

A INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS FRENTE AO ARTIGO 45 DA LEI 11.445/2007 E A PERFURAÇÃO DE POÇOS COMO FONTES ALTERNATIVAS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA

Pilar Carolina Villar^{1,2}, Ricardo Hirata²

¹ UNIFESP -Rua Carvalho de Mendonça, 144 / Lab 4, sala C. Santos (SP). pcvillar@gmail.com.

² CEPAS|USP Centro de Pesquisas de Águas Subterrâneas, Instituto de Geociências. Rua do Lago, 562. São Paulo (SP). rhirata@usp.br

Palavras-Chave: Governança; Águas Subterrânea; Estado de São Paulo; Política Estadual de Recursos Hídricos.

INTRODUÇÃO

Os aquíferos são intensamente explorados para o abastecimento público e privado no Brasil (ANA, 2012). A perfuração de poços surge como uma das principais soluções alternativas de abastecimento de água para regiões que não possuem rede pública, bem como para aquelas em que a rede pública não consegue garantir a qualidade ou quantidade ou, ainda, representa uma alternativa para diminuir custos com as tarifas cobradas pelos prestadores do serviço público de águas. A Política Nacional de Recursos Hídricos, salvo nos casos dos usos isentos, condicionou a extração das águas subterrâneas a obtenção de outorga, enquanto os Estados, como titulares do domínio, regulamentaram os procedimentos para os usos isentos e para a obtenção das outorgas de uso.

A outorga atribui ao interessado público ou privado, o direito de utilizar privativamente o recurso hídrico desde que atendidos os requisitos da legislação de águas (GRANZIERA, 2006, p.179). Porém, a Política Nacional de Saneamento (Lei 11.445/2007), no artigo 45, trouxe restrições a adoção de soluções alternativas de abastecimento de água se existente rede pública de água, o que pode comprometer a pretensão daqueles que querem utilizar as águas subterrâneas ou outras fontes de água. Dessa forma, o artigo 45 da Lei 11.445/2007 trouxe um requisito, aparentemente, compulsório para a possibilidade de concessão de outorga de direito de uso. Diante desse conflito, o objetivo do trabalho é avaliar como os tribunais têm interpretado a compatibilidade do artigo 45 da Lei 11.445/2007 com a perfuração de poços em áreas com e sem disponibilidade de rede pública de água.

A metodologia utilizada é a análise documental fundamentada na busca de jurisprudência nos sites dos Tribunais de Justiça Estaduais e no Superior Tribunal de Justiça. Os termos utilizados para realizar a busca foram artigo 45 da Lei Federal 11445/2007, poço e rede pública de água.

RESULTADOS

O artigo 45 da Lei Federal 11445/2007 (Lei do Saneamento), alterado pela Medida Provisória nº 844/2018) determina que:

Art. 45. As edificações permanentes urbanas serão conectadas às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis e sujeitas ao pagamento de taxas, tarifas e outros preços públicos decorrentes da disponibilização e da manutenção da infraestrutura e do uso desses serviços. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 844, de 2018](#))

§ 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 redação original do artigo 45 estabelecia que: “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. Sendo assim, embora se usasse a expressão “toda edificação”, se abria o precedente para que os titulares do serviço (municípios), as entidades de regulação e de meio ambiente criassem exceções à essa conexão. A nova redação retirou essa ressalva e manteve os parágrafos primeiro e segundo, dos quais se permite inferir que soluções individuais de abastecimento de água só são possíveis nos casos em que não exista rede pública. Se essa existir, o proprietário é obrigado a conectar-se e será proibido de utilizar outras fontes que não a água proveniente do prestador público. Esse tipo de vedação pode prejudicar diretamente edificações que além da rede de água contam com sistemas alternativos como poços, cisternas ou reuso. A lei federal ignorou os casos em que a rede pública apresenta falhas na prestação do serviço ou quando a adoção de sistemas alternativos melhora a eficiência hídrica predial.

A obrigatoriedade da conexão à rede pública e a incompatibilidade da adoção de sistemas alternativos de abastecimento têm sido questionada de forma difusa nos tribunais estaduais de diversos Estados no caso das edificações que possuem poços em locais servidos pela rede pública de água ou sem a devida outorga de uso. Com base em pesquisas realizadas nos sites dos Tribunais de Justiça Estaduais se encontraram diversas ações nesse sentido nos Estados do Paraná, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Bahia entre outros.

As ações judiciais contra os poços clandestinos se dividem em dois blocos, as que visam o fechamento de poços sem outorga utilizadas em áreas servidas por rede pública de água e fechamento de poços sem outorga em áreas que não possuem acesso à rede pública de água. A necessidade da outorga para exploração das águas subterrâneas tem sido reafirmada nos Tribunais Estaduais e no Superior Tribunal de Justiça, contudo pelo que se percebe no teor das decisões nem todo o poço poderá ser outorgado pelo Poder Público frente as exigências do artigo 45 da Lei Federal 11445/2007. Diante das exigências desse artigo, os poços clandestinos podem ser classificados como ilegais ou irregulares.

Os poços ilegais são aqueles cuja perfuração e uso das águas subterrâneas não encontra amparo na lei, portanto sua existência é proibida e, conseqüentemente, se o interessado solicitasse um pedido de outorga este seria negado. Os poços irregulares são aqueles cuja perfuração e uso das águas subterrâneas encontra respaldo na lei, porém se exige o cumprimento de determinados tramites ou se impõem restrições ou condicionantes para esse uso, que não foram atendidas pelo proprietário do poço.

De maneira geral, as decisões dos tribunais têm entendido que segundo a interpretação do artigo 45, §§ 1º e 2º, somente se permitiria a captação de água por poços quando não existir acesso à rede pública e o poço tiver outorga ou cumprir as formalidades cabíveis para os usos isentos (STJ, 2014). Na ausência de rede pública, os poços sem outorga podem ser regularizados, contudo os tribunais estaduais divergem em que condições isso seria feito. Há decisões que mantêm a lacração do poço ou aplicação de multas enquanto este não for regularizado pelo órgão competente (STJ, 2011), outros permitem a regularização sem o fechamento, pois entendem que isso geraria um grave dano aos usuários diante da interrupção abrupta do fornecimento de água para seu consumo e higiene (TJ-RJ, 2013).

Contudo, se existente rede pública de água, a corrente jurisprudencial majoritária é no sentido da ilegalidade do poço e impossibilidade de regularização pois há um óbice legal para a concessão de outorga, o que acarreta o fechamento do poço. Os proprietários têm buscado assegurar o direito de utilizar as águas subterrâneas no artigo 96 do Decreto nº 24.643/1934 (Código de Águas):

Art. 96. O dono de qualquer terreno poderá apropriar-se por meio de poços, galerias, etc., das águas que existam debaixo da superfície de seu prédio contanto que não prejudique

A maior parte dos dispositivos do Código de Águas não é compatível com o novo regime de águas estabelecido pela Constituição Federal e a Lei Federal nº 9.433/1997. Tanto é assim, que o STJ afastou a incidência do Código de Águas no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.354.582 - RS (2012/0177457-3) ao estabelecer que o artigo 96 não foi recepcionada pela Constituição Federal, pois não se permite mais a apropriação das águas subterrâneas por meio de poços. Essas águas pertencem aos Estados e são concedidas ao particular por meio da outorga de recursos hídricos. Portanto, não se admite o uso sem a outorga, contudo o artigo 45, §§ 1º e 2º veda a concessão dessa outorga.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao julgar o Recurso Especial nº 1.345.403 - RS (2012/0197280-0) tratou especificamente da proibição do uso de poços como solução alternativa quando existente rede pública de água. Dessa forma, o voto do relator Ministro Francisco Falcão foi no sentido de que:

[...] a União tutelou o interesse coletivo em detrimento do particular, estabelecendo, inclusive, textualmente, que as edificações permanentes urbanas devem estar conectadas às redes públicas de abastecimento de água e que essa instalação hidráulica predial ligada à rede pública de abastecimento de água não pode ser alimentada por outras fontes.

Não pode ser considerada, assim, ilegal a limitação administrativa estabelecida pelo recorrente no sentido de que, nos locais dotados de rede de abastecimento de água potável, os poços serão tolerados exclusivamente para suprimento com fins industriais ou para uso em floricultura ou agricultura.

Ao contrário, diante da necessidade da preservação do meio ambiente pela utilização racional e controlada dos recursos hídricos, ao admitir a exploração de poço artesiano por particular, para o consumo humano, em local onde há rede pública de abastecimento de água, o acórdão recorrido é que afronta injustificadamente a legislação federal que estabelece as normas gerais da política nacional de utilização da água no território brasileiro. (STJ, Recurso Especial nº 1.345.403/RS, rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, 16/02/2017, p. 7-8).

A decisão do STJ é um precedente importantíssimo, pois reafirma a vedação ao uso de fontes alternativas de água quando existente rede pública. Esse posicionamento norteará a atuação das cortes de primeira e segunda instância dos Estados brasileiros. A consolidação desse posicionamento inclusive gera a responsabilidade aos entes públicos pertencentes aos órgãos ambientais, de recursos hídricos e saneamento, incluindo as concessionárias de água, de fiscalizar o cumprimento do artigo 45 da Lei Federal 11.445/2007. Segundo a interpretação dos tribunais, o descumprimento do artigo 45 é considerado como contrário ao ordenamento jurídico vigente, bem como pode gerar danos ambientais. O STJ, no Recurso Especial n. 994.120/RS afirmou que “a perfuração indiscriminada e desordenada de poços artesianos tem impacto direto no meio ambiente e na disponibilidade de recursos hídricos para o restante da população, de hoje e de amanhã” (rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, 25/08/2009). Logo, surge o dever jurídico dos órgãos de fiscalização de coibir essa prática.

CONCLUSÕES

Percebe-se que o artigo 45 da Lei Federal 11445/2007 foi interpretado pelos Tribunais de forma a inviabilizar a presença de soluções alternativas em áreas dotadas de rede de água, especificamente o caso dos poços, já que essa é a única solução alternativa questionada judicialmente. Essa interpretação se fundamenta na lei, na necessidade de garantir a sustentabilidade financeira da rede pública e na preocupação com os danos causados ao meio ambiente pela perfuração descontrolada. Sem dúvida tais argumentos têm relevância, contudo essa proibição gera indiretamente o incentivo à clandestinidade. As pessoas não vão buscar regularizar seus poços, pois sabem que se este for descoberto, não poderá ser legalizado.

Por ora, a maioria das ações de fechamento de poços são iniciativas pulverizadas do Ministério Público ou de algumas companhias de abastecimento. No Estado do Rio Grande do Sul se concentra o maior número de ações desse tipo. Caso seja realizado um real esforço do Poder Público no sentido de aplicar a vedação do artigo 45 da Lei Federal 11.445/2007, cabe a pergunta se as companhias de água teriam capacidade de prover o serviço com eficiência.

As discussões jurídicas não consideraram que as águas subterrâneas já possuem um papel fundamental na segurança hídrica dos núcleos urbanos. Estima-se que os poços privados suprem de forma complementar de 10-30% das necessidades de água das cidades grandes e médias. Se tais fontes forem fechadas, provavelmente o serviço público não teria como atender essa demanda no volume ou no tempo (falta de água em determinados períodos do dia). Ter conexão com a rede pública, não quer dizer ter água a todo momento. A existência de poços tubulares privados contribui para mitigar a redução na pressão do serviço público, restando mais água para aqueles que não tem condições de investir em soluções alternativas. Os problemas associados às mudanças climáticas globais vão intensificar os períodos de estiagens no país, o que sobrecarregará ainda mais o abastecimento público e estimula a busca por soluções alternativas.

A deficiência na prestação do serviço e o artigo 45 da Lei 11445/2007 vão incentivar a perfuração clandestina de poços, o que é o pior cenário para a proteção dos aquíferos. Inclusive, esse artigo abre o precedente para proibir outras iniciavas fundamentais para a eficiência hídrica predial como captação de água da chuva e o reuso de águas.

A obrigatoriedade da conexão das instalações hidráulicas prediais na rede pública tem justificativas. Porém não se pode ignorar o papel das soluções alternativas na melhora da resiliência do sistema de abastecimento público, o qual apresenta graves deficiências. Há que se fomentar um debate de como conduzir um modelo de coexistência da rede pública e das soluções alternativas que estimule um uso mais eficiente, uma melhora na estrutura da rede e o fim da clandestinidade dos poços que se beneficiam de um recurso público e não dão qualquer contrapartida socioambiental, seja porque não podem se regularizar ou porque não querem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANA. Conjuntura dos Recursos Hídricos 2017: Relatório Pleno. Brasília: ANA, 2017.

GRANZIERA, M. L. M. Direito de Águas: disciplina jurídica das águas doces. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

STJ - AgRg no REsp: 1354582 RS 2012/0177457-3, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 22/04/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/05/2014).

STJ, Recurso Especial nº 1.345.403/RS, Relator Ministro Francisco Falcão. Data de Julgamento: 16/02/2016. T2- SEGUNDA TURMA, Data da Publicação: 08/03/2017.

STJ. AgRg no AgRg no Recurso Especial nº 1.185.670 – RS, Relator Benedito Gonçalves. Data do Julgamento: 01/09/2011. T1. PRIMEIRA TURMA, Data da Publicação: DJe: 06/09/2011.

TJ-RJ - AI: 00583087320138190000 RJ 0058308-73.2013.8.19.0000, Relator: DES. MARCO AURELIO BEZERRA DE MELO, Data de Julgamento: 30/10/2013, DÉCIMA SEXTA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 05/12/2013.