

PROCESSO Nº: 0802508-46.2017.4.05.8201 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: COMPANHIA DE AGUA E ESGOTOS DA PARAIBA CAGEPA e outros

ADVOGADO: Rafael Sedrim Parente De Miranda Tavares e outros

4ª VARA FEDERAL - PB (JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO)

DECISÃO

Trata-se de ação civil pública promovida pelo MPF em face da AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS, da AGÊNCIA EXECUTIVA DE GESTÃO DAS ÁGUAS DO ESTADO DA PARAÍBA e da COMPANHIA DE ÁGUA E ESGOTOS DA PARAÍBA, objetivando a suspensão da autorização para uso agrícola das águas do reservatório Epitácio Pessoa e a retomada de medidas de racionamento no que tange ao consumo humano e a dessedentação de animais.

Aponta que o projeto de integração do rio São Francisco, que ampara o abastecimento atual, está apenas em fase de pré-operação, havendo possibilidade de interrupção do fornecimento. Aduz que o manancial se encontra em nível incapaz de assegurar os usos prioritários da água caso interrompida a captação do projeto de integração. Defende que o nível seguro para o fim das restrições de uso será atingido apenas quando obtido um volume de 97 milhões de metros cúbicos. Postula a aplicação do princípio da precaução e das regras legais que asseguram o uso prioritário da água para fins de consumo humano e dessedentação de animais.

Intimadas na forma do art. 2º da Lei n. 8.437/92, as partes rés apresentaram manifestação.

A CAGEPA apresentou manifestação alegando a existência de prevenção e a incompetência do juízo federal. No mérito, apontou que a captação atual é capaz de atender aos usos autorizados, bem como um aporte mensal de 3 milhões de metros cúbicos à reserva do açude. Esclareceu que a barragem de Itaparica oferece meio alternativo de abastecimento do açude Epitácio Pessoa. Defendeu a necessidade de ponderação do princípio da precaução com outros princípios constitucionais e a impossibilidade de controle judicial do mérito administrativo.

O Estado da Paraíba postulou seu ingresso no polo passivo da demanda. Reiterou as razões da CAGEPA para fins de indeferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

A AESA aderiu à manifestação da CAGEPA e do Estado da Paraíba, reiterando os mesmos pontos.

O MPF se manifestou sobre as preliminares.

A ANA apresentou informações esclarecendo que a entrega de água ao açude Epitácio Pessoa se deu em caráter precário, sob autorização especial enquanto se processa o pedido de licença de operação do empreendimento junto ao IBAMA.

Vieram os autos conclusos para decisão.

PRELIMINARES

Incompetência do juízo federal

A presença do Ministério Público Federal no polo ativo da demanda é apta, por si só, a atrair a competência federal, na forma do art. 109, I, da Constituição.

Havendo dúvida sobre a adequação da presença do MPF, o que se pode cogitar é de eventual ausência de atribuição do *parquet* para atuar no caso, ante a inexistência de interesse federal na lide. Essa discussão, entretanto, não envolve diretamente a competência do juízo, mas a legitimidade ativa do *parquet* federal.

No caso, como se discute nos autos o uso de bem público federal - águas de rio interestadual e de açude construído pelo DNOCS -, há claro interesse federal na lide, o que justifica a atuação do MPF.

Rejeito, dessa forma, a alegação de incompetência do juízo.

Prevenção

Fixada a competência federal para a demanda e não havendo identidade entre as partes, o pedido ou a causa de pedir presentes nesta demanda e aquela objeto do processo n. 0002118-46.2016.4.05.8201, deve ser rejeitada a alegação de prevenção, uma vez que este critério de fixação da competência não tem a aptidão de alterar a competência absoluta fixada pela Constituição ou mesmo modificar o juízo natural quando ausente conexão ou continência entre as demandas.

Ausente também a hipótese do § 3º do art. 55 do CPC, uma vez que mesmo proferidas decisões distintas em uma e outra demanda, não há risco de inexequibilidade, uma vez que os limites objetivos dos pedidos iniciais tornam clara a sua compatibilidade.

Rejeito, dessa forma, a alegação de incompetência relativa por prevenção.

Ingresso do Estado da Paraíba

Havendo previsão legal para o ingresso do Estado da Paraíba na lide em litisconsórcio com quaisquer das partes (§ 2º do art. 5º da Lei n. 7347/85), desnecessária a análise da exigência de eventual litisconsórcio necessário inicial, uma vez que superada pelo litisconsórcio voluntário ulterior.

MÉRITO

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulado pelo MPF envolve dois grandes temas: a aplicação do princípio da precaução e a necessidade de observar-se as prioridades legais para o uso da água. A estes, somam-se duas discussões trazidas pelos réus em suas manifestações prévias: a aplicação do postulado aplicativo da proporcionalidade e a limitação da tutela jurisdicional no que tange ao mérito administrativo. Analiso-os separadamente.

Do controle de legalidade material do ato administrativo

O controle judicial do conteúdo material dos atos administrativos é feito não a partir de critérios de conveniência e oportunidade, mas de legalidade formal e material. Ao Poder Judiciário, de fato, não compete substituir-se ao administrador e definir o conteúdo final do ato praticado, salvo quando o mesmo é delimitado por lei, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes.

Entretanto, a impossibilidade de tal apreciação não limita a atuação jurisdicional a um controle meramente formal de legalidade, uma vez que o controle de validade exercido pelo Poder Judiciário verifica não apenas a correspondência do ato à norma abstrata imediatamente relacionada, mas também a adequação do mesmo ao ordenamento jurídico subjacente e aos princípios norteadores do Direito.

É possível, sob tal perspectiva, verificar a legalidade material do ato, ou seja, de submetê-lo a controles aplicativos (proporcionalidade, razoabilidade, isonomia), de apurar a sua adequação principiológica (livre exercício da profissão, moralidade administrativa, eficiência) e mesmo de depurar os limites da discricionariedade na prática do ato.

Dessa forma, discutida nos autos a preponderância normativa no que tange ao ato de liberação do uso da água para a agricultura de subsistência e de encerramento do racionamento e não propriamente a conveniência deste ato, é possível a atuação jurisdicional (limitada, é verdade) sobre o ato administrativo impugnado.

Da aplicação do princípio da precaução

O princípio da precaução, construído doutrinariamente no âmbito do direito ambiental, e amplamente aceito pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, define uma ordem de preferência entre as medidas a serem adotadas em caso de risco de dano ambiental. De acordo com este princípio, a incerteza quanto ao risco de dano ambiental não constitui óbice para a adoção de medidas preventivas ou mitigadoras da situação de risco, uma vez que medidas que evitem o nascimento de atentados ao meio ambiente gozam de uma preferência abstrata sobre as medidas que oferecem risco de dano ambiental.

Tal preferência impõe, ao aplicador, a necessidade de sopesar de modo distinto as medidas disponíveis, de modo que a ponderação entre as normas aplicáveis ao caso concreto não é feita partindo-se de uma situação de igualdade, mas de um modelo valorativo de acordo com o qual

apenas a certeza acerca da não ocorrência do dano pode justificar concretamente a dispensa de medidas preventivas ou mitigadoras da situação de risco.

Nessa linha, ao contrário do que alegado pelos réus, a ausência de certeza sobre o risco, ou mesmo de pareceres técnicos profundos sobre a segurança hídrica do açude, não afeta o juízo de valor a ser realizado pelo intérprete, uma vez que há definição normativa em abstrato sobre tal questão.

No caso dos autos, tal preferência abstrata reforça o peso que deve ser atribuído às medidas de racionamento e restrição de uso sobre aquelas de liberação progressiva do uso do manancial, de modo a exigir um grau de certeza acentuado acerca da segurança hídrica em ampliar-se o uso das águas do açude Epitácio Pessoa.

Por evidente, aplicado de forma isolada, o princípio da precaução oferece ao intérprete um sinal claro acerca de qual ato deve ser preferencialmente praticado. Deve-se lembrar, entretanto, que em se tratando de princípio, ele apenas impõe diretamente a promoção de um estado ideal de coisas e não a adoção de uma conduta específica, pois como princípio ele é aplicado de forma concorrente e parcial, ou seja, sopesado com outros princípios de mesma ordem.

Da ponderação de princípios e da aplicação do postulado normativo aplicativo da proporcionalidade

Compete ao juízo de ponderação de princípios definir o resultado desse sopesamento. E mesmo esse juízo não é livre, uma vez que a Constituição define como essa ponderação deve ocorrer. Essas regras de segunda ordem, também chamadas de postulados normativos aplicativos, ditam os critérios de acordo com os quais a ponderação de princípios deve ser conduzida pelo intérprete.

Na situação em comento, os réus defendem que o princípio da precaução se choca com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a continuidade do racionamento afeta sobremaneira a qualidade de vida da população atingida pela medida.

Tem-se, por evidente, que a medida que pôs fim ao racionamento promove, assim como o princípio da precaução, fim público de interesse comum, mas que tem como efeito colateral a imposição de risco futuro sobre a população beneficiada. Deve-se ponderar, dessa forma, qual das situações concretas em conflito melhor realiza os fins definidos pela Constituição.

Apesar do que alegado pelos réus, o conflito de normas presente nos autos não é mediado pelo postulado aplicativo da proporcionalidade, uma vez que não se investiga a adequação, a necessidade ou a proporcionalidade em sentido estrito da medida concreta aplicada, ou seja, a relação entre a medida concreta escolhida e a finalidade buscada com o ato. Na verdade, o conflito é mediado por um juízo de ponderação, que exige a atribuição de uma dimensão de importância aos valores em conflito e a determinação de qual deles deve prevalecer no caso concreto.

Da prioridade legal no uso da água

Além dos princípios da precaução e da dignidade da pessoa humana, já referidos, a atribuição de uma dimensão de importância deve levar em conta também as prioridades legais definidas para o uso da água, que estabelecem que em situações de escassez o uso prioritário dos recursos hídricos deve ser para fins de consumo humano e dessedentação de animais (art. 1º, III, da Lei n. 9.433/97).

Em razão dessa prioridade legal, há também uma prioridade abstrata de determinados usos dos recursos hídricos sobre os demais, com influência direta sobre a ponderação a ser realizada.

Da situação concreta

Estabelecidas as premissas normativas para o controle material de legalidade do ato que autorizou o uso agrícola das águas do reservatório Epitácio Pessoa e o fim das medidas de racionamento, cabe agora ponderar as razões de fato que levaram o administrador a adotar tais medidas.

Pelo que se extrai dos autos, o fim das medidas restritivas de uso das águas do açude Epitácio Pessoa está amparado essencialmente na integração do açude ao projeto de transposição do rio São Francisco, uma vez que a captação pluviométrica foi insuficiente para superar a situação de escassez. Apenas o abastecimento decorrente da operação do eixo leste do projeto de integração viabilizou a recomposição parcial do reservatório.

Essa operação, entretanto, ocorre de forma precária, uma vez que o empreendimento não possui licença de operação e teve sua execução iniciada sob licença especial do IBAMA, amparada na grave situação de escassez verificada em concreto.

Como indicado pelo autor, as obras do projeto de integração ainda não estão concluídas e não há garantia de que o abastecimento se mantenha nos níveis atuais no futuro, uma vez que a execução final do projeto depende da conclusão de diversas obras ainda em fase de licitação e execução.

Havendo qualquer interrupção do abastecimento, os níveis do açude Epitácio Pessoa voltariam a sofrer redução, uma vez que não há fonte alternativa para reposição das águas consumidas.

Observa-se, sobre o tema, que a existência de um grande volume já captado na barragem de Itaparica não altera esse quadro, uma vez que as obras pendentes de execução se referem aos meios de traslado das águas acumuladas até o açude e não propriamente à captação inicial do rio São Francisco.

De fato, nos níveis atuais, a captação tem permitido um acréscimo ao volume acumulado no açude Epitácio Pessoa, mas em níveis bem inferiores àqueles existentes antes do fim do racionamento.

Há, nesse contexto, três pontos relevantes em consideração: (1) o açude Epitácio Pessoa encontra-se com volume acumulado marginalmente superior ao seu volume morto, (2) a continuidade do abastecimento e da recomposição do volume de reservas no açude depende exclusivamente do projeto de transposição e (3) não há certeza sobre a continuidade da

captação em razão do eixo leste da transposição ainda estar em fase de pré-operação.

Do juízo de ponderação

Dadas as condições de fato apuradas até o momento, há um risco relevante de interrupção do fornecimento de água do projeto de transposição do rio São Francisco ao açude Epitácio Pessoa, o que justificaria, pela incidência do princípio da precaução, a adoção de medidas preventivas e mitigadoras do possível dano ao manancial.

Além desse quadro de incerteza, é possível verificar que a situação de escassez permanece, uma vez o volume atualmente armazenado no açude (8,2%) é três vezes menor que aquele em que a autoridade já havia reconhecido a existência de risco para a continuidade do fornecimento de água à população (25,8%). Essa situação exigiria, por força do disposto no art. 1º, III, da Lei n. 9.433/97, a priorização do uso da água para consumo humano e dessedentação de animais.

Em sentido contrário, a continuidade das medidas de racionamento impõe à população afetada uma queda significativa em sua qualidade de vida, com riscos para sua saúde e, em determinadas casos, para sua subsistência, uma vez que parcela expressiva dessa população sobrevive da agricultura familiar.

No caso, o peso abstrato das medidas protetivas e de priorização do uso da água é alto, enquanto o peso abstrato das medidas que afetam a qualidade de vida a população é médio. As premissas empíricas, em ambos os casos, são plausíveis, não havendo certeza em uma ou outra hipótese sobre qual delas mais se aproxima da realidade dos fatos, já que eventual interrupção do fornecimento em razão de obras na transposição é possível, mas não há certeza de sua ocorrência. O grau de interferência com o princípio da precaução e com a regra legal de priorização do uso é médio, uma vez que não liberados todos os usos do manancial. Da mesma forma, o grau de interferência com o princípio da dignidade da pessoa humana é médio, uma vez que afetada a saúde e a subsistência da população atingida pelo racionamento, mas sem suprimir-lhes o acesso à água por meios alternativos. Em termos de importância da efetivação, todos os princípios são igualmente relevantes, uma vez que não há prioridade constitucional do direito à saúde sobre o direito a um meio ambiente saudável. Todas as premissas normativas são certas, não havendo dúvida acerca da sua incidência ao caso concreto.

Sopesados tais pontos, fica claro que as normas aplicáveis ao caso em comento admitem como mais valioso, na situação específica do uso de recursos hídricos, a preservação do manancial pela adoção de medidas protetivas ou mitigadoras em face de dúvidas acerca da segurança hídrica, bem como a priorização do uso para fins de consumo humano e dessedentação de animais.

Ou seja, ao adotar medida diversa, o administrador ultrapassou os limites materiais de sua competência e violou o juízo valorativo abstrato definido pela Constituição e pela Lei de Recursos Hídricos.

Ante o exposto, **DEFIRO** o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para:

(a) suspender a autorização para uso agrícola das águas do reservatório Epitácio Pessoa, determinando a sua destinação apenas para o consumo humano e dessedentação de animais;

(b) determinar a retomada das medidas restritivas de uso de água (acionamento) adotadas até julho de 2017.

Deixo de aplicar, por ora, as condições resolutivas propostas pelo MPF, uma vez que a alteração da ponderação realizada depende de um juízo valorativo concreto, não sendo possível definir, em abstrato e antecipadamente, se o volume seguro do manancial será atingido com a marca de noventa e sete milhões de metros cúbicos, ou quais as exigências concretas necessárias para que o uso múltiplo e não restrito das águas passe a ter maior peso na situação concreta analisada.

Inclua-se o Estado da Paraíba no polo passivo da demanda.

Citem-se os réus para apresentarem suas contestações no prazo legal.

Havendo novas preliminares ou documentos, dê-se vista ao MPF.

Do contrário, venham conclusos para sentença.

Intimem-se.

Campina Grande, 19 de setembro de 2017.

Vinícius Costa Vidor

Juiz Federal



Processo: **0802508-46.2017.4.05.8201**

Assinado eletronicamente por:

VINICIUS COSTA VIDOR - Magistrado

Data e hora da assinatura: 19/09/2017 14:02:56

Identificador: 4058201.1777246



17091213364233400000001786730

Para conferência da autenticidade do documento:

<https://pje.jfjb.jus.br/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>