

Captação de água de poço artesiano. Possibilidade prevista em lei federal, desde que atendidos os requisitos para outorga. Impossibilidade de decreto estadual proibir a captação, sob pena de exorbitar poder regulamentador, incorrendo em ilegalidade e inconstitucionalidade.

19ª CÂMARA CÍVEL

Apelação Cível nº 0013311-83.2007.8.19.0042

Apelante: ESTADO DO RIO DE JANEIRO e INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE - INEA

Apelado: CONDOMINIO DO EDIFICIO CHAMONIX

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. CAPTAÇÃO DE ÁGUA DE POÇO ARTESIANO. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE DO INCISO IV, ARTIGO 11, DO DECRETO Nº 40.156/06. APLICABILIDADE DOS ARTIGOS 12, 22 E 30, I, DA LEI FEDERAL 9.433/97. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 1º. E 18º. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO AOS ARTIGOS 22 DA LEI FEDERAL NO. 9.433/97 E 45, PAR. 2º., DA LEI FEDERAL 11.445/07.

No exercício de sua competência constitucional (arts. 21, XIX e 22, IV da Constituição Federal) a União legislou sobre a Política Nacional de Recursos Hídricos e Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, permitindo a outorga para a captação de água de fontes alternativas (poços artesianos), conforme artigos 12, 22 e 30 da Lei 9.433/97, exorbitando ao poder regulamentar o inciso IV do artigo 11 do Decreto Estadual 40.156/06. Inexistência de violação ao princípio federativo e da autonomia dos entes estatais (arts. 1º. e 18 da Constituição Federal). O artigo 45 da Lei 11.445/07 deve ser interpretado sistematicamente, para que se entenda que a restrição se refere apenas à utilização da instalação hidráulica predial ligada à rede pública para a captação alternativa.

PARECER PELO CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

ÉGREGIA CÂMARA,

Trata-se de ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação dos efeitos da tutela proposta pelo Condomínio do Edifício Chamonix em face do Estado do Rio de Janeiro e Outro, objetivando que fosse autorizado a continuar utilizando de sua fonte alternativa de captação de água, com a declaração de ilegalidade do art. 11, e seus incisos, do Decreto Estadual nº 40.156/06 e do art. 8º da Portaria nº 555/07 da SERLA, bem como que os réus se absteressem de aplicar as multas pecuniárias previstas nos arts. 64 e 65 da Lei Estadual nº 3.239/99.

Sobreveio a r. sentença de fls. 266/275, por meio da qual o pedido foi julgado parcialmente procedente, afirmando-se a ilegalidade unicamente do inciso IV, artigo 11, do Decreto nº 40.156/06 e, como conseqüência, condenando-se os Réus a absterem-se de impedir a parte Autora de utilizar a água proveniente da fonte alternativa para o consumo e higiene humana, devendo ser atendidas as demais exigências da norma. Em razão da sucumbência recíproca, determinou a compensação dos honorários advocatícios e o rateio das despesas processuais já despendidas pela parte Autora, observada a isenção dos Réus quanto às eventualmente remanescentes. Além do que, a decisão declarou, incidentalmente, inconstitucional o parágrafo 2º. do artigo 45 da Lei 11.445/2007.

Alégam os apelantes, em suas razões de fls. 286/298, que: (i) o constituinte atribuiu o bem água ao Estado, cabendo a este gerir tal bem, com base na sua autonomia e competência legislativa concorrente; (ii) a restrição imposta pelo Estado ao uso da água está em consonância com a legislação federal que estabelece as regras gerais sobre a matéria; (iii) o Decreto Estadual nº 40.156/06 e a portaria nº 555/07 tratam de matéria eminentemente técnica, observando o princípio da deslegalização, que permite à Administração Pública expedir decretos visando à regulamentação de questões eminentemente técnicas, que exigem celeridade em sua atuação; (iv) a outorga de uso dos recursos hídricos é obrigatória, assim como a autorização para a perfuração de poços artesianos; (v) violação aos artigos 1º. e 18º. da Constituição Federal, bem como o artigo 22 da Lei no. 9433/97 e artigo 45, par. 2º., da Lei 11.445/07 (prequestionamento).

As contrarrazões foram ofertadas às fls. 304/315, prestigiando o julgado.

O Ministério Público de primeiro grau oficiou às fls. 317/319, pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu provimento.

É o relatório.

Desde logo, cumpre consignar que foram preenchidos os requisitos de admissibilidade recursal, devendo por isso ser conhecido o apelo.

Com efeito, a permanência da utilização da água encontrada nas fontes alternativas, para consumo humano, conforme discorre a sentença recorrida, está consoante aos ditames da legalidade e razoabilidade, eis que a própria legislação regente prevê a possibilidade de outorga e excepciona a exigibilidade em algumas hipóteses, especificamente no que se refere ao uso considerado insignificante.

Por outro lado, inegável que o uso indiscriminado e ilimitado de poços artesianos e demais fontes alternativas de água também pode ocasionar danos à coletividade, notadamente ao meio ambiente, se não houver a devida regulamentação da *quaestio*.

Para tal, os Estados e Municípios não podem obedecer aos ditames das normas gerais relativas à Política Nacional de Recursos Hídricos, definidos na Lei nº 9.433/97, que prevê a outorga de uso dos recursos hídricos e, conseqüentemente, a respectiva cobrança por tal utilização.

É o que dispõem os artigos 12, 22 e 30, I, da Lei Federal 9.433/97:

“Art. 12 – Estão sujeitos à 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 para abastecimento público, ou insumo de processo produtivo;

Par. 1º. - Independem de outorga pelo Poder Público, conforme definido em regulamento:

I - o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural;

II - as derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes;

III - as acumulações de volumes de água consideradas insignificantes.”

“Art. 22. Os valores arrecadados com a cobrança pelo uso de recursos hídricos serão aplicados prioritariamente na bacia hidrográfica em que foram gerados e serão utilizados...”

“Art. 30 (...)

I - Outorgar os direitos de uso de recursos hídricos e regulamentar e fiscalizar os seus usos.”

Portanto, reitere-se, a legislação federal acima citada prevê a possibilidade de outorga para a captação de água como ora se requer, prevendo também as exceções à regra. Desse modo, não pode a legislação estadual, muito menos atos normativos administrativos (Decreto Estadual no. 40.156, de 17 de outubro de 2006, regulamentado pela Portaria no. 555, de 1º de fevereiro de 2007),

simplesmente proibir a outorga, sob pena de se extrapolar o seu poder meramente regulamentador.

Nesse particular, correta a decisão recorrida ao considerar a ilegalidade do inciso IV, do artigo 11, do Decreto no. 40.156/06.

Acertada, também, a conclusão da sentença no que pertine à necessidade de serem cumpridos os demais requisitos do referido diploma legal, estes sim, de caráter eminentemente técnico, estando na esfera do poder regulamentar da administração estadual.

Merece registro que a decisão recorrida não substituiu o poder de outorga do Estado, reconhecido pela legislação federal. Apenas declarou ilegal o dispositivo que afastava a possibilidade de utilização, mesmo que preenchido todos os requisitos legais, das fontes alternativas de captação.

Por sinal, este é o entendimento do Exmo. Senhor Desembargador RENATO RICARDO BARBOSA, desta E. 9ª. Câmara, em decisão monocrática proferida na Apelação Cível no. 0005141-88.2008.19.0042, sendo elucidativo citar o seguinte trecho:

“Compete privativamente à União legislar sobre os critérios gerais de outorga de direitos do uso da água, não cabendo ao Estado inovar em matéria de âmbito federal. Da leitura das disposições da Lei 9.433/97 e da Lei Estadual nº 3.239/99, que tratam da matéria, não se verifica qualquer restrição de uso de recursos hídricos alternativos para o consumo e higiene humana. O art. 11 do Decreto Estadual nº 40.156/2006, quando condiciona

a eficácia das outorgas às exigências constantes de seus dispositivos e proíbe a utilização da água provida pelo sistema alternativo para consumo e higiene humana (inciso IV), bem como a Portaria 555/07 estabelecendo os

procedimentos a serem observados para a regularização do uso de água subterrânea e de água superficial nas áreas dotadas de serviços de abastecimento público, e em nível nacional estão extrapolando os limites do seu poder regulamentar.

Não se pode afastar a preocupação quanto à finitude da água, bem público e essencial à vida, com o objetivo de “assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos”.

Essa política, todavia, não impede a utilização de água através dos poços artesianos, desde que “técnicos competentes acompanhem cada etapa do procedimento, inclusive com monitoramento periódico das análises de potabilidade da água”.

Essa matéria já foi examinada por este E. Tribunal, que reconheceu a

ilegalidade do inciso IV do art. 11, do Decreto Estadual nº 40.156/06, na apelação cível nº 0004613-69.2008.8.19.0037, da E. Décima Quinta Câmara Cível, *na verbis*:

“Agravamento Interno. Apelação em mandado de segurança. Poço artesiano como fonte alternativa de abastecimento de água para consumo e higiene humana em clínica médica. Legislar sobre o direito de uso de recursos hídricos é de competência privativa da União. Impossibilidade de o Estado inovar a respeito do tema de competência Federal.

Decreto Estadual 40.156/2006. Ilegalidade ante a proibição da utilização da água proveniente de poço artesiano para consumo e higiene humana, extrapolando seu poder regulamentar. Recurso de apelação ao qual se negou seguimento, como autorizado pelo disposto no caput do art. 557 do Código de Processo Civil. Não trouxe o Agravante nenhum fundamento novo que enseje a modificação da decisão monocrática desta Relatoria. Decisão singular mantida. Desprovimento do Agravamento Interno.” (Des. Galdino Siqueira Netto)”.

Este E. Tribunal, em outro processo também análogo, manifestou-se pela manutenção da decisão antecipatória do mérito, neste sentido:

“Ação de obrigação de não fazer. Utilização de fonte alternativa de água - poço artesiano. Deferimento parcial da tutela. Agravamento de instrumento. Aparente conflito de direitos fundamentais. Ponderação de interesses. Prevalência momentânea do interesse dos moradores do condomínio, mitigando-se, por ora, o interesse coletivo, com observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, para reconhecer a necessidade de se manter situação já consolidada pelo tempo, a utilização de fonte alternativa de água. Advertência ao usuário de que deverá adaptar-se aos critérios da legislação pertinente com a urgência devida, ante a manifesta alteração da situação dos recursos hídricos, que clamam rigoroso controle por toda a sociedade. A obtenção da tutela antecipada subordina-se à produção de prova capaz de conduzir à verossimilhança aparência da verdade - das alegações da parte, à reversibilidade da medida e, dentre outros requisitos alternativos, ao fundado receio do advento de dano de difícil reparação. A presença desses requisitos autoriza a medida pleiteada. Desprovimento do recurso”. (Agravamento de Instrumento nº 2008.002.03028. Des. Antonio Saldanha Palheiro. Julgamento: 01.04.08. 5ª Câmara Cível)

Em idêntico entendimento outra decisão monocrática, da lavra do eminente Desembargador Antonio Saldanha Palheiro, por deveras esclarecedora:

“Ademais, conforme estabelecido pela lei federal nº 9433/97, bem como pela lei estadual nº 3239/99, é permitido o uso de recursos hídricos, sem a outorga pelo poder público, para a satisfação das necessidades de

pequenos núcleos populacionais, ou de caráter individual, para atender as necessidades básicas da vida, distribuídos no meio rural ou urbano, e as derivações, captações, lançamentos e acumulações da água em volumes considerados insignificantes, o que evidentemente demanda avaliação criteriosa das situações individuais.

(...)

É claro que não se pode deixar de mencionar a importância da Política Nacional de Recursos Hídricos, que visa permitir ao Poder Público o controle da utilização de água extraída de poços artesianos, seja no que tange ao risco à saúde da população que se utiliza desses recursos, seja no que diz respeito à escassez de água com o objetivo de preservá-la.

Ocorre que a matéria versa aparente conflito entre princípios fundamentais que deve ser solucionado com a adoção da ponderação e razoabilidade, observando-se, em cada caso, qual o interesse de maior relevância.

Na ponderação de interesses, ao menos em exame perfunctório, deve prevalecer no momento o interesse dos condôminos sobre o interesse coletivo, a fim de que os moradores do Condomínio agravado não fiquem sem abastecimento de água repentinamente, uma vez que se trata de bem essencial à vida. É inquestionável que a água, apesar de bem finito, é também essencial, inclusive para a saúde dos moradores do local, tendo em vista que, sem a prestação do serviço público de abastecimento de água, do qual não dispõe, e sem a possibilidade de utilizar fontes alternativas, lhes são suprimidas condições básicas de saneamento e higiene pessoal, interferindo na dignidade dos condôminos e da comunidade local como um todo". (Agravado de Instrumento nº 2008.002.03028. Des. Antonio Saldanha Palheiro. Julgamento: 01.04.08. 5ª Câmara Cível)

Data vênia, não merece prosperar a tese dos apelantes de que sendo as águas bens do Estado (art. 26, I, da Constituição Federal), este tem o poder de regular e controlar a sua utilização, sem a mediação do legislativo, como melhor lhe aprouver.

Ora, compete à União "instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso" (art. 22, XIX, da Constituição Federal) e legislar privativamente sobre águas (art. 23, IV, da Constituição Federal). Assim, ao editar a Lei 9.433/97, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, a União Federal agiu nos exatos limites de sua competência. Não podendo o Estado, notadamente por atos normativos regulamentares (Decreto no. 40.156/06 e Portaria SERLA no. 555/07) veicular restrições inexistentes na lei regulamentadora acima citada. Ainda que houvesse lei estadual restringindo a perfuração e captação de águas em poços artesianos, sua validade restaria afastada com fulcro na competência da União para legislar sobre águas.

Nesse sentido, recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, a saber: ADMINISTRATIVO. ABASTECIMENTO DE ÁGUA. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE POÇO ARTESIANO. FUNDAMENTO INATACADO. INTERPRETAÇÃO DE LEGISLAÇÃO LOCAL. SÚMULA 280/STF.

1. O fundamento do acórdão recorrido, segundo o qual o abastecimento de água proporcionado pelo concessionário é notoriamente deficiente, foi inatocado nas razões do especial. Incidência do óbice da Súmula 283/STF.

2. O Tribunal de origem concluiu pela legitimidade do uso de águas dimanadas de poços artesianos em estabelecimentos comerciais ao fazer a interpretação de norma de direito local (art. 11, IV, do Decreto Estadual nº 40.156/06), razão pela qual exsurge a inadmissibilidade do apelo nobre, em face do impedimento da Súmula 280/STF.

3. Recurso especial não conhecido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Senhor Ministro Relator. (decisão de 16/09/2010, do Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, em Recurso Especial (2010/0116897-7), Rel. Ministro Castro Meira, publicada em 27/09/2010 no Diário da Justiça)

PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE ÁGUAS - ATO ADMINISTRATIVO BASEADO EM DECRETO ESTADUAL AUTÔNOMO CONFLITANTE COM LEIS ESTADUAL E FEDERAL - INVALIDADE.

1. O ordenamento jurídico nacional não permite a edição de Decretos autônomos, salvo nos casos do inciso VI do artigo 84 da Constituição Federal/88.

2. O Decreto Estadual em comento veicula restrições inexistentes nas leis regulamentadas, o que invalida as restrições apresentadas.

3. Ainda que houvesse lei estadual restringindo a perfuração e captação de águas em poços artesianos, sua validade restaria afastada com base na competência da UNIÃO para legislar sobre águas - artigo 22, inciso IV, da Constituição Federal/88. Agravo regimental improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do (a) Sr (a) Ministro (a) - Relator (a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Senhor Ministro Relator. (AgReg. No. RMS 27679/RS - Agravo Regimental no Recurso de Mandado de Segurança 2008/0101344-7, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª. Turma, Decisão de 13/10/2009, DJ 21/10/2009).

Portanto, deve-se afastar a alegação de violação aos artigos 1º. e 18º. da Constituição Federal, bem como ao artigo 22 da Lei no. 9.433/97.

No que concerne o artigo 45, par. 2º., da Lei 11.445/07 não concordo, *data vênia*, com a interpretação que lhe foi dada pela sentença recorrida, não vislumbrando a afronta ao princípio da razoabilidade.

Na verdade, o dispositivo veda que a instalação hidráulica predial ligada à rede pública de abastecimento de água seja também alimentada por outras fontes. Com isso, proíbe apenas que se utilize a referida instalação por outras fontes. Com isso, estar-se-ia evitando, por um lado, a perda de controle da água fornecida e, por outro, eventual contaminação da fonte natural.

Não vejo no dispositivo, ao interpretá-lo sistematicamente com os demais, proibição à captação da água de fontes alternativas, mas, reitero, restrição à utilização da instalação hidráulica predial ligada à rede pública de abastecimento.

Pelo exposto, o **Ministério Público**, através desta Procuradoria de Justiça, opina no sentido do conhecimento do recurso e, no mérito pelo seu **DESPROVIMENTO**.

Rio de Janeiro, 18 de outubro de 2010.

Cláudio Henrique da Cruz Viana

Procurador de Justiça