junto a faixa de praia.

A condição de curso d'água perene, passível de secar em longos períodos de estiagem, é conferido ao meio ambiente e fortalecido por aspectos da flora presente, característica de áreas úmidas.

A condição de área úmida perene é fortalecida pela composição vegetal do local, embora algumas plantas possam resistir à dessecação por algum tempo não muito longo. Dentre elas reconhecidamente o junco (*juncus sp.* - comuns em pântanos salobras, perenes e com floração no verão), a soudaneta d'água (*nymphoides indica* - planta aquática ornamental) e a taboa (*typha sp.* - planta que cresce em terrenos alcalinos alagadiços do sistema estuarial). O porte de algumas ciperáceas e as touceiras formadas indicam ser esta uma área úmida permanente.

Para fins de determinação da Área de Preservação Permanente (APP) foi estabelecida a faixa de 30 metros a partir do curso retificado (cenário atual) e áreas úmidas perenes (linha verde na imagem em anexo).

Cabe ressaltar ainda que, os relatórios dos meios Físicos e Biótico, datados de 20 de dezembro de 2004, mostram em sua documentação fotográfica o curso com nível d'água baixo, porém presente, mesmo tendo sido a tomada fotográfica realizada em pleno período de estiagem, como registrado na ocasião para todo o estado do RS e reconhecido no relatório Avaliação Hidrológica (...).

Entendemos que o ambiente descrito nesse parecer encontra-se inserido em Área de Preservação Permanente, onde incide a legislação ambiental CONAMA 303 de 2002. Nosso parecer é pela manutenção do indeferimento da solicitação de canalização do curso d'água (fls. 125-126, grifei).

Há um abismo entre o "canal pluvial" referido pelo empreendedor e o "curso d'água" considerado inicialmente pela FEPAM. Infelizmente, a FEPAM esqueceu o que ela própria tinha reconhecido anteriormente: a área marginal àquele curso d'água é de preservação permanente. E área de preservação permanente não pode ser canalizada nem transformada naquilo que aparece nas fotos de fls. 1174-1175.

As autoridades públicas foram avisadas disso. Em janeiro de 2008, um biólogo compareceu à Promotoria de Justiça de Capão da Canoa para denunciar: "Conhece a área em que está sendo instalado o condomínio Playa Vista, da empresa Metagon. Está sendo aberto um valo para o canal de drenagem. Ocorre que tais intervenções não estão respeitando a fauna e flora existentes no local. Existe um remanescente da vegetação fixadora das dunas que permite uma conexão do sistema de dunas com o sistema de lagoas, através de um corpo hídrico. Neste corpo hídrico, há vegetação típica de banhado e fauna silvestre. A empresa está intervindo na fauna e flora referida, sem qualquer acompanhamento técnico. Teve acesso à licença da Fepam que consta a preservação de APP, e considerando-se o corpo hídrico APP a licença deveria ter previsto tal questão. Mesmo que não se considerasse corpo hídrico como APP, existe no local diversos tipos de fauna silvestre, inclusive ninhos, que foram e estão destruídos" (fls. 165). Esse biólogo ainda apresentou levantamento fotográfico que acompanhou o relatório da Polícia Ambiental (fls. 174-177).

A transformação do curso d'água em canal pluvial ainda foi documentada pelo relatório de ocorrência ambiental nº 141/1ºBABM/2008 (fls. 166-170), datado de

23 de janeiro de 2008, em que a Polícia Ambiental descreveu as atividades feitas pelo réu-empresendedor na instalação do empreendimento:

2.1. Descrição do Delito

No dia 16 de janeiro de 2007 [sic, provavelmente a data correta é 16/01/2008 porque o relatório foi elaborado em 23/01/2008 e a licença de instalação referida é de 27/11/2007], no início da manhã, o empreendedor deu início a terraplanagem da área do condomínio, com o uso de um trator esteira marca D50 Komatsu (...)

Na área existia uma pequena vala que atravessava a extensão do condomínio desaguando na faixa de praia, servindo para escoamento pluvial, que foi redimensionada com uso de máquina.

Também havia dentro dessa área um local alagadiço com características de banhado, pela composição de flora e existência de animais silvestres no local, que foi terraplanado.

Conforme levantamento fotográfico realizado (...) no local haviam quero-quero, marrecas, graças e até tuco-tuco branco, esse em extinção.

Os trabalhos de terraplanagem e alteração da vala foram realizados mediante a Licença de Instalação LI nº 952/2007-DL, com data de 27 de novembro de 2007.

No dia 17 de janeiro de 2007 [sic], no início da manhã, foi constatado que na realização de aterramento de parte da vala, houve dano a duna, sendo que a destruição somente não se concretizou pela intervenção dos Policiais Militares, já que o Sr Arcelli Francisco R. de Moraes (...) foi flagrado sobre a duna, com a máquina que realiza a terraplanagem no empreendimento.

(...) As atividades na faixa de praia, em especial nas dunas, contraria o número 6 das condições e restrições inseridas na Licença de Instalação nº LI 952/2007-DL, que condiciona as intervenções à inserção do projeto no Plano de Manejo de Dunas do município de Xangri-lá, o que não ocorreu.

De acordo com a Licença de Instalação expedida pela FEPAM, a área onde houve dano a duna está licenciada pelo empreendedor.

(...) 3. Conclusão

Do que foi apurado, através da fiscalização, o empreendedor Metagon Incorporações e Loteamento Ltda, realizou terraplanagem em área de incidência de espécies da fauna nativa, sem nenhuma medida que minimizasse os impactos ocasionados pela destruição total daquele ambiente que tinha como uma de suas funções a manutenção de ambiente favorável às espécies da fauna nativa que ali permaneciam.

Foi identificado a incidência do tuco-tuco branco, espécie em extinção, que tem seu habitat nas dunas frontais.

Não houve estudo de viabilidade da remoção, caso fosse possível, da fauna silvestre do local, pelo contrário, as espécies foram obrigadas a se retirarem quando do aterramento realizado pelo empreendedor.

A destruição parcial da duna, que só não foi concretizada por completo graças a intervenção da Brigada Militar, contraria a própria Licença expedida pela FEPAM,

embora a área onde se localiza a duna, está licenciada para o empreendimento (fls. 166-170, grifei).

Prosseguindo, houve relatório de vistoria feito por geólogo e por biólogo do Ministério Público Estadual, em 08/02/08 (fls. 179-190). Este relatório contém importante contribuição da perspectiva da biologia e da geologia para comprovar a relevância ambiental da área e o desacerto dos estudos utilizados pela FEPAM para descaracterizar o curso d'água ali existente. Reporto-me ao documento em sua íntegra, transcrevendo aqui algumas passagens que indicam a insuficiência do licenciamento ambiental da FEPAM e os danos que a intervenção do empreendedor causou àquele ambiente:

A caracterização do litoral (ou planície costeira) como uma região geologicamente jovem, arenosa e pobre em nutrientes, com dinâmica sedimentar praial e eólica ativa e um lençol freático tão raso permite enquadrá-la como uma área ambientalmente frágil e muito suscetível a impactos ambientais negativos. Tais esforços deveriam suscitar esforços no sentido de sua preservação, e jamais ensejar o pretendido pelos engenheiros civis do IPH, uma diminuição da importância da área e um incentivo à sua urbanização e transformação em condomínios fechados (fls. 180, grifei).

*Apesar de terraplanada e sem sua vegetação original, a área ainda apresentava algumas aves típicas de regiões costeiras como batuíras (*Charadrius sp*) e pirupirus (*Haematopous palliatus*) que são animais que se alimentam de pequenos invertebrados ocorrentes em águas rasas, ou seja, é provável que ainda estivessem em busca de alimento em um local que, anteriormente, apresentava esse tipo de recurso (fls. 184).*

A retificação de um curso d'água sinuoso que apresentava margens alagáveis e vegetação densa, a qual evitava processos erosivos, permitirá que a vazão da água ocorra de forma mais veloz, especialmente, em períodos chuvosos, podendo alterar a foz junto às dunas frontais. As pequenas lagos que se formavam junto às dunas e que serviam de suporte à vida de animais como anfíbios, insetos aquáticos, dentre outros, serão alteradas (fls. 186, grifei).

A seguir, são fornecidas algumas sugestões de medidas de recuperação do ambiente degradado: 1- Restauração de faixa de, pelo menos, 30 metros de largura em cada margem do curso d'água que foi retificado com utilização de vegetação nativa adaptada à área em questão, através de projeto elaborado e acompanhado por técnico habilitado com competência na área de conhecimento sobre comunidades vegetais litorâneas e emissão de ART; 2- Preservação das áreas de dunas com distância mínima de 60 metros contados a partir da base da face continental da duna; 3- Monitoramento das variações da superfície potenciométrica do lençol freático, por meio de piezômetros, para que o diagnóstico da área contemple também medições correspondentes ao período de inverno, sob a responsabilidade de técnicos habilitados e emissão de ART (fls. 189, grifei).

Conclusão: O empreendimento alterou áreas de preservação permanente que deveriam ter sido conservadas (fls. 189, grifei).

Mesmo diante das evidências de erro em seu licenciamento, a FEPAM respondeu em 17/03/08 ao Ministério Público Estadual, dizendo que "licenciou o empreendimento com a apresentação de condições e restrições aplicando as medidas de gestão que entendia cabíveis para a situação da área em questão, face aos laudos técnicos e projetos apresentados além de outros documentos técnicos juntados os processos administrativos o que redundou na assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público Estadual" (fls. 208, grifei).

Portanto, aquele licenciamento feito pela FEPAM não subsiste juridicamente porque: **(a)** desconsidera as características da área do empreendimento (área de preservação permanente); **(b)** desconsidera as próprias manifestações técnicas anteriores da FEPAM; **(c)** desconsidera a restrição 1.7.1 da LP 695/2006-DL de fls. 130; **(d)** não assegura adequada proteção ao ambiente, à fauna silvestre e à flora nativa; **(e)** permite que o empreendedor intervenha em área ambientalmente frágil e relevante, sem os cuidados e medidas necessárias.

Terceiro, o tratamento dispensado às corujas-buraqueiras pelo réu-empresendedor, com a complacência da FEPAM, é um dos muitos pontos que demonstra a irregularidade do licenciamento. Examinando os autos, encontrei diversos relatórios apresentados pelo réu-empresendedor quanto a corujas-buraqueiras atingidas pela instalação do empreendimento (fls. 413-421, 422-430, 451-461).

Pensando em como as corujas foram tratadas pelo empresário e FEPAM, lembrei do casal de corujas-buraqueiras que mobilizou a opinião pública gaúcha e impediu a queima de fogos de artifício na noite de 31 de dezembro de 2007 na praia de Capão da Canoa. Os fatos foram noticiados pela Zero Hora de 1º de janeiro de 2008:

Fogos de artifício são cancelados em Capão da Canoa - Patrulha ambiental não autorizou a queima dos materiais devido a um ninho de corujas

A festa à beira-mar com fogos de artifício no Réveillon de 2008 acabou sendo cancelada à meia-noite desta segunda-feira em Capão da Canoa. A patrulha ambiental não autorizou que o material fosse detonado próximo a um ninho de corujas em uma duna ao lado do calçadão.

Muitas pessoas foram e saíram da praia depois que o cancelamento foi confirmado. Entretanto, a maioria seguiu na Avenida Beira-Mar aproveitando os shows no palco montado pela prefeitura e posteriormente o som dos carros.

Segundo o Batalhão Ambiental da Brigada Militar (BM), a prefeitura não apresentou a licença ambiental para que o evento fosse realizado em cima das dunas e próximo ao ninho de corujas.

A queima de fogos teria duração de 12 minutos. Foi organizada pela prefeitura, que gastou R\$ 26 mil. Por volta das 18h de segunda-feira, o comandante do 1º Batalhão Ambiental da BM, major Luiz Eduardo Ribeiro Lopes, exigiu a apresentação de uma licença ambiental para que a queima de fogos pudesse ocorrer.

Segundo ele, o local escolhido para a instalação dos rojões ficava em uma área de preservação permanente e próximo ao ninho, o que obrigaria a necessidade de uma liberação ambiental.

- Desde a tardinha, algumas pessoas da comunidade nos procuraram alertando sobre um ninho de corujas. De posse disso, verificamos que, de fato, estava muito próximo. Foram colocados fogos em cima das dunas de areia, área de preservação permanente, sem licenciamento ambiental. Informamos a empresa e a prefeitura para modificar o local dos fogos, mas eles não se agilizaram - explicou o major Lopes.

O prefeito de Capão da Canoa, Jairo Marques, informou que a prefeitura não tinha a licença porque ela nunca foi exigida. Nos anos anteriores, o espetáculo ocorria no mesmo local, mas não havia a presença das corujas.

O prefeito ressalta que a empresa contratada para a instalação e detonação dos fogos tinha laudo dos bombeiros que exigia isolamento da área, o que foi cumprido. Para atender a recomendação do Batalhão Ambiental, que pediu que os rojões fossem afastados mais cem metros, Marques destaca que os fogos foram deslocados o máximo possível dentro da área de segurança.

Às 23h, como a licença não havia sido providenciada e o deslocamento dos fogos foi considerado pouco, o comandante do Batalhão Ambiental solicitou um laudo de um biólogo que informasse que as corujas não seriam prejudicadas pelo barulho.

O prefeito ressalta que tentou localizá-lo, o que não foi possível. Faltando cinco minutos para a meia-noite, quando os responsáveis pela apresentação do evento da virada anunciaram a não-realização do show pirotécnico, o público presente vaiou e muitos deixaram o local. O material foi recolhido. O prefeito tenta achar um fim para a quantidade de fogos adquirida. Ele disse ainda que a queima de fogos ocorreu no mesmo lugar em 2007.

- É um local que fica isolado, seguro. Ano passado se fez ali, não teve problema nenhum. Tomaram essa atitude porque à tarde receberam ligações sobre o ninho - completou. (Obtido em <http://zerohora.clicrbs.com.br/zerohora/jsp/default.jsp?uf=1&local=1&newsID=a1723170.xml>, grifei)

A polêmica se arrastou pelos dias seguintes, mobilizando a sociedade gaúcha. Uns favoráveis, outros contrários. Passado um ano do episódio, as corujas-buraqueiras de Capão da Canoa ainda eram notícia na imprensa gaúcha. Em 28/12/08, o jornal Zero Hora noticiou:

Réveillon distante das Corujas - Depois de cancelar a festa do ano passado por causa dos ninhos, prefeitura programa fogos para outro ponto da orla. As temperamentais corujas venceram de novo. Zoio e Zóia, as corujas-do-campo que se alçaram ao estrelato ao barrar a queima de fogos à beira-mar de Capão da Canoa no ano passado, deslocaram a festa do próximo Réveillon sem precisar bater uma única asa. Por causa delas, o ponto previsto pelo prefeito Jairo Marques para a instalação da bateria de fogos foi transferido para cerca de 200 metros de distância das dunas onde os bichos construíram seu ninho. Será nas proximidades das casas do programa Verão Legal, do governo estadual. A queima deve durar 10 minutos e será seguida por apresentação de grupos musicais. Os foguetes só serão disparados depois de uma vistoria do Corpo de Bombeiros no dia programado para a festa. - É um procedimento para verificar se todas as questões de segurança estão atendidas, como a distância da área de proteção ambiental e das pessoas - explica o comandante do subgrupo de Combate a Incêndio de Capão, capitão Renato Pereira de Souza. (Obtida em <http://zerohora.clicrbs.com.br/zerohora/jsp/default2.jsp?uf=1&local=1&source=a2349267.xml&template=3898.dwt&edition=11379§ion=1003>, grifei)

Pois bem, esse tratamento dispensado às duas corujas de Capão da Canoa em 31/12/07 contrasta com aquele dispensado na mesma época à população da mesma espécie de corujas que tinha ninhos no local. O tratamento que o empreendedor e a FEPAM dispensaram às corujas do empreendimento foi este:

(a) as licenças ambientais nada mencionam quanto às corujas ou à proteção da fauna local (LP 695/06 de fls. 130-131, LI 811/07 de fls. 784-786 e LI 952/07 de fls. 162-164). Nenhum cuidado foi exigido do réu-empresendedor. Nenhuma restrição ou condição foi imposta pela FEPAM. É como se não existissem corujas ou outros animais silvestres no local em que seria instalado o empreendimento. Aterro

e terraplenagem foram autorizados sem restrição ou condição específica quanto às corujas-buraqueiras;

(b) em fevereiro de 2008, como as corujas-buraqueiras insistiam em permanecer em seus ninhos no local, apesar das obras estarem em andamento, não foi mais possível ignorar sua existência. O profissional contratado pelo réu-empresendedor relata: "na área do empreendimento Playa Vista grande parte do espaço destinado à implantação do condomínio já sofreu modificações pela ação do maquinário, a exemplo de aterros e terraplanagem. No espaço do terreno ainda não modificado pelas obras foram observados três casais de A. cunicularia, bem como dois ninhos dessas aves. Observou-se ainda um terceiro ninho em início de construção. A partir de uma ligeira observação dessas covas não se constatou a presença de ovos e particularmente de filhotes. No entanto, deve ser ressaltado que não foi possível observar o fundo da cova, considerando que os túneis que levam ao ninho propriamente dito foram escavados de forma oblíqua, impedindo assim a visão adequada do seu interior. De qualquer forma, observou-se que os ninhos estão sendo utilizados pelas aves, tendo em vistas seus regurgitos característicos encontrados no entorno das covas" (grifei, fls. 415). Ou seja, as corujas insistem em permanecer. Apesar do maquinário. Apesar dos aterros. Apesar da terraplenagem. Apesar do condomínio. Não restou ao empresário outra saída senão reconhecer a existência daquelas teimosas corujas. Entretanto, essa admissão de existência foi feita de forma superficial e precária porque bastou "uma ligeira observação" para apontar que os ninhos estavam vazios, ainda que "não foi possível observar o fundo da cova". Ora, não merecem crédito tais afirmações do biólogo porque superficiais: não bastava uma "ligeira observação", deveria observar "o fundo da cova". As corujas-buraqueiras não podem ser prejudicadas por construírem seus ninhos com engenho: "os túneis que levam ao interior dos ninhos foram escavados de forma oblíqua, impedindo assim a visão adequada do seu interior". O que esperava o biólogo do empresário? Que as corujas não protegessem seus ninhos e sua espécie, seus ovos e filhotes? Mesmo sendo superficial o exame, o biólogo não teve como negar a realidade: "os ninhos estão sendo utilizados pelas aves";

(c) é inegável que as obras do condomínio afetam e colocam em risco as corujas-buraqueiras que habitam o local do empreendimento. É o biólogo do empresário quem afirma: "Tendo em vista que as obras decorrentes do empreendimento Playa Vista colocam em risco alguns exemplares de coruja-buraqueira, considerando a presença de ninhos no terreno a ser diretamente afetado pelas obras, é necessário que sejam tomadas medidas de proteção de ovos ou filhotes que porventura possam ser encontrados, de modo a garantir a proteção desses espécimes da ação antrópica, de acordo com a Lei 5.197 que dispõe sobre a proteção da fauna silvestre" (fls. 416), sendo que "com o avanço das obras sobre o terreno e sua eminente modificação certamente toda a fauna hoje presente no local gradativamente deixará de ocupar esse espaço, devendo procurar ambientes próximos ou mais distantes cujas características sejam respectivamente adequadas. Isto certamente também ocorrerá com os espécimes adultos de coruja-buraqueira presentes na área" (fls. 416, grifei);

(d) a implantação do empreendimento prosseguia, com 90% da terraplenagem realizada, mas sem que aqueles teimosos animais silvestres (corujas-buraqueiras) abandonassem o local, onde não eram mais bem-vindas pelo empresário: "Em nossa última visita à área do empreendimento verificou-se um estado já bastante avançado das obras, que incide aproximadamente em 90% de seu espaço total. Houve grande movimentação de areia pelo maquinário, terraplanagem e outras atividades relacionadas à preparação do terreno. Neste contexto, uma estreita faixa dessa área permanece isolada das obras, como forma de manter preservadas as tocas de A. cunicularia presentes no local. (...) No espaço isolado das obras

encontram-se três tocas de *A. cunicularia* aparentemente ativas, considerando a proximidade dos animais em relação a essas estruturas. Entretanto, a diminuição do número de egragópilas no entorno das tocas em comparação a quantidade anteriormente encontrada, parece indicar um gradativo abandono do local frente à acentuada presença humana na área e circulação de veículos pesados utilizados nas obras. Durante nossas últimas observações foram encontrados dois pares de indivíduos na proximidade de suas respectivas tocas. Um trabalho de inspeção realizado nos ninhos mostrou que, embora as tocas possam estar sendo utilizadas pelas aves adultas, não existe no momento atividade reprodutiva dos animais. Pode-se averiguar que as tocas encontram-se vazias, sendo que a inspeção dos seus interiores confirmou a total ausência de ovos ou filhotes, bem como qualquer outro tipo de elemento, a exemplo de material orgânico para sua forração" (grifei, fls. 425). E conclui o biólogo do empreendedor, prevendo que em curto espaço de tempo o empreendedor terá vencido as corujas: "Embora a área do empreendimento tenha sido um ambiente adequado ao refúgio e nidificação de espécimes *A. cunicularia*, vale ressaltar que a intensificação das atividades humanas no local deverá alterar completamente as condições locais. Nesta perspectiva, é bastante provável que em curto prazo ocorra o abandono da área pelos indivíduos hoje residentes. A constatação de que nas tocas de *A. cunicularia* atualmente não se desenvolvem atividades reprodutivas, exclui a possibilidade de perda de ovos ou filhotes perante o eventual abandono da área pelos indivíduos adultos. Por fim, considerando o provável abandono do local pelas aves, à medida que as atividades das obras se intensifiquem ao redor do local ainda isolado das intervenções antrópicas, julgamentos pertinente recorrer ao método passivo de relocação, seguindo a proposta de Trulio (1995). Essa estratégia consiste na criação de ninhos de ninhos artificiais, que deverão ser estabelecidos em locais passivos de proteção, à uma distância mínima de 100 metros dos ninhos a serem destruídos" (grifei, fls. 426). Ou seja, como as corujas-buraqueiras insistiam em permanecer no local, o biólogo recorre à retórica para expressar sua opinião técnica: a observação tinha sido "ligeira" no laudo anterior, sem condições de perscrutar o interior dos ninhos. No novo laudo aquilo se transforma em conclusão definitiva: não existe atividade reprodutiva nos ninhos. Existe apenas a teimosia das corujas-buraqueiras, que permanecem próximas aos antigos ninhos, apesar das máquinas, do aterro, da terraplanagem, das previsões do biólogo, do desejo do empreendedor, da complacência da FEPAM;

(e) embora as obras avancem, a previsão do biólogo não se concretiza: em março de 2008 as corujas-buraqueiras permanecem nos ninhos e ainda assombram o empreendimento. O biólogo tenta explicar o motivo da insistência: "A área de abrangência do Condomínio Residencial Playa Vista, anteriormente a sua fase de implantação, parece ter representado um local importante para a ocorrência de indivíduos de coruja-buraqueira, o que poderia estar associado a fatores como: * oferta de locais adequados para a construção de abrigos; * oferta de fontes de alimentação; * ausência de predadores; * ausência de espécies competidoras pelo mesmo recurso. Entretanto, o estágio avançado das obras já reduziu sobremaneira o espaço antes ocupado pelas corujas, modificando totalmente a superfície do terreno com atividades de nivelamento do solo e terraplanagem. Resta hoje no local, apenas uma pequena área onde a atividade do maquinário ainda não foi levada a efeito, coincidindo de forma proposital com o espaço onde tocas de coruja-buraqueira encontram-se presentes nessa área" (grifei, fls. 454). A leitura atenta da linguagem do biólogo deixa transparecer o desconforto do empreendedor com a presença daqueles animais no local. O "parece ter representado", a descrição do "estágio avançado das obras" e o "coincidindo de forma proposital" indicam o desconforto dos interessados com a insistência daqueles pequenos animais, que teimam, permanecem e prejudicam a conclusão do empreendimento;

(f) em fevereiro de 2008, o biólogo previa que em curto espaço de tempo as corujas liberariam o local do empreendimento para conclusão das obras. Em março de 2008, o abandono ainda não ocorreu. Pior ainda, em agosto de 2008, oficial e tecnicamente as corujas já tinham sido relocadas, mas ainda não ocupavam os ninhos artificiais colocados à sua disposição pelo empreendedor. Está dito no relatório ambiental do empreendimento, datado de 19 de agosto de 2008: "as corujas buraqueiras foram relocadas com a instalação de seis ninhos artificiais instalados na área de frente a área do Condomínio, ao lado do Showroom. Ainda não foi registrada ocupação dos ninhos artificiais" (grifei, fls. 1018). Como assim? Se as corujas "foram relocadas" mas ainda "não ocuparam os ninhos artificiais", onde elas estão? Como foram relocadas se ainda não ocuparam os ninhos artificiais? Seus ninhos naturais foram destruídos, elas insistem em permanecer ali, não ocupam os ninhos artificiais situados próximos ao showroom do empreendimento, e o relatório do empreendedor diz que "foram relocadas"? Muito precisa ser explicado pelo empreendedor: se as corujas-buraqueiras foram relocadas, por que os ninhos artificiais ainda não estão ocupados? Será que elas se adaptaram aos ninhos artificiais construídos com tubos de PVC de fls. 1019-1020? Será que fotos coloridas como aquelas de fls. 1018-1021 são suficientes para comprovar o sucesso da operação de relocação das corujas? Onde está um parecer técnico por profissional especializado e competente, dando detalhes dos procedimentos e atestando que a população de coruja-buraqueira foi adequadamente manejada? Será que ninhos artificiais próximos ao showroom do empreendimento são adequados? Será que esse showroom não é local constantemente iluminado, prejudicando o sossego das corujas? Será que esse showroom não é local constantemente visitado por interessados na aquisição de imóvel no condomínio? Será que potencial comprador que visite o showroom do empreendimento também pode conhecer os ninhos artificiais construídos com tubos de PVC? Será que as corujas são mostradas pelos corretores aos potenciais compradores dos lotes? Será que as corujas-buraqueiras aceitam trocar ninhos por canos de PVC, ainda mais quando o "buraqueiro" faz parte do seu nome? Nada disso foi explicado pelo empreendedor. Pior: nada disso foi cobrado pela FEPAM;

(g) comprovando o descaso com o destino das corujas-buraqueiras que insistiam habitar aquele local, o relatório ambiental feito pelo réu-empresendedor no mês seguinte (em setembro de 2008) sequer menciona as corujas-buraqueiras ou qualquer cuidado que se devesse ter com elas (fls. 1148-1176). Desapareceram as corujas? Morreram as corujas? Mataram as corujas? Ou foram abandonadas à própria sorte, sem direito à proteção pela FEPAM ou órgãos ambientais? Aceitaram os ninhos artificiais de PVC junto ao showroom do empreendimento?

Realmente, não existe notícia sobre o destino daquelas corujas-buraqueiras que tinham ninhos no local do empreendimento. Mas o tratamento que receberam foi cruel. Primeiro, a FEPAM ignorou sua existência. Depois, o empreendedor iniciou as obras. Como elas não abandonassem o local (onde estavam seus ninhos e seus lares), houve a tentativa de relocá-las com ninhos artificiais de tubos de PVC colocados próximos ao showroom. (Certamente área nobre do empreendimento!) Mas as corujas-buraqueiras não ocuparam os ninhos artificiais e não aceitaram a relocação. Finalmente, voltam a serem ignoradas. Provavelmente, sofrerão, morrerão e pronto. Isso é licenciamento ambiental?

Fiz referência às corujas de Capão da Canoa para mostrar a diferença gritante no tratamento dispensado pelos órgãos ambientais às duas situações ocorridas na mesma época no mesmo litoral. Em Capão da Canoa, a Polícia Ambiental impede fogos de artifício na noite de 31/12/07 porque não há licença da FEPAM e porque isso poderia prejudicar o sossego de um casal de corujas-buraqueiras que tem ali seu ninho. Em Xangri-lá, na mesma época, a FEPAM ignora várias corujas-buraqueiras e autoriza a destruição de seus ninhos com a licença de instalação.

Com aparência de legalidade, o empreendedor cumpre a licença ambiental, destrói os ninhos e tenta legitimar sua atuação com a tentativa de relocar as corujas para ninhos artificiais de PVC próximo ao showroom do empreendimento.

Esse pequeno (mas relevante) ponto foi ignorado pelo licenciamento da FEPAM. Esse pequeno detalhe contrasta com a tradição deste Estado na defesa ambiental. Como dizer jurídico, legítimo e justo licenciamento ambiental que ignora questão relevante como essa? Se o licenciamento peca em questão básica (proteção da fauna silvestre), temos fortes indícios de que não pode subsistir. Por esse e outros motivos, o licenciamento é nulo.

Quarto, o licenciamento do empreendimento não foi precedido pelo necessário EIA/RIMA. O empreendimento se situa na zona costeira, tanto que parte do terreno foi desmembrada como área de dunas frontais na matrícula imobiliária (fls. 1271-1274). Portanto, não se trata de simples terreno urbano e o respectivo licenciamento não se submete apenas às regras gerais de uso de solo urbano. Por se localizar em zona costeira, o local está sujeito às regras específicas previstas na Lei 7.661/88, inclusive quanto ao disposto em seu art. 6º:

Art. 6º O licenciamento para parcelamento e remembramento do solo, construção, instalação, funcionamento e ampliação de atividades, com alterações das características naturais da Zona Costeira, deverá observar, além do disposto nesta Lei, as demais normas específicas federais, estaduais e municipais, respeitando as diretrizes dos Planos de Gerenciamento Costeiro.

§ 1º - A falta ou o descumprimento, mesmo parcial das condições do licenciamento previsto neste artigo serão sancionados com interdição, embargo ou demolição, sem prejuízo da cominação de outras penalidades previstas em lei.

§ 2º - Para o licenciamento, o órgão competente solicitará ao responsável pela atividade a elaboração do estudo de impacto ambiental e a apresentação do respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, devidamente aprovado, na forma da lei (grifei).

Portanto, o licenciamento do empreendimento necessariamente deveria ser precedido de EIA/RIMA, aprovado na forma da lei, o que não foi observado.

É irrelevante discutir o tamanho do empreendimento, se inferior ou superior a 100 hectares, porque a exigência do art. 6º-§ 2º da Lei 7.661/88 não estabelece possibilidade de dispensa da exigência, referindo-se a cláusula "*na forma da lei*" tão-somente à aprovação do EIA/RIMA, não à sua exigência. O EIA/RIMA deve ser apresentado nas hipóteses do caput do art. 6º da Lei 7.661/88, no qual está incluída a atividade que o empreendedor pretendeu licenciar. Se não tem EIA/RIMA, o licenciamento é irregular e o empreendimento não pode prosseguir enquanto não regularizada a situação.

A exigência do EIA/RIMA não é extravagante nem supérflua, principalmente considerando a possibilidade de interferência do empreendimento sobre a zona costeira juntamente com outros condomínios em construção. Basta referir que existe condomínio contíguo ao discutido nesta ação, que também se encontra em fase de implantação e apresenta impactos significativos sobre as dunas, conforme mostrado pelo Ministério Público Federal. Somente um EIA/RIMA teria condições de mensurar os reflexos que os diversos condomínios em implantação terão sobre a zona costeira gaúcha, especialmente quanto às dunas, fauna e flora locais. Ainda, como dito pelo Ministério Público Federal, o licenciamento ambiental do empreendimento "*deveria ter levado em consideração a existência de inúmeros outros empreendimentos com as mesmas características na área do entorno do*

empreendimento, em razão dos evidentes prejuízos ambientais cumulativos que virão a ser causados", como por exemplo o condomínio contíguo, La Plage, que interfere na feição das dunas existentes naquela área de preservação permanente, e os condomínios Loteamento Arpoador e Las Dunas, que sequer foram considerados embora vizinhos (fls. 1116-1120). Reporto-me ao que foi dito pelo Ministério Público Federal: "o processo de licenciamento do condomínio Playa Vista deve exigir a apresentação de Estudo de Impacto Ambiental que considere a realidade existente no Município e a presença de todos os condomínios residenciais existentes nos limites do local onde está sendo inserido o empreendimento" e que se deve "inverter a lógica que está sendo apresentada pela FEPAM e pelo empreendedor. Querem fazer crer os réus que, pelo fato de haver outras ocupações irregulares no litoral não poderiam ser impostas restrições ao empreendimento Playa Vista. Pelo contrário. O pensamento deve ser justamente o oposto, no sentido de que existência de outros projetos ou empreendimentos irregulares devem limitar outras irregularidades ambientais" (fls. 1120).

Quinto, quanto ao sambaquis, o Ministério Público Federal alegou existirem indícios de que a área pudesse conter resquícios de sambaquis e isso justificaria a paralisação das atividades. Entretanto, não ficou esclarecida a intervenção do IPHAN e a omissão do empreendedor, que somente apresentou relatório de monitoramento arqueológico depois de notificado para fazê-lo (fls. 963-970). Mas quanto a isso - embora relevante o fundamento para julgamento desta ação civil pública -, não existem elementos probatórios suficientes para deferimento de liminar por este motivo contra o empreendedor porque: **(a)** o empreendedor apresentou relatório de monitoramento arqueológico (fls. 963-970), concluindo pelo baixo interesse arqueológico da área e não havendo crítica relevante àquele relatório; **(b)** não foram trazidos outros elementos de prova que apontassem o interesse arqueológico específico daquela área, não servindo para tanto os elementos trazidos pelo Ministério Público Federal (fls. 1258-1260) que não se referem propriamente ao local do empreendimento, mas a sítios localizados em vila do Guará e Morro dos Índios, em Xangri-lá; **(c)** a questão dos sambaquis e preservação de sítios arqueológicos no litoral norte do Rio Grande do Sul é objeto de inquérito civil público em tramitação no Ministério Público Federal desde 2007 (fls. 1254-1257), nada indicando existirem elementos concretos que justifiquem intervenção liminar naquele local.

2.3. Sobre o perigo da demora. Examinadas alegações e provas, este juízo conclui pela presença de perigo na demora porque: **(a)** o estágio atual do condomínio não impede o deferimento da liminar; **(b)** não está provada a comercialização de lotes do empreendimento; **(c)** o dano que já foi causado não impede o deferimento da liminar; **(d)** a suspensão do licenciamento irregular permite que o empreendedor procure a regularização junto aos órgãos ambientais competentes; **(e)** a paralisação do condomínio não significa que as dunas fiquem abandonadas. Examinado separadamente cada um desses motivos:

Primeiro, o estágio atual do condomínio não impede o deferimento da liminar. O empreendedor alegou que o empreendimento está concluído, conforme fotos de fls. 765-768 e declaração de fls. 769. Nesta é dito: "*declaramos para os devidos fins que as obras de terraplanagem, pavimentação do sistema viário, instalação de eletrodutos, instalação da rede de drenagem pluvial, instalação da rede de abastecimento de água, instalação da rede coletora interna de esgoto cloacal, construção da galeria externa de águas pluviais, construção de refúgios de acesso e construção de muros do limite frontal e lateral do Condomínio Playa Vista foram concluídos nesta data. Gramado, 6 de janeiro de 2009*" (fls. 769). Examinadas as fotos de fls. 765-768, parece que a infra-estrutura do condomínio foi concluída. Mas isso não significa que o condomínio esteja concluído. Ainda não existem construções. Ainda não foram feitas casas ou edificações no terreno. Ainda não foi

construída a infra-estrutura de lazer para receber os futuros moradores, que consta do memorial descritivo. Comparando as fotos de fls. 765-768 com o memorial descritivo do empreendimento (fls. 602-607), verifica-se que praticamente nada foi ainda iniciado: quadra de tênis coberta, quadra de tênis descoberta, quadra de paddle descoberta, quadra de bocha, quadra futebol social, loja de conveniências, clube infantil, clube social, quiosque contemplação, passarela elevada para acesso ao mar, passagem de pedestres, jardim, casas e demais edificações. Nada disso foi iniciado. Não é possível aceitar, portanto, a alegação de conclusão do condomínio. O estágio atual da implantação do condomínio não impede o deferimento da liminar porque muito falta ser feito para implantação efetiva do condomínio. Ainda é possível evitar o fato consumado que resultaria do prosseguimento das obras do empreendimento, com construção de residências e edificações no local.

Segundo, não está provada a comercialização de lotes do empreendimento. O réu-empresendedor alegou que mais de 70% dos lotes do empreendimento já foram vendidos: "*O empreendimento Playa Vista (localizado no terreno objeto da presente ação civil pública) está 100% concluído, com a instalação de toda a rede subterrânea de esgoto e energia elétrica, arruamento, meio fio, cercado por muros (...). E mais: 70% dos lotes do empreendimento já foram vendidos, o que envolve direito de terceiros, muitos dos quais com título de propriedade averbado no Registro de Imóveis*" (fls. 733-734, grifei). Entretanto, nada foi comprovado quanto à comercialização dos lotes do empreendimento. As matrículas imobiliárias foram apresentadas (conjunto de documentos nº 15, referido às fls. 894), mas não consta que algum lote já tenha sido comercializado. Também não foi indicado nenhum comprador ou promitente-comprador de algum dos lotes. Se o réu-empresendedor alega que muitos dos lotes já foram vendidos e os títulos de propriedade foram averbados no Registro de Imóveis, poderia facilmente ter produzido a respectiva prova. Mas nada provou. Juntou as matrículas dos lotes e nelas não consta a comercialização dos mesmos. Portanto, a simples alegação de que 70% dos lotes já foram comercializados não impede o deferimento da liminar. Não existindo provas da comercialização dos lotes, é recomendável o deferimento da medida liminar para impedir que sejam comercializados e resguardar direitos de terceiros que inadvertidamente viessem adquirir lotes em condomínio questionado judicialmente e com sérios problemas quanto ao licenciamento.

Terceiro, o dano que já foi causado não impede o deferimento da liminar. O curso d'água foi canalizado. A área de preservação permanente foi suprimida. O aterro e a terraplenagem dos terrenos já foram feitos. Mas isso não impede o deferimento da liminar. Ao contrário, recomenda que algo seja feito para impedir implantação do condomínio irregular. Posteriormente, se o empresário restar vencido nesta ação civil pública, haverá sua condenação ao restabelecimento do ambiente ao estado existente antes da intervenção. Os réus desta ação civil pública responderão pela reparação, se confirmada a intervenção irregular. Como são fortes os indícios de que a intervenção foi irregular, a liminar deve ser deferida para impedir o fato consumado. Suspensa a licença ambiental irregular, ao menos se evita que o dano seja agravado pela construção definitiva das residências e edificações no local.

Quarto, a suspensão do licenciamento irregular permite que o empresário procure a regularização junto aos órgãos ambientais competentes. Constatada irregularidade no licenciamento do empreendimento, é conveniente que a intervenção judicial ocorra o mais rápido possível. Isso não apenas evitará que o dano ambiental seja agravado e seja criada situação de fato consumado, mas também permite ao empresário regularizar o licenciamento junto aos órgãos competentes e, obtida a conformidade à legislação, possa prosseguir na implantação do empreendimento, dessa vez com observância das regras legais cabíveis e com a anuência de todos os órgãos envolvidos (União, IBAMA, MPF, FEPAM, etc).

Quinto, a paralisação do condomínio não significa que as dunas fiquem abandonadas. O réu-empresendedor alegou que o deferimento da liminar "*interromperia o plano de manejo com flagrante prejuízo às dunas*" (fls. 759). Entretanto, o deferimento da liminar não significará deixar as dunas à própria sorte. O réu-empresendedor é responsável pelas modificações que fez no local, respondendo também pela manutenção das dunas em situação compatível com aquele equilíbrio que inicialmente existia no local. Se o empresário interveio e alterou aquele equilíbrio inicial, é responsável pela manutenção das dunas, ainda que o empreendimento e a licença ambiental tenham sido suspensos.

2.4. Sobre o exame dos pedidos de liminar. Reconhecendo a presença da inequívoca verossimilhança do direito e o perigo na demora, este juízo examina cada uma das providências liminares requeridas pela associação-autora (fls. 57-58) e Ministério Público Federal (fls. 1133-1135):

2.4.1. Sobre o pedido de embargo judicial da obra e suspensão de todas as licenças expedidas (item V-a-1 de fls. 57; item IX-a e IX-c de fls. 1133-v), a liminar deve ser deferida porque são irregulares o licenciamento ambiental e a instalação do empreendimento naquele local, não observando área de preservação permanente existente, não sendo precedidos de EIA/RIMA, e não adotando providências eficazes para preservação daquele ecossistema, da vegetação nativa e fauna silvestre, como examinado nesta decisão.

Defiro liminar para: (A) determinar o imediato embargo judicial do empreendimento Playa Vista, no município de Xangri-lá; (B) determinar a imediata suspensão das licenças ambientais expedidas pela FEPAM em favor do empreendimento (LP 695/06 de fls. 130-131; LI 811/07 de fls. 784-786; LI 952/07 de fls. 162-164; e outras que nestas tenham se baseado) e de seus efeitos, nos termos desta decisão.

2.4.2. Sobre o pedido de interdição do empreendimento (item V-a-2 de fls. 57; item IX-b de fls. 1133-v), a liminar deve ser deferida porque não subsistem as licenças ambientais concedidas ao empreendimento e não pode prosseguir a implantação do condomínio sem observância da legislação ambiental vigente. Se as licenças ambientais não são regulares e a área é de preservação permanente, não é possível permitir construções ou edificações no local, salvo quanto àquilo que seja essencial e necessário à proteção das dunas.

Defiro liminar para: (C) determinar a imediata interdição do estabelecimento na área de preservação permanente que ali existe ou existia, seja quanto aos campos de dunas frontais, seja quanto à faixa marginal do curso d'água que existe ou existia no empreendimento antes da intervenção, determinando que o empresário se abstenha de realizar novas alterações ou intervenções na área, salvo quanto à manutenção das dunas conforme plano de manejo devidamente aprovado.

2.4.3. Sobre o pedido de notificação do Oficial do Registro de Imóveis (item V-a-3 de fls. 57; item IX-d de fls. 1133-v) e sobre o pedido de proibição da alienação de lotes do empreendimento (item V-a-4 de fls. 57; item IX-e de fls. 1133-v), a liminar deve ser deferida para evitar sejam comercializados lotes irregularmente construídos, uma vez que o licenciamento ambiental do empreendimento não foi regularmente realizado. Se não deferida essa providência quanto ao Registro de Imóveis, terceiros poderiam ser prejudicados com a aquisição de lotes no condomínio, assumindo responsabilidade que pertence ao empresário. Além disso, essas providências são consequência da interdição da construção na área de preservação permanente.

Defiro a liminar para: (D) determinar ao réu-empresendedor que se abstenha de negociar, comercializar, alienar, vender, prometer vender ou transferir o domínio ou posse dos lotes projetados sobre a área do empreendimento; **(E) determinar ao réu-empresendedor** que apresente no prazo da contestação a relação dos lotes que já tenham sido comercializados, com respectivos adquirentes (nome e endereço), data e valor de comercialização; **(F) determinar ao Oficial de Registro de Imóveis de Capão da Canoa** que se abstenha de registrar quaisquer aquisições ou compromissos de compra e venda relacionados ao empreendimento discutido (matrículas 66.643, 66.644 e respectivos desdobramentos).

2.4.4. Sobre o pedido de colocação de placas junto ao empreendimento (item V-a-5 de fls. 58; item IX-f de fls. 1134), a liminar deve ser deferida para dar ciência a eventuais interessados na aquisição de lotes que o empreendimento se encontra judicialmente embargado. Essa publicidade é essencial para evitar prejuízo a terceiros que tenham intenção de adquirir lotes naquele local, considerando que o licenciamento é irregular.

Defiro liminar para: (G) determinar ao réu-empresendedor que coloque pelo menos três placas (junto ao empreendimento, na Av. Paraguassu, uma placa no início do empreendimento, uma placa no final do empreendimento e outra placa no showroom do empreendimento), com dizeres em tamanho grande e legíveis à distância, informando que se trata de "*área embargada por ordem da Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Porto Alegre no processo 2009.71.00.003729-8 - Proibido edificar, suprimir vegetação ou promover modificações no local - Área de preservação permanente*", devendo o réu-empresendedor comprovar a colocação das placas no prazo da contestação e zelar pela permanência dessas placas enquanto persistir o embargo; **(H) determinar ao réu-empresendedor** que informe a existência deste processo e respectivas restrições, em todos os meios de comunicação e peças de publicidade em que divulgar o empreendimento.

2.4.5. Sobre o pedido de suspensão do licenciamento do empreendimento (itens IX-a, IX-b e IX-c de fls. 1134), a intervenção deste juízo por liminar deve se limitar ao essencial para cumprimento da legislação vigente e proteção ambiental. No caso, a suspensão das licenças ambientais e o embargo do empreendimento parecem suficientes para impedir que ampliação do dano ambiental já causado, ou que surjam construções e edificações no empreendimento, ou que os lotes sejam comercializados e transferidos para terceiros de boa-fé. As providências até agora deferidas são bastante gravosas para as atividades do réu-empresendedor, que vê frustrada a possibilidade de instalar e fazer operar o empreendimento que vinha irregularmente construindo. Não é necessário impedir que o réu-empresendedor, querendo e observando a legislação, regularize o licenciamento junto aos órgãos competentes. Do contrário, estariam paralisadas por completo as possibilidades do réu-empresendedor, enquanto não julgada definitivamente a ação civil pública. É mais prudente permitir que o empresário, se assim o quiser e se observar todos os requisitos legalmente vigentes (como reconhecido nesta decisão), possa regularizar o empreendimento sem precisar aguardar o trânsito em julgado desta ação civil pública. Obviamente, para regularizar o licenciamento, o réu-empresendedor deverá observar o que foi reconhecido nesta decisão, a saber: **(a)** as áreas de preservação permanente não podem sofrer intervenção e devem ser recuperadas ao estado anterior à intervenção do réu-empresendedor, inclusive quanto ao curso d'água discutido nesta ação; **(b)** o licenciamento ambiental deve ser feito novamente, precedido de EIA/RIMA, considerando os impactos do empreendimento e dos demais condomínios instalados na mesma área afetada pelo condomínio do réu; **(c)** o empresário deverá adotar todas as providências e cuidados necessários para proteção do ecossistema local, da fauna silvestre e da

vegetação nativa, inclusive recuperando integralmente a situação anterior à intervenção no empreendimento; **(d)** o empreendedor deverá observar todos os demais requisitos, exigências e restrições da legislação vigente. Além disso, considerando que a intervenção do IBAMA é supletiva, considerando que o IBAMA também não adotou providências para prevenção e repressão às infrações ambientais havidas no local do empreendimento, e considerando que nada indica que a FEPAM (controlada de perto pelo Ministério Público Federal e prestando contas a este juízo) venha novamente desrespeitar a legislação vigente e proceder licenciamento irregular, não parece conveniente agora transferir o licenciamento do empreendimento para o IBAMA, como requerido pelo Ministério Público Federal (item IX-c de fls. 1134).

Indefiro os pedidos de liminar dos itens IX-a, IX-b e IX-c de fls. 1134, mantendo a possibilidade de regularização do licenciamento junto à FEPAM, desde que observadas as condições e restrições especificadas nesta decisão.

2.4.6. Sobre o pedido de intimação da CEEE e CORSAN (itens IX-h e IX-i de fls. 1135), a liminar deve ser deferida para impedir que sejam realizadas ligações de luz ou água no local do empreendimento, uma vez que a implantação do condomínio foi embargada judicialmente. Os motivos declinados pelo Ministério Público Federal nas recomendações encaminhadas a CORSAN e CEEE (fls. 1229-1234 e 1235-1242) são suficientes para indicar a conveniência no deferimento das providências, que irão garantir o adequado cumprimento da decisão nesta ação civil pública.

Defiro liminar para: (I) determinar a expedição de ofício à CEEE e à CORSAN para que não procedam novas ligações de luz e água no local do empreendimento.

2.4.7. Sobre a manutenção do manejo das dunas, como foi dito anteriormente, ainda que o empreendimento tenha sido embargado e a implantação do condomínio esteja suspensa, o réu-empresendedor continua responsável pela manutenção e manejo das dunas existentes no local, evitando que maiores danos sejam causados ao local e construções vizinhas. Embora não exista pedido expresse, fica implícito que o réu-empresendedor não pode abandonar o empreendimento, deixando sem adequado manejo as dunas em que interferiu. É conveniente que essa responsabilidade fique explicitada, afastando qualquer dúvida sobre a responsabilidade quanto à manutenção das dunas. Obviamente que a ação do réu-empresendedor deve estar devidamente licenciada junto aos órgãos competentes, cabendo à União e ao IBAMA indicar providências complementares que devam ser implantadas pelo réu-empresendedor, na forma da legislação vigente.

É conveniente então este juízo **(J) reconhecer a responsabilidade do réu-empresendedor pela manutenção e preservação da área de dunas**, cabendo-lhe adotar as providências necessárias à proteção e preservação das dunas, ainda que o licenciamento tenha sido anulado, e atender ao que for exigido pelos órgãos ambientais, pela União e pelo IBAMA quanto àquelas dunas.

2.4.8. Sobre a multa diária por descumprimento (itens V-a-1, V-a-2 e V-a-4 de fls. 57; itens IX-h de fls. 1134 e IX-g de fls. 1135), deve ser estabelecida multa para evitar o descumprimento dos termos da medida liminar. A fixação da multa está legalmente prevista (arts. 273-§ 3º e 461-§ 4º do CPC, e art. 12 da Lei 7.347/85). No momento, não é possível fixar a multa com base no valor médio de comercialização dos lotes do empreendimento porque este juízo não tem ainda como calcular esse valor. É mais apropriada a fixação de multa com base nos valores pedidos pelo autor, reexaminando esse valor caso ocorra descumprimento (arts. 273-§ 4º e 461-§ 6º do CPC).

Decido então **(K) fixar em R\$ 500.000,00 o valor da multa diária para o caso de descumprimento** de cada uma das providências liminarmente determinadas, revertendo esse valor em favor do Batalhão Ambiental da Brigada Militar.

2.5. Sobre as provas requeridas pelo Ministério Público Federal. Embora este não seja o momento adequado para saneamento do processo e deferimento de provas (os réus ainda não apresentaram suas contestações), é conveniente examinar desde já alguns dos pedidos de provas formulados pelo Ministério Público Federal porque isso agilizará a instrução do feito e não prejudicará a ampla defesa dos réus. Examinou estes pedidos:

2.5.1. Sobre a requisição do processo administrativo FEPAM 18487-05.67/04-4 (itens V-a-6 de fls. 58 e IX-g de fls. 1134), a íntegra do licenciamento ambiental discutido é relevante para instrução do processo e controle da atuação do órgão licenciador estadual. **Determino à FEPAM** que apresente nos autos, no prazo da contestação, cópia integral do processo administrativo 18487-05.67/04-4.

2.5.2. Sobre a requisição dos originais de imagens e fotos (item IX-d de fls. 1134-v), as imagens serão relevantes para identificação da área alterada pelo empreendimento. As cópias trazidas aos autos não são claras e não permitem adequada identificação do que está retratado nas imagens. A licença de instalação 811/2007-DL consta dos autos e não é necessária sua requisição. **Determino à FEPAM** que apresente nos autos, no prazo da contestação, os originais das fotos e imagens que constam de fls. 75-77, 91-95, 121-123, 127, 410-411, 419-421, 427-430, 458-461, 466-468, 510-549, 564-575 e 623, bem como do levantamento aerofotográfico realizado na região do empreendimento em 1998 (figura 8.4 do plano de manejo).

2.5.3. Sobre a requisição de documentos do réu-empresendedor (item IX-e de fls. 1134-v), examino separadamente cada um dos itens requeridos. Quanto aos itens e-1 e e-2 de fls. 1134-v, **julgo prejudicados** os pedidos porque as matrículas 71.034 a 71.147, e o registro da incorporação já constam do anexo 15 apresentado pelo réu-empresendedor, cabendo apenas determinar a respectiva juntada aos autos. Quanto ao item e-3 de fls. 1134-v, **determino ao réu-empresendedor** que, no prazo da contestação, apresente cópias coloridas ou os originais das fotos constantes do Diagnóstico de Manejo das Dunas do Empreendimento Playa Vista (fls. 230-249). Quanto ao item e-4 de fls. 1134-v, **julgo prejudicado** o pedido porque já constam plantas de localização do condomínio e suas confrontações estão indicadas, tendo a União condições de identificar o imóvel e suas confrontações com o que consta dos autos.

2.5.4. Sobre a requisição de informações ao IPHAN (item IX-f de fls. 1134-v), é oportuno oficiar ao IPHAN para prestar as informações referidas pelo Ministério Público Federal, já que se trata de questão relevante a ser considerada no licenciamento. **Determino a expedição de ofício de requisição ao IPHAN** para que, em 30 dias, **(a)** encaminhe todos os documentos e procedimento administrativo existente em relação ao empreendimento Condomínio Residencial Playa Vista, Município de Xangri-lá, ou ao empresário Metagon Incorporações e Loteamentos Ltda, inclusive os relatórios elaborados pelo Setor de Arqueologia do IPHAN; **(b)** preste informações sobre notificação do empresário Metagon Incorporações e Loteamentos Ltda. e embargo do empreendimento. O ofício deve ser instruído com cópias de fls. 403-403 e 1091-1093.

DESPACHO

3. **Inclua-se o IBAMA** como assistente do autor.
4. **Intimem-se e cite-se os réus** para ficar cientes desta decisão, cumprir integralmente seus termos e apresentar a resposta que tiverem no prazo legal.
5. **Intimem-se a União** para ficar ciente desta decisão e atender seus termos, especialmente item 1.1.
6. **Intime-se o IBAMA** para ficar ciente desta decisão.
7. **Oficie-se ao Registro de Imóveis de Capão da Canoa** para ficar ciente desta decisão e cumprir o que lhe cabe quanto ao item 2.4.3.
8. **Oficie-se à Presidência da CEEE e da CORSAN** para ficar ciente desta decisão e cumprir o que lhe cabe quanto ao item 2.4.6.
9. **Oficie-se ao IPHAN** para ficar ciente desta decisão e cumprir o que lhe cabe quanto ao item 2.5.4.
10. Após, **remetam-se ao Ministério Público Federal** para ficar ciente desta decisão.
11. Após, **juntem-se aos autos** os documentos 15 e 21 apresentados pelo réu-empresendedor (fls. 894 e 1063, respectivamente), desfazendo as pastas em que se encontram e numerando as respectivas folhas.
12. Após, **aguarde-se** a resposta da União (itens 1.1 e 5).
13. Após, **venham conclusos** para decidir sobre a intervenção da União Federal (item 1.1) e prosseguimento.

Porto Alegre, 02 de junho de 2009.

CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
Juiz Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR:2108
Nº de Série do Certificado: 44354B98
Data e Hora: 04/06/2009 15:16:48