

## **Nova lei restringe uso de poços artesianos**

**EDUARDO CORAL VIEGAS**

Promotor de Justiça no RS  
Especialista em Direito Civil pela URI  
Mestrando em Direito Ambiental pela UCS

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Generalidades acerca da água subterrânea e de sua utilização. 2. A legislação estadual sobre poços artesianos e a jurisprudência correlata do Tribunal de Justiça. 3. A lei federal que coíbe o uso de fontes alternativas onde existe rede pública de abastecimento. 4. Alguns aspectos polêmicos extraídos dos litígios judiciais envolvendo o uso de água de poços artesianos. 4.1 Utilização do mandado de segurança e comprovação da potabilidade da água. 4.2 Invocação do Código de Águas como fundamento jurídico para a decisão. 4.3 Competência dos Municípios para fiscalizar poços. 4.4 Suposto excesso do Decreto regulamentar n. 23.430/74. 4.5 Necessidade de licenciamento para a perfuração de poços e de outorga para o uso da água. Conclusão. Bibliografia.

### **INTRODUÇÃO**

Desde o final da década de 1990, o Ministério Público gaúcho vem trabalhando no sentido de coibir o uso de água de poços de captação nos locais alcançados por redes gerais de abastecimento de água potável. Seus efeitos prejudiciais são inúmeros, destacando-se problemas relacionados à saúde pública, ambientais e de comprometimento da manutenção e ampliação da rede de saneamento básico<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Adotar-se-á, para os fins deste trabalho, o conceito estrito de saneamento básico, que consiste no fornecimento à população de água potável e na prestação dos serviços de coleta, tratamento e disposição final do esgoto sanitário.

A gestão hídrica é objeto de preocupação permanente da Instituição, como demonstra o seguinte enunciado: “O Ministério Público adota o tema ‘proteção da água’ como prioridade absoluta, na esteira das mais modernas tendências mundiais, em razão da escassez quali-quantitativa, tomando-o como assunto de interesse institucional, que, como tal, será tratado.”<sup>2</sup>

O único Estado brasileiro a ter legislação proibindo o uso de água de fontes alternativas nas zonas servidas por redes gerais é o Rio Grande do Sul, que tolera apenas sua utilização para fins de agricultura, floricultura e industriais. A fundamentação jurídica que vem embasando os litígios – crescentes – em torno do assunto é a Lei n. 6.503/72 (art. 18) e seu Decreto regulamentar n. 23.430/74 (arts. 87, 96 e 97).

O Ministério Público entende que tais diplomas jurídicos são legais e constitucionais (Enunciado 6.3 do evento Estratégias Institucionais para a Proteção do Meio Ambiente – outubro de 2006). Não é esse, contudo, o pensamento majoritário do Tribunal de Justiça (TJRGS).

O que há de inovação nessa seara é a Lei n. 11.445/2007, que estabeleceu diretrizes nacionais para o saneamento básico, e que tratou do uso de água de fontes alternativas, proibindo-o nos locais abastecidos por rede pública.

Nosso objetivo é analisar o novo regramento federal sob enfoque pragmático, fazendo o necessário cotejo com a normatização estadual. Aproveitaremos o ensejo para destacar argumentos pontuais que, em nossa visão, são equivocados mas que vêm sendo aceitos por parcela do Tribunal de Justiça gaúcho para permitir a utilização de poços em áreas abastecidas por rede geral, o que fazemos para, em uma crítica construtiva, auxiliar na modificação do enfoque a ser dado às águas na crise atual.

## 1 – GENERALIDADES ACERCA DA ÁGUA SUBTERRÂNEA E DE SUA UTILIZAÇÃO

O Brasil possui uma das maiores reservas hídricas do mundo. Ao contrário do que pensam alguns, não somos privilegiados apenas em água aparente. Contamos com mananciais subterrâneos expressivos. O Aquífero Guarani ocupa área equivalente aos territórios da Espanha, França e Inglaterra juntos, perpassando Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, sendo que mais de 2/3 de suas águas estão distribuídas entre oito Estados brasileiros (WARTCHOW, 2003, xv), dentre os quais o Rio Grande do Sul. Essas águas pertencem aos

<sup>2</sup> Enunciado 6.8 do evento Estratégias Institucionais para a Proteção do Meio Ambiente – outubro de 2006.

Estados-membros sob os quais estão armazenadas (art. 26, I, da CF), não existindo águas subterrâneas de propriedade da União.

Aquífero é a formação geológica capaz de armazenar e transmitir água em quantidades apreciáveis (CARDOSO, 2005, p. 65). Logo, não se pode confundir aquífero e água subterrânea. Aquele é o continente que abrange o conteúdo, no caso a água.

Consoante parecer da Divisão de Assessoramento Técnico do Ministério Público (RS)<sup>3</sup>, o aquífero, relativamente à sua interface com a atmosfera, pode ser de dois tipos: livre ou freático e confinado. Livre ou freático é aquele em que há interface direta da água com a atmosfera; no confinado a água está armazenada sob pressão, em camadas sobrepostas por unidades mais jovens. Somente quando a água subterrânea confinada estiver sob pressão suficiente para jorrar espontaneamente na perfuração de um poço é que se pode dizer, tecnicamente, ter ocorrido “artesianismo”. Nesta hipótese estar-se-á diante de um *poço artesiano*. Desse modo, um *poço de captação* pode ser artesiano ou não; se houver necessidade de bombeamento, não será. O uso da expressão “poço artesiano” para designar os *poços de captação* de água tornou-se tão universal que, apesar da noção técnica referida, continuará a ser adotado neste trabalho, sobretudo porque os julgados que serão examinados fazem referência corriqueira ao termo.

Há uma crença de que a água subterrânea sempre é de boa qualidade. Essa visão apresenta-se parcialmente correta. Por um lado, a água armazenada no subsolo, como regra, é de melhor qualidade do que a água superficial. De outro lado, embora a água subterrânea seja naturalmente mais protegida, não está livre da ação humana nociva. Lixões irregulares, cemitérios, defensivos agrícolas, falta de esgotamento sanitário, enfim, várias fontes de poluição existentes na superfície acabam contaminando os aquíferos em decorrência da infiltração.

Quanto mais atingida por poluição está a água superficial, maior é o custo de seu tratamento, que realmente vem crescendo em razão da própria conduta antropocêntrica equivocada. Essa situação tem servido de estímulo ao “aumento significativo nos últimos anos do aproveitamento das águas subterrâneas”, fato constatado pelo Mapa Hidrogeológico do Estado do Rio Grande do Sul, publicado em dezembro de 2005. Até mesmo os consumidores residenciais têm investido na perfuração de poços. Os riscos inerentes a essa atividade são inúmeros.

---

<sup>3</sup> Documento 590/2006-DAT.

Em primeiro lugar, havendo incerteza quanto aos impactos ambientais da perfuração de poços em larga escala, deveria estar sendo aplicado o princípio da precaução, mas não é o que ocorre efetivamente. Hirata destaca que “Os estudos de detecção da contaminação de aquíferos são ainda limitados e o conhecimento real da extensão do problema é praticamente inexistente.” (2003, p. 785). O conjunto de perfurações acarreta um rebaixamento do lençol freático, diminuindo o nível da água, o que pode atingir até a umidade da terra. O consumo, não raro, supera a recarga, cada vez mais dificultada pela impermeabilização do solo nas cidades<sup>4</sup>. Uma vez poluída a água do subterrâneo, o restabelecimento do *status quo ante* demora milhares de anos (FREITAS, 2001, p. 56).

O que se tem visto em diversos julgados sobre a matéria é a adoção de uma visão mecanicista, cartesiana, preconizada pelos interessados, que só enfocam a “inocente” perfuração daquele poço artesiano. Deixam de levar em consideração a soma de perfurações do solo<sup>5</sup> e a repercussão dessa ação em nível global. É necessária a alteração desse paradigma onde a fração é o que importa por ser o objeto do que está sendo julgado, examinado. Segundo Capra, “O novo paradigma pode ser chamado de uma visão de mundo holística, que concebe o mundo como um todo integrado, e não como uma coleção de partes dissociadas.” (1996, p. 25).

O parecer da Divisão de Assessoramento Técnico do Ministério Público aponta, a partir do trabalho de Custódio, problemas ambientais – e são vários – que podem ocorrer com a exploração excessiva de água subterrânea. Dentre eles destacam-se “um decréscimo progressivo de descarga das nascentes” e até “em locais onde os aquíferos são compostos por rochas ou depósitos sedimentares parcialmente consolidados, podem ocorrer fenômenos de rebaixamento do substrato, ou subsidência.”

Em segundo lugar, a certeza do consumo da água da rede geral de distribuição permite um controle da saúde coletiva da população. Por outro lado, o consumo de água de fonte alternativa é causa de riscos intensos. Cerca de 80% das doenças do mundo estão ligadas à ausência de água tratada,

---

<sup>4</sup> Na forma do parecer já referido da DAT/MPRS, “Em nosso Estado, o conjunto das captações individuais de água subterrânea pode vir a ser prejudicial, pelo crescimento de nossas cidades, e a conseqüente impermeabilização do terreno pela construção de edificações e pelo revestimento das vias públicas com asfalto. Esta impermeabilização não permite a recarga dos aquíferos localizados no substrato rochoso das cidades, e em conjunto com uma exploração excessiva de água pode levar, ao longo dos anos, a uma conjuntura de superexploração.”

<sup>5</sup> No Estado do Rio Grande do Sul e no Brasil não há levantamentos confiáveis sobre o número aproximado de poços existentes, mas há milhões deles no país e centenas de milhares no Estado, tomando-se em conta dados extra-oficiais.

consoante dados da Organização Mundial de Saúde (BRUNONI, 2003, p. 77). Ter acesso à rede de saneamento básico é um privilégio. Os países subdesenvolvidos lutam pela ampliação do abastecimento de água e tratamento de esgoto. Não é lógico, portanto, deixar de fazer uso dos sistemas de saneamento existentes e assumir riscos de contaminações coletivas pelo uso de água de origem duvidosa.

Destaque-se que a análise laboratorial da água só atesta sua qualidade naquele momento, tal como um exame de sangue, que é válido para a data em que foi feito. A Portaria n. 518/2004, do Ministério da Saúde, exige análises de simples a complexas, com periodicidade de horas, dias, e assim por diante, para quem abastece a população. Uma estação de tratamento pública, como regra, desenvolve dezenas ou centenas de testagens por dia. Já a utilização de soluções alternativas de abastecimentos de água implica, conforme a Portaria, na realização de controle **diário** para cor, turbidez, pH, fluoreto e cloro residual livre; **anual** de trihalometanos; e **semestral** para os demais parâmetros.

No entanto, as pessoas abastecidas por poços normalmente fazem pouquíssimas análises ao longo do tempo de utilização da água e, como regra, apenas aquelas mais simples, de natureza bacteriológica, deixando de realizar outras altamente relevantes, como as físico-químicas, que podem identificar, por exemplo, a presença de metais pesados. Esses controles aprofundados têm custo muito elevado, e até por isso deixam de ser feitos. Outro motivo é a falta de informação. As pessoas têm a crença de que um exame atestando a ausência de coliformes é suficiente para certificar a “potabilidade do poço”, e que ele tem eficácia eterna.

Em terceiro lugar, no sistema pátrio, quem abastece a população com água também deve ser responsável pela destinação dos resíduos líquidos. As redes de fornecimento de água e de coleta de esgoto são diversas, mas a cobrança pelos serviços é vinculada. Como é muito difícil mensurar a quantidade de esgoto despejado na rede geral, estima-se que quem consome mais água produz mais resíduos líquidos, pelo que a remuneração do serviço de esgotamento sanitário é atrelada à quantidade de água consumida da rede. Daí conclui-se que o uso de fonte alternativa em região dotada de saneamento básico implica enriquecimento ilícito, na medida em que o usuário da rede de esgotamento não está pagando – ao menos na proporção devida – pelo serviço que está utilizando, acarretando prejuízo à coletividade, que acaba suportando esse custo gerado e não remunerado por quem era devedor da obrigação de pagar.

Nesse viés, ainda, os recursos destinados à construção e manutenção de uma rede pública de abastecimento são coletivos, provenientes de toda a comunidade. Tais recursos são limitados, enquanto as necessidades da sociedade são imensuráveis.

A implantação da rede demanda grande vulto de dinheiro público, e sua manutenção só é viável se houver consumo da água tratada por aqueles que a têm à sua disposição. Quando a obra é planejada, faz-se um levantamento da população potencialmente beneficiada. A estrutura tem de abranger a todos situados na área alcançada pela rede. Mas se apenas uma fração realmente faz uso do serviço, há um subaproveitamento do sistema, acarretando impacto no orçamento da empresa, que, por sua vez, deixa de ampliar o campo de cobertura do saneamento como poderia, com prejuízos sociais evidentes.

Enfim, os riscos pelo consumo de água de fontes alternativas – como de poços artesianos – são elevados, e abrangem a saúde pública, meio ambiente e o sistema de saneamento básico.

## 2 – A LEGISLAÇÃO ESTADUAL SOBRE POÇOS ARTESIANOS E A JURISPRUDÊNCIA CORRELATA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ciente de toda essa realidade, o legislador gaúcho, ainda na década de 1970, tornou obrigatório o consumo de água da rede pública, onde houver. A Lei Estadual n. 6.503, de 1972, dispõe, em seu art. 18, o seguinte:

É obrigatória a ligação de toda construção considerada habitável à rede pública de abastecimento de água e aos coletores públicos de esgoto.

Regulamentando esse dispositivo, o Decreto n. 23.430/74 – conhecido como Código Sanitário Estadual –, nos arts. 87, 96 e 97, prevê:

Art. 87 – Somente pela rede pública de abastecimento de água potável, quando houver, far-se-á o suprimento da edificação.

Art. 96 – Nas zonas servidas por rede de abastecimento de água potável, os poços serão tolerados exclusivamente para suprimento com fins industriais ou para uso em floricultura ou agricultura, devendo satisfazer as seguintes condições:

Art. 97 – Nas zonas não dotadas de rede de abastecimento de água potável, será permitido o suprimento por fontes e poços, devendo a água ser previamente examinada e considerada de boa qualidade para fins potáveis.

O debate jurídico em torno dessa legislação é relativamente recente. O primeiro julgado do Tribunal estadual que se conhece acerca do tema foi no sentido de permitir o consumo da água de poços em zona dotada de rede pública de abastecimento de água potável, datando de 18/03/1998 (Apelação Cível [AC] n. 596214668, 1ª Câmara Cível). Esta decisão embasou inúmeras outras, sendo em muitas delas expressamente citada.

Registre-se que esse caso envolvia um hospital com débitos pendentes de pagamento e que, por isso, o Município de Porto Alegre não estava fornecendo o serviço de saneamento<sup>6</sup>. Então, ou o Judiciário autorizava o uso da água de poço, ou o prejuízo aos doentes seria irreparável. A peculiaridade dos fatos pode ter contribuído para a solução jurídica da controvérsia. Não raro a jurisprudência se forma a partir de situações especiais, que não são encontradas nos processos subseqüentes, mas que acabam pautando seus julgamentos. O que se sobressai é a conclusão do acórdão, não a história que o originou.

No julgamento da AC n. 70006156160, datada de 04/06/2003, a 2ª Câmara Cível anotou que “não poderia mero decreto regulamentar, que visa explicar a lei, restringir o uso do bem público.” Em 16/06/2005, a 2ª Câmara Cível, decidindo da mesma forma, registrou: “Inexistindo previsão legal a respeito da utilização da água proveniente de poço artesiano ‘somente para fins industriais, agricultura ou floricultura’, não poderia tal restrição ser imposta por decreto regulamentar.” (Agravado de Instrumento [AI] n. 70010820355).

Até 07/12/2005, o TJRS era unânime no sentido da ilegalidade do Decreto n. 23.430/74. Foi nessa data que a situação começou a ser alterada. Na ocasião, a 4ª Câmara Cível, por unanimidade, tendo por Relator o Des. Vasco Della Giustina, confirmou sentença de Erechim que respaldava ato da vigilância sanitária municipal no sentido de determinar a não-utilização de água de poço artesiano por parte de um hotel (AC n. 70013041918).

Seguiram-se a este vários acórdãos com igual solução meritória, firmando-se a posição da 3ª e 4ª Câmaras nessa esteira (exemplificativamente: AI n. 70011919032 e 70013934542, AC n. 70013872031, 70013408968, 70015460504 e 70013723218). Mesmo assim, a maioria das decisões continua permitindo a utilização de fontes alternativas.

Como se percebe, o TJRS, majoritariamente, considera que o decreto regulamentar estadual usurpou suas funções de apenas explicitar o conteúdo da norma *stricto sensu* ao qual está atrelado. Pela análise de suas decisões, conclui-se que a superveniência de lei disciplinando a matéria implicaria modificação do entendimento da Corte, já que só a lei pode restringir direitos, na forma do art. 5º, II, da CF (se é que se pode falar em direito de uso de um bem público!).

---

<sup>6</sup> O acórdão registra, inclusive, que a Câmara vinha decidindo, reiteradamente, que o “concessionário do serviço de abastecimento de água pode, ante inadimplência, cortar o fornecimento da mesma. Como, num mínimo de coerência e de racionalidade, impedir ao particular, em tais situações, que se abstenha de se utilizar as águas que a natureza lhe oferece?”

### 3 – A LEI FEDERAL QUE COIBE O USO DE FONTES ALTERNATIVAS ONDE EXISTE REDE PÚBLICA DE ABASTECIMENTO

Em 05/01/2007, restou publicada a Lei n. 11.445/2007 – atualmente já em vigor –, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. No tocante ao uso de água de fontes alternativas, estabeleceu o seguinte:

Art. 45. Ressalvadas as disposições em contrário das normas do titular, da entidade de regulação e de meio ambiente, toda edificação permanente urbana será conectada às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis e sujeita ao pagamento das tarifas e de outros preços públicos decorrentes da conexão e do uso desses serviços.

§ 1º Na ausência de redes públicas de saneamento básico, serão admitidas soluções individuais de abastecimento de água e de afastamento e destinação final dos esgotos sanitários, observadas as normas editadas pela entidade reguladora e pelos órgãos responsáveis pelas políticas ambiental, sanitária e de recursos hídricos.

§ 2º A instalação hidráulica predial ligada à rede pública de abastecimento de água não poderá ser também alimentada por outras fontes.

A leitura *a contrario sensu* do § 1º do art. 45 deixa muito claro que, **havendo redes públicas de saneamento básico, não serão admitidas soluções individuais de abastecimento de água e de afastamento e destinação final dos esgotos sanitários.** Por interpretação sistemática com o *caput*, percebe-se que tal regra pode ser excepcionada por disposição do titular do serviço de saneamento, da entidade de regulação e de meio ambiente, o que inexistia em nosso Estado até o momento. A exceção é prevista, *por exemplo e hipoteticamente*, para autorizar estabelecimentos de lavagem de veículos a utilizar água proveniente de cisternas, dispensada a conexão da edificação própria para tal fim à rede pública de abastecimento de água, providência, aliás, que é salutar sob todas as óticas, contribuindo para minorar a escassez de água potável.

A análise conjunta do art. 45 e de seu § 1º igualmente permite o afastamento da argumentação que se encontra em algumas decisões a respeito da temática, com base na normatização estadual supramencionada, de que há obrigação de ligação da edificação à rede pública com pagamento compulsório da tarifa básica, mas não de uso exclusivo da água canalizada (por exemplo, AC n. 70006131692). A *novatio legis*, dada a clareza de sua redação, não possibilita mais essa alegação, com a qual já não concordávamos antes.

Trata-se de norma de abrangência nacional, o que soluciona o impasse concernente à existência de restrições de acesso ao bem público água – subterrânea – por um Estado, e não por outras Unidades federativas.

Então, para a corrente que sustentava não bastarem as disposições da Lei n. 6.503/72 e do Decreto n. 23.430/74, agora a questão se mostra superada com a norma cogente inserta no art. 45 e parágrafos da Lei federal n. 11.445/2007, sem prejuízo da exigência de outorga para uso dos recursos hídricos superficiais e subterrâneos, na forma da Lei n. 9.433/97.

Os órgãos públicos que têm a incumbência de fiscalizar a utilização de fontes alternativas devem, forte no princípio da vinculação à lei, embasar seus atos não apenas em diploma estadual, mas também na legislação federal, sobretudo por dispor a Constituição Federal que compete à União legislar sobre águas (art. 22, IV – o que não afasta as competências estadual e municipal).

Devem observar, contudo, que o Decreto regulamentar n. 23.430/74 não pode mais ser aplicado na parte em que tolera a utilização de água de poços em floricultura, agricultura e fins industriais, onde haja rede pública de abastecimento. Com efeito lei federal não dá margem a esse tipo de flexibilização, uma vez que só podem dispor em contrário à regra geral as normas do titular (leia-se Municípios, pois o saneamento, via de regra, é de interesse local<sup>7</sup>), da entidade de regulação e de meio ambiente, não se enquadrando nessas hipóteses ato regulamentar do Governador do Estado.

#### 4 – ALGUNS ASPECTOS POLÊMICOS EXTRAÍDOS DOS LITÍGIOS JUDICIAIS ENVOLVENDO O USO DE ÁGUA DE POÇOS ARTESIANOS

Em sintéticas linhas, procuraremos analisar alguns pontos controvertidos que se extraem da jurisprudência do TJRS, e que, em nosso entender, são decisivos para a ampla compreensão da matéria.

##### 4.1 – Utilização do mandado de segurança e comprovação da potabilidade da água

A grande maioria dos processos submetidos a julgamento do TJRS envolvendo o consumo de água de poços de captação é de natureza

---

<sup>7</sup> O detalhamento desta abordagem está em artigo que publicamos na Revista de Direito Ambiental n. 40 (VIEGAS, 2005b).

mandamental. O uso da via procedimental de cognição sumária não permite, como regra, o exame da potabilidade da água. A jurisprudência vem aceitando laudos (até mesmo um) juntados com a inicial do *mandamus* dando conta de que a água é própria para o consumo.

O que se questiona, em caráter geral, é que os laudos são de um momento ou de momentos específicos, não havendo prova do atendimento das exigências sanitárias previstas na normatização incidente (Portaria n. 518/2004-MS). Ademais, o que se percebe é que dizem respeito apenas à inexistência de coliformes (exame microbiológico), não abrangendo estudos físico-químicos. Mais, não provam os impetrantes quem fez a coleta do material. Logo, como saber se o laudo corresponde à água do poço do autor da ação? Como destaca o parecer da DAT/MPRS,

A confiabilidade de análises de potabilidade da água depende não só da boa realização das análises químicas em si, mas também do método de coleta e conservação de amostras e da escolha dos parâmetros de análise. Uma amostra, caso não seja coletada e conservada de acordo com as técnicas corretas, pode ter resultados de análises que não correspondem às características do corpo amostrado. Por esses motivos, não apenas as análises químicas, mas também a coleta, conservação e transporte das amostras devem ser realizados por profissional habilitado (químico, técnico-químico), preferentemente do próprio laboratório, com emissão de laudos de coleta e conservação de amostras e de análises químicas assinados por responsável técnico, com registro profissional.

Os laudos juntados aos processos podem até terem sido providenciados pela própria empresa que fez a perfuração, que apresenta o resultado ao contratante para evidenciar a boa qualidade da água encontrada. Essas empresas têm interesse direto em provar que seu trabalho foi exitoso. Podem, inclusive, entregar ao laboratório amostras de água de outro local para atestar o que pretendem. Afinal, como refere o Mapa Hidrogeológico do Estado em uma de suas conclusões, “a atividade de perfuração ainda é descontrolada ...”. Com efeito, não há fiscalização pública sobre o trabalho realizado pelos “perfuradores”, que, sem licença ou autorização estatal, têm aberto poços em algumas horas, e não prestam conta dos resultados de seu trabalho a ninguém<sup>81</sup>!

---

\* “Como resultado, qualquer indústria, proprietário urbano ou rural, pode perfurar um poço na sua propriedade sem nenhum controle federal, estadual ou municipal e, freqüentemente, sem a tecnologia apropriada. Em consequência, o risco de contaminação, interferência ou de sobreexatção de água dos aquíferos é efetivo. As situações reais já causam sérios prejuízos nas áreas urbanas, distritos industriais e, mais recentemente, em alguns perímetros irrigados.” (REBOUÇAS, 2006, p. 140).

Poder-se-ia sustentar que cabe ao ente estatal provar a impropriedade da água. No mandado de segurança, porém, a autoridade coatora restringe-se a prestar informações<sup>9</sup>. É inexigível dela a prova de que o fato alegado pelo autor não corresponde à verdade. Havendo sempre dúvida sobre a potabilidade da água, pois há inúmeros poços contaminados no Estado, e sendo a questão de interesse público (saúde coletiva), caberia ao impetrante demonstrar, por documentos hábeis, que cumpriu *todas* as exigências técnicas. Outra alternativa seria a realização de prova pericial, custeada pela parte demandante, mas tal prova só pode ser produzida em ação de cognição ampla. Impor ao poder público a comprovação de que a água é imprópria consiste em obrigar o Estado a arcar com custo – elevado – para a satisfação de interesse privado, quando disponibiliza o abastecimento público e faz, neste sistema, todos os exames necessários. De outro lado, há a dificuldade de ingresso no âmbito da propriedade particular para se efetuar as coletas; se houver resistência do titular do domínio ou ocupante da residência, fica o agente público impedido de entrar no local.

A conclusão a que se chega é que os laudos que vêm acompanhando as iniciais dos mandados de segurança são desprovidos de valoração técnica e jurídica, pelo que não podem ser aceitos como prova da potabilidade da água da fonte alternativa.

#### 4.2 – Invocação do Código de Águas como fundamento jurídico para a decisão

O Código de Águas (Decreto n. 24.643/34) continua em vigor somente naquilo que não contraria a atual Constituição Federal e a legislação infraconstitucional superveniente, em especial a Lei das Águas (Lei n. 9.433/97). Não obstante, alguns julgados o invocam inadequadamente.

Na AC n. 596214668 (paradigmática), consta: “Aliás, o Código de Águas permite a utilização das águas particulares, submetido tal uso à fiscalização administrativa (art. 68; no caso de águas subterrâneas, art. 96).” Na AC n.

---

<sup>9</sup> Como regra, as autoridades coadoras limitam-se, em suas informações, a afirmar a legalidade de sua atuação, não raramente de forma sintética e superficial. Nesses casos, nem impugnam ou examinam os documentos trazidos pelo impetrante. Esse agir descompromissado com o interesse público pode resultar do fato de que, em muitas situações, as vigilâncias sanitárias estão agindo por imposição externa, já que esse tipo de fiscalização gera desgaste político, demanda trabalho intenso e estrutura de pessoal (esta raramente existente). Tanto é assim que o Ministério Público vem propondo ações civis públicas para obrigar o ente estatal a exercer o poder de polícia, tendo obtido liminares em seu favor, no escopo de afastar a inércia estatal mediante obrigação de fazer (por exemplo, AI n. 70015007685 e 70014627491).

7000615160, após transcrever o art. 96 do Código de Águas, o Relator consigna: “Depreende-se do citado dispositivo que inexistente restrição quanto a utilização de água proveniente de poço artesiano, exceto se houver prejuízo ou diminuição das águas públicas dominicais, públicas de uso comum ou particulares, o que inócorre no presente caso”.

A questão que se coloca é que o Código de Águas, quando trata da existência de águas particulares, não foi recepcionado pela CF e infringe o art. 1º, I, da Lei n. 9.433/97. Todas as águas são públicas em nosso ordenamento jurídico atual. Pode-se citar, exemplificativamente, que endossam tal posicionamento Ana Cláudia Bento Graf (2003, p. 56), Aldo da Cunha Rebouças (2003, p. 43), Canotilho e Leite (2007, p. 295), Fernando Quadros da Silva (1998, p. 81), Paulo Afonso Leme Machado (2002, p. 26), José Leite Farias (2005, p. 397), Juliana Santilli (2003, p. 650), Lydia Neves Bastos Telles Nunes (2002, p. 197), Maria Luiza Machado Granziera (2001, p. 77), Paulo Rodolfo de Camargo Mancuso (2005, p. 62), Vladimir Passos de Freitas (2003, p. 20). Na mesma esteira estão as ementas das Apelações Cíveis n. 70013408968 e 70013041918.

Assim sendo, determinados julgados partem de uma premissa maior equivocada, o que, inafastavelmente, os conduz a um processo silogístico falso.

#### 4.3 – Competência dos Municípios para fiscalizar poços<sup>10</sup>

A água é um bem público de uso comum do povo, de propriedade da União (art. 20, III, da CF) ou dos Estados-membros (art. 26, I, da CF). Não há recursos hídricos de domínio dos Municípios. Isso não quer dizer que os Municípios não tenham competência material para fiscalizar a utilização da água em sua área territorial.

Alguns acórdãos aceitam os laudos apresentados pelo impetrante como prova da potabilidade da água<sup>11</sup> e, afastando o risco à saúde pública, reconhecem a incompetência do Município para fiscalização do uso das águas subterrâneas. Nesse sentido: “2. A Fiscalização Municipal, pois, no que concerne ao uso da água, está restrita, no âmbito de sua circunscrição, aos problemas relacionados à saúde pública, forte nos termos da Constituição

<sup>10</sup> A competência legislativa de todos os entes federados sobre a questão hídrica não é abordada neste espaço por não ser matéria polêmica no Tribunal estadual. Porém, foi tratada no Livro *Visão Jurídica da Água*, para onde remetemos o leitor interessado (VIEGAS, 2005a).

<sup>11</sup> Mesmo com as deficiências apontadas no item 4.1.

Federal, artigos 23, II, 198, I e 200, I e II. 3. *In casu*, pois, ante a existência de prova da potabilidade da água, de todo incorreta a atuação do Município que avocou competência que não lhe foi atribuída.” (AC n. 70013495361). Porém, a intervenção municipal está embasada em fundamentos mais amplos do que apenas a proteção da saúde pública.

O art. 23, XI, da CF atribui competência comum a todos os entes federados para registrar, acompanhar e **fiscalizar** a exploração de recursos hídricos em seus territórios. Então, cabe aos Municípios exercer essa fiscalização, mesmo que, por exemplo, se trate de verificar a existência de outorga na captação de água subterrânea, embora quem a conceda seja o Estado. Não bastasse, a Constituição disciplina a competência comum nas questões relacionadas à proteção do meio ambiente (art. 23, VI e VII) e à melhoria das condições de saneamento básico (art. 23, IX), tocando ainda aos Municípios organizar e prestar os serviços públicos de interesse local (art. 30, V), dentre os quais está o saneamento ambiental. Já se viu no item I que a exploração de água subterrânea repercute, ainda que potencialmente, na saúde, meio ambiente e no sistema de saneamento. Assim, a competência comum está evidenciada, mesmo que não se vislumbre problema concreto de saúde pública. A admissão da legitimidade municipal para fiscalizar poços deu-se pelo TJRS, exemplificativamente, no julgamento do AI n. 70013608781.

#### 4.4 – Suposto excesso do Decreto regulamentar n. 23.430/74

A maioria das decisões do TJRS ainda reconhece o seguinte: “O decreto regulamentar que obriga a utilização exclusiva de água fornecida pela rede pública é ilegal, porquanto impõe restrição não prevista na Lei n. 6.503/72 e no Código de Águas.” (AC n. 70006156160).

O art. 18 da Lei estadual n. 6.503/72, ao obrigar a ligação de toda construção habitável à rede pública de abastecimento de água, está protegendo a saúde, o meio ambiente e o sistema de saneamento básico, como se viu acima. Não seria lógico que a lei determinasse a ligação da economia à rede geral e não exigisse o uso desta. Assim, quando impôs a obrigação, deixou subentendida a necessidade de consumo exclusivo da água da rede pública, pois só assim são preservadas a saúde, o meio ambiente e a organização do serviço de saneamento. Possibilitar-se o uso conjunto da rede pública com fontes alternativas (cobrando-se a tarifa mínima) ou apenas a ligação formal ao sistema público vai contra a teleologia da norma protetiva.

O TJRS lavrou relevantes acórdãos em sentido oposto ao acima mencionado, que analisaram detidamente o Decreto n. 23.430/74 em face da

lei ao qual está vinculado, assentando que, nesse cotejo, não há ilegalidade no ato regulamentar. Nesse sentido: AC n. 70013723218 e 70011919032.

#### 4.5 – Necessidade de licenciamento para a perfuração de poços e de outorga para o uso da água

Na Ação Civil Pública n. 013/1.06.0001536-1, o Ministério Público pediu a condenação da FEPAM a analisar eventual pedido de licenciamento ambiental relativo à abertura de poço tubular. É de conhecimento público e consta dos autos referidos que a FEPAM não examina pedidos de licenciamento de poços por entender suficiente a outorga emitida pelo Departamento de Recursos Hídricos (DRH).

O entendimento da Fundação Estadual é equivocado, como bem reconheceu a sentença da lavra da Dra. Andrea Marodin Ferreira Hofmeister<sup>12</sup>. Uma coisa é a outorga; outra a licença ambiental.

A água subterrânea deve servir como água de reserva, e o acesso a ela, por meio de poços, é um canal eterno de comunicação entre a atmosfera, hodiernamente degradada, e o subterrâneo, via de regra preservado. A atividade, portanto, é potencialmente poluidora, pelo que o licenciamento é indispensável, na forma do art. 10 da Lei n. 6.938/81 e art. 49, V, da Lei n. 9.433/97, e independe da necessidade de outorga, prevista no art. 12, II, da Lei n. 9.433/97. A licença examina a perfuração e seus impactos ambientais. A outorga é um ato administrativo de autorização do uso da água, não podendo impedir o ato prévio de perfuração. Seus fundamentos e objetivos, assim, são diversos.

A propósito, a legislação estadual impõe a obrigação de a FEPAM licenciar a atividade em comento, na forma da Lei n. 9.077/90 (art. 2º, IV) e Decretos n. 37.033/96 (art. 6º) e 42.047/2002 (art. 26).

### CONCLUSÕES

À guisa de fechamento, podemos estabelecer articuladamente as seguintes conclusões:

a) a gestão hídrica é matéria prioritária do ponto de vista institucional para o Ministério Público do Rio Grande do Sul;

b) o Tribunal de Justiça do Estado vem modificando seu entendimento sobre a possibilidade do uso de água de fontes alternativas nos locais

<sup>12</sup> Atualmente aguardando deliberação recursal do TJRS.

abastecidos por rede geral de saneamento básico, sendo que antes havia unanimidade no sentido da ilegalidade do Decreto estadual n. 23.430/74, que veda essa possibilidade;

c) as fontes subterrâneas contêm água de reserva, que nem sempre é de boa qualidade, e que somente pode ser consumida após análises laboratoriais amplas e periódicas, na forma da normatização sanitária, não podendo a autoridade pública que avalia a potabilidade da água se contentar com resultados de exames perfunctórios, duvidosos e/ou eventuais;

d) as perfurações de poços de captação em larga escala, como vem ocorrendo, provocam riscos à saúde humana, ao meio ambiente e ao sistema de saneamento básico;

e) a Lei federal n. 11.445/2007, em seu art. 45, proíbe o uso de água de poços nas áreas cobertas por rede pública de saneamento básico, ressalvadas as disposições em contrário das normas do titular, da entidade de regulação e de meio ambiente, não excepcionando nem mesmo os usos em floricultura, agricultura e industriais, antes tolerados pelo art. 96 do Decreto estadual n. 23.430/74;

f) a utilização do mandado de segurança para impugnação de ato do poder público tendente a coibir o uso de água de fontes alternativas deve ser vista com as reservas próprias das ações de cognição sumária, já que, como regra, não possibilita o exame adequado da potabilidade da água;

g) o Código de Águas, ao estabelecer dominialidade privada sobre a água, não foi recepcionado pela Constituição atual e afronta a Lei das Águas (Lei n. 9.433/97), descabendo, assim, sua invocação como premissa maior para justificar o consumo de água de poços de captação;

h) os Municípios têm competência material plena para fiscalizar o uso de poços artesianos; e

i) a atividade de construção e funcionamento de poços é potencialmente poluidora, pelo que depende de licenciamento ambiental, independentemente da necessidade de outorga para uso da água por ele extraída do subsolo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRUNONI, Nivaldo. A tutela das águas pelo Município. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Águas: aspectos jurídicos e ambientais*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 77-102.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Organizadores). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARDOSO, Artur Renato Albeche. *Termos técnicos e capitulação jurídica sobre a água*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005.

- CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Trad. de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Editora Cultrix, 1996.
- FARIAS, Paulo José Leite. *Água: bem jurídico econômico ou ecológico?* Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- FREITAS, Vladimir Passos de. Sistema jurídico brasileiro de controle da poluição das águas subterrâneas. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, a. 6, n. 23, jul./set. 2001, p. 53-66.
- \_\_\_\_\_. *Águas: aspectos jurídicos e ambientais*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.
- GRAF, Ana Cláudia Bento. A tutela dos Estados sobre as águas. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Águas: aspectos jurídicos e ambientais*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 51-75.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces*. São Paulo: Atlas, 2001.
- HIRATA, Ricardo. Gestão dos recursos hídricos subterrâneos. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). *Direito, água e vida*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003. v. 1, p. 785-796.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Recursos hídricos: direito brasileiro e internacional*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MANCUSO, Rodolfo de Carmargo Mancuso. Transposição das águas do Rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, a. 10, n. 37, jan./mar. 2005, p. 29-79.
- NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. O direito de propriedade e as águas. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David (Coord.). *A Tutela da água e algumas implicações nos direitos fundamentais*. Bauru: ITE, 2002. p. 191-199.
- REBOUÇAS, Aldo da Cunha. Proteção dos recursos hídricos. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, a. 8, n. 32, out./dez. 2003, p. 33-67.
- \_\_\_\_\_. Águas subterrâneas. In: REBOUÇAS, Aldo da Cunha; BRAGA, Benedito; TUNDISI, José Galizia (Organizadores). *Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação*. 3. ed. São Paulo: Escrituras Editora, 2006.
- SANTILLI, Juliana. Política Nacional de Recursos Hídricos: princípios fundamentais. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). *Direito, Água e Vida*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003. v. 1. p. 647-662.
- SILVA, Fernando Quadros da. A gestão dos recursos hídricos após a Lei 9.433, de 08 de Janeiro de 1997. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 75-89.
- VIEGAS, Eduardo Coral. *Visão jurídica da água*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005a.
- \_\_\_\_\_. Saneamento básico, mercantilização e privatização da água. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, a. 10, n. 40, out./dez. 2005b, p. 24-43.
- WARTCHOW, Dieter. Prefácio. In: BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. *Ouro azul*. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda., 2003.