



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO
1ª VARA FEDERAL DE BRAGANÇA PAULISTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL (65) nº 5001620-03.2020.4.03.6123

REQUERENTES: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO

REQUERIDOS: DEPARTAMENTO DE AGUAS E ENERGIA ELETRICA, COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SAO PAULO

DECISÃO

Trata-se de pedido de tutela provisória de urgência, de natureza cautelar e incidental, tendo por objeto: **a)** “a suspensão imediata das obras da Barragem Duas Pontes”; **b)** “a suspensão imediata da Licença de Instalação nº. 2617 e da continuidade de todo e qualquer procedimento relacionado ao licenciamento e autorizações atinentes ao empreendimento Barragem Duas Pontes”; **c)** “a suspensão imediata da autorização nº. 29.924/2020, emitida pela CETESB, para supressão de vegetação, intervenção em APP e corte de árvores nativas isoladas relativas ao eixo da barragem e áreas de apoio, com a conseqüente suspensão dos TCRA’s 29.919/2020 e 29.920/2020, considerando o risco de irreversibilidade dos danos à flora e fauna decorrentes dos cortes efetuados, caso a outorga não seja regularizada e o empreendimento seja embargado definitivamente”; **d)** “a realização imediata e permanente, enquanto durar a liminar concedida, de medidas para impedir a ocorrência ou o agravamento de potenciais danos ambientais oriundos da paralisação das obras, como, por exemplo, processos erosivos e interferência em corpos d’água decorrentes de movimentação de terra; problemas com materiais, equipamentos, entulho, maquinário e produtos químicos relacionados à obra, os quais podem ocasionar contaminação do solo e da água, acidentes e/ou atração de animais transmissores de doenças; problemas relacionados ao tráfego, dentre outros”; **e)** “a designação da CETESB como órgão responsável pela identificação, por meio de vistoria no local, de todos os potenciais problemas ou danos ambientais a serem causados pela paralisação das obras, bem como pela fiscalização periódica das ações a serem realizadas pelo empreendedor para mitigar os impactos, cabendo a ela também a aplicação das penalidades cabíveis em caso de descumprimento”; **f)** a “fixação de multa diária no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a ser fixada pelo descumprimento da decisão”.

Sustentam, em síntese, o seguinte: **a)** o requerido DAEE iniciou procedimentos para a construção da denominada Barragem Duas Pontes, na cidade de Amparo – SP; **b)** trata-se de empreendimento de grande porte, conforme Parecer Técnico CETESB nº 69/2020/IE; **c)** em 25.08.2016, foi emitida, pela requerida CETESB, Licença Prévia nº 2.513, e em 10.06.2020 a Licença de Instalação nº 2.617/2020; **d)** os requeridos desconsideraram exigências de atendimento das condições da referida Licença Prévia, lançadas no Parecer Técnico CETESB nº 69/2020/IE; **e)** o rio Camanducaia é de domínio da União; **f)** em 2004, a Agência Nacional de Águas delegou ao DAEE, por meio da Resolução ANA nº 429/2004, a competência para a



emissão de outorga para as Bacias Hidrográficas dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí, onde se insere o Rio Camanducaia; **g**) a outorga de direito de uso de recursos hídricos para barramentos não foi incluída no rol do artigo 2º da aludida resolução; **h**) a Resolução ANA nº 74/2018, em seu artigo 1º, II, alínea “a”, expressamente proibiu a delegação de competência de outorga para barramentos; **i**) a CETESB consignou a necessidade de solicitação de outorga à ANA na emissão da Licença Prévia (item 1.13); **j**) em 12.02.2016, 27.02.2018 e 24.10.2019, o requerido DAEE solicitou outorga à ANA, tendo os pedidos sido indeferidos; **l**) o motivo do indeferimento foi o fato de as concentrações de fósforo na água encontrarem-se em níveis inaceitáveis, podendo, com a construção do barramento, levar à ocorrência de alterações indesejáveis na qualidade da água, incluindo florações de algas, e diversos prejuízos aos usos múltiplos, particularmente para o uso preponderante previsto, abastecimento público; **m**) em 24.06.2020, o requerido DAEE publicou a Portaria nº 3.280/2020, alterando a Portaria DAEE nº 1.630/2017, dando nova redação ao seu artigo 10 para dispensar “de obter as outorgas de usos, as obras e os serviços executados ou contratados pelo DAEE, em corpos de água de domínio do Estado ou naqueles de domínio da União, onde a Autarquia tem delegação da Agência Nacional de Águas, para emissão de Outorgas, observava a legislação ambiental”; **n**) em 05.08.2020, foi emitida ordem de serviço para início das obras para a construção da Barragem Duas Pontes; **o**) a dispensa de outorga levada a efeito pelo requerido DAEE com base na aludida delegação é ilegal; **p**) a requerida CETESB, ao emitir a Licença de Instalação, chancelou a ilegalidade; **q**) o perigo da demora reside no fato de que a continuidade das obras implicará perpetuação de danos ambientais.

O **Departamento de Águas e Energia Elétrica do Estado de São Paulo** – DAEE apresentou **manifestação** (id 38983033), nos termos do artigo 2º da Lei nº 8.437/92, alegando o seguinte: **a**) no ano de 2014, teve início, no Estado de São Paulo, uma hídrica, de modo que foi preciso priorizar investimentos para atender ao abastecimento de água e saneamento básico; **b**) a Barragem Duas Pontes, juntamente com a Barragem Pedreira, são de interesse multisetorial e com benefícios difusos em toda região hidrográfica da bacia do PCJ (Piracicaba, Capivari e Jundiaí); **c**) o Estado de São Paulo, por meio da Secretaria de Infraestrutura e Meio Ambiente (SIMA) e do Departamento de Águas e Energia Elétrica (DAEE), assinaram no dia 5 de agosto, em Amparo, a Ordem de Serviço para a construção da barragem de Duas Pontes, no Rio Camanducaia; **d**) 78,37% da área destinada ao reservatório de Duas Pontes já foi desapropriado, 21,63% estão com ações ajuizadas; **e**) com relação à Outorga de direito de recursos hídricos, por meio da Resolução nº 429, de 04 de agosto de 2004, alterada pela Resolução nº 1.255 de 14 de outubro de 2014, foi delegado ao DAEE a competência para outorgar o uso de recursos hídricos de domínio da União, no âmbito das Bacias PCJ; **f**) neste caso, no qual o DAEE é o empreendedor, conforme previsto na Portaria DAEE-3280, o empreendimento é dispensado de obter outorga de direito de uso; **g**) após extenso estudo da bacia do Rio Camanducaia, o DAEE identificou as cargas de fósforo afluentes; **h**) após modelagem matemática, a fim de garantir a qualidade da água do reservatório da Barragem Duas Pontes, o DAEE operará com o reservatório deplecionado, diminuindo o tempo de residência da água e o processo de eutrofização; **i**) além disso, assumiu o compromisso junto aos municípios de Amparo e Monte Alegre do Sul, de implantar estações de tratamento de efluente de alta eficiência, chegando a remover 96% da carga de fosforo presente no esgoto sanitário; **j**) o DAEE, ao editar a Portaria 3280/2020, no exercício da competência que lhe foi deferida pela Resolução ANA 429/2004, de 4/8/2004, praticou ato dentro dos estritos limites da legalidade, considerando-se o disposto no artigo 5º e 37 da Constituição Federal; **l**) não ocorre o risco de acumulação de água imprópria para o abastecimento alegado pelos autores; **m**) a paralisação das obras implicaria em afetar as centenas (milhares) de empregos diretos ou indiretos, agravando um problema imediato para o país, que já se via uma situação de recessão, agravada pela Pandemia do Covid 19, além de impedir a melhoria das condições de oferta de água para todos os usuários da Bacia do PCJ.



Os requerentes se manifestaram (id 39118017).

Decido.

Não vislumbro, nesta fase, causas de indeferimento da petição inicial ou quaisquer das hipóteses de julgamento de improcedência liminar do pedido previstas no artigo 332 do Código de Processo Civil.

No âmbito da ação civil pública incidem os artigos 4º e 12, ambos da Lei nº 7.347/85, segundo os quais é cabível ação cautelar objetivando evitar o dano ao meio ambiente, podendo o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia. Por outro lado, nos termos do artigo 294, parágrafo único, do Código de Processo Civil, o pedido cautelar pode ser incidental, ou seja, feito no curso do processo.

Para o deferimento da medida liminar, são exigíveis os requisitos do artigo 300, “caput”, do Código de Processo Civil, quais sejam, a plausibilidade do direito e o perigo da demora.

1. Plausibilidade do direito

A plausibilidade do direito pressupõe, em primeiro lugar, que haja fatos ou atos provados com segurança já na fase inicial do processo, suficientes para, sopesados diante dos princípios e normas jurídicas que os regem, gerar a conclusão que a parte tem o direito subjetivo objeto do pedido.

No presente caso, diante da manifestação do requerido DAEE (id 38983033), mostram-se incontroversos, nesta fase, os seguintes fatos:

a) com base em ordem de serviço de 05.08.2020, foram iniciadas obras tendentes à construção da denominada Barragem Duas Pontes, localizada no rio Camanducaia, integrante das Bacias Hidrográficas dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí, empreendimento que se desenvolve na cidade de Amparo - SP;

b) o empreendimento, caracterizado como de grande porte, encontra-se amparado na Licença Prévia nº 2.513, emitida pela CETESB em 25.08.2016, e na Licença de Instalação nº 2.617, emitida pela CETESB em 10.06.2020;

c) o requerido DAEE é o órgão empreendedor da obra;

d) o requerido DAEE editou a Portaria nº 3.280/2020, por meio da qual considerou-se dispensado de obtenção da outorga de direitos de uso de recursos hídricos, com base na Resolução ANA nº 429/2004, pela qual a Agência Nacional de Águas delegou-lhe a competência para a emissão da outorga para as Bacias Hidrográficas dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí;

e) não obstante, o requerido DAEE formulou pedido de outorga à Agência Nacional de Águas, o qual foi indeferido;

f) o indeferimento foi motivado pela inadequação da qualidade da água para o abastecimento público, considerado o nível inaceitável de concentração de fósforo;



g) o requerido DAEE apresentou, no procedimento de outorga, propostas para reduzir a carga de fósforo na água;

h) o empreendimento já foi iniciado, inclusive com desapropriações de áreas destinadas ao reservatório.

Passo à subsunção destes fatos aos princípios e normas jurídicas que os devem reger.

Estabelece o artigo 225, “caput”, e § 1º, V, da Constituição Federal, que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, incumbindo ao Poder Público, para assegurar a efetividade desse direito, “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”.

O emprego técnicas e métodos que comportem risco à saúde e ao meio ambiente, como o barramento de rios, está, portanto, sujeito a controle do Poder Público.

De outra parte, a Constituição Federal, em seus artigos 20, III, 21, XIX, e 22, IV, inclui entre os bens da União “os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais”, conferindo-lhe competência material para “instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso”, e competência privativa para legislar sobre “águas”.

Conforme os artigos 23, VI, VII, e 24, VI e VIII, da Constituição, os Estados-membros têm competências material comum e legislativa concorrente com referência precipuamente à proteção e preservação do meio ambiente.

Conclui-se, pois, que, no tocante às águas e os direitos de seu uso, prevalece a competência da União para a disciplina e controle do emprego de técnicas e métodos que cause interferência no processo ecológico.

A União, por meio da Lei nº 9.433/97, instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

De acordo com seu artigo 1º, I, “a água é um bem de domínio público”.

Portanto, o Poder Público não é seu proprietário, figurando apenas como gestor de seu uso no interesse de todos os seres vivos.

Nessa gestão, o Poder Público tem o dever de assegurar aos seus destinatários água em quantidade suficiente e em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos, sendo este um dos fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, conforme artigo 2º, I, da Lei nº 9.433/97.

Adotou-se, para o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água o sistema de “outorga de direitos de uso de recursos hídricos”.

Estabelecem os artigos 11 e 12, incisos I e V, ambos da Lei nº 9.433/97:



Art. 11. O regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água.

Art. 12. Estão sujeitos a outorga pelo Poder Público os direitos dos seguintes usos de recursos hídricos:

I - derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo;

(...)

V - outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água.

A lei em referência, em seu artigo 14, § 1º, assentou que “o Poder Executivo Federal poderá delegar aos Estados e ao Distrito Federal competência para conceder outorga de direito de uso de recurso hídrico de domínio da União”.

A Lei nº 9.984/2000 dispôs sobre “a criação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh) e responsável pela instituição de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico”.

Entre as atribuições da Agência, previstas no artigo 4º desta lei, está a de “outorgar, por intermédio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União, observado o disposto nos arts. 5º, 6º, 7º e 8º” (inciso IV).

Quanto à delegação de suas atribuições, o § 4º do dispositivo estabelece que “a ANA poderá delegar ou atribuir a agências de água ou de bacia hidrográfica a execução de atividades de sua competência, nos termos do art. 44 da Lei nº 9.433, de 1997, e demais dispositivos legais aplicáveis”, enquanto o § 10º, com redação dada pela Lei nº 14.026/2020, dispõe que “a ANA poderá delegar as competências estabelecidas nos incisos V e XII do caput deste artigo, por meio de convênio ou de outro instrumento, a outros órgãos e entidades da administração pública federal, estadual e distrital”.

No caso em julgamento, o uso do recurso hídrico pretendido pelo requerido DAEE, qual seja, o barramento do curso de água do Rio Camanducaia, depende de Outorga, legalmente destinada a “*assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água*”.

Está assente que o Rio Camanducaia é de domínio da União. Logo, nos termos do citado artigo 4º, IV, da Lei nº 9.984/2000, compete à Agência Nacional de Águas outorgar o direito de uso de seus recursos hídricos.

Com o advento da Lei nº 14.026/2020, a atribuição de outorgar o direito de uso de recurso hídrico, prevista no inciso IV do artigo 4º da Lei nº 9.984/2000, não poderá ser delegada pela Agência, pois, nos termos do § 10 do dispositivo a ANA poderá delegar apenas as “competências estabelecidas nos incisos V e XII do caput deste artigo” e não a prevista no inciso IV.



Houve, portanto, revogação do comando do artigo 14, § 1º, da Lei nº 9.433/97, que permitia delegação, aos Estados e ao Distrito Federal, de competência para conceder outorga de direito de uso de recurso hídrico de domínio da União.

Conforme pondera Paulo Affonso Leme Machado, em obra editada antes da Lei nº 14.026/2020:

“A ANA não tem poderes para delegar suas competências para a outorga de usos dos recursos hídricos da União. Há, portanto, uma revogação implícita do art. 14, § 1º, da Lei nº 9.433/97, pois o único órgão federal que poderia fazer a delegação do poder de outorga está impedido, sabiamente, de fazê-lo”. (in Direito ambiental brasileiro. 10ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, págs. 449/450).

Logo, no presente momento, a delegação do poder de outorga passou a estar expressamente vedada.

É dos autos que a Agência Nacional de Águas delegou ao requerido DAEE, por meio da Resolução ANA nº 429, de 04.08.2004, a competência para a outorga do direito de uso de recursos hídricos das Bacias Hidrográficas dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiáí, onde inserido o Rio Camanducaia.

Diante do regramento inerente às espécies normativas, as normas infralegais perdem vigência e eficácia diante da superveniência de lei revogadora daquela em que se fundava, ressalvado o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

No caso em julgamento, porém, não se noticia que a Agência Nacional de Águas tenha revogado totalmente a Resolução nº 429/2004 – a revogação, pela Resolução nº 1.225/2013, deu-se apenas para excluir o Estado de Minas Gerais -, nem este é o objeto desta ação.

É pertinente analisar, por conseguinte, o conteúdo e limites da delegação levada a efeito.

A Resolução estabelece, em seu artigo 2º:

Art. 2º. A delegação de competência referida nesta Resolução compreende os atos de outorga preventiva e de outorga de direito de uso para:

I - derivação ou captação de parcela de água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo;

II – lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final, observada a legislação pertinente;

III – aproveitamento dos potenciais hidrelétricos; e

IV – outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente no corpo de água.



Note-se que o barramento, efeito pretendido pelo requerido DAEE no Rio Camanducaia, não figura como objeto da delegação, embora possa, em tese, ser considerado abrangido pela hipótese do inciso IV.

Todavia, norma posterior de mesma hierarquia, emanada da Agência Nacional de Águas, qual seja, a Resolução nº 74/2018, de 01.10.2018, tratou expressamente a questão, excluindo a possibilidade de o órgão delegatário decidir isoladamente sobre o ato de outorga para barramento.

Prescreve, com efeito, seu artigo 1º:

Art. 1º Deverão ser submetidos ao exame e decisão da Diretoria Colegiada – DIREC os pedidos de:

I – Declaração de Reserva de Disponibilidade Hídrica – DRDH; e

II – outorga preventiva e de direito de uso de recursos hídricos que:

a) se relacionarem às finalidades barramento, aproveitamento hidrelétrico e esgotamento sanitário sem tratamento;

b) estiverem localizados em terras indígenas;

c) estiverem localizados em corpo hídrico com comprometimento hídrico coletivo quantitativo ou qualitativo superior a 70%;

d) possuírem vazões máximas de captação ou de lançamento iguais ou superiores a 2,5 m³/s; ou

e) forem instruídos com proposta de indeferimento, com exceção daqueles previstos no inciso II, alínea c, do art. 3º desta Resolução.

§ 1º A DIREC poderá a qualquer tempo avocar para sua análise e decisão casos que se enquadrem nas hipóteses dos artigos 2º e 3º.

§ 2º As autoridades delegadas, nos termos dos artigos 2º e 3º, poderão submeter, de forma fundamentada, casos específicos à análise e decisão da DIREC.
(destaquei)

Destarte, a Resolução nº 479/2004 deve ser interpretada à luz da Resolução nº 74/2018, sendo exigida, para a concretização da delegação de outorga para a finalidade de barramento, a decisão da Agência Nacional de Águas, por meio de sua Diretoria Colegiada.

Ainda que houvesse dúvida hermenêutica, as normas que regulamentam a delegação de competência não comportam interpretação contrária ao interesse do poder delegante, a quem, ademais, o órgão delegatário não pode opor o direito adquirido.

A propósito, salienta Hely Lopes Meirelles:

“A delegação de competência tem caráter facultativo e transitório, apoiando-se em razões de oportunidade e conveniência e na capacidade de o delegado exercer a contento as atribuições conferidas, de modo que o delegante pode



sempre retomar a competência e atribuí-la a outrem ou exercê-la pessoalmente” (in Direito administrativo brasileiro. 20ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, pág. 640).

Destarte, a execução do empreendimento não pode prescindir, a partir de 1.10.2018, de outorga de direito de uso de recursos hídricos pela Agência Nacional de Águas.

Observe-se que, já no ano de 2016, a requerida CETESB, ao conceder a licença prévia, condicionou a concessão da licença de instalação à apresentação de outorga emitida pela referida Agência.

É incontroverso que o requerido DAEE, diante do Parecer nº 326/2015/PF-ANA/PGF/AGU, emitido pela Procuradoria Geral Federal que atua junto à Agência Nacional de Águas, que recomendou que o pedido de outorga para a construção da Barragem Duas Pontes fosse solicitado à Agência, efetivamente o fez em 12.02.2016, 27.02.2018 e 24.10.2019.

O pedido, contudo, foi indeferido, com base, como visto acima, na inadequação da qualidade da água para o abastecimento público, considerado o nível de concentração de fósforo.

O requerido DAEE, em 24.06.2020, publicou a Portaria nº 3.280/2020, alterando a Portaria DAEE nº 1.630/2017, dando nova redação ao seu artigo 10 para dispensar “de obter as outorgas de usos, as obras e os serviços executados ou contratados pelo DAAE, em corpos de água de domínio do Estado ou naqueles de domínio da União, onde a Autarquia tem delegação da Agência Nacional de Águas, para emissão de Outorgas, observava a legislação ambiental”. (destaquei)

Evidencia-se, de plano, a nulidade absoluta desta norma infralegal, porquanto dois motivos jurídicos subtraem-lhe a validade.

O primeiro consiste no fato de que, na data de sua edição, era imprescindível a outorga de direito de uso de recursos hídricos pela Agência Nacional de Águas, porque, nos termos da Resolução nº 479/2004, interpretada à luz da Resolução nº 74/2018, passou a ser exigida, para a validade da delegação de outorga para a finalidade de barramento, a decisão de sua Diretoria Colegiada.

É pertinente repetir que, a partir da entrada em vigor da Lei nº 14.026, em 16.07.2020, a delegação do poder de outorga de direito de uso de recursos hídricos de rios federais a outros órgãos e entidades da administração pública federal, estadual e distrital, está expressamente vedada à Agência.

O segundo motivo reside no fato de que o ato de dispensa de outorga com base em delegação desprovida de validade, está contaminado pelo vício do desvio de finalidade.

Nos termos do artigo 2º, parágrafo único, alínea “e”, da Lei nº 4.717/65, que regulamenta a chamada ação popular, são nulos os atos lesivos ao patrimônio público nos casos de desvio de finalidade, que “se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

É oportuno recordar o ensinamento de Hely Lopes Meirelles sobre o desvio de finalidade:

“O desvio de finalidade ou de poder verifica-se quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivo ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de



finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal” (ob. cit., pág. 96).

Também Celso Antônio Bandeira de Mello tem ilustrativa lição sobre o tema:

“Há, em consequência, um mau uso da competência que o agente possui para praticar atos administrativos, traduzindo na busca de uma finalidade que simplesmente não pode ser buscada ou, quando possa, não pode sê-lo através do ato utilizado”.

(...)

“De dois modos pode manifestar-se o desvio de poder: a) (...); b) quando o agente busca uma finalidade – ainda que de interesse público – alheia à ‘categoria’ do ato que utilizou. Deveras, consoante advertiu o preclaro Seabra Fagundes: ‘Nada importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja moralmente lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido por divergir da orientação legal’.” (in Curso de direito administrativo. 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, pág. 362 e 363).

No caso em julgamento, o desvio de finalidade é patente, na medida em que o requerido DAEE somente invocou a delegação objeto da Resolução nº 479/2004, que interpretou sem considerar a Resolução nº 74/2018, porque a Agência Nacional de Águas indeferiu o pleito de outorga que formulou e reapresentou.

Ainda que a intenção do demandado seja a superação de alegada crise hídrica, o vício é manifesto, dada a clareza da Constituição Federal e das Leis nºs 9.433/97 e 9.984/2000 ao exigir a outorga pela Agência Nacional de Águas.

A autarquia, portanto, colimou fins não queridos pelo legislador.

Ao contrário do que afirma a ilustrada Procuradoria Geral do Estado, há ofensa ao artigo 37 da Constituição Federal, que ordena à Administração agir com base nos princípios da legalidade e moralidade.

De mais a mais, caso seja chancelado o desvio de finalidade evidenciado, ter-se-ia patente conflito de interesse no tocante à fiscalização do controle quantitativo e qualitativo dos usos da água, finalidade da outorga, uma vez que se confundiriam órgão empreendedor e fiscalizador.

Além disso, as conclusões técnicas de autarquia estadual sobre as consequências de barramento de rio federal estariam em patamar superior às firmadas, em sentido contrário, pela Agência Nacional de Águas, a quem compete legalmente zelar pelos rios da União.

Sendo, portanto, constitucional e legalmente imprescindível a outorga do direito de uso do recurso hídrico federal pela Agência Nacional de Águas, os motivos aventados pelo requerido DAEE para sua dispensa não se sustentam.

Quanto à alegada crise hídrica, deve-se assentar que, nos termos do artigo 4º, XXIII, da Lei nº 9.984/2000, cabe à Agência Nacional de Águas “declarar a situação crítica de escassez quantitativa ou qualitativa de recursos hídricos nos corpos hídricos que impacte o atendimento aos



usos múltiplos localizados em rios de domínio da União, por prazo determinado, com base em estudos e dados de monitoramento, observados os critérios estabelecidos pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos, quando houver”.

No caso dos autos, não há esta declaração.

Seja como for, a superação de crise hídrica deve ser ultimada com respeito à Constituição Federal e às citadas leis federais que regem o uso das águas.

Quanto aos motivos econômicos e sociais, tais como a geração de empregos, é oportuno lembrar que o desenvolvimento econômico e social deve se compatibilizar com a defesa do médio ambiente, nos termos do artigo 170, VI, da Constituição Federal.

O fato de o empreendimento já ter sido iniciado, inclusive com considerável aporte de dinheiro, não é capaz de justificar o descumprimento das leis de regência do uso dos recursos hídricos federais e a chancela do evidente desvio de finalidade.

A ninguém, notadamente ao Administrador Público, é lícito beneficiar-se da própria torpeza.

Conclui-se, portanto, que é nula a Portaria nº 3.280/2020, na parte em que dispensou o requerido DAEE de obter, da Agência Nacional de Águas, a outorga do direito de uso de rio de domínio da União, com base em delegação de competência revogada por norma posterior.

Havendo prova de descumprimento de normas constitucionais e legais de máximo interesse público, não fica o Poder Judiciário proibido de restabelecer sua eficácia, não impedindo que cumpra sua finalidade de julgar a lesão a direito, prevista no artigo 5º, XXXL, da Constituição Federal, postulados como a presunção de legitimidade de atos administrativos e da vedação de exame jurisdicional de atos discricionários.

Em primeiro lugar, a presunção de legitimidade dos atos administrativos admite prova contrária, o que, como se viu acima, ocorre no caso em julgamento.

Em segundo lugar, não há discricionariedade quando se exige o cumprimento fiel da Constituição e das leis, não sendo lícito ao administrador, com base em critérios próprios de conveniência e oportunidade, adotar atos que malfiram o desiderato da norma.

Presentes leis descumpridas, não é lícito dizer que, ao determinar seu cumprimento, esteja o Judiciário legislando ou implementando políticas públicas. Este Juízo compreende e respeita o princípio posto no artigo 2º da Constituição Federal, pelo que não está a proferir decisão que importe em atividade legislativa ou executiva, senão que leve à imediata execução da Constituição e de leis há muito tempo em vigor no país.

2. Do perigo da demora

O perigo da demora decorre da duração natural do processo até o trânsito em julgado da decisão final, diante da necessidade de observância dos prazos processuais.

No caso dos autos, este perigo se faz presente relativamente aos pedidos iniciais.



Em se tratando de meio ambiente, não se pode transigir com o risco de dano, dado que é sempre irreversível, como, por exemplo, os que importam a perda da biodiversidade, cuja restauração, quando possível, demanda dezenas ou centenas de anos.

Por outro lado, não há nenhuma razão plausível para se sujeitar, por mais um dia que seja, a Bacia onde inserido o Rio Camanducaia a riscos tão consideráveis decorrentes do barramento.

Deveras, é sabido e notório que os barramentos causam, por exemplo, os seguintes impactos setoriais: a) transformações da flora nas áreas alagadas, pois a inundação artificial, por menor que seja, atinge a mata ciliar e suas diversificadas espécies; b) transformações da fauna nas mesmas áreas, pois o alagamento mata muitos animais aquáticos e terrestres e destrói seus ovos, além de afugentar outros para lugares onde vão acarretar desequilíbrio ecológico; c) transformações na propriedade da água, modificando a dinâmica da movimentação dos sedimentos e do aporte de nutrientes que correm pelo rio; d) extinção e diminuição de recursos necessários à sobrevivência de populações ribeirinhas.

Atente-se que a possibilidade de transformações na propriedade da água, com níveis de fósforo inaceitáveis, foi assinalada pela Agência Nacional de Águas e pelo próprio requerido DAEE, que, contudo, se ampara na assunção de compromissos com entes públicos e privados para sua redução.

Não há, todavia, qualquer indicativo seguro de que tal redução possa ser alcançada, em detrimento das conclusões técnicas daquela Agência, a quem, de resto, pertence a competência para decidir sobre a questão.

O princípio da prevenção, ínsito ao Direito ambiental, ampara a pretensão dos requerentes de paralização do empreendimento.

Sobre tal postulado, pondera Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

“O princípio da prevenção encontra-se presente ainda na ótica do Poder Judiciário e da Administração. Com efeito, a aplicação da jurisdição coletiva, que contempla mecanismos de tutela mais adaptados aos direitos difusos, objetivando impedir a continuidade do evento danoso, bem como a possibilidade de ajuizamento de ações que apenas visem uma atuação preventiva, a fim de evitar o início de uma degradação (através de liminares, de tutela antecipada), a aplicação do real e efetivo acesso à justiça e o princípio da igualdade real, estabelecendo tratamento paritário entre os litigantes, são instrumentos utilizados com vistas a salvaguardar o meio ambiente e a qualidade de vida” (in Curso de direito ambiental brasileiro. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, pág. 37).

Frise-se que o atendimento da pretensão liminar não acarretará prejuízos às chamadas políticas públicas, dado que a Administração, subordinada ao comando constitucional da eficiência, deve encontrar solução inteligente para que as necessidades hídricas do Estado de São Paulo sejam atendidas sem nefastos prejuízos ao meio ambiente.

Presentes, portanto, a plausibilidade do direito e o perigo da demora, os requerentes têm direito à imediata suspensão do licenciamento e das obras potencialmente causadoras de danos ao meio ambiente.



Os pedidos tutelares dos itens IV e V, na parte em que têm por objeto a “realização de medidas”, serão apreciados após a apresentação do relatório abaixo assinalado

O pedido feito em face do Município de Amparo será analisado quando do julgamento de sua posição na lide.

Ante o exposto, **defiro** o pedido de tutela provisória de urgência e **determino**:

a) a suspensão imediata dos efeitos da Licença de Instalação nº 2.617, emitida pela CETESB, e da continuidade de todo e qualquer procedimento relacionado ao licenciamento e autorizações atinentes ao empreendimento denominado Barragem Duas Pontes;

b) a suspensão imediata das obras do empreendimento, inclusive dos atos prévios necessários à sua efetivação, como desapropriações, bem como da autorização nº. 29.924/2020, emitida pela CETESB, para supressão de vegetação, intervenção em APP e corte de árvores nativas isoladas relativas ao eixo da barragem e áreas de apoio, e das TCRA 29.919/2020 e 29.920/2020;

c) a apresentação, no prazo de 10 (dez) dias, a contar da intimação desta decisão, por ambos os requeridos, de relatório discriminando, com base em vistoria no local, as obras já efetuadas e as medidas para impedir a ocorrência ou o agravamento de potenciais danos ambientais oriundos de sua paralisação, como, por exemplo, processos erosivos e interferência em corpos d’água decorrentes de movimentação de terra; problemas com materiais, equipamentos, entulho, maquinário e produtos químicos relacionados à obra, e problemas relacionados ao tráfego, dentre outros.

Fixo multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por cada ato administrativo que venha a ser praticado em desconformidade com esta decisão, a cargo, solidariamente, das pessoas que nele tomarem parte, sem prejuízo da aplicação, observado o devido processo legal, de sanções criminais, por ato de improbidade administrativa e civis aos responsáveis pelo descumprimento.

Indefiro o pedido de id 39269163, feito pelo DAEE, uma vez que, de acordo com o artigo 2º da Lei nº 8.437/92, a defesa preliminar da pessoa jurídica de direito público é apresentada por escrito e não em audiência.

De outra parte, a tutela ora concedida não demanda justificativa prévia, conforme decorre de seus encimados fundamentos.

Seja como for, as partes poderão fazer alegações e juntar pareceres no curso do processo, inclusive na audiência de conciliação.

Nos termos do artigo 334, “caput”, do Código de Processo Civil, designo **audiência de conciliação** para o dia **30 de outubro de 2020**, às **14h00min**, citando-se os requeridos para comparecimento, com as advertências dos §§ 8º, 9º e 10º, do mesmo dispositivo.

No prazo de 5 dias, manifestem-se os requerentes sobre a integração do Município de Amparo à lide, bem como sobre se a ação foi ajuizada também contra o Estado de São Paulo, haja vista que foi mencionado no parágrafo de qualificação do DAEE.

Intimem-se.



Bragança Paulista, 28 de setembro de 2020.

Gilberto Mendes Sobrinho
Juiz Federal

