



Número: **1032546-28.2020.4.01.0000**

Classe: **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

Órgão julgador colegiado: **6ª Turma**

Órgão julgador: **Gab. 18 - DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO**

Última distribuição : **02/10/2020**

Valor da causa: **R\$ 450.000.000,00**

Processo referência: **1055452-94.2020.4.01.3400**

Assuntos: **Energia Elétrica**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
NORTE ENERGIA S/A (AGRAVANTE)	BIANCA VIEIRA PINHEIRO (ADVOGADO) PRISCILA SANTOS ARTIGAS (ADVOGADO) EDIS MILARE (ADVOGADO) GUSTAVO ASSIS DE OLIVEIRA (ADVOGADO) MARCIO PINA MARQUES (ADVOGADO) ANDRE SERRAO BORGES DE SAMPAIO (ADVOGADO) LUIZ ALBERTO BETTIOL (ADVOGADO) LUIZ CARLOS BETTIOL (ADVOGADO) THIAGO SANDOVAL FURTADO (ADVOGADO)
INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS - IBAMA (AGRAVADO)	

Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
86705516	26/11/2020 13:35	Decisão	Decisão



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Gab. 18 - DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO

Processo Judicial Eletrônico

**AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) n. 1032546-28.2020.4.01.0000 PROCESSO
REFERÊNCIA: 1055452-94.2020.4.01.3400**

AGRAVANTE: NORTE ENERGIA S/A

Advogados do(a) AGRAVANTE: BIANCA VIEIRA PINHEIRO - SP449837, PRISCILA SANTOS
ARTIGAS - PR22529-S, EDIS MILARE - SP129895-A, GUSTAVO ASSIS DE OLIVEIRA -
DF18489-A, MARCIO PINA MARQUES - DF21037-A, ANDRE SERRAO BORGES DE SAMPAIO
- DF12788-A, LUIZ ALBERTO BETTIOL - DF6157-A, LUIZ CARLOS BETTIOL - DFA0022200,
THIAGO SANDOVAL FURTADO - SP237408-A

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS
RENOVAVEIS - IBAMA

DECISÃO

Norte Engenharia S.A. interpôs agravo de instrumento de decisão que, nos autos de mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), indeferiu o pedido de liminar para que fosse estendido o efeito suspensivo já concedido pela Presidência do órgão ao recurso administrativo interposto pela agravante, até que seja concluída a análise dos Estudos Complementares, demandados pelo próprio órgão.

A parte agravante iniciou as razões de seu recurso afirmando que não pretende qualquer revisão de mérito das decisões administrativas do órgão ambiental, tanto mais quando de natureza eminentemente técnica, mas sim, busca tutela acautelatória que visa a eficácia do Processo de Licenciamento Ambiental n. 02001.001848/2006-75, uma vez que "(i) a falta de extensão do efeito suspensivo requerido implica ajuste nas condicionantes 2.16 e 2.17 da Licença de Operação e alteração do conceito referente ao Hidrograma de Consenso, concebido a partir do Estudo de Impacto Ambiental ("EIA") e Relatório de Impacto sobre o Meio



Ambiente (“RIMA”), com violação ao devido processo legal, a ensejar o imediato controle pelo Poder Judiciário; e (ii) coloca em risco a eficácia do Processo de Licenciamento Ambiental da UHE Belo Monte” (fl. 08).

Afirmou que o ato coator apontado na origem é o “Despacho nº 8053741/2020-GABIN [fl. 209] que acatou a recomendação do Despacho nº 8053083/2020-DILIC (OD 344450418 dos autos de origem) e concedeu efeito suspensivo ao Recurso Administrativo da Agravante para suspender a decisão que lhe impôs um Hidrograma Alternativo/Provisório para 2020 à revelia daquilo que consta nas condicionantes 2.16 e 2.17 da Licença de Operação nº 1.317/2015 (“LO”), mas limitou o efeito suspensivo a dois meses: agosto e setembro de 2020, quando na verdade não haveria nenhum efeito prático na decisão” (fl. 09).

Acrescentou que a não extensão do efeito suspensivo ao Recurso Administrativo que interpôs coloca em risco o procedimento de licenciamento ambiental, uma vez que, sem a observância do devido processo legal, ocorreu ajuste nas condicionantes 2.16 e 2.17 da Licença de Operação, e alteração do conceito referente ao Hidrograma de Consenso, construído a partir do Eia/Rima do empreendimento.

Argumentou no sentido de que o Hidrograma de Consenso deveria ser testado, conforme expressamente disposto nas licenças prévia e de instalação, pelo período de seis anos, após a total instalação da motorização da usina, para somente após serem realizados quaisquer ajustes. Nesse sentido, disse que a usina entrou em operação comercial em sua plena capacidade em 20 de novembro de 2019, razão por que o Hidrograma de Consenso tem sua conclusão prevista para novembro de 2025.

Alegou que, pressionado pelo Ministério Público Federal, o Ibama suspendeu a aplicação do Hidrograma de Consenso, o que, segundo entende, significa que se desvinculou de todos os seus atos administrativos, “e, desconsiderando o rito previsto do Processo de Licenciamento Ambiental, o período de testes do Hidrograma de Consenso, bem como todos os estudos apresentados até o momento, a autarquia federal cedeu a pressão intimidadora do MPF e determinou a aplicação de um Hidrograma Alternativo/Provisório para 2020, ANTES MESMO DE ANALISAR E AVALIAR OS ESTUDOS COMPLEMENTARES QUE DEMANDARA” (fls. 12-13).

Assim, nesse contexto, interpôs recurso administrativo, tendo o ato coator limitado o efeito suspensivo aos meses de agosto a setembro de 2020. Argumentou, também, no sentido de que “a suspensão do Hidrograma de Consenso vai gerar uma perda energética de -2.015 MW médios e afetará todos os geradores hidrelétricos e todos os consumidores finais das distribuidoras que são cotistas do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE. Sem falar dos impactos que a insegurança jurídica causará na percepção de risco de se investir no Setor Elétrico Brasileiro” (fl. 13).

Aduziu, então, que busca a concessão da tutela de urgência recursal para suspender a aplicação do Hidrograma Alternativo, mantendo-se “a operação da UHE Belo Monte nos exatos termos da LP, da LI, da LO e da Outorga ANA nº 1.815/2020 até o exaurimento da via administrativa, com a análise dos testes demandados pelo próprio IBAMA em tais atos administrativos” (fl. 14).

Por força da decisão proferida às fls. 1.831-1.833, da lavra do eminente



Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, foi determinada a intimação do órgão ambiental para que apresentasse os esclarecimentos que julgasse pertinentes, dado o teor técnico e complexo que envolve a demanda.

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) apresentou os esclarecimentos solicitados (fls. 1.840-1.855) aduzindo que foi produzida Nota Técnica que aponta que os impactos aferidos no Trecho de Vazão Reduzida (TVR) são superiores àquilo que consta do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), diante da expressiva perda de biodiversidade nesta área. Aduz, também, que o impacto econômico esperado pela empresa ou um possível perecimento de direito, dado que a vazão que o empreendedor terá que praticar para o TVR é de 760m³/s que é pouco superior ao previsto no Hidrograma de Consenso que indica uma vazão de 700m³/s, tanto no hidrograma A como no B.

Esclarece que "o chamado "Hidrograma de Consenso" fora estabelecido como sendo composto por dois conjuntos de vazões, sendo, por isso, dividido em Hidrograma A e Hidrograma B. Estes hidrogramas foram estabelecidos para que em um período com duração mínima de 6 (seis) anos fossem praticados de forma alternada" (fl. 1.843).

Diante do acompanhamento técnico que é obrigação do órgão ambiental, foi solicitado ao empreendedor "a apresentação de estudos complementares e aplicação de hidrograma provisório, tendo em vista o indicativo de que os impactos esperados com a operação do empreendimento estavam se intensificando" (fl. 1.843).

Afirma a legalidade do ato impugnado, uma vez que se encontra dentro do seu poder de polícia e abarcado pelas condicionantes da licença de operação do empreendimento.

Pede, ao final, a manutenção da decisão agravada:

Decido.

A discussão posta em análise diz respeito à pertinência da atribuição de efeito suspensivo a recurso administrativo apresentado pelo empreendedor, diante da alteração do hidrograma de consenso constante da licença operacional do empreendimento.

A Licença Prévia do empreendimento (Licença Prévia n. 342/2010) dispunha dentre as suas condicionantes que (fls. 216 seguintes):

1.3 O IBAMA, mediante decisão motivada, poderá modificar as condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar esta licença, quando ocorrer:

a) violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais;

b) omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença;

c) **superveniência de graves riscos ambientais e de saúde.**

(...)



2 - CONDIÇÕES ESPECÍFICAS:

2.1 O Hidrograma de Consenso deverá ser testado após a conclusão da instalação da plena capacidade de geração da casa de força principal. Os testes deverão ocorrer durante seis anos associados a um robusto plano de monitoramento, sendo que **a identificação de importantes impactos na qualidade de água, ictiofauna, vegetação aluvial, quelônios, pesca, navegação e modos de vida da população da Volta Grande, poderão suscitar alterações nas vazões estabelecidas e consequente retificação na licença de operação.** Entre o início da operação e a geração com plena capacidade deverá ser mantido no TVR, minimamente, o Hidrograma B proposto no EIA. Para o período de testes devem ser propostos programas de mitigação e compensação.

A Licença de Instalação (LI n. 795/2011), por sua vez (fls. 322 e seguintes) repete, em seu item 1.4 a mesma faculdade atribuída ao órgão ambiental para a suspensão, adequação e até cancelamento da licença, caso ocorra superveniência de graves riscos ambientais e de saúde, acrescentando que:

2.22. No que se refere ao Hidrograma de Consenso:

a) Prever período de testes para o hidrograma, com duração mínima de 6 (seis) anos, a partir da instalação da plena capacidade de geração da casa de força principal;

b) Apresentar, com um ano de antecedência ao enchimento do reservatório, proposta de plano de monitoramento da qualidade ambiental do TVR, contemplando impactos na qualidade da água, ictiofauna, vegetação aluvial, quelônios, pesca, navegação e modos de vida da população da Volta Grande.

c) Propor, com um ano de antecedência ao enchimento do reservatório, possíveis programas de mitigação e compensação dos impactos potenciais, direcionados ao período de testes;

d) Manter, no período compreendido entre o início da operação e a geração com plena capacidade, minimamente, o Hidrograma B proposto no EIA.

Parágrafo Único - no âmbito do presente processo de licenciamento ambiental, será devida a alteração do hidrograma de consenso motivada pela identificação de impactos não prognosticados nos estudos ambientais

A Licença de Operação (LO n. 1.317/2015), explicita que (fls. 588 e seguintes) a mesma faculdade constante nas licenças anteriores (item 1.2) é mantida neste ato administrativo, mais especificamente, quanto a área objeto da discussão, no item 2.16 é referido que:

2.16. No que tange à Volta Grande do Xingu, a Norte Energia deverá:

a) Realizar os testes previstos para a implementação do Hidrograma de Consenso, com duração mínima de 6 (seis) anos a partir da



instalação da plena capacidade de geração na casa de força principal, associado aos resultados do Plano de Gerenciamento Integrado da Volta Grande do Xingu;

b) Controlar as vazões da Volta Grande do Xingu sempre com o objetivo de mitigar impactos na qualidade da água, ictiofauna, vegetação aluvial, quelônios, pesca, navegação e modos de vida da população da Volta Grande.

O Hidrograma de Consenso, por sua vez, foi proposto como medida mitigadora no Estudo de Impacto Ambiental (EIA) da UHE Belo Monte, elaborado com base em série histórica de vazões naturais, de forma a manter um fluxo de água mínimo no Trecho de Vazão Reduzida (TVR) garantindo a conectividade entre tributários, biodiversidade, qualidade da água e componentes sociológicos no trecho de aproximadamente 130 km, entre as barragens das usinas de Pimental (RX) e de Belo Monte (RI). Para isso, os valores das vazões médias mensais alteram-se em anos consecutivos (cheias de 4.000 m³/s e 8.000 m³/s) em Hidrogramas A e B.

HIDROGRAMA	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ
A	1.100	1.600	2.500	4.000	1.800	1.200	1.000	900	750	700	800	900
B	1.100	1.600	4.000	8.000	4.000	2.000	1.200	900	750	700	800	900

Há que se ressaltar que o Hidrograma Alternativo possui variação somente nos meses de outubro, novembro e dezembro, frente aos Hidrogramas A e B, da seguinte ordem: Outubro, ao invés de 700m³/s, a vazão será de 760m³/s; Novembro, ao invés de 800m³/s, a vazão será de 1000m³/s e; Dezembro, ao invés de 900m³/s, a vazão será de 1200m³/s (vide fls 1.782).

Registre-se que o efeito prático da adoção de determinado hidrograma é a escolha entre passar água no trecho de vazão reduzida (TVR) visando a mitigação dos impactos ambientais do empreendimento e por outro lado a geração de energia direcionando parte da água do rio para o reservatório intermediário para onde estão localizadas as turbinas.

O ato apontado como coator é o Despacho n. 7393655/2020-GABIN (fls. 616), que traz a seguinte redação:

Assunto: Operação do reservatório da UHE Belo Monte - Hidrograma de Consenso

1. Acato o Despacho nº 7343252/2020-DILIC, o qual acolheu o Parecer Técnico nº 133/2019-COVID/CGTEF/DILIC (SEI 6574281), que trata da análise parcial do Plano de Gerenciamento Integrado da Volta Grande do Xingu (PGIVGX) referido ao empreendimento UHE Belo Monte e, recomendo que mantenham-se inalteradas as condicionantes 2.16 e 2.17 da LO.

2. Informe-se ao empreendedor que os seis anos de testes previstos para a implementação do Hidrograma de Consenso (hidrogramas A e B) estão mantidos com adoção a partir do ano de 2021, com a possibilidade de implementação do hidrograma A ou B, de acordo com a condição hidrológica anual garantindo-se, assim, a segurança técnica do processo.

3. Informe-se ainda que a prática da vazão média superior ao B neste



ano visa garantir maior segurança jurídica ao licenciamento ambiental do empreendimento, considerando os avanços nas discussões técnicas acerca do tema e o tratamento que vem sendo adotado pelo Ibama e NESAs na realização de ajustes e medidas adicionais de mitigação, que visam aumentar a robustez do processo de licenciamento.

O Despacho nº 7343252/2020-DILIC, que ampara a decisão administrativa acima referida apontou que (fls. 617-622):

1. Submeto à consideração de Vossa Senhoria o Parecer Técnico nº 133/2019-COHID/CGTEF/DILIC (SEI n. 6574281), que trata da análise parcial do Plano de Gerenciamento Integrado da Volta Grande do Xingu (PGIVGX) referido ao empreendimento UHE Belo Monte.

2. O PGIVGX foi proposto como medida de monitoramento/controle e mitigação dos impactos relativos a operação do reservatório, em especial, no trecho de vazão reduzida – TVR. O PGIVGX está relacionado ao controle proposto considerando os testes previstos para a implementação do chamado “Hidrograma de Consenso”. O hidrograma foi apresentado pela empresa e aprovado pela Agência Nacional de Águas (ANA).

3. O Hidrograma de Consenso, como definido no condicionante 2.22 da LI nº 795/2011 previa o teste por período mínimo de 6 (seis) anos, a partir da instalação da plena capacidade de geração da casa de força principal. A mesma lógica proposta na fase de LI foi mantida na LO, como pode se depreender da leitura do Condicionante 2.16 transcrita abaixo.

2.16. No que tange à Volta Grande do Xingu, a Norte Energia deverá:

a) Realizar os testes previstos para a implementação do Hidrograma de Consenso, com duração mínima de 6 (seis) anos a partir da instalação da plena capacidade de geração na casa de força principal, associado aos resultados do Plano de Gerenciamento Integrado da Volta Grande do Xingu;

b) Controlar as vazões da Volta Grande do Xingu sempre com o objetivo de mitigar impactos na qualidade da água, ictiofauna, vegetação aluvial, quelônios, peca, navegação e modos de vida da população da Volta Grande.

4. O assunto envolve a mitigação de impactos do empreendimento como se pode verificar de forma explícita no item "b" do Condicionante 2.16. Assim, lembro que o Obama vem acompanhando desde o início do projeto os resultados do monitoramento realizados pela consultoria contratada pela Norte Energia, no que se refere aos impactos identificados no EIA-RIMA e qualificados no condicionante acima referida.

(...)



16. As conclusões da CGTEF reiteram o trabalho que já vem sendo realizado pelo Ibama de exigir da empresa a apresentação de melhorias aos programas, além da implementação de novos programas ambientais. Neste sentido, indico que a equipe técnica do Ibama avaliou mais recentemente as medidas propostas pela NESAs, que foram desenvolvidas a partir das discussões técnicas realizadas com o Ibama, cujas conclusões/encaminhamentos apresento resumidamente a seguir.

17. O Parecer Técnico 22 (6884814) analisou o projeto de medidas mitigatórias para quelônios. O parecer concluiu pela inviabilidade do projeto e sugere a apresentação de nova proposta, considerando minimamente os aspectos técnicos relevados na análise realizada.

18. O Parecer Técnico 14 (6919546) – avaliou o projeto experimental de mitigação de impactos sobre peixes na Volta Grande do Xingu. Ictiofauna e Recomposição da vegetação aluvial e pioneira. O parecer apresentou um conjunto de recomendações quanto aos projetos apresentados pela empresa. As recomendações visaram apontar a necessidade de implementação imediata dos projetos, com ajustes e detalhamentos necessários. Os projetos avaliados foram: Projeto experimental de coleta e dispersão ativa de frutos; Projeto de desenvolvimento de protocolos de reprodução e nutrição de espécies nativas do Trecho de Vazão Reduzida - TVR, para fins comerciais e de subsistência; Experimentos pilotos para a recomposição da vegetação aluvial e pioneira em pontos do TVR.

19. O Parecer Técnico 23 (7052188) avaliou as propostas de mitigação para o TVR da UHE Belo Monte, relacionadas aos acessos terrestre e ao abastecimento de água das comunidades ribeirinhas. O parecer aponta um conjunto de recomendações quanto a necessidade de garantir o deslocamento das pessoas no TVR, indicando que aquelas anteriormente identificadas já deveriam ter sido executadas. As demais medidas dependeriam de diagnósticos prévios e da implementação de ações prévias/preparatórias devidamente caracterizadas no parecer. Quanto às medidas com o objetivo de melhorar o abastecimento de água das comunidades ribeirinhas, o parecer também apresenta um conjunto de recomendações e destaca a necessidade de um melhor planejamento para a execução do projeto, dentre outros ajustes qualificados no parecer.

20. O Parecer Técnico 25 (7086914) analisou as propostas de ações de mitigação referentes ao fortalecimento de atividades produtivas e subsistência, e de ações junto à Cooperativa de Pescadores de Belo Monte para o TVR da UHE Belo Monte. O parecer conclui pela insuficiência do apresentado para as atividades produtivas e de subsistência das comunidades ribeirinhas do TVR e pela aprovação com ressalvas para a proposta para ATES Pescadores - Cooperativa de Pescadores de Belo Monte da Volta Grande do Xingu.

(...)

21.19. Na oportunidade exponho que a NESAs tem envidado esforços para que as medidas implementadas sejam as necessárias e suficientes para mitigar os impactos do empreendimento. Essa lógica é própria de qualquer licenciamento,



em que se faz ajustes nas medidas para que a dosimetria da ação atenda aos pressupostos almejados. Por outro lado, apesar de se concordar com boa parte da argumentação apresentada pela empresa nos documentos objeto deste Despacho, inclusive quanto aos resultados destacados do 17o RC, verifica-se que ainda se fazem necessários ajustes nas medidas mitigatórias e compensatórias implantadas até então, com o reforço de outras que estão sendo propostas pela empresa. Assim, sugiro a Vossa Senhoria que avalie para que neste ano de 2020 vigore a prática de um hidrograma superior ao B estabelecido no Hidrograma de Consenso, para que sejam avaliados até o final deste ano os resultados apresentados pela empresa no 17o RC e aqueles a serem apresentados de acordo com o solicitado pelo Ibama, em especial, ao registrado no Parecer Técnico n° 133/2019-COHID/CGTEF/DILIC (SEI n. 6574281). Além disso, que sejam efetivadas e monitoradas as ações mitigatórias apresentadas pela NESA, que foram objeto de análise dos pareceres destacados neste despacho (parágrafos de 17 a 20) que, de uma forma geral, indicam a necessidade de ajustes ao proposto.

21.20. Como sugestão indico uma vazão média para o mês de abril de 2020 de 10.500 m3/s, devendo-se seguir para os meses subsequentes a abril deste ano as vazões médias sugeridas pela equipe técnica no Parecer Técnico n° 133/2019-COHID/CGTEF/DILIC (SEI n. 6574281), conforme aponta o quadro apresentado ao final do parecer. A sugestão de vazão para o mês de abril levou em consideração o número de ocorrências de vazões médias apresentadas no intervalo de 8.000 a 13.000 m3/s, conforme histórico de vazões do rio Xingu e justifica-se pela concentração de vazões nesse patamar nos últimos anos.

21.21. Por fim, recomendo a Vossa Senhoria que mantenha inalteradas as condicionantes 2.16 e 2.17 da LO e informe ao empreendedor que os seis anos de testes previstos para a implementação do Hidrograma de Consenso (hidrogramas A e B) estão mantidos com adoção a partir do ano de 2021, com a possibilidade de implementação do hidrograma A ou B de acordo com a condição hidrológica anual garantindo-se, assim, a segurança técnica do processo. Aconselho, ainda, que a empresa seja comunicada que a prática da vazão média superior ao B neste ano, visa garantir maior segurança jurídica ao licenciamento ambiental do empreendimento, considerando os avanços nas discussões técnicas acerca do tema e o tratamento que vem sendo adotado pelo Ibama e NESA na realização de ajustes e medidas adicionais de mitigação, que visam aumentar a robustez do processo de licenciamento.

Os dados apontados pelo órgão ambiental são no sentido de que há uma piora nas condições ambientais da área, situação que leva à possibilidade de alteração das condicionantes constantes da Licença de Operação.

Assim, tem-se que, no caso dos autos, devem ser aplicados os princípios da prevenção, da precaução e da inversão do ônus da prova, como elementos fundantes destas razões de decidir.

Invocam-se os princípios da prevenção e da precaução, não como sinônimos, mas sim, como fundamentos complementares diante dos fatos acima narrados. Acerca do tema, cita-se que[1]:



A base central do raciocínio ou o “núcleo duro” do princípio da precaução reside em dois verbos: prever e prevenir. Ou seja, a aplicação do princípio perpassa por ações como: supor, conjecturar, calcular, ver com antecipação, evitar, acautelar-se contra e/ou impedir. Percebe-se, então, que a suposição ou a conjectura, escolhidos aqui a título de exemplo, pressupõem certo grau de incerteza acerca das consequências das ações a serem implementadas. No caso do princípio da prevenção, diferentemente, tem-se conhecimento acerca das possíveis consequências esperadas pela ação a ser implementada.

Assim, foi dentro desta mentalidade que, em alguns tratados e normas ambientais internacionais, começou a ser desenhado o princípio da precaução, como sendo a obrigação das partes de tomarem medidas com a finalidade de proteger a saúde pública e o meio ambiente, ainda que na ausência de clara evidência científica a respeito da ocorrência de dano.

Então, o princípio da precaução tem um duplo gatilho: 1) Se existe a possibilidade de dano decorrente de uma atividade, e; 2) se existem incertezas sobre a magnitude destes impactos; então, uma ação antecipatória deve ser invocada para evitar-se a ocorrência do dano ao meio ambiente.

(...)

O princípio da precaução em que pese apresentar uma nova visão de mundo quando considerado frente às análises de custo-benefício da década de 70; traz, por outro lado, uma postura diferenciada frente aos riscos e dúvidas relacionadas às incertezas científicas que são inerentes ao desenvolvimento humano. O princípio deve ser invocado quando houver a probabilidade de um risco que não pode ser demonstrado de forma irrefutável. Por risco, deve-se compreendê-lo como sendo a eventualidade de se sofrer um dano, de forma mais incerta do que a contida no perigo.

O princípio da prevenção, ao contrário, baseia-se em certezas. Ele repousa no conhecimento do grau de risco de uma atividade. É como uma roleta-russa, na qual o participante sabe que a sua chance de morte é de um para seis. A prevenção pressupõe, portanto, um gerenciamento de riscos, tendo como objetivo a redução da probabilidade de sua ocorrência. Assim medidas preventivas devem ser tomadas com o objetivo de impedir as prováveis consequências que já são conhecidas (dentro de uma relação de causa e efeito).

O princípio da precaução por representar um esforço qualificado do princípio da prevenção, demanda uma antecipação dos riscos para evitá-los. É justamente por isso que o benefício da dúvida deve pender em favor do meio ambiente todas as vezes que haja incerteza científica acerca das consequências de uma determinada ação. Este é o motivo pelo qual em diversas ações há a inversão do ônus da prova em favor do meio ambiente.

(...)

Há que se tomar certo cuidado, entretanto, com a aplicação indiscriminada do princípio da precaução para que esta não se torne um tanto



quanto esquizofrênica, tal como identificado nas decisões judiciais analisadas. Explica-se: nas ações ambientais, basta que o autor, no intuito de proteger ou resguardar o meio ambiente, aponte para a existência de elementos que levem à conclusão de uma probabilidade de dano ou argumento no sentido de que não há uma certeza científica acerca do tema, para que seja imposto ao réu o dever e a responsabilidade de provar que as suas atividades não causam (ou causarão) quaisquer danos. A obra ou atividade, então, poderá ser paralisada, com base no princípio da precaução.

A justificativa para a paralisação da obra ou atividade está amparada na ideia de inversão do ônus da prova. Ou seja, para que possa prosseguir na sua atividade caberá ao empreendedor provar, com absoluta certeza (com o perdão da redundância!), que a sua conduta ou atividade, não causou e/ou não causará a alegada probabilidade de lesão ao meio ambiente. Aqui é o ponto da esquizofrenia! Ora, se não há certeza científica acerca das possíveis consequências que um determinado fato irá promover (daí a invocação do princípio da precaução), como exigir que o réu, por outro lado, demonstre referida certeza para que o seu empreendimento seja liberado? Parece-nos a hipótese da prova diabólica exigida ao empreendedor.

Perceba-se, não se está afirmando que a atividade não possa (ou deva) ser total ou momentaneamente paralisada para que se realize algum estudo ou perícia, bem como não se está advogando em prol da liberação irrestrita das atividades em defesa do empreendedor. Que fazer, então? A atividade deve permanecer paralisada, até que surja a certeza, ou seria possível permitir o seu prosseguimento?

Que fique claro: o princípio da precaução não implica em um “não fazer”. Ao contrário, visto em conjunto com o princípio do desenvolvimento sustentável, ele traduz a ideia de um “fazer monitorado”. O avanço da ciência até aquele dado momento histórico é que proporcionará os parâmetros para uma maior ou menor permissividade na continuidade da atividade empresarial. O que deve(rá) ocorrer é o monitoramento permanente e a (re)avaliação periódica, incorporando-se os novos conhecimentos para que sejam ajustadas para mais ou para menos as restrições eventualmente impostas ao empreendedor.

Assim, o princípio da precaução tem também uma outra consequência, qual seja, implicar na inversão do ônus da prova, impondo ao empreendedor o dever de provar que a sua atividade questionada não causa ou não está causando danos ao meio ambiente, ou, no caso dos autos, de que as consequências aferidas com a implementação do empreendimento estão contidas dentro das previsões constantes do Estudo de Impacto Ambiental apresentado.

A Nota Técnica n. 12/2020 (fls. 1.856 e seguintes) aponta que:

4.13De acordo com os resultados apresentados, a equipe avaliou que o monitoramento indicava que, mesmo sem a aplicação do Hidrograma, ou seja, com uma vazão mais elevada, já havia impactos incidentes no TVR, inclusive com magnitude maior do que aquela prevista no EIA.



4.14 Especificamente em relação à ictiofauna e à atividade pesqueira no TVR, destaco os seguintes impactos avaliados em relação ao EIA:

- a) Diminuição quantitativa de ictiofauna amostrada em 2018;
- b) Alteração significativa na abundância, riqueza, composição, tamanho corporal, atividades reprodutivas, estrutura tróficas, entre outras, das espécies de ictiofauna na área de influência da UHE Belo Monte em 2018;
- c) Alterações na ictiofauna em trechos não previstos no EIA, em setores mais afastados da barragem, como o trecho montante e o rio Bacajá (rio tributário ao TVR);
- d) Diminuição de tamanho e peso de espécies de pacu no TVR, um dos recursos alimentares mais importantes na região, principalmente da VGX, em consonância ao já relato pelas comunidades em vistorias técnicas realizadas pelo Ibama; e
- e) Impactos na atividade pesqueira já nessa fase da usina, conhecida na literatura como fase inicial ou de transição, e ainda sem funcionamento total da usina, e sem os impactos do "Hidrograma de Consenso".

4.15. Com base nessa avaliação, há um indicativo de que os impactos já incidentes na região apresentam magnitude maior do que aquela indicada no EIA. O Parecer ainda observou que "as medidas de controle aos impactos à pesca ainda não estão mitigando (reduzindo) o impacto devidamente, tão pouco compensando-os".

4.16. Assim, o Parecer solicitou a proposição de novas medidas de mitigação e identificou a "necessidade de se iniciar estudos e discussões para a definição de medidas de mitigação e compensação dos impactos causados à ictiofauna pela implantação e operação da usina".

Assim, ao fim e ao cabo, a conclusão que se chega é que o órgão ambiental não ultrapassou quaisquer dos seus limites administrativos no tocante à sua competência para realizar, justificadamente, alterações no hidrograma constante da Licença de Operação do empreendimento em questão, notadamente diante da existência de riscos ao meio ambiente. Vale dizer, não há, neste momento de cognição sumária, a identificação da prática de qualquer ato que possa ser imputado coator ou violador de direito líquido e certo do impetrante.

Entendo, também, que foi devidamente justificada a alteração do referido hidrograma, diante de fatos e dados, bem como da incidência dos princípios da precaução e da prevenção que implicaram, ao contrário da paralização da atividade, no ajuste de pequeno aumento de vazão para o Trecho de Vazão Reduzida do Rio Xingu, mantendo o funcionamento do empreendimento, repita-se, com pequenos ajustes, durante o período de 3 (três) meses.

É certo que o empreendedor pode vir a ter prejuízos com as pequenas alterações do hidrograma de consenso, porém, estes, na seara do Direito Ambiental, inserem-se no âmbito do risco do negócio, bem como não são objeto de análise neste procedimento judicial. Ademais, ressalte-se que o Hidrograma Alternativo tem a sua incidência limitada ao ano de 2020, não



havendo qualquer manifestação administrativa para que este se estenda para o ano vindouro, razão pela qual os vultosos prejuízos apontados pelo empreendedor nas suas razões de recurso não passam de argumento *ad terrorem*.

Cabe ainda referir que os Hidrogramas A e/ou B, não constituem direito adquirido pelo empreendedor, uma vez que estes são testes, com duração de 6 anos, para que seja possível aferir as consequências do empreendimento, discussão esta, aliás, que se vincula com a própria natureza jurídica do licenciamento ambiental, que, no ponto, ostenta similitude com a autorização administrativa, dada a sua possibilidade de mudança, diante das alterações fáticas do meio ambiente e da obrigação constitucional de mantê-lo equilibrado para as presentes e futura gerações (art. 225 da CF/88).

Por fim, tem-se que eventual restabelecimento administrativo do hidrograma de consenso (Hidrogramas A e B), em detrimento do chamado Hidrograma Alternativo também é possível, diante da incidência do princípio da precaução, bastando que o empreendedor demonstre, dentro da seara da inversão do ônus da prova e após análise percuciente do órgão ambiental, que as consequências de sua atividade não extrapolaram as previsões contidas dentro do Estudo de Impacto Ambiental que apresentou para fins de obtenção do licenciamento ambiental.

Ante o exposto, não diviso presentes elementos que justifiquem a concessão da tutela de urgência recursal, razão pela qual a indefiro.

Intimem-se as partes.

Publique-se.

Brasília, 26 de novembro de 2020.

Juiz Federal ROBERTO CARLOS DE OLIVEIRA

Relator (convocado)

[1] FERREIRA, F. R.. A aplicação do princípio da precaução pelo Tribunal Regional Federal da 1a região: razões para a necessidade do estabelecimento de critérios para o seu uso pela jurisprudência. In: **A INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO PELOS TRIBUNAIS: ANÁLISE NACIONAL, COMPARADA E INTERNACIONAL**. Campinas,SP: Pontes Editores, 2019, p. 35–61.

