

PARECER JURÍDICO EM MATÉRIA AMBIENTAL

CONSULENTE: ASSOCIAÇÃO DOS PROPRIETÁRIOS E MORADORES DO BANHADO DO MAÇARICO – RIO GRANDE

Objeto: análise da possibilidade de alteração de classificação de unidade de conservação estadual e redução de suas dimensões

Origem: Processo Administrativo nº 5910.05.00/15-3 e nº 8948.05.00/15-2

Órgão Ambiental: Secretaria do Ambiente e Desenvolvimento Sustentável do Estado do Rio Grande do Sul

Metodologia: A apreciação da matéria submetida a estudo será realizada à luz da doutrina de Direito Constitucional, Direito Ambiental e de Direito Administrativo de maneira a verificar a possibilidade de modificar a classificação de unidade de conservação por critérios e novos estudos científicos, e cabimento da redução de seus limites. O estudo basear-se-á em uma revisão bibliográfica sobre o tema, com a apreciação de estudos desenvolvidos pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, de universidades, da Fundação Zoobotânica, da Ação Civil Pública, processada sob o nº 023/1.14.0001998-7 que tramita na 3ª Vara Cível da Comarca do Rio Grande e Processo Administrativo nº 013807-050.00/14-6.

NOVO CONCEITO

Método dedutivo será o empregado. A contextualização da unidade frente os estudos produzidos indicará as conclusões.

O trabalho será apresentado sob forma científica.

Porto Alegre, 03 de outubro de 2015.

Francisco Luiz da Rocha Simões Pires

OAB-RS nº 88.026

ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE A CRIAÇÃO DA UNIDADE DE CONSERVAÇÃO

DO BANHADO DO MAÇARICO NO MUNICÍPIO DO RIO GRANDE

E POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DE CLASSIFICAÇÃO

Francisco Luiz da Rocha Simões Pires¹

1. Introdução. 2. Resgate do histórico de estudos. 3. Atuação do ICMBIO. 4. Agilidade e deficiência na criação da unidade de conservação pelo Estado. 5. Estudos complementares e diferenciados. 6. Possibilidade de alteração da classificação e limites. 7. Revisão do ato criador. 8. Considerações finais.

1. Introdução.

O presente trabalho tem como objetivo a análise da forma, validade, regularidade da criação de uma unidade de conservação pelo Estado do Rio Grande no Município do Rio Grande, em razão de inconformidades e inconsistências verificadas no curso de uma ação civil pública em tramitação no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul por conta da inconformidade de diversos proprietários de áreas atingidas pela criação da unidade de conservação denominada Reserva Biológica do Banhado do Maçarico.

¹ Advogado, Promotor de Justiça aposentado do Estado do Rio Grande do Sul, Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Especialista em Direito Público pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, *Campus* Cachoeira do Sul.

NOVO CONCEITO

Os titulares das áreas atingidas promoveram a aproximação com o Estado do Rio Grande do Sul através da Secretaria do Ambiente e Desenvolvimento Sustentável justificando o desconforto, divergências e vontade construtiva de alternativas para a situação jurídica criada pelo ente estatal.

Através da formação de um Grupo de Trabalho pela Portaria nº 93/2015, foi possível estabelecer o diálogo, criando premissas para que o estudo ora realizado tenha sólida base científica, despida de paixões privatistas e ideológicas refratárias às constatações que viessem a ser feitas.²

Forte na conjugação de esforços, de estudos preliminares, desprendimento do órgão ambiental do Estado e dos titulares dos imóveis abarcados pela novel unidade de conservação, foram produzidos trabalhos científicos que servirão para a tomada de decisão.

No plano jurídico é que se encontrará a saída para solucionar os impasses, aparar arestas, contornar dificuldades, e estabelecer a resolução de eventuais conflitos. É estudo complementar aos de outras áreas científicas.

2. Resgate do histórico de estudos.

Para situar o tema ora enfrentado, é sabido que a Região do Taim no Município do Rio Grande do Sul constitui área de exuberância ambiental a qual já recebe há mais de 30 anos uma unidade de conservação federal, a Estação Ecológica do Taim, fato público e notório que não depende de esforço probatório.

Ao longo do tempo esta área tem sido objeto de conflitos fundiários, de conflitos de uso implicando demandas judiciais, quer para o cercamento da

² Portaria elaborada com base no Processo Administrativo nº 5910.05.00/15-3 e nº 8948.05.00/15-2, expedida em 08 de julho de 2015 pela senhora Secretária do Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, publicada no DOE de 14.7.2015.

unidade, quer para sua ampliação, ou redução por força de decisão judicial do Supremo Tribunal Federal.

Não menos verdade, que a área do Município do Rio Grande possui outros componentes ambientais relevantes que recebem as preocupações do Poder Público. Pode-se referir a criação da unidade de conservação Refúgio da Vida Silvestre – unidade de conservação federal – constituída nos Molhes da Barra do Rio Grande por acolherem um núcleo populacional de leões marinhos; a Área de Preservação Ambiental da Lagoa Verde, unidade de conservação municipal, espaço protegido do Arroio Bolaxa ao Saco da Mangueira; a existência de outras áreas importantes como o Banhado do Vinte e Cinco, e mesmo o Banhado do Maçarico.

Há bom tempo é intensa a preocupação do Ministério do Meio Ambiente com relação à região da Planície Costeira, sistema lagunar na Região Sul do Estado e as áreas de banhados que se vinculam neste espaço.

A área onde se situa o Banhado do Maçarico foi objeto de estudos pelo Ministério do Meio Ambiente sendo constatados os atributos naturais, ambientais, e sua relevância para fins de promover a conservação da biodiversidade.

Isto foi plasmado, apontado e normatizado pela Portaria nº 09 de 23 de janeiro de 2007.

É possível destacar que na Tabela 11.9.6 do Estado, consta da lista de prioridades a mesma identificada como “PpZc004 Banhado do Maçarico e Cordões Litorâneos anexos”, referindo-se a uma área de 875 km² (oitocentos e setenta e cinco quilômetros quadrados).³

³ *Áreas Prioritárias para Conservação, Uso Sustentável e Repartição de Benefícios da Biodiversidade Brasileira. Atualização. Portaria MMA nº 9, de 23 de janeiro de 2007. Ministério do Meio Ambiente. Secretaria da Biodiversidade e Florestas. Brasília: MMA. 2007.*

NOVO CONCEITO

O estudo atribui a citada área como uma “Área Extremamente Alta a importância e de igual prioridade”.⁴

Importante anotar a contextualização dos trabalhos realizados pelo Ministério do Meio Ambiente:

A Zona Costeira é a região de interface entre o continente e o mar, sendo dominada por processos originados nas bacias de drenagem dos rios afluentes, e por processos oceanográficos e atmosféricos. A elevada concentração de nutrientes e outros fatores ambientais como gradiente térmicos, salinidade variável e as excepcionais condições de abrigo e suporte à reprodução e alimentação dos indivíduos jovens da maioria das espécies que habitam os oceanos fazem com que essa área desempenhe uma importante função de ligação e de trocas genéticas entre os ecossistemas terrestres e marinhos. Tal fato torna a Zona Costeira um ambiente complexo, diversificado e de extrema importância para a sustentação da vida costeira e marinha e por isso deveria ser um dos principais focos de atenção para a conservação ambiental e manutenção da biodiversidade, tanto terrestre quanto aquática.⁵

Na Região Sul foi estabelecido o cenário a ser estudado na área do Farol de Santa Marta em Santa Catarina até o Arroio Chuí no Rio Grande do Sul.

Os estudos destacaram que na Região do Bioma Pampa com relação à Zona Costeira foram identificadas 30 (trinta) área prioritárias, correspondendo a 6,1% da totalidade das áreas de todos os biomas brasileiros (Amazônia, Mata Atlântica, Caatinga, Pampa e Cerrado), cuja área foi estimada em 17.633 km² (dezessete mil, seiscentos e trinta e três quilômetros quadrados).

⁴ *Áreas Prioritárias para Conservação, Uso Sustentável e Repartição de Benefícios da Biodiversidade Brasileira. Atualização. Portaria MMA nº 9, de 23 de janeiro de 2007. Ministério do Meio Ambiente. Secretaria da Biodiversidade e Florestas. Brasília: MMA. 2007. p. 246.*

⁵ *Áreas Prioritárias para Conservação, Uso Sustentável e Repartição de Benefícios da Biodiversidade Brasileira. Atualização. Portaria MMA nº 9, de 23 de janeiro de 2007. Ministério do Meio Ambiente. Secretaria da Biodiversidade e Florestas. Brasília: MMA. 2007. p. 99.*

NOVO CONCEITO

Não menos verdade, e não cabe deixar de ser apreciado neste contexto deste trabalho que os estudos referem-se à atividade pecuária como uma das principais atividades econômicas nos campos sulinos devido a diversidade de plantas de alto valor forrageiro, porém observa:

Em conseqüência disso, o pastoreio intensivo tornou-se outro importante agente de degradação dos campos, uma vez que acelera fortemente o processo de arenização em boa parte do Estado. Contudo, o Pampa tem sido usado para criação de gado desde o século 17, quando os jesuítas iniciaram as Missões de cristianização dos Guaranis. A atividade de criação de gado em vastos campos é a própria imagem da cultura gaúcha, a identidade do povo que se identifica como gaúcho ao invés de sul-riograndense. **Essa pecuária extensiva, praticada em todo o Pampa contribui para a manutenção e preservação da vegetação, podendo também ajudar a manter a integridade dos seus ecossistemas campestres, no entanto o limiar entre uso sustentável e degradação é bastante tênue.**⁶ (grifei)

Na região em comento, existente a atividade extensiva de pastoreio, exercida há mais de 150 (cinto e cinqüenta) anos, tradição que se projeta por gerações, não havendo, pelo que se sabe o esgotamento das áreas, ou insustentabilidade das atividades, bem como ausente na Região do Taim, processo de arenificação (ou desertificação).

A portaria ministerial referida trazendo os estudos e conclusões identificadas que a área comentada deverá ser protegida através da criação de unidade de conservação de proteção integral.

O escopo do estudo foi a identificação de áreas prioritárias e sugerir tipo de unidade de conservação, o que foi feito.

⁶ *Áreas Prioritárias para Conservação, Uso Sustentável e Repartição de Benefícios da Biodiversidade Brasileira. Atualização. Portaria MMA nº 9, de 23 de janeiro de 2007. Ministério do Meio Ambiente. Secretaria da Biodiversidade e Florestas. Brasília: MMA. 2007. p. 89.*

NOVO CONCEITO

Não há indicação de qual o tipo, porque seguramente estudos específicos e mais amplos se impunham.

A Lei nº 9.985 de 18 de julho de 2000, emendada como “Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VI da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação” traz uma série de conceitos, princípios e diretrizes para sua aplicabilidade, trazendo no art. 7º a especificação dos grupos de unidade de conservação (proteção integral e uso sustentável).⁷

Já em seu art. 8º disciplina a tipologia de unidades de conservação de proteção integral, as quais são individualmente conceituadas no art. 9 a 11; ao passo que no art. 14 estabelece a identificação das unidades de uso sustentável, conceituadas em separado nos moldes do art. 15 a 21 do mencionado diploma.

A unidade de conservação em comento foi decretada nos termos do Decreto nº 52.144 de 10 de dezembro de 2014, e erigida à reserva biológica como prevê o art. 7º, § 1º, e art. 8º, inc. II, Lei nº 9.985/2000, consistindo em unidade de proteção integral.

O conceito deste tipo de unidade é o que consta do art. 10 da mencionada lei, a saber:

A Reserva Biológica tem como objetivo a preservação integral da biota e demais atributos naturais existentes em seus limites, sem interferência humana direta ou modificações ambientais, excetuando-se as medidas de recuperação de seus ecossistemas alterados e as ações de manejo necessárias para recuperar e preservar o equilíbrio natural, a diversidade biológica e os processos ecológicos naturais.

⁷ *Constituição Federal, Legislação Administrativa, Legislação Ambiental*. Nylson Paim de Abreu Filho (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2008. pp. 663-675.

NOVO CONCEITO

A outra característica é que este tipo de unidade é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares que a integram serão objeto de desapropriação como regra o art. 10, § 1º da Lei do SNUC.

Assim fica estabelecida certa referência histórica da preocupação do Ministério do Meio Ambiente quanto à área em questão.

3. Atuação do IBAMA e ICMBIO.

A área que foi objeto de constituição da unidade de conservação, uma reserva biológica, foi no denominado Banhado do Maçarico, sendo área de importância para a conservação da biodiversidade, consoante os estudos realizados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio.

Através da provocação do Comitê para a Conservação e Manejo dos Passereiformes Ameaçados de Extinção no Brasil – Grupo de Trabalho Pampa, Espinilho e Banhados, mediante o encaminhamento do documento ilustrativo da atividade do comitê, seus objetivos, folder sobre seminário, fragmentos da lista de fauna ameaçada, do denominado Livro Vermelho deste Estado, matérias veiculadas em sítios eletrônicos, foi instaurado um procedimento administrativo de nº 02001.001721/2007-37 em 27 de março de 2007 junto ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA

Verificou-se nos autos, outros tantos documentos informativos que desde 2006 há estudos tendentes à criação de unidade de conservação naquela área.

Aliás, inclusive sobre a possibilidade de ampliar a Estação Ecológica do Taim de modo a abranger esta área. Até foi discutida a criação de um parque nacional (fl. 78/82 do processo citado).

NOVO CONCEITO

A leitura do processo que tramita dá conta que o Ministério Público Federal insiste ou insistia na provocação aos gestores ambientais para que promovessem a criação de uma unidade de conservação federal, e no exame dos autos identifica-se até a preocupação com destinação de recursos federais decorrentes de compensação ambiental para tal finalidade.

Inclusive o ICMBio – Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade também segue na mesma toada do IBAMA.

Presentes nos autos as diversas manifestações de instituições científicas, universidades, organizações não-governamentais para a criação de uma unidade de conservação.

Trazido para o procedimento administrativo auto de infração a empresa por infração ambiental no local.

Com o devido respeito, o procedimento contém uma miscelânea de documentos, quer pela autuação levada a efeito contra Bianchini S/A, auto de infração, diligências que seriam feitas, informações ao Ministério Público Federal que insere em um processo onde se discute a criação de uma unidade de conservação, providências quanto ao plantio de eucaliptos, ou utiliza este fundamento para insistir sobre a criação da unidade.

Isto antevê um desvio da compreensão do funcionamento constitucional dos poderes, ou seja, haja atos que são próprios, peculiares, motivados e que podem ser produzidos pelo Poder Executivo e seus órgãos uma vez que haja compatibilidade orçamentária, o devido processo legal, estudos fundamentais (não apenas uma apresentação de *Power point* e algumas fotografias, em moções de apoio a criação de uma unidade.

NOVO CONCEITO

Há um rito, há um procedimento que deve ser contemporizado com razoabilidade, rigorismo de legalidade, também vinculado aos vetores conveniência e oportunidade.

Não basta querer criar uma unidade, sem poder desapropriar a área, sem ter estrutura de pessoal, material e financeira para tanto, sob pena de gritante leviandade do gestor ambiental.

As correspondências eletrônicas juntadas ao procedimento dão conta da atuação dos envolvidos, ora no sentido de fornecer elementos ao Ministério Público, ora em direcionar recursos de compensações ambientais, dispersam focos de proteção (Banhado do Maçarico, Banhado do Vinte e Cinco, Saco da Mangueira, marismas do Saco da Mangueira [fl. 121], etc.).

Em todas há dúvidas dos envolvidos, e indefinições quanto à proteção, inclusive é referido até questões econômicas que nada tem a ver com os estudos, por exemplo, o valor do pedágio (Fábio Olmos, 20.10.2006, fl. 119):

Ótimo que há convergência de opiniões qto ao Banhado do Maçarico. A coisa sendo bem amarrada o \$\$ p/ implantar a UC pode vir da obra. Que aliás é uma rodovia pedagiada que cobra uma tarifa absurda (R\$ 5,10 por um trecho de menos de 50 km) que deixa SP no chinelo. Uma % poderia ir p/ manter as áreas.

Sobre o Taim, aproveitei p/ dar uma olhada. Há muitas áreas já ocupadas por Pinus que não seriam de grande interesse. A ampliação incluiria o quê ?

Outra pérola coletada mostra claro posicionamento ideológico, desgarrando do científico (fl. 123).

NOVO CONCEITO

----- Original Message -----

From: Leonardo Vianna Mohr

To: passeriformes_sulinos@yahoogrupos.com.br

Sent: Tuesday, November 14, 2006 4:01 PM

Subject: [passeriformes_sulinos] ampliação do Taim

Caros,

O processo de compensação das BRs ainda se encontra no setor de licenciamento do IBAMA.

Gostaria, pois, de discutir outra questão, que é a ampliação da ESEC Taim.

Existe verba para ser aplicada na unidade, já de forma oficial.

A ampliação seria interessante? Melhor, a ampliação de forma a englobar o banhado do Maçarico é factível? Eu não conheço a área; entre a borda do Taim e o início do banhado, pelo que entendi, há um talhão de Pinus.

Gostaria da resposta de vocês especificamente quanto a este item, para podermos encaminhar algumas conversas internamente.

Obrigado,

Léo

NOVO CONCEITO

De: "Rafael Antunes Dias" <radias.sul@terra.com.br>

Data: Tue, 14 Nov 2006 22:30:23 -0200

Para: <passeriformes_sulinos@yahoogrupos.com.br>

Passarinheiros sulinos,

Há apenas duas estradas de terra que ligam a serraria da empresa dona do talhão a BR. Os talhões ficam entre o banhado do Taim e o oceano. É possível unir o Taim ao Maçarico através do arroio da Estiva e o banhado do Araçá. Entretanto, o escoamento da madeira ficaria comprometido... Ah, também tem uma vila inteira grudada na serraria, lar de várias famílias (vivendo numa situação lamentável, diga-se de passagem - bem diferente da do dono da empresa).

A região dos cordões litorâneos (onde tá o Maçarico) é cheia de médias propriedades - o processo de desapropriação vai ser complicado... mas seria ótimo se houvesse uma UC restritiva no local!

Abraços,

Rafael Antunes Dias

Laboratório de Ornitologia

Universidade Católica de Pelotas

Isto revela uma demasia.

Além disto, verifica-se que no expediente em comento (processo administrativo nº 02001.1721.07 (IBAMA/MMA/ADM. CENTRAL) verifica-se este tipo de linguagem pejorativa ao Sistema Nacional do Meio Ambiente, a órgãos de diversas esferas, com participação de diversos Estados, instituições de Estado, seguimento científico e organizações não-governamentais são nominados como consta na quarta linha:

NOVO CONCEITO

Certamente as Marismas de Rio Grande/Pelotas são importantes, o que temos é que decidir AGORA o que é MAIS importante, infelizmente. E infelizmente, não temos perna pra tocar todos os processos simultaneamente. A grande merda é que não existe um verdadeiro SISNAMA no Brasil. No RS, pelas notícias que tenho, a situação degradingolou vertiginosamente nos últimos 4 anos, e pelo histórico do grupo atual no poder, talvez piore ainda mais. Não vou nem comentar sobre a situação nos municípios, pois quais no RS teriam real condição de fazer uma boa gestão ambiental?

Não é desta forma, nem com este tipo de diálogo virtual que se constrói o Sistema Nacional de Meio Ambiente, e nem desta maneira se exerce a crítica ao sistema, a construção é contínua, não é um processo pronto e acabado, muito pelo contrário, trata-se de um longo processo para construção com a coleta de múltiplas opiniões (técnicas, populares recolhidas do conhecimento e experiência humana), mas não é através da desqualificação que uma unidade de conservação é construída.

A maneira organizada, planejada, bem estruturada é-nos informada por MARIA CECÍLIA WEY DE BRITO ao tratar o tema “Diretrizes para o estabelecimento de Sistemas de Áreas Naturais Protegidas Unidades de Conservação” buscando posição de MacKinnon da seguinte maneira:

Os sistemas nacionais de áreas naturais protegidas devem ser estabelecidos de forma a melhor representar a biodiversidade dos países e a responder os requerimentos para sua conservação, objetivando o desenvolvimento humano sustentável. O estabelecimento desses sistemas permite ao país avaliar seu grau de compromisso para a conservação.

[...]

Hoje, o enfoque do planejamento tem caráter integrado contemplando as áreas de estudo em seu conjunto, **utilizando variáveis físicas, econômicas, sociais e ambientais e suas inter--**

NOVO CONCEITO

relações. Seu processo deve ser seqüencial e interativo, realimentado constantemente, e, portanto, cíclico. Deve gerar soluções e propostas num processo contínuo de tomada de decisões. Sua missão é a de coordenar os objetivos e **receber as recomendações da participação pública para a tomada de decisões.**⁸ (grifei)

Estes argumentos ilustram a necessidade de construir as alternativas da conservação da biodiversidade em conjunto com vários seguimentos, não se pretendendo – apenas por conta de provocações do Ministério Público Federal e um grupo seletivo de profissionais e técnicos ambientais – impor alterações significativas nas vidas das pessoas, ingerências em seus patrimônios, sem que os mesmos sejam ouvidos, previamente no mínimo, e sejam convidados a participar da discussão sobre algo relevante à conservação que implicará impactos em sua vidas também.

A idéia da dissociação homem-natureza continuou regendo os pressupostos vinculados aos sistemas nacionais de áreas protegidas alerta MARIA CECÍLIA WEY DE BRITO.⁹

Diante da tramitação do citado procedimento administrativo, os órgãos ambientais federais decidiram em conjunto promoverem a uma vistoria no local de modo que pudessem, com base nos diversos elementos que continha, os dados disponíveis quanto à relevância da área, e em atendimento às provocações de diversos seguimentos da sociedade científica.

Os estudos do ICMBio apresentaram as seguintes conclusões:

⁸ BRITO, Maria Cecília Wey de. *Unidades de Conservação: intenções e resultados*. 2ª ed. São Paulo: Annablume-FAPESP. 2003. pp. 35-36.

⁹ BRITO, Maria Cecília Wey de. *Unidades de Conservação: intenções e resultados*. 2ª ed. São Paulo: Annablume-FAPESP. 2003. pp. 35-36.

NOVO CONCEITO

5. Estudos necessários para refinar o processo de criação da UC no Banhado do Maçarico

O SNUC menciona a necessidade da realização de estudos prévios à criação de uma UC e a Instrução Normativa ICMBio nº 05/2008 detalha um pouco mais o escopo desses estudos. Entre estes, destaca-se a necessidade de caracterização do uso do solo, bem como a caracterização da

¹ Ferreira, T.F. Modelagem ecológica da transferência de matéria orgânica entre lagoa e banhado e alterações promovidas por estressor antrópico: uso da água para rizicultura e a conservação do sistema hidrológico do Taim-RS. In: <http://www.google.com.br/search?hl=pt-BR&client=firefox-a&rls=org.mozilla%3Apt-BR%3Aofficial&hs=9J6&q=%22banhado+do+ma%C3%A7arico%22+hidrologia&btnG=Pesquisar&meta=>

população residente, contendo o número e tamanho médio das propriedades e o padrão de ocupação da área.

Em relação aos estudos de fauna, não há necessidade de obtenção de mais informações, já que estas existem em quantidade suficiente para caracterizar a região em que se pretende criar a UC como prioritária para a conservação da biodiversidade, o que é comprovado pela mesma ser tanto uma IBA quanto uma Área Prioritária para a Conservação (ver introdução deste Relatório).

Não se obteve informações sobre estudos de vegetação, em consulta ampla na internet e também na base de dados do Currículo Lattes/CNPq. Portanto, uma caracterização mais detalhada da vegetação na área de estudo se faz necessária.

O ponto mais importante a ser caracterizado é, sem dúvida, o aspecto socioeconômico e fundiário da área de estudo. O Processo possui poucas informações sobre esse assunto, de modo que o ICMBio deve se preocupar em levantá-las antes de definir os limites da RVS Banhado do Maçarico. Um estudo dessa natureza vai auxiliar o Instituto a conhecer os principais atores sociais da região e iniciar o debate com a sociedade sobre a proposta de UC, seus benefícios e restrições.

A sugestão do ICMBio foi a criação de uma unidade de conservação de proteção integral, RVS – Refúgio da Vida Silvestre – porém carente de outros dados, especialmente sobre a fixação de limites.

Esta é uma forma simples e resumida de verificar os estudos autorizadores da criação da unidade, embora com as censuras antes feitas.

Na fl. 201 há um estudo embrionário da área, poligonal com área de 318 km² (trezentos e dezoito quilômetros quadrados) aproximadamente.

Retomando os ensinamentos de MARIA CECÍLIA WEY DE BRITO que deveriam ter orientado os estudos então desenvolvidos, e sobremaneira serviriam para que o Estado do Rio Grande do Sul não tivesse açodadamente e de maneira direcionada criado a mencionada unidade REBIO Banhado do Maçarico, especialmente:

NOVO CONCEITO

A relação entre população e conservação da natureza tem sido marcada por problemas de diversas ordens e magnitudes. Esses problemas têm aparecido nas atitudes da sociedade e do poder público, particularmente, quando se trata de unidades de conservação e são, em última instância, reflexos do predomínio da existência de oposição entre homem e natureza.¹⁰

A busca do equilíbrio é e será sempre saudável.

4. Agilidade e deficiência na criação da unidade de conservação pelo Estado.

Há bom tempo a comunidade do Rio Grande tem e tinha conhecimento sobre a importância de áreas na região da Planície costeira a qual sempre atraiu a preocupação do seguimento científico, quer pela existência de unidades de conservação na Região Sul, quer pelas atividades industriais desenvolvidas no Rio Grande e em Pelotas que provocam impactos ambientais e são constantemente monitoradas pelos órgãos ambientais.

A exuberância da região quanto ao ambiente é e sempre foi objeto de preocupação de todos os seguimentos.

Não se olvide que se tem na região a atuação intensa do Ministério Público Estadual e do Ministério Público Federal sem prejuízo da atividade fiscalizadora dos órgãos ambientais e de polícia ambiental.

Os titulares das áreas onde foi criada por decreto a unidade conservação - Reserva Biológica do Banhado do Maçarico – tomaram conhecimento da mesma em razão da publicização de acordo celebrado em Ação Civil Pública, processada sob o nº 023/1.14.0001998-7 que tramita na 3ª Vara Cível da Comarca do Rio Grande, e porque se soube da ocorrência de um acordo entre o Ministério Público

¹⁰ BRITO, Maria Cecília Wey de. *Unidades de Conservação: intenções e resultados*. 2ª ed. São Paulo: Annablume-FAPESP. 2003. p. 102.

NOVO CONCEITO

Estadual, a Fundação Estadual de Proteção Ambiental – FEPAM e a Odebrecht Energias Alternativas S/A, os dois últimos réus na ação em comento, posto que havia sido suspenso o licenciamento que seria concedido à empresa pela fundação ambiental.

Diante da conclusão do Complexo Eólico da Odebrecht Energias Alternativas S/A, houve a mencionada pactuação, porém – como elemento indutor do acordo – ocorreu a criação pelo senhor Governador do Estado desta unidade de conservação.

Foi criada a Reserva Biológica do Banhado do Maçarico pelo Decreto nº 52.144 de 10 de dezembro de 2014.

Nesta data aconteceu a assinatura de um termo de acordo judicial nos autos da Ação Civil Pública nº 023/1.14.0001998-7 envolvendo aquelas partes.

De modo ágil, houve a homologação judicial do Termo de Ajustamento de Conduta Judicial, dando-se início de imediato ao cumprimento do mesmo por parte da empresa de energia eólica, e conseqüente expedição da Licença de Operação pelo órgão ambiental estadual, possibilitando a operação do complexo eólico.

Cabe revisitar alguns argumentos utilizados quando da percepção que o surgimento da unidade de conservação aconteceu com uma celeridade nunca vista no Estado do Rio Grande do Sul e, quiçá, no País, ou seja, inimaginável que “a bem da biodiversidade”, em “prol da humanidade” em menos de 60 (sessenta dias) o senhor Governador do Estado do Rio Grande do Sul tivesse despertado o sentimento e interesse conservacionista em agilizar de maneira superafetada a criação de uma unidade de conservação.

Tanto que em rápidas reuniões de um grupo de cinco membros orientaram a criação desta unidade de conservação com absoluta carência de estudos por parte do Estado do Rio Grande do Sul.

NOVO CONCEITO

Em observações anteriores foi dito o seguinte:

Emergiu com cristalina clareza que o senhor Governador agilizou atos de interesse de uma corporação, pondo de lado qualquer respeito aos gestores do órgão ambiental, de modo que não houvesse qualquer óbice ao encerramento de uma ação civil pública a qual estava impedindo o funcionamento, ou melhor, o início de atividades de geração de energia eólica.

Porém, o elemento grave que se descortinou foram as violações de parte a parte (Ministério Público e FEPAM) dos cânones constitucionais e infraconstitucionais.¹¹

Na ação civil pública mencionada, os proprietários de áreas atingidas pela criação da unidade de conservação se insurgiram e ingressaram por Recurso de Apelação no processo visando a integrar a lide, reformar a sentença homologatória do acordo, e promover o seguimento da ação, e de modo que pudessem defender seus interesses.

Naquela peça foi dito o seguinte sobre a criação da mencionada unidade de conservação, uma Reserva Biológica:

A criação da Unidade de Conservação do Banhado do Maçarico foi por decreto governamental o qual estabeleceu a classificação da unidade, dando-a como Reserva Biológica que consiste na mais hermética unidade de conservação haja vista sua condição de proteção integral e de escassas intervenções.

O Banhado do Maçarico foi objeto de estudos pelo Ministério do Meio Ambiente sob a alegada relevância para conservação da

¹¹ Fragmento extraído do trabalho **CONSIDERAÇÕES SOBRE A CRIAÇÃO DA U.C. DO BANHADO DO MAÇARICO** de autoria do signatário, elaborado aos interessados em 29.01.2015, p. 12.

NOVO CONCEITO

biodiversidade, tanto que na Portaria nº 09 de 23 de janeiro de 2007.¹²

Consta na Tabela 11.9.6 da lista de prioridades a PpZc004 Banhado do Maçarico e Cordões Litorâneos anexos, área de 875 km², reputado com Área Extremamente Alta a importância e de igual prioridade (fl. 246).

A denominada Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação prevê a tipologia de unidade de conservação, e, dentre elas, A reserva biológica (art. 7º, § 1º, 8º, inc. II, Lei nº 9.985/2000) constitui o que se denomina unidade de proteção integral, e o art. 10 da mencionada lei, dá a conceituação e objetivo da mesma.

É destacado que pela importância deverá ser de posse e domínio público, ou seja, não se admite reserva biológica privada, e a visitação é proibida, ressalvada a pesquisa e recuperação de ecossistemas.

O que causou espécie é a criação da citada unidade, acontecer em meio a uma ação civil pública movida em face do órgão ambiental estadual atribuindo ao mesmo a omissão em não exigir a elaboração de Estudo de Impacto Ambiental e de seu Relatório de Impacto Ambiental bem como consta do prólogo do acordo realizado.

Não há qualquer dúvida que a criação desta unidade de conservação vem com matizes de ilegalidade, possível de ser atribuída ao senhor Governador do Estado haja vista que, de modo absolutamente relâmpago, o Decreto nº 52.145, de 10 de dezembro de 2014 foi publicado no Diário Oficial do Estado do dia 11 de dezembro do ano passado.

¹² *Áreas Prioritárias para Conservação, Uso Sustentável e Repartição de Benefícios da Biodiversidade Brasileira. Atualização. Portaria MMA nº 9, de 23 de janeiro de 2007. Ministério do Meio Ambiente. Secretaria da Biodiversidade e Florestas. Brasília: MMA. 2007.*

NOVO CONCEITO

No mesmo dia 11 de dezembro de 2014, o Ministério Público entabulou reunião com os réus (FEPAM e ODEBRECHT) no sentido de realizarem o acordo que veio a juízo.

O acordo foi firmado em 11 de dezembro do ano passado.

A homologação deu-se em 15 de dezembro do ano findo, publicando nota de expediente em 17 daquele mês e ano.

Não emerge qualquer dúvida que o Decreto foi editado tendo em mira a finalização da Ação Civil Pública obstativa do desenvolvimento e licenciamento do Complexo Eólico do Senandes da empresa Ré, Odebrecht, ora Recorrida.

Basta ver que o pedido contido na ação era a nulidade da Licença Ambiental de Instalação nº 043/2013, expedida pela FEPAM para que a ODEBRECHT pudesse instalar o complexo eólico.¹³

A respeito da criação da unidade mediante a edição do tão falado decreto, foi ponderado na citada via recursal o seguinte:

O Decreto veicula a vontade e autoridade do poder público em promover a defesa do interesse público, porém necessário identificar a natureza do mesmo, através de seu conteúdo, comandos exarados e conseqüências pretendidas.

Não se pode esquecer que o Decreto na regra constitucional do art. 84, inc. VI e suas alíneas, inc. IX e X, da Constituição Federal indica a aplicabilidade (logo utilização) do mesmo.¹⁴

A Constituição Estadual prevê no art. 82, inc. V, e VIII o uso do Decreto pelo Governador, e neste caso, é para promover a fiel execução das leis (estaduais, é lógico), e para decretar a intervenção em Municípios, e sua execução.

¹³ Trecho extraído do Recurso de Apelação interposto na Ação Civil Pública nº 023/1.14.0001998-7 da 3ª Vara Cível da Comarca do Rio Grande.

¹⁴ *Coletânea de Legislação Administrativa, Constituição Federal*. Odete Medauar (org.). 12ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.. 2012.

NOVO CONCEITO

Deste modo, não poder apenas um instrumento de coerção, mas de complementação, de veiculação de vontade, de organização.¹⁵

Daí, se possível questionar o seu uso para a criação de uma unidade de conservação e suas implicações, tais como: desapropriação, proteção, ações a serem praticadas, atos de gestão, forma de cumprimento das regras do Código Estadual do Meio Ambiente.

Portanto, o Decreto não pode ser utilizado de qualquer maneira ou modo para fins de gerar obrigações a terceiros, interferir na propriedade e posse, restringir direitos.

Cabível discutir a pertinência deste decreto que cria uma unidade de conservação de tamanha relevância através de decreto, e embora dispensável a consulta pública na comunidade, facultativa, mas levando em consideração a existência de um zoneamento da energia eólica, as atividades econômicas desenvolvidas, o grau de preservação das áreas atingidas, especialmente que a vocação das atividades agrossilvipastoris da região têm sido cumpridas em perfeita sintonia.

Acentua SAINT'CLAIR HONORATO SANTOS que a autoridade administrativa pode impor limitações administrativas, dentro do princípio peculiar de discricionariedade, "estabelecer limites, parâmetros ao direito de propriedade, que não aniquilem este direito, em benefícios de todos".¹⁶

O decreto produzido tem efeito criativo no âmbito da administração pública.

Não há como entender que o mesmo tenha capacidade de restringir o direito fundamental à propriedade e seu cumprimento da função social como exige o art. 5º, XXII e XXIII da Carta Magna.

¹⁵ *Rio Grande do Sul, Constituição (1989). Constituição: Estado do Rio Grande do Sul. 23ª Ed. Porto Alegre: CORAG – Assessoria de Publicações Técnicas. 2011.*

¹⁶ SANTOS, Saint'Clair Honorato. *Direito Ambiental. Unidades de Conservação. Limitações Administrativas.* Curitiba: Editora Juruá. 1999. p.109.

NOVO CONCEITO

Emergiu com cristalina clareza que o senhor Governador agilizou atos de interesse de uma corporação, pondo de lado qualquer respeito aos gestores do órgão ambiental, de modo que não houvesse qualquer óbice ao encerramento de uma ação civil pública a qual estava impedindo o funcionamento, ou melhor, o início de atividades de geração de energia eólica de uma empresa do porte da ODEBRECHT Energias Alternativas S/A.

Porém, o elemento grave que se descortinou foram as violações de parte a parte (Ministério Público e FEPAM) dos cânones constitucionais e infraconstitucionais.

Os vícios invalidam o acordo.

Somente o Tribunal de Justiça poderá revisar tamanho conjunto de ilegalidades, vícios, nulidades, e violações principiológicas. **(grifos no original)**

De modo bastante evidente desfraldou-se críticas a essa atividade inusitada, trazendo a visão de ÉDIS MILARÉ quanto à repercussão que tais condutas implicaram aos proprietários e usuários dos prédios atingidos pelo decreto.

Na vida pública e no exercício da política há uma forma sutil de imoralidade (ou falta de ética) que é o abuso de poder, seja para restringir, seja para favorecer. Isto parece soar muito distante da questão ambiental, porém o meio ambiente é uma das vítimas mais insuspeitas e, ao mesmo tempo, menos percebidas dessa desvirtuação.¹⁷

No processo administrativo federal – várias vezes citados – consta o Relatório Preliminar dos Estudos para Caracterização dos Meios Físico e Biológico da Área de Interesse Banhado do Maçarico e Cordões Litorâneos de autoria de Eduardo Vélez Martin de dezembro de 2010, o qual destaca os atributos da área em comento, inclusive dando ênfase ao Plano Ambiental do Município do Rio Grande o qual

¹⁷ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000. p. 64.

NOVO CONCEITO

estabeleceu o zoneamento ecológico-econômico apontando três zonas (zona de preservação permanente, zona de conservação ambiental e zona de desenvolvimento), sendo que o autor aponta especificamente os atributos das duas primeiras zonas, esquecendo-se de citar no trabalho a zona de desenvolvimento econômico.

Por tal situação é que se verifica certa fragilidade de argumentos por conta da insistente visão obnubilada de exclusão do ser humano do cenário ambiental!

Para reforçar esta posição crítica, renova-se com o magistério de MARIA CECÍLIA WEY DE BRITO ao comentar sobre os enfoques de escolas que estudam as questões ambientais e em particular sobre as unidades de conservação, sendo pertinente a leitura:

O primeiro deles é a *Ecologia Profunda*, considerada biocêntrica ou ecocêntrica, cujos princípios básicos, desenvolvidos por Arne Naess, Bill Devall, George Sessions e Warwick Fox são:

A vida humana e não humana têm valores intrínsecos independentes do utilitarismo, os humanos não têm direito de reduzir a biodiversidade, exceto para satisfazer suas necessidades vitais; o florescimento da vida humana e das culturas são compatíveis com um decréscimo substancial da população humana (DIEGUES, 1994: 37)

O segundo enfoque é dado pela *Ecologia Social*, considerada de visão ecocêntrica, para a qual, em seus princípios, desenvolvidos por Murray Brookshin, os seres humanos primeiramente devem, ser vistos como seres sociais; não como uma espécie diferenciada, mas composta de grupos diferentes. Propõe uma visão mais ampla da natureza e da sua relação com os homens. “No entanto, [...] considera o equilíbrio e a integridade da biosfera com um fim em si mesmo, insistindo que o homem deve mostrar um respeito consciente pela espontaneidade do mundo natural.” (DIEGUES, 1994: 39) – *sic*.

NOVO CONCEITO

O terceiro enfoque é o do Eco-socialismo/marxismo, que surgiu das críticas internas ao marxismo.¹⁸

É evidente que se desvelaram determinados motivos os quais fundamentaram a edição do Decreto nº 52.145/2014, os quais não foram os mais próprios, mais adequados e nem mais sinceros para os fins e propósitos da criação de uma unidade de conservação.

Um dos pontos preocupantes para a criação da unidade de conservação sob a modalidade de proteção integral, e modalidade absolutamente restritiva tal e qual uma Reserva Biológica constituiu a escassez de estudos, elementos técnicos, análises criteriosas, formação de um acervo no processo administrativo tramitou na Secretaria do Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, haja vista que no expediente administrativo continha, e contém, pouco mais de sessenta e poucas folhas.

Como dito alhures, houve uma reunião com apenas sete profissionais os quais tomaram a peito tal decisão, aprontando o processo administrativo para que se produzisse um ato de tamanha relevância (ato criador de uma unidade de conservação), em pouco mais de 60 (sessenta) dias de sua abertura. Reuniram-se: o Secretário Adjunto, o Chefe de Divisão, servidor do DEFAP, o gestor de unidade de conservação federal, e dois pesquisadores de universidades de Pelotas, um consultor, como se observa da fl. 42 do processo administrativo (proc. nº 013807-050.00/14-6).

Sem deslustrar o conhecimento que tenham, ou possam ter, identifica-se uma total ausência de debate comunitário, de publicidade para o desfecho que se avizinhava, haja vista que o maior volume de informações praticamente existente no processo federal de criação de unidade de conservação na área do banhado do Maçarico não foi utilizado, apenas trouxe ao procedimento

¹⁸ BRITO, Maria Cecília Wey de. *Unidades de Conservação: intenções e resultados*. 2ª ed. São Paulo: Annablume-FAPESP. 2003. pp. 103-104.

NOVO CONCEITO

administrativo estadual um dos produtos de estudos que existiam naquele similar federal.

Claro, para os propósitos econômicos, a agilidade era o mote para a obtenção da licença ambiental faltante, e visando a evitar qualquer tipo de participação popular, o cabível era a criação de uma Reserva Biológica ou uma Estação Ecológica, porque a dispensa é autorizada pelo art. 22, § 4º, da Lei nº 9.985/2000:

Art. 22. As unidades de conservação são criadas por ato do Poder Público:

§ 2º A criação de uma unidade de conservação deve ser precedida de estudos técnicos e de consulta pública que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade, conforme se dispuser em regulamento.

[...]

§ 4º. Na criação da Estação Ecológica ou Reserva Biológica não é obrigatória a consulta de que trata o § 2º deste artigo.

Por este viés legalista, em tese, a criação da unidade com a velocidade inesperada tem vício de origem, tem elementos indicativos de ferimento a fundamentos Constitucionais e de Direito Administrativo.

A maior evidência dá-se pela escassez de estudos que integraram o processo administrativo nº 013.807.05.00/14-6 instaurado em 02 de outubro de 2014, com remessa para a Casa Civil do Governo do Estado em 24 de novembro de 2014, produzindo-se o citado decreto em 10 de dezembro daquele ano.

O processo continha 63 (sessenta e três) páginas apenas. Número expressivamente inferior ao similar do ICMBio que possuía 294 (duzentos e noventa e quatro) – muito embora mais de meia centena de páginas de correspondências eletrônicas trocadas.

NOVO CONCEITO

Porém neste processo estava um interessante e técnico relatório de vistoria elaborado por técnicos do ICMBio o qual não está presente no processo do Estado do Rio Grande do Sul, apenas o Relatório Final, aliás produto técnico elaborado há mais de 3 anos na oportunidade.

Portanto, o Estado do Rio Grande do Sul possuía uma carência de elementos técnicos para a constituição da unidade, constituindo nítida violação à lei especial a qual exige estudos técnicos.

Não se diga que uma reunião com sete profissionais supre a exigência legal ou fosse suficiente para tanto, pois não há naquele processo sequer o Relatório de Vistoria do ICMBio que está na fl. 183 a 199 do processo administrativo do ICMBio nº 02001.001721/2007-37.

Defeituoso, deformado o processo criativo, no mínimo; desviado, no máximo.

5. Estudos complementares diferenciados.

Referido antes que houve a surpresa dos proprietários e moradores da área do Banhado do Maçarico os quais desenvolvem há mais de 100 anos suas atividades agropastoris ao tomarem conhecimento da mencionada ação civil pública, e também quando ocorreu o acordo judicial em decorrência da criação da unidade de conservação, ou por causa da ação houve a criação da unidade de conservação já decantada.

A área de mais de 6.000 ha (seis mil hectares) atingiu mais de 40 (quarenta) propriedades, ou seja, diante do que foi explanado (ausência de debate e publicidade sobre criação da Reserva Biológica do Banhado do Maçarico) aconteceu a surpresa aos mesmos.

NOVO CONCEITO

PAULO AFFONSO LEME MACHADO um dos mais festejados doutrinadores de Direito Ambiental, invocando a Convenção da Diversidade Biológica conceitua

As unidades de conservação são “espaços territoriais e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituídos pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção” (art. 2º, I, da Lei 9.985/2000).

As unidades de conservação inserem-se no conceito de área protegida, levando-se em conta a sua definição: “área definida geograficamente, que é destinada, ou regulamentada, e administrada para alcançar objetivos específicos de conservação.”¹⁹

A unidade de conservação foi criada pelo Decreto do senhor Governador e estabeleceu a classificação, dimensionando a área da unidade.

Identifica-se com clareza solar qual a intenção do instituto federal de preservação ambiental na criação de uma unidade conservação na área do Banhado do Maçarico, pretensão baseada em estudos e debates desenvolvidos há uma década, sem que tivesse uma pressa avassaladora para criar a unidade diante das discussões que o ICMBio travou ao longo do tempo.

Neste passo do trabalho é importante aviventar uma das conclusões dos estudos do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio diante da percepção que o Estado do Rio Grande do Sul não deu maiores atenções àquele trabalho :

¹⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 11ª ed. São Paulo: Malheiro Editores. 2003. p. 761.

NOVO CONCEITO

Considerando-se que existem compromissos nacionais (Agenda 21 e Conferências Nacionais de Meio Ambiente) e internacionais (Convenção da Diversidade Biológica), assumidos pelo governo brasileiro e que sugerem o estabelecimento de sistemas representativos e efetivos de áreas protegidas em 10% de cada bioma brasileiro até 2010, fica evidente a falta de representatividade do bioma Pampa no SNUC, bem como de ecossistemas de banhado e lagunas de planícies costeiras.

Devido às características ambientais, sua importância biológica sobretudo para as aves e a ocupação e os usos antrópicos da região em questão, propõe-se a criação de um Refúgio de Vida Silvestre – RVS, que possui o objetivo de proteger ambientes naturais onde se asseguram condições para a existência ou reprodução de espécies ou comunidades da flora local e da fauna residente ou migratória (Art. 13 do SNUC). Essa categoria de manejo permite a permanência de propriedades particulares no seu interior, desde que seja possível compatibilizar os objetivos da Unidade com a utilização da terra e dos recursos naturais do local pelos seus proprietários.

Sugere-se que a RVS Banhado do Maçarico tenha os seguintes objetivos:

1. Proteção dos banhados e adjacências, de forma a garantir a sobrevivência, em longo prazo, das espécies de aves residentes e migratórias ameaçadas de extinção;
2. Proteção aos banhados como mantenedor de serviços ambientais, por exemplo a recarga de aquíferos.

A associação Consulente entendeu em promover a aproximação com a Administração Ambiental do Estado do Rio Grande do Sul de modo a abrir um espaço de diálogo, discussão, estudos para a melhor compreensão da unidade de conservação em comento.

Houve sensibilidade da senhora Secretária do Ambiente e Desenvolvimento sustentável, possibilitando a criação de Grupo de Trabalho com a participação de representantes da Consulente, do próprio Estado e do Ministério Público Estadual, levando em consideração a natureza da discussão, e as repercussões com relação à ação civil pública já mencionada.

Um dos estudos produzidos traz a seguinte recomendação, por assim dizer:

- 1) O aspecto mais importante em termos de conservação da biodiversidade é a inclusão de toda a população local do macuquinho-da-várzea (*Scytalopus iraiensis*) numa poligonal de proteção integral, devidamente delimitada e regularizada em termos fundiários. Isso se justifica pelo fato de que a espécie é considerada ameaçada, na categoria Em Perigo, em nível estadual, nacional e

NOVO CONCEITO

global. Igualmente se justifica pelo fato da população local do macuquinho-da várzea ser isolada das demais, havendo evidências em um estudo de filogenia molecular de que essa população é geneticamente diferenciada das populações de outros estados do Brasil (Mata et al. 2009). Em outras palavras, tal dado indica que a população local do macuquinho-da-várzea pode representar uma linhagem evolutiva independente (“espécie incipiente”). Essa população pode ser salvaguardada protegendo-se uma poligonal de cerca de 700 ha, como ilustrado na figura 1.²⁰ (sic)

Reiterando comentários anteriores, a qualificação dos estudos era necessária para fins da criação da unidade de conservação, a Reserva Biológica do Banhado do Maçarico, tanto que o pesquisador citado, Prof. GIOVANNI NACHTGALL MAURÍCIO o qual participou de discussões sobre o tema há bom tempo.

O trabalho desenvolvido teve em mira verificar a pertinência da criação da unidade de conservação citada, suas implicações, a fixação das dimensões, questões sobre o espaço necessário para que a mesma cumpra sua função conservacionista de espécies ameaçadas, ou consideradas “Em Perigo” consoante classificação do conhecido “Livro Vermelho” o qual contém as espécies extintas, ameaçadas de extinção, em extinção, ou em perigo.

O citado pesquisador anotou ainda:

2) Outro aspecto importante seria a proteção do caboclinho-de-papo-branco (*Sporophila palustris*), cuja população local aparenta ser a maior do Brasil (Bencke et al. 2006). Essa espécie tem uma distribuição local para além da área de ocorrência do macuquinho-da-várzea, mas a maior parte da população local do caboclinho aparentemente está dentro da área de ocorrência do macuquinho. Contudo, ao sul do polígono que define a ocorrência do macuquinho,

²⁰ MAURÍCIO, Giovanni Nachtgall. *REBIO Banhado do Maçarico: considerações sobre a poligonal decretada*. Trabalho inédito, logo não publicado. 2015. p. 02.

NOVO CONCEITO

em direção às dunas da lagoa Caiubá, o caboclinho se mantém relativamente numeroso.²¹

Verifica-se a preocupação científica e conservacionista para a perfeita identificação de áreas de ocorrência dos citados exemplares da fauna, porém de modo criterioso, o que permitiu qualificar o estudo desenvolvido para que não se tenha uma pífia análise que determinou a interdição de uma extensa área.

Prosseguindo, o Prof. GIOVANNI MAURÍCIO NACHTGALL observa:

3) Um critério importante para a definição da poligonal ideal para a UC do Banhado do Maçarico está relacionado à ocorrência do caminheiro-grande (*Anthus nattereri*). Essa espécie não vive em capinzais continuamente altos e densos, necessitando de terrenos com relva baixa (5-10 cm) e tufos esparsos de vegetação mais alta (Bencke et al. 2003). Uma vez incluídas na poligonal de uma UC **que não contemple possibilidade de manejo** (como é o caso de uma Reserva Biológica), as áreas de ocorrência da espécie presumivelmente se tornarão dominadas por capinzais altos e densos, **situação que implicará na expulsão do caminheiro-grande dessas áreas**. Esse cenário também poderá ser desfavorável à população do caboclinho-de-papo-branco, limitando consideravelmente sua área de ocorrência local (J. Vizentin-Bugoni, comunicação pessoal). Portanto, o cenário ideal para a conservação do caminheiro-grande seria a manutenção da pecuária de baixa lotação no setor onde essa espécie ocorre, o que justifica a exclusão desse setor da poligonal atual.²² (sic)

É relevantíssima tal observação, posto que o desenho elaborado para a REBIO Banhado do Maçarico não cumprirá adequadamente sua função óbvia, atribuída pelo art. 10 da Lei do SNUC, por assim dizer.

²¹ MAURÍCIO, Giovanni Nachtgall. *REBIO Banhado do Maçarico: considerações sobre a poligonal decretada*. Trabalho inédito, portanto não publicado. 2015. p. 02.

²² *ib idem*.

NOVO CONCEITO

LUÍS PAULO SIRVINSKAS acentua a necessidade do Estado, entendido nas três esferas ter esta preocupação com espaços territoriais a serem protegidos.²³

Ao comentar sobre reserva biológica, SAINT'CLAIR HONORATO DOS SANTOS destaca o Plano do Sistema de Unidade de Conservação do Brasil, à época publicado pelo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (precursor do IBAMA) do Ministério da Agricultura já acentuava:

“Os objetivos do manejo são os de proteger a natureza (espécies ou comunidades) e manter o processo em um estado sem perturbações, visando proteger amostras ecológicas representativas do meio ambiente natural para estudos científicos, monitoramento ambiental, educação científica, e para manter recursos genéticos em um dinâmico e evolucionário estágio.”²⁴ (sic)

Este objetivo não pode ser perdido de vista pelo Gestor Ambiental bem como não pode pura e simplesmente desenhar limites de uma unidade do modo mais amplo possível (meio que empiricamente, mas com algum estofo técnico) para alegar a promoção da biodiversidade, cumprimento da função conservacionista que o Estado possui nos termos do art. 225 da Constituição Federal cuja transcrição é dispensável.

À vista dos estudos existentes, e sugestões de poligonais (federal e estadual, esta implantada) para uma unidade de conservação, passou ao largo a discussão sobre qual a tipificação a ser dada (porque a classificação era de unidade de conservação de proteção integral).

²³ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. pp. 177.-178.

²⁴ SANTOS, Saint'Clair Honorato. *Direito Ambiental. Unidades de Conservação. Limitações Administrativas*. Curitiba: Juruá Editora. 2000. p.73.

NOVO CONCEITO

O art. 250, § 1º e art. 251, § 1º, inc. II, VI, VII e XII da Constituição Estadual,²⁵ e diante da regra do Decreto nº 34.256 de 02 de abril de 1992, criador do Sistema Estadual de Unidades de Conservação cumpre ao Estado do Rio Grande do Sul, podendo ser pinçado o dispositivo regente à criação de unidades:

Art. 6º - As UC serão criadas por ato do Poder Público em obediência à legislação vigente e somente poderão ser suprimidas ou alteradas através de Lei.

Parágrafo único - No instrumento de criação constarão os limites geográficos das UC e o órgão, entidade ou pessoa jurídica responsável por sua administração.

Art. 7º - A seleção das áreas a serem incluídas no SEUC será baseada em critérios técnico-científicos, sendo prioritárias a criação daquelas que contiverem ecossistemas ainda não representados no SEUC, ou em iminente perigo de eliminação ou degradação ou, ainda pela ocorrência de espécies ameaçadas de extinção.

Reitera-se que a constituição, criação de uma unidade de conservação não pode ser despida de robustos, sólidos, técnicos, científicos e razoáveis estudos sobre a mesma.

Nesse passo, e por conta da serenidade do trabalho realizado, novamente invoca-se posição de GIOVANNI NACHTGALL MAURÍCIO sobre o tema específico da reserva biológica comentada:

Desse modo, a criação de uma UC poderia contribuir para evitar esse tipo de catástrofe ambiental. Contudo, não seria necessário um polígono amplo como aquele proposto no decreto, já que a forma de exploração atual é compatível com a conservação da biodiversidade. Desse modo, bastaria a aquisição do trecho definido no desenho da figura 1 para salvaguardar a população do macuquinho-da-várzea. A

²⁵ *Rio Grande do Sul. Constituição. Constituição: Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: CORAG- Assessoria de Publicações Técnicas. 23ª ed. 2011.*

NOVO CONCEITO

inclusão em uma UC de proteção integral **apenas do banhado** (que é improdutivo e desinteressante economicamente), buscando evitar desapropriação de campos de pecuária, teria muito potencial para conquistar a colaboração e atitudes próconservacionistas dos proprietários, em contraste com a poligonal ampla decretada, que vem gerando descontentamento e movimento contrário à implementação da UC.²⁶

A percepção do ilustre professor da Universidade Federal de Pelotas – UFPEL anota a razoável e necessária fixação de limites de uma unidade, porém adverte que apenas uma área ampliada não atingirá – de cheio – os objetivos, pontuando que a área do banhado, ou como os produtores e moradores da região a denominam “área núcleo do banhado” não sofre interferência antrópica.

Inviável o pastoreio de vacuns.

A área está intocada, não sendo acessível.

A vegetação externa a esta área, onde pode acontecer um pastoreio racional não implicará danos à biodiversidade como observa autor citado.

Sobre as atividades desenvolvidas ao longo dos anos na região litorânea, é relevante resgatar na história as observações do Pe. BALDUÍNO RAMBO ao discorrer sobre ocupação, isto há décadas, referentes às suas observações depois de dez anos de estudos:

O litoral como zona de trânsito entre o mar e a terra, relaciona-se com o homem ainda por sua acessibilidade pelo lado interno da terra. Ora, nos quatro quintos de sua extensão desde o Chuí até o pé da Serra Geral, o Rio Grande do Sul, até a linha mediana de sua largura, pende francamente para o litoral. [...]

²⁶ MAURÍCIO, Giovanni Nachtgall. *REBIO Banhado do Maçarico: considerações sobre a poligonal decretada*. Trabalho inédito, portanto não publicado. 2015. pp. 02-03.

NOVO CONCEITO

3 - Como região de estabelecimento permanente, só entram em questão as partes do litoral já consolidadas e dotadas de possibilidades econômicas. A primeira condição é preenchida, em grau mais ou menos idêntico, em toda a extensão da costa, onde, por toda a parte, atrás das dunas móveis, surgem largas porções de terra seca; entre as possibilidades econômicas distinguem-se três, também comuns: a pesca, a agricultura e a criação de gado; e duas limitadas a alguns pontos: o comércio de trânsito e a indústria balneária.

[...]

c) Quanto à criação de gado, constitui ela, no momento, a maior riqueza rural do litoral.

Isto demonstra até a evidência a grande significação antropogeográfica das pastagens no litoral, indigitando, ao mesmo tempo, o seu desenvolvimento futuro.²⁷

O recente estudo produzido pelo Biól. RAFAEL GARZIERA PERIN anota:

Embora tais processos antrópicos venham se manifestando desde longa data, tanto na região sul quanto no restante do país, ainda é possível nos dias de hoje o reconhecimento, mesmo que parcial, dos padrões de representatividade e comportamento destas formações vegetais, tal como na área dos estudos, onde a influência humana é marcante mas coexiste com a biota sem substituí-la integralmente. Neste sentido é possível admitir que a pecuária desenvolvida nesta região sobre campos nativos, representando importante fator econômico regional e estadual, foi responsável pela manutenção destes ecossistemas na medida em que evita sua substituição por

²⁷ RAMBO, Balduino. *A Fisionomia do Rio Grande do Sul. Ensaio de monografia natural*. 3ª ed. São Leopoldo: Editora Unisinos. 2005. pp. 53-55.

NOVO CONCEITO

culturas agrícolas introduzidas, ainda que a pressão de pastoreio e o uso de fogo possam resultar em danos para a flora campestre.²⁸

Importante o resgate histórico das constatações do Pe. BALDUÍNO RAMBO em suas conclusões sobre a vegetação litorânea:

Primeiro, no litoral sul-riograndense não existem mangues, isto é, formações com as raízes em estaca, ao alcance da maré enchente.
[...]

Segundo, no litoral rio-grandense, não existe a mata litorânea, isto é, a sociedade silvática alta, geralmente em continuação do mangue, ao qual acompanha em toda a costa brasileira.
[...]

Terceiro, a vegetação no litoral rio-grandense, no seu desenvolvimento gradativo ascensional, desde o *Sesuvium* rastejante da linha de água até a figueira gigantesca da orla continental, é de um passo muito largo.
[...]

A vegetação do litoral rio-grandense é um verdadeiro paradigma escolar, de como, em clima temperado e chuvas abundantes, a vida vegetal subjuga a areia.²⁹ (*sic*)

Por seu turno, RAFAEL GARZIERA PERIN ao comentar sobre as características fitofisionômicas da área do Banhado do Maçarico observou:

A paisagem natural da área de estudo encontra-se atualmente significativamente alterada em suas condições primitivas (i.e., pré-européia), ainda que as formações campestres continuem

²⁸ PERIN, Rafael Garziera. *Diagnóstico da Vegetação e uso do solo da Reserva Biológica Estadual do Banhado do Maçarico como subsídio Técnico ao Grupo de Trabalho para Discussão e Redefinições dos Limites físicos*. Trabalho inédito.2015. p. 24.

²⁹ RAMBO, Balduino. *A Fisionomia do Rio Grande do Sul.Ensaio de monografia natural*.3ª ed.São Leopoldo:Editora Unisinos.2005.pp. 25-27.

NOVO CONCEITO

dominando em sua matriz. **As centenas de anos de uso destas formações campestres para criação de gado (bovino, ovino e equino) resultaram em alterações florísticas e estruturais destas comunidades vegetais, selecionando espécies de interesse ou mais resistentes e excluindo aquelas menos tolerantes ao pisoteio, pastejo e fogo, ainda que seja necessário afirmar que tal uso garante a existência destas formações campestres, ao contrário de outras atividades agrícolas que as substituem completamente como a rizicultura e a silvicultura.**³⁰ (grifei)

O citado autor ao estabelecer as áreas mais importantes à conservação concluiu:

Indubitavelmente as áreas de vegetação mais relevantes para conservação na REBIO Banhado do Maçarico estão inseridas no compartimento geomorfológico Barreiras Pleistocênicas II, relativo a sua metade leste, especificamente ao longo das áreas baixas e alagadas onde se formam as fitofisionomias de banhado que dão nome à UC, distribuindo-se longitudinalmente nesta em sentido norte-sul na forma de uma faixa contínua de larguras variáveis.

Neste mosaico vegetacional, predominam extensas áreas de Banhados Herbáceos formados por diferentes espécies, ainda que a tiririca *Scirpus giganteus* represente a espécie dominante em mais de 75% destas. Mesmo considerando a existência de Campos Pastoreados sobre os albardões e em meio a estes Banhados Herbáceos, a contiguidade e a integridade destas formações é fator preponderante para a atribuição quanto a sua relevância para conservação. Merecem destaque ainda as fitofisionomias do Banhado Arbustivo-Arbóreo, pois configuram ecossistemas com estrutura mais complexa e maior biodiversidade associada se comparados aos Banhados Herbáceos, representando fases sucessionais destes ambientes palustres que contribuem para uma

³⁰ PERIN, Rafael Garziera. *Diagnóstico da Vegetação e uso do solo da Reserva Biológica Estadual do Banhado do Maçarico como subsídio Técnico ao Grupo de Trabalho para Discussão e Redefinições dos Limites físicos*. Trabalho inédito. 2015. p. 25.

NOVO CONCEITO

interpretação dos processos evolutivos em curso. Estas fitofisionomias encontram-se localizadas na margem oeste da zona contígua de Banhados Herbáceos, ocupando os solos pouco mais elevados na transição com os terrenos mais elevados do outro compartimento.

É preciso destacar ainda a presença azonal de Banhados Herbáceos em meio aos Campos Pastoreados no compartimento Barreira Pleistocênicas II, os quais representam ambientes naturais entremeados às áreas de uso antrópico e, portanto, detentores de relevância para conservação numa modalidade de uso sustentável.

A este cenário juntam-se as fitofisionomias do outro compartimento geomorfológico que forma a metade oeste da REBIO Banhado do Maçarico, o Sistema Lagunar Patos-Mirim, com maior relevância para conservação, representadas pelas Matas Secas Arenosas sobre dunas e pelo Campo Arenoso com pecuária consolidada, especificamente localizados na margem leste deste compartimento, na transição para a zona de banhados e campos alagáveis.³¹

Percebe-se com certa objetividade que os estudos complementares dão um norte diferenciado ao realizado pelo Estado do Rio Grande do Sul, e por isso, este Grupo de Trabalho terá a responsabilidade de solidamente discutir os destinos da unidade de conservação.

É o desafio ora construído.

6. Possibilidade de alteração da classificação e limites.

Ao longo do trabalho ficou clara e evidente a relevância de uma unidade de conservação a qual constitui o espaço nobre ambiental por assim dizer, o

³¹ PERIN, Rafael Garziera. *Diagnóstico da Vegetação e uso do solo da Reserva Biológica Estadual do Banhado do Maçarico como subsídio Técnico ao Grupo de Trabalho para Discussão e Redefinições dos Limites físicos*. Trabalho inédito. 2015. p. 67.

NOVO CONCEITO

espaço qualificado para fins de conservação da biodiversidade, e ao ser criado o Estado está realizando uma das funções insculpidas no art. 225 da Constituição Federal, constituída a promoção da conservação ambiental.

Verificou-se a preocupação da União, através do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio com a área em comento, e a existência de um expediente administrativo no qual era estudada a qualidade da área – sob vários aspectos – e a possibilidade de criação de uma unidade de conservação federal.

O Estado do Rio Grande do sul antecipou-se à União e criou ao final do ano passado a Reserva Biológica do Banhado do Maçarico, e já sabido, unidade de proteção integral, com uso restritíssimo, implicando limitações ao Direito de Propriedade pela natureza pública que contém uma unidade desta natureza, sinalizando que o decreto criador adiantou a vontade protetiva do Estado quanto à área definida, o que também gerará ao próprio Estado a necessidade de promover ulterior ato de desapropriação de áreas atingidas diante da regra do § 1º do art. 10 da Lei nº 9.985/2000.

Já foram ilustrados antes os subreptícios motivos para criar uma unidade de proteção integral sem que houvesse a devida informação às comunidades que estariam envolvidas e a participação popular, o conhecimento da comunidade sobre a relevância da área ambientalmente falando, bem como que a sociedade anuísse com a idéia criadora da mesma.

Desta maneira, pode-se afirmar que a pressa para constituir a unidade de conservação implicou lesão a dois princípios informativos do Direito Ambiental: o da informação e o da participação.

Com a conhecida autoridade, PAULO AFFONSO LEME MACHADO observa que a:

NOVO CONCEITO

A informação serve para o processo de educação de cada pessoa da comunidade. Mas a informação visa, também, a dar chance à pessoa informada de tomar posição ou pronunciar-se sobre a matéria informada.

[...]

A informação ambiental não tem o fim exclusivo de formar a opinião pública. Valioso formar a consciência ambiental, mas com canais próprios, administrativos e judiciais, para manifestar-se. O grande destinatário da informação – o povo, em todos os seus segmentos, incluindo o científico não-governamental – te o que dizer e opinar.³²

ÉDIS MILARÉ com igual status e autoridade de Paulo Affonso Leme Machado destaca que

O direito à participação pressupõe o direito de informação e está intimamente ligado ao mesmo. É que os cidadãos com acesso à informação têm melhores condições de atuar sobre a sociedade, de articular mais eficazmente desejos e idéias e de tomar parte ativa nas decisões que lhe interessam diretamente, “tantôt comme auxiliaire de l’administration, tantôt comme organe de contrôle”.³³ (sic)

E, para arrematar esta evidente lesão a princípios fundantes do Direito Ambiental, traz-se a lição de PAULO AFFONSO LEME MACHADO de modo a esclarecer com suficiência a dimensão do Princípio da Participação nas questões ambientais:

A participação dos cidadãos e das associações não merece ser entendida como uma desconfiança contra os integrantes da Administração pública, sejam eles funcionários públicos ou pessoas exercendo cargos em caráter transitório ou em comissão. Essa participação também não é substitutiva da atuação do Poder Público.

³² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 11ª ed.. São Paulo:Malheiros Editores. 2003. pp. 77-79.

³³ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais. 2000. p. 99.

NOVO CONCEITO

A proteção dos interesses difusos deve levar a uma nova forma de participativa de atuação dos órgãos públicos, desde que não seja matéria especificamente de segurança dos Estados.³⁴

Verificou-se o desvio cometido com a edição, às pressas, do citado Decreto Estadual nº 52.144 de 10 de dezembro de 2014 quanto à violação de princípios fundamentais do Direito Ambiental o que por si só poderia ser causa à sua invalidação.

De igual modo, e isto já foi dito antes, a finalidade do ato legislativo praticado também pauto por desviar-se de cânones do Direito Constitucional os quais estão inseridos no art. 37 da Constituição Federal: o princípio da moralidade, legalidade, impessoalidade, sem prejuízo de lesão ao princípio da boa-fé.

Aliás, essência do Direito Administrativo o cumprimento dos princípios constitucionais, também internalizados neste ramo do Direito.

ODETE MEDAUAR esclarece com precisão esta subordinação administrativa:

Ante tal contexto buscou-se assentar o princípio da legalidade em bases valorativas, sujeitando-se as atividades da Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam o ordenamento jurídico. A constituição de 1988 determina que todo os entes e órgãos da Administração obedeçam o princípio da legalidade (caput do art. 37); a compreensão desse princípio deve abranger a observância da lei formal, votada pelo Legislativo, e também dos preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme reza o art. 1º, *caput* da Constituição; e, ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de

³⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 11ª ed.. São Paulo:Malheiros Editores. 2003. p. 82.

NOVO CONCEITO

base constitucional. Além do mais, o princípio da legalidade obriga a Administração a cumprir normas que ela própria editou.³⁵ (*sic*)

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR invocando ensinamento de Carlo Marzuoli destaca:

Prosseguindo, adianta “a boa-fé, mesmo se ela é uma característica das relações entre particulares, exprime uma regra de honestidade aplicável para todos, no direito privado como no direito público. A mais forte razão à aplicação desse princípio é justamente necessária quando a Administração age em posição de supremacia, a fim de conter esta última nos limites da razão, da equidade e da justiça”.³⁶ (*sic*)

Deixando de lado tais situações observadas, os estudos desenvolvidos por profissionais de ilibada conduta e indiscutível conhecimento científico, trouxeram à luz novos dados, novos elementos, permitindo uma nova discussão sobre a unidade de conservação comentada.

Os estudos examinados – e largamente citados neste trabalho jurídico – constituem dados técnicos que ilustrarão a tomada de decisão pela Administração Ambiental.

Aliás, é possível afirmar que os mesmos preenchem o vazio técnico constatado, porque já foi dito que o art. 22, § 2º da Lei nº 9.985/2000 exige como elemento antecedente à criação de uma unidade de conservação a presença, existência de estudos técnicos, ou seja, não se admite apenas dados indiretos ou secundários, mas sim elementos formais, com rigor científico (por isso técnico) que contenham elementos primários, dados primários, os quais legitimam a dimensão de uma área exigir a proteção do Estado.

³⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. pp. 221-222.

³⁶ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da Boa-fé e sua Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2002. p. 131.

NOVO CONCEITO

Os estudos científicos, técnicos, é elemento *sine qua non* ao processo criador da unidade.

No processo administrativo nº 013807.05.00/14-6 não se encontram estudos qualificados para a finalidade do ato realizado (Decreto do Poder Executivo criando uma unidade de conservação), como foi longamente criticado.

Esta constatação, de certo modo, determina o ferimento de morte do citado édito.

Para justificar, trazem-se observações científicas relevantes para o desate da situação criada pelo Estado do Rio Grande do Sul, porque evidenciado que a carência dos reclamados estudos determinou a constituição de uma unidade de conservação que não deveria ser criada nos moldes que o foi.

Afirmou o Professor e pesquisador GIOVANNI NACHTGALL MAURÍCIO:

Além de inadequado para o atendimento dos objetivos de criação da REBIO, esse cenário provocará uma aversão à UC por parte da população local, em lugar de conquistá-la para a construção de uma gestão participativa e eficiente da unidade. Portanto, a ideia de uma UC na área deveria ter como foco principal a aquisição, por meio de indenização total e adequada, somente do polígono que contém toda a população local do macuquinho-da-várzea. Consequentemente, as outras espécies ameaçadas também seriam contempladas, com custo mínimo, especialmente se um plano de manejo adequado for desenhado e implementado.³⁷ (sic) – grifei

³⁷ MAURÍCIO, Giovanni Nachtgall. *REBIO Banhado do Maçarico: considerações sobre a poligonal decretada*. Trabalho inédito, portanto não publicado. 2015. p. 03.

NOVO CONCEITO

Acrescenta-se o mencionado Professor a visão sobre a natureza da unidade de conservação que melhor atenderia, e obviamente atenderá à posição conservacionista do Estado:

Nesse cenário, também é pertinente refletir sobre a categoria de UC escolhida: ao invés de uma REBIO, um Refúgio de Vida Silvestre (REVIS) seria mais adequado para a área. Este REVIS poderia ser constituído por terras particulares e poderia ser mais amplo que o polígono que contém a população do macuquinho-da-várzea (figura 1), mas este último polígono deveria ser adquirido por indenização aos proprietários, visando formar um núcleo intangível onde não ocorram usos diretos.³⁸ (grifei)

A autoridade ambiental e sua equipe técnica poderão debruçar-se sobre os estudos realizados recentemente os quais deverão ser internalizados na Divisão de Unidade de Conservação para servirem de sedimento ao processo revisional da Reserva Biológica do Banhado do Maçarico, agora com o preenchimento do requisito legal, essencial, à sua constituição.

Porém, este requisito direciona a outra classificação da unidade de conservação em comento, ou seja, a constituir Refúgio da Vida Silvestre.

Art. 13. O Refúgio da Vida Silvestre com como objetivo proteger ambientes naturais onde se asseguram condições para a existência ou reprodução de espécies ou comunidades da flora local e da fauna residente ou migratória.

O conceito está aí.

A lei do SNUC aponta alternativas compatíveis com a real situação financeira do Estado do Rio Grande do Sul, basta ver que o § 1º do art. 13 admite a possibilidade não indenizatória das áreas particulares “desde que seja possível

³⁸ MAURÍCIO, Giovanni Nachtgall. *REBIO Banhado do Maçarico: considerações sobre a poligonal decretada*. Trabalho inédito, portanto não publicado. 2015. p. 03.

NOVO CONCEITO

compatibilizar os objetivos da unidade com a utilização da terra e dos recursos naturais do local pelos proprietários”, sob pena de necessário processo de desapropriação.

Nesta quadra do presente trabalho, é imperiosa a reprodução argumentos expendidos no Recurso de Apelação interposto contra a sentença homologatória da ação civil pública mencionada anteriormente.

Neste tópico, também merecem críticas às avenças estabelecidas as quais se desgarraram dos comandos constitucionais sobre a perda da propriedade particular por ato do Poder Público.

O § 1º do art. 10, Lei nº 9.985/2000 assegura que as áreas particulares incluídas nos limites da unidade **serão** desapropriados, portanto, necessária a **prévia desapropriação** consistente na transferência extrajudicial do patrimônio do particular ao poder público consensualmente, ou mediante processo de desapropriação judicial onde somente após o depósito do valor entendido como devido à indenização poderá haver o apossamento da área mediante ordem judicial, medida liminar.

Neste momento, é importante manter o zelo do imóvel, da propriedade, de modo a evitar qualquer ato turbativo da posse do bem.

Não se afeiçoa cabível que, por conta de um decreto que cria (no plano ideal) uma unidade de conservação possa permitir o assentamento dos imóveis, sem haver processo regular desapropriatório, por constituir uma violação constitucional o que se denomina desapropriação indireta.

Neste plano, será sempre cabível a utilização de interditos proibitórios para impedir a turbação da posse.

Não houve a preocupação dos Acordantes em aproximarem com mais de uma dezena de atingidos pelo Decreto **(que se pode apelidar**

NOVO CONCEITO

de Decreto Odebrecht) pelas tisanas de desvio de finalidade, legalidade e quiçá moralidade com que foi produzido de modo urgente para dar suporte a um acordo em favor da Odebrecht, em prejuízo e desmoralização da FEPAM) posto que serão diversas pessoas que terão suas áreas atingidas.

Esta perspectiva leva também a verificar que os mesmos sofreram as conseqüências do Plano de Manejo a ser elaborado a vingar esta idéia de desapossamento, muito embora as áreas em comento estejam preservadas pelos particulares sem qualquer interferência do poder público.

[...]

A afirmativa dos Apelantes é plausível:

A - o acordo ajusta o pagamento do Plano de Manejo em torno de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais);

B- destina para o levantamento fundiário e aquisição de terras o valor de R\$ 2.111.658,00 (dois milhões, cento e onze mil, seiscentos e cinquenta e oito reais) sem estimar quanto corresponde ao levantamento fundiário, e quanto será para compra de terras

C- os valores não foram dimensionados às necessidades dos produtores rurais e proprietários de áreas.

Verifica-se que o Termo de Ajustamento de Conduta Judicial transferiu praticamente todos os ônus para o Estado do Rio Grande do Sul, e especialmente importou na criação de uma unidade a qual implicará despesas não previstas em orçamento, ou seja, a desapropriação de áreas atingidas pela Reserva Biológica do Banhado do Maçarico.

Cita-se esta situação haja vista que já é do conhecimento público e notório no órgão ambiental as circunstâncias da criação da unidade de conservação, e também diante da pactuação havida na também citada ação civil pública quanto aos

encargos financeiros assumidos pela Odebrecht Energias Alternativas no Termo de Ajustamento de Conduta, ou seja, aportar alguns recursos insuficientes à constituição da unidade.

Novamente invoca-se o trabalho do Professor GIOVANNI NATCHGALL MAURÍCIO:

Em resumo, considera-se aqui fundamental revisar a poligonal da UC, visando tornar viável adquirir / indenizar o polígono que contém a população do macuquinho-da-várzea (conforme figura 1), com exclusão dos demais setores. Estes setores, por sua vez, seriam protegidos por ações de manejo e gestão participativa envolvendo a comunidade local, técnicos, pesquisadores e demais atores envolvidos com a temática socioambiental na região sul do Rio Grande do Sul. Ações de educação ambiental com a participação da comunidade local e regional seriam bem-vindas, visando a construção de um esquema inclusivo de gestão da biodiversidade.³⁹

Os trabalhos científicos apontam o núcleo do Banhado do Maçarico como a essencialidade para fins de constituição do Refúgio da Vida Silvestre, e quiçá com a grande possibilidade de compatibilização com as atividades do entorno, posto que na área núcleo não acontecem as atividades agropastoris como referenciado nos estudos em comento.

O Decreto veicula a vontade e autoridade do Poder Público para a promoção d defesa do interesse público, porém necessário identificar a natureza do mesmo, através de seu conteúdo, comandos exarados e conseqüências pretendidas.

³⁹ MAURÍCIO, Giovanni Nachtgall. *REBIO Banhado do Maçarico: considerações sobre a poligonal decretada*. Trabalho inédito, portanto não publicado. 2015. p. 03.

NOVO CONCEITO

Não se pode esquecer que o Decreto na regra constitucional do art. 84, inc. VI e suas alíneas, inc. IX e X, da Constituição Federal indica a aplicabilidade (logo utilização) do mesmo.⁴⁰

A Constituição Estadual prevê no art. 82, inc. V, e VIII o uso do Decreto pelo Governador, e neste caso, é para promover a fiel execução das leis (estaduais, é lógico), e para decretar a intervenção em Municípios, e sua execução. Deste modo, não poder apenas um instrumento de coerção, mas de complementação, de veiculação de vontade, de organização.⁴¹

Daí, se possível questionar o seu uso para a criação de uma unidade de conservação e suas implicações, tais como: a desapropriação, a proteção, as ações a serem praticadas, atos de gestão, e a forma para cumprimento de regras do Código Estadual do Meio Ambiente.

Portanto, o Decreto não pode ser utilizado de qualquer maneira ou modo para fins de gerar obrigações a terceiros, interferir na propriedade e posse, restringir direitos, ou seja, nos moldes que rapidamente foi utilizado.

Por isto é discutível sua pertinência para criar uma unidade de conservação de tamanha relevância através de decreto, e embora dispensável a consulta pública na comunidade (facultativa, entretanto), porque não levou em consideração a existência de um zoneamento da energia eólica, as atividades econômicas desenvolvidas, o grau de preservação das áreas atingidas, especialmente que a vocação das atividades agrossilvipastoris da região têm sido cumpridas em perfeita sintonia com o ambiente.

Isto foi bem observado nos novéis estudos produzidos.

⁴⁰ *Coletânea de Legislação Administrativa, Constituição Federal.* Odete Medauar (org.). 12ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

⁴¹ *Rio Grande do Sul, Constituição (1989).* Constituição: Estado do Rio Grande do Sul. 23ª Ed. Porto Alegre: CORAG – Assessoria de Publicações Técnicas. 2011.

NOVO CONCEITO

A criação de uma unidade de conservação, nitidamente onerosa ao Poder Público por conta da sua classificação e natureza a qual impõe o dever de desapropriação (art. 10, § 1º, Lei nº 9.985/2000) e dissociada do “volume de recursos” previsto no mencionado Termo de Ajustamento de Conduta Judicial celebrado entre o Ministério Público Estadual, a Fundação Estadual de Proteção Ambiental – FEPAM e a Odebrecht Energias Alternativas S/A não atentou às restrições orçamentárias do Estado do Rio Grande do Sul.

Dito de outra maneira: o senhor Governador do Estado na época deveria preservar os recursos públicos não assumindo compromissos para os quais não dispunha de recursos orçamentários. Não se diga que eventual valor existente contabilmente para fins de compensações ambientais é capaz de suportar as indenizações.

Não, de maneira alguma, haja vista que o Estado do Rio Grande do Sul conta com mais de 25 unidades de conservação sem que haja a regularização fundiária total das áreas atingidas pelas suas criações que remontam a 1975.

Ao contrário, quase a totalidade não está regularizada fundiariamente e nem passou ao patrimônio do estado.

Impossível o cumprimento pelo Estado das obrigações decorrentes da criação de uma reserva biológica.

Por isso, é importante visitar comentários sobre a Lei nº 4.320/1964 emendada “Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal”:

A despesa é a aplicação de recursos autorizados por lei (que não a lei orçamentária) mediante a qual qualquer organização governamental, procura alcançar os seus objetivos e, conseqüentemente, cumprir com a sua missão, não interessando que tenha tempo de existência

NOVO CONCEITO

definido (temporária) ou indefinido. Interessa que seja importante para o funcionamento da organização.

[...]

A Lei de Responsabilidade Fiscal (ver artigos 15 a 28, incisos e §§ respectivamente) veio apenas reforçar o que se afirmou acima, dispondo que serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam as seguintes condições de ordem gerencial, tais como:

1. Estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes;
2. Declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.⁴²

Relevante este tema para fins de imaginar a criação de uma unidade de conservação sem capacidade financeira para instituí-la materialmente.

Revisita-se a temática, trazendo à colação o magistério de ADAUTO VICCARI JÚNIOR *et al* sobre o art. 16 da Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal:

O principal objetivo das restrições descritas no art. 16 indicam a intenção de impedir que empenhos, licitações, autorização de fornecimento de bens e serviços, ordem de serviço para início da execução de obras e também a desapropriação, constitucionalmente

⁴² REIS, Heraldo da Costa. MACHADO JÚNIOR, José Teixeira. *A lei 4.320 comentada e a lei de responsabilidade fiscal*. 33ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, IBAM, 2010.

NOVO CONCEITO

amparada, de imóveis urbanos proliferem e comprometam o equilíbrio orçamentário.⁴³

Para arrematar esta questão é importante destacar que a gestão responsável impede o gestor de recursos públicos implementar novas despesas sem que haja a previsão do correspondente aporte de receitas, para que não ocorra no final do exercício financeiro a geração de déficit nem seja comprometido o resultado fiscal planejado como assinala ADAUTO VICARRI JÚNIOR *et al.*⁴⁴

Superada a questão financeira para criar, implantar e manter uma unidade de conservação cumpre abordar a **possibilidade de modificação da categoria** da unidade o que vem claramente desenhado no art. 22 e §§, da Lei nº 9.9985/2000, com ênfase no previsto no § 5º. 6º e 7º com relação à categoria, área e limites e alteração de limites ou desafetação de unidade.

Inicialmente é importante destacar que a **reserva biológica** foi criada por um **decreto** do Poder Executivo, constituindo, portanto o ato próprio que lhe deu causa e origem.

Poderia o Chefe do Poder Executivo desconforme com o modo da criação e constituição da unidade de conservação por novo decreto revogar o anterior, porém tal atitude implicaria uma série de questionamentos: a) despreocupação à conservação do ambiente; b) insuficiência protetiva do ambiente; c) conduta que implica o retrocesso ambiental; d) eventual improbidade administrativa, por exemplo.

Os estudos criteriosos apontaram que **outra categoria de unidade de conservação** se presta para os fins pretendidos, ou seja, tecnicamente deveria ser uma unidade de conservação categorizada como Refúgio da Vida Silvestre.

⁴³ VICCARI JÚNIOR, Adauto. GLOCK, José Osvaldo. HERZMANN, Nélio. TREMEL, Rosângela. *Lei de Responsabilidade Fiscal comentada: lei complementar nº 101, de 04 de maio de 2000*. Flávio da Cruz. 5{ ed.. São Paulo:Atlas. 2012. p. 54.

⁴⁴ VICCARI JÚNIOR, Adauto. GLOCK, José Osvaldo. HERZMANN, Nélio. TREMEL, Rosângela. *Lei de Responsabilidade Fiscal comentada: lei complementar nº 101, de 04 de maio de 2000*. Flávio da Cruz. 5{ ed.. São Paulo:Atlas. 2012. p. 56

NOVO CONCEITO

A transmutação de categoria (Reserva Biológica para Refúgio da Vida Silvestre) trata-se de **alteração dentro do mesmo Grupo**, porém de categorias diferenciadas, logo, o ato do Poder Executivo não poderá ser de mesma hierarquia, ou seja, no caso concreto, não poderá ser um Decreto do Chefe do Poder Executivo, porque não está ao abrigo da regra do art. 22, § 5º da Lei do SNUC, pois ambas são unidades do Grupo de Proteção Integral, logo diversamente do previsto no mencionado dispositivo.

Por tratar-se de **substancial modificação da natureza** (da essência) da unidade, convém o manejo pelo Poder Executivo de Lei (que cumpra o rito legislativo) inclusive atento a existência de estudos que confortem tal alteração de categoria, não se afeiçoando possível a preciosa alteração pelo mesmo instrumento legislativo, em especial por que somente a criação de Reserva Biológica e de Estação Ecológica é que podem ter dispensada a realização de consulta pública.

A tentativa de **alteração por decreto** implicaria na mesma prática subversiva à comunidade do modo que foi praticado no governo anterior.

Assim, reclama a produção de texto legal (**Lei**) que altere a classificação da unidade de Reserva Biológica para Refúgio da Vida Silvestre precedida da participação popular já comentada.

Por outro lado, considerando os estudos existentes, também verificada a necessidade de **redução do polígono** da Reserva Biológica do Banhado do Maçarico diante da cientificidade apontar que o núcleo é mais importante para a preservação da fauna.

Para tal finalidade, se assim entendido como cabível (manter a unidade do Grupo de Proteção Integral na categoria Reserva Biológica) a **alteração dos limites** terá, obrigatoriamente, de ser por Lei, não se admitindo qualquer outro instrumento ou mecanismo legislativo (decreto do Poder Executivo), forte no contido

NOVO CONCEITO

no art. 22, § 7º da Lei nº 9.985/2000 que prevê que a desafetação ou redução dos limites de uma unidade de conservação só pode ser feita mediante lei específica.

Para a melhor compreensão a **lei somente tratará dos limites da unidade**, e deverá constar na exposição de motivos do Poder Executivo a fundamentação científica que a autoriza.

Ainda é possível apresentar **duas outras variantes**:

a) **manter a classificação (REBIO) e reduzir sua área, e criar outra unidade de uso sustentável** a qual se constitua em verdadeira zona de amortecimento da REBIO, ou seja, uma Área de Proteção Ambiental (APA);

b) **alterar a classificação** dentro do mesmo grupo de unidade de conservação (de Proteção Integral) **para Refúgio da Vida Silvestre (RVS), reduzir seus limites** à área núcleo, e **criar uma Área de Proteção Ambiental** (Grupo de uso Sustentável) em seu entorno, servindo como nos moldes sugerido antes.

O Estado do Rio Grande do Sul possui experiências quanto esta forma de constituição de unidades de conservação de Proteção Integral e de Uso Sustentável como se verifica no Parque Estadual Delta do Jacuí e a Área de Proteção Ambiental do Delta do Jacuí (na grande Porto Alegre), o Refúgio da Vida Silvestre do Banhado dos Pachecos e a Área de Proteção Ambiental do Banhado Grande (na grande Porto Alegre) e a Reserva Biológica Estadual de Aratinga e a Área de Proteção Ambiental Rota do Sol (APA Rota do Sol) nos Campos de Cima da Serra.

Estas unidades de conservação de proteção integral acabam recebendo uma dupla proteção em razão da imperiosa constituição de Planos de Manejos em separado, um para cada unidade, de modo a estabelecer regras mais detalhadas e restritivas quanto à “verdadeira área núcleo” e regras bem definidas quanto às atividades que possam ser desenvolvidas sob o viés da sustentabilidade e atendimento a um determinado (democrático, participativo e dialógico zoneamento e

NOVO CONCEITO

normas de atividades – art. 2º, inc. XVII, Lei nº 9.985/2000) o que proporcionará razoabilidade na formatação da zona de amortecimento (art. 2º, inc. XVIII, Lei nº 9.985/2000).

Aliás, este modelo permitirá a efetiva realização dos objetivos norteadores do SNUC como preceitua o art. 4º, inc. I, II, III, IV, V, X, XI, XIII, bem como atender às diretrizes do art. 5º, inc. III, IV, V, VI, VIII, IX, todos da Lei em comento.

Para desenvolver as variáveis apresentadas, o Estado exercerá o Poder Discricionário o que para a melhor compreensão traz-se alguns conceitos no dizer de MARÇAL JUSTEN FILHO:

Tratando da discricionariedade segundo a visão de sua época, HELY LOPES MEIRELLES afirmava que “Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade de escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.

[...]

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, por sua vez, anota que “a atuação é discricionária quando a Administração diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito.”⁴⁵

A compreensão da discricionariedade é entender o espaço legal que possui a Administração – logo o administrador – para agir dentro dos limites previamente conhecidos, e por critérios bastante objetivos poder produzir suas escolhas tal e qual como neste caso.

A classificação de uma unidade de conservação passa pelo contexto científico, e limites do poder de escolha pelo gestor ambiental.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed.. São Paulo: Editora Saraiva. 2006. p. 160.

MARÇAL JUSTEN FILHO leciona que **discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto.**⁴⁶ (*sic*)

Este espaço para agir, decidir e promover as modificações necessárias é encontrado na própria legislação, sendo perfeitamente cabível que o Gestor Ambiental exercite a ponderação e juízo de valor sobre este tema, especialmente diante dos estudos consistentes que são apresentados e autorizam – no mínimo – a discussão sobre a classificação da unidade e, – no máximo – as alterações pretendidas.

A tomada de decisão é do Gestor Ambiental o qual terá de prosseguir no caminho – no rito administrativo – para propor ao Chefe do Poder Executivo o reexame da matéria, e a tomada de decisão.

7. Revisão do ato criador.

O tema do proceder à tomada de decisão para rever o ato produzido, o ato criador da Unidade de Conservação Reserva Biológica Estadual do Banhado do Maçarico exige profundas reflexões de modo a ilustrar (pelo menos) o Grupo de Trabalho formado no seio da Secretaria do Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, o Gestor Ambiental e o Chefe do Poder Executivo da melhor maneira possível quanto à situação experimentada pelos proprietários e moradores da área atingida pela criação daquela unidade.

Não se duvida da capacidade administrativa do Governo e da Secretaria de Estado.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed.. São Paulo: Editora Saraiva. 2006. p. 160.

NOVO CONCEITO

Não se olvida da competência dos técnicos daquela Secretaria, da Fundação Zoobotânica, dos cientistas, professores e pesquisadores das universidades que deram algum contributos ao produto originário elaborado no âmbito do ICMBio, e no curso deste Grupo de Trabalho.

Por isso, é necessário fazer alguns enfrentamentos quando há discussão – e o enfoque é jurídico – sobre a reconsideração de atos administrativos, ou revisão do processo legislativo, e por derradeira edição de nova lei.

O contexto trabalhado não é apenas revogar um decreto pelo prazer de revogação. Não se propõe ato leviano.

Breve resgate passa pela compreensão da diferença entre interpretação e discricionariedade como acentua MARÇAL JUSTEN FILHO:

A diferença entre interpretação e discricionariedade reside na opção adotada pelo legislador. A discricionariedade é o modo de construção da norma jurídica, caracterizada pela atribuição ao aplicador do encargo de produzir a solução por meio de ponderação quanto às circunstâncias. Ou seja, a discricionariedade significa que a lei atribuiu ao aplicador o dever-poder de realizar a escolha.⁴⁷

Nem de longe se quer afirmar a existência de diversos fundamentos para identificar os vícios intrínsecos ao processo formativo do Decreto do Poder Executivo, os quais já foram identificados antes, ou seja, não se pretende neste momento discutir as violações aos princípios constitucionais e de Direito Administrativo, e até de Direito Ambiental, e as motivações que desviaram dos cânones autorizadores a produção de ato infenso, imune a defeitos que o invalidem.

O cenário a ser trabalhado é outro.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed.. São Paulo: Editora Saraiva. 2006. p. 163.

NOVO CONCEITO

Esclarecida a possibilidade (aliás, necessidade) de alteração da classificação de unidade de conservação, alteração de área e limites, e até a criação de nova unidade de conservação de grupo diferente daquela que foi criada com finalidade manifestamente protetiva.

Isto, seguramente, o leitor não tem dúvidas.

A revisão de ato legislativo, um decreto, por exemplo, poderá ser revista através da expedição de outro ato da mesma hierarquia que trate sobre o assunto ali disposto, e promova sua revogação expressa ou implícita.

Lógico no caso em exame, isto não seria conveniente e nem oportuno quanto à sua revogação pura e simples, diante dos riscos de arranhar valores fundamentais constitucionais.

Porém, considerando que os estudos desenvolvidos pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria SEMA nº 93 de 08 de julho de 2015, e a legitimidade que ostenta este grupo de estudos, demonstraram a insuficiência de dados para a criação da citada unidade de conservação da Reserva Biológica Estadual do Banhado do Maçarico, e os *experts* anotaram alternativas mais próprias, o Estado do Rio Grande do Sul poderá adotar uma providência preliminar: a suspensão do Decreto nº 52.144 de 10 de dezembro de 2014.

DIÓGENES GASPARINI afirma que o Decreto *É a fórmula segundo a qual os chefes dos Poderes Executivos veiculam atos administrativos de suas respectivas competências*. Embora não seja a única, é fórmula que só pode utilizada por esses agentes políticos, [...]. A par disso, diga-se que não se confunde com a medida provisória ou com o decreto legislativo, dado que estes têm, materialmente, a mesma natureza de lei.⁴⁸ (*sic*)

⁴⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8ª ed.. São Paulo: Editora Saraiva. 2003. pp.84-85.

NOVO CONCEITO

A possibilidade de **suspensão do decreto anterior** estará lastreada em fundamentos sólidos que os trabalhos científicos demonstraram, possibilitando à Administração Ambiental, juntamente com o Chefe do Poder Executivo Estadual promovam atos com mais robustez científica.

Suspender o Decreto equivocado, desviado, não implica desproteger a unidade de conservação criada, mas permitirá a complementação de estudos se for do interesse da Gestora Ambiental, permitirá que – criteriosamente – o Estado do Rio Grande do Sul preveja os encargos que lhe competem com uma área relevante à conservação da biodiversidade, permitirá o debate público e a participação da sociedade.

Cumprir lembrar ter restado evidentes violações constitucionais (a princípios orientadores da atividade da administração pública) e claras lesões a princípios de Direito Administrativo implicando que o Decreto nº 52.144/2014 é maculado de defeitos que o tornaram inconstitucional.

O magistério de PATRÍCIA TEIXEIRA DE REZENDE FLORES ao discutir a percepção da inconstitucionalidade:

Nessa senda, revela-se a inconstitucionalidade pelo confronto de uma lei ou ato normativo com qualquer dispositivo que esteja na Constituição, que por esse motivo, é parte integrante dela. Adere-se, assim, a posição de Lúcio Bittencourt, para quem “a incompatibilidade ou conflito de uma lei ordinária com qualquer preceito da Constituição, mesmo aquêles que, pela sua natureza ou conteúdo, não parecem conter matéria fundamental – dá origem ao estado de inconstitucionalidade, suscetível de reconhecimento pelos tribunais”.⁴⁹ (sic)

Na mesma linha, o magistério de JULIANO TAVEIRA BERNARDES.

⁴⁹ FLORES, Patrícia Teixeira de Rezende. *Aspectos Processuais da Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei Municipal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 22.

NOVO CONCEITO

Decorência de prévia delimitação constitucional, o controle judicial abstrato exercido por meio das ações (ADIn e ADC) deve incidir sobre “leis ou atos normativos”. Mediante a ADIn controlam-se leis e atos federais e estaduais, nessa acepção compreendidos também os distritais derivados a mesma competência deferida aos Estados-membros; no caso da ADC, somente leis e atos normativos federais.⁵⁰ (sic)

Por esta linha de raciocínio, o Poder Executivo possui condições de suspender o decreto comentado pelos vícios de inconstitucionalidade, possibilitando a sindicância de suas deformidades, de modo a expedir outro ato constitucional.

Enfim, criará condições para a adoção da melhor decisão imune às influências externas e tisanas de defeitos da produção do ato (o Decreto nº 52.144/2014) referidos.

A melhor doutrina, citando-se PAULO AFFONSO LEME MACHADO, posiciona-se sobre a possibilidade de alteração de uma unidade de conservação:

A “desafetação é o fato ou manifestação de vontade do poder público, mediante o qual o bem de domínio público é subtraído à dominialidade pública pra ser incorporado ao domínio privado. O oposto da desafetação é a afetação”. A desafetação implica que a unidade de conservação já esteja no domínio público. O termo utilizado pela Constituição Federal – “supressão” da unidade de conservação – é mais abrangente. Criada a unidade de conservação, ainda que não tenha sido efetivamente estabelecida, ela só pode ser suprimida por lei.⁵¹ (sic)

Já comentado o suficiente que não pode ser vista a solução de maneira simplista.

⁵⁰ BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrto de Constitucionalidade.Elementos Materiais e Princípios Processuais*. São Paulo:Editora Saraiva. 2004.pp. 173-174.

⁵¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 11ªed. São Paulo:Malheiros Editores.2003. p. 762.

NOVO CONCEITO

O meio ambiente nos termos conceituais extraídos da Constituição trata-se de um bem inapropriável, intangível, multitulado, ou seja, a todos seres planetários interessa sua proteção, e por isso – na medida em que é um direito de todos e dever do Estado e da sociedade sua preservação, tem-se à evidência que o ambiente sadio e equilibrado constitui um direito fundamental.

Embora deslocado do catálogo dos direitos fundamentais insculpidos no art. 5º da Carta, aliás, como outros tantos direitos fundamentais.

O conceito de meio ambiente está no art. 3º, inc. I, da Lei nº 6.938/81, e segundo ÉDIS MILARÉ a definição despreocupou-se de rigores e eventuais controvérsias científicas para ser aos objetivos da Lei: é a delimitação do conceito no campo jurídico.⁵²

Ora, de modo bastante óbvio verifica-se sua íntima decorrência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana plasmado no art. 1º, inc. III, da Constituição.

Qualquer tentativa de pura e simplesmente anular o Decreto sem fundamentação constituirá uma violação inaceitável pelo Direito, posto que os avanços obtidos com a revelação da unidade de conservação do Banhado do Maçarico, implicando o que se chama no Direito de retrocesso social, no caso retrocesso ambiental, e há na lógica do sistema jurídico constitucional a denominada cláusula de proibição de retrocesso aplicável ao Direito Ambiental.

J.J. GOMES CANOTILHO insigne constitucionalista português revela a compreensão deste instituto:

O princípio da democracia econômica e social constitui uma autorização constitucional no sentido de o legislador democrático e os outros órgãos encarregados da concretização político-constitucional adotarem as medidas necessárias para a evolução da

⁵² MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000. pp. 54-55.

NOVO CONCEITO

ordem constitucional sob a óptica de uma “justiça constitucional” nas vestes de uma “justiça social”.⁵³ (sic)

Não há dúvidas que a efetivação do meio ambiente sadio, equilibrado, bem de uso comum do povo, e essencial a qualidade da vida na locução do art. 225 da Carta Magna, necessita da proteção do Estado e impõe sua proteção na efetiva realização deste direito fundamental.

E prossegue J.J. GOMES CANOTILHO com sua conhecida autoridade e fundamento:

O princípio da **proibição de retrocesso social** pode formular-se assim; o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“lei de segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples deste núcleo essencial. [...] A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.⁵⁴ (sic)

Isto significa que os avanços ambientais não poderão ser sonegados, desprezados, simplesmente repudiados, e neste caso, apenas desconstituída unidade de conservação.

Esta é uma preocupação que o Gestor Ambiental e o Chefe do Executivo terão, sob pena de implicar responsabilidades não esperadas, intervenção extra ou judicial do Ministério Público, e até por ação de improbidade administrativa,

⁵³ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra:Almedina.1991. p.336.

⁵⁴ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra:Almedina.1991. p.337-338.

posto que um valor fundamental, aliás, um direito fundamental está em risco, e por já ter sido objeto de inicial proteção não poderá ser abandonado.

TOSHIO MUKAI destacando os estudos de Priscilia Sparapani lembra que este princípio (Princípio da Proibição do Retrocesso) é ínsito ao sistema jurídico-constitucional, e invocando o ensinamento do Ministro Luis Roberto Barroso: entende-se que, se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.⁵⁵

Isto é para dizer que alguma alteração poderá ocorrer, o inviável é desconstituir o que já foi normatizado.

Descabe o excesso de proibição da mesma maneira que incabível a proteção deficiente, tema tratado com propriedade por INGO WOLFGANG SARLET⁵⁶ e LÊNIO LUIZ STRECK.⁵⁷

Aplicável às questões ambientais.

A Administração Pública pode e deve revisar seus atos quando identificar algum vício que o anule ou constitua nulidade, inclusive portanto o ato legislativo produzido.

A Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal dá elementos para tanto, segue seu verbete:

⁵⁵ MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2014. p. 68.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos Direitos Sociais num contexto de crise. *in (Neo) constitucionalismo ontem, os Códigos hoje, as Constituições*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol. I. n. 2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica. 2004. pp. 121-168.

⁵⁷ STRECK, Lênio Luiz. Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *in (Neo) constitucionalismo ontem, os Códigos hoje, as Constituições*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol. I. n. 2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica. 2004. pp. 243-284.

NOVO CONCEITO

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegal, porque não se originam direitos; ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

ROBERTO ROSAS ao comentar a citada súmula esclarece:

Distingue-se nessa Súmula a anulação do ato administrativo e a revogação do ato administrativo. Ambas as espécies pertencem ao gênero invalidação do ato administrativo. Assim, ocorre quando há inconveniência, inoportunidade ou ilegalidade neste ato.

A revogação do ato administrativo decorre da inconveniência para a Administração, porém o ato é legal e perfeito. Somente a Administração o pode fazer, não cabendo ao Judiciário, que somente pode anular o ato, como também o pode a Administração, no entanto, com base na ilegalidade ou ilegitimidade do ato.

Por isso, a Súmula balizou as duas conseqüências do ato nulo ou do ato inconveniente. Essa Súmula não pode ser invocada para anular o ato administrativo por mera conveniência do administrador.⁵⁸

Este processo revisional é possível e está sendo feito.

Evidente reputar-se da essencial deste processo revisional que haja consistente motivação jurídica, administrativa, científica com base em todos os estudos levados a cabo que demonstram a necessidade de promover a revisão da classificação da unidade de conservação Reserva Biológica do Banhado do Maçarico e rever suas dimensões – não apenas para reduzir, mas atento às considerações científicas – para melhor preservar, reduzir conflitos, promover democraticamente a construção da preservação ambiental com seriedade, legalidade, moralidade, motivação e finalidade, aliás atributos essenciais à atividade da Administração Pública.

⁵⁸ ROSAS, Roberto. *Direito Sumular. Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2006. p. 209.

NOVO CONCEITO

Desta maneira, o Gestor Ambiental e o Poder Executivo construirão melhor os interesses públicos voltados à conservação ambiental, e possibilitarão a integração do ambiente ao cenário de preponderância do meio ambiente.

Não se discute o Poder de Legislar do Chefe do Executivo, discute-se que nesta Administração Ambiental e do Estado do Rio Grande do Sul poder-se-á construir a unidade de conservação que os cientistas apontaram, não apenas criar uma unidade de conservação para contentar outros interesses, aliás, indesculpáveis.

Por isso, insiste-se na percepção de ANDREAS KRELL ao comentar e discutir os limites da discricionariedade da administração nas questões ambientais, especialmente no trato dos chamados conceitos jurídicos indeterminados o qual vaticina:

Nesse contexto, sem dúvidas, ganha grande importância o dever constitucional da Administração de motivar os seus atos, o que a obriga de expor, com clareza, as razões que resultaram nas escolhas concretas entre diferentes soluções possíveis. Caso essa motivação, que serve justamente para viabilizar o controle do ato administrativo, não seja suficiente, o Judiciário deverá anular a respectiva medida.⁵⁹

O estudo não tem a intenção de ministrar ensinamentos do modo como o Estado pode revisar seus atos, revogar decretos, editar novas leis, apenas pretende contribuir com a construção de saída jurídica à luz de todos os estudos de outros ramos científicos produzidos.

Não é embaralhar grandezas legais, mas possibilitar fundamentos sólidos para a tomada de decisão, repita-se.

Não há dúvidas que o Grupo de Trabalho formado com a participação de representante do Ministério Público tem a possibilidade de promover propostas

⁵⁹ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2004. p. 47.

voltadas à proteção do meio ambiente, pautadas em discussões técnicas, estudos científicos que contemplem a melhor solução na preservação do interesse ambiental, do interesse público e da comunidade que está envolvida pela Reserva Biológica do Banhado do Maçarico.

A revisão estudada não se desgarrou da preponderância dos interesses ambientais do Estado, e do interesse público.

8. Considerações finais.

Em sede de considerações finais, ao cabo da análise de documentos e trabalhos produzidos que proporcionaram a criação da Reserva Biológica Estadual do Banhado do Maçarico no Município do Rio Grande foi possível apurar diversas inconsistências quanto à criação da mesma, o que não deslustra a preocupação maior na conservação de áreas importantes ao meio ambiente.

Os estudos desenvolvidos por membros do Grupo de Trabalho possibilitaram a identificação de alternativas pelo Estado do Rio Grande do Sul para a correção de equívocos quando da constituição da unidade de conservação referida.

Elencam-se as constatações e alternativas:

- a) foram identificados e apontados o que se denomina de “vício de origem” quanto à fundamentação administrativa que animaram o ato administrativo para a criação da unidade de conservação;
- b) apurados diversos elementos que macularam a produção do ato administrativo base para a propositura da criação da reserva biológica o que implica a invalidade dos atos subseqüentes até o desaguar no texto do Decreto;

NOVO CONCEITO

c) os estudos existentes que integraram o processo administrativo da Secretaria do Meio Ambiente (denominação anterior) nº 013807.05.00/14-6 eram insuficientes e não autorizavam a criação da unidade de conservação levada a efeito, em ferimento à lei, aliás, até porque o expediente administrativo não continha os elementos presentes no processo administrativo nº 02001.001721/2007-37 do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis que tratava em nível federal o mesmo assunto;

d) o instrumento criativo adotado, embora aparentemente legal, perde sua legitimidade em razão dos fins que o animaram, e por conta da pobreza de estudos técnicos, ausência de dados atualizados, e incompletude científica que autorizasse sua edição nos moldes operado;

e) identificado que a adoção pelo Poder Executivo do Decreto para criar a unidade de conservação teve em mira agilizar o processo criativo, porém com intenção explícita em promover o encerramento de uma ação civil pública em tramitação na 3ª Vara Cível da Comarca do Rio Grande sob o nº 023/1.14.0001998-7, subtraindo a participação da sociedade em violação ao Princípio da Informação e Princípio da Participação próprios do Direito Ambiental;

f) novos estudos (e atuais) apresentam um cenário diferenciado, com maior consistência quanto à melhor classificação da unidade de conservação em comento e seus limites;

g) a revisão da classificação da Reserva Biológica Estadual do Banhado do Maçarico está autorizada diante da constituição de um Grupo de Trabalho criado pela Portaria nº 93 de 08 de julho de 2015, interinstitucional e multidisciplinar para atender aos superiores interesses ambientais;

h) o Poder Executivo poderá expedir Decreto suspendendo os efeitos do similar nº 52.144 de 10 de dezembro de 2014 à vista dos desvios, vícios e violações a comandos

NOVO CONCEITO

constitucionais (art. 37, CF) e aos princípios e fundamentos que orientam a produção de ato administrativo como ficou plasmado ao longo dos trabalhos examinados;

i) a correção de eventual equívoco classificatório da unidade, de suas dimensões e limites da mesma não prejudicará a proteção ambiental, ao contrário, irá qualificá-la diante dos estudos e comentários científicos produzidos;

j) afastada qualquer alteração de classificação ou limites da unidade de conservação através de Decreto por ser o instrumento inadequado para os fins a que se destina;

k) há possibilidade revisional – uma vez filtrado tecnicamente sua necessidade pela Secretaria do Ambiente e Desenvolvimento Sustentável – diante da acumulação de novos estudos, cuja motivação deverá ser fundamentada de modo suficiente para evitarem dúvidas, vícios ao ato administrativo e questionamentos judiciais;

l) uma vez deliberadas tais questões, deverá ser observado o Princípio da Publicidade, o Princípio da Informação e o Princípio da Participação prévio às alterações, em respeito às exigências da Lei do SNUC;

m) o instrumento para alterações é Lei – de classificação, limites, dimensões – reclama a produção de uma regra específica a qual deverá conter tais elementos e estarem (as alterações) devidamente justificas em sua exposição de motivos dando plena transparência;

n) os estudos produzidos, ainda carentes da filtragem pelo órgão ambiental, apresentam algumas alternativas para a melhor conservação da área, da flora e fauna e ecossistemas:

n.1. a possibilidade de redução da área estabelecida para a Reserva Biológica, produzindo-se novo perímetro e dimensionamento;

n.2. a alteração da classificação de Reserva Biológica para Refúgio da Vida Silvestre com manutenção da área original;

NOVO CONCEITO

n.3. a alteração da classificação de Reserva Biológica para Refúgio da Vida Silvestre com redução da área em face dos apontamentos científicos;

n.4. alteração da classificação de Reserva Biológica para Refúgio da Vida Silvestre com redução da área como demonstrado nos estudos, e a criação de outra unidade de conservação de uso sustentável no entorno – Área de Proteção Ambiental – com o aproveitamento dos limites originários traçados para a Reserva Biológica;

n.5. manutenção da unidade como Reserva Biológica com a redução da área conforme os estudos, e a criação de outra unidade de conservação de uso sustentável no entorno – Área de Proteção Ambiental – com o aproveitamento dos limites originários traçados para a Reserva Biológica;

o) é jurídico e absolutamente possível que uma lei crie mais de uma unidade de conservação, vez que estampada a finalidade de suas criações, os grupos a que pertencerão, sua classificação, seus limites e dimensões;

p) as alternativas apresentadas não constituem insuficiência protetiva do meio ambiente, portanto não incidente a cláusula de proibição de retrocesso ambiental, afastando qualquer risco de demanda sob tal fundamento;

q) o Estado estará cumprindo sua função conservacionista com base em estudos criteriosos, despidos de qualquer outra motivação desviada dos cânones constitucionais e administrativos;

r) possível ao Estado rever seus atos em razão da identificação de diversos vícios que o invalidam, e determinaram a produção de um texto legal desviado dos fundamentos que orientam e regem a atividade do Estado, inclusive maculados por má-fé;

s) os trabalhos apresentados tiveram por norte prover o Estado com estudos científicos que enriquecerão a função de proteção e conservação do meio ambiente, de maneira a proporcionar ferramenta para gestão e tomada de decisões.

NOVO CONCEITO

Cumpram-se destacar que o presente estudo levou em consideração a insuficiência de recursos do Estado do Rio Grande do Sul para instituição da unidade de conservação diante da inexistência de previsão orçamentária para fins de implantação e intervenção no patrimônio do particular por processo desapropriatório, causa determinante de conflitos.

Buscaram-se as saídas jurídicas para encaminhar uma solução para atender os diversos interesses, pautando na identificação de ponto de equilíbrio entre os valores em pauta.

As conclusões apresentadas visam a contribuir para o processo de desenvolvimento ambiental participativo, imune a violações constitucionais, levando em consideração a relevância da conservação ambiental.

O estudo desenvolvido não esgotou os limites da discussão deste tema.

Submeto à consideração.

Francisco Luiz da Rocha Simões Pires

OAB-RS nº 88.026