

SECRETARIA ESTADUAL DA SAÚDE. SECRETARIA ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE. POÇOS ARTESIANOS. EXAME DA LEGALIDADE DO DECRETO ESTADUAL nº 23.430/74, QUE REGULAMENTA A SUA UTILIZAÇÃO NO ESTADO.

- 1. Em face da inexistência de chancela legal, entende-se pela ilegalidade do disposto nos artigos 87 e 96 do Decreto Estadual nº 23.430/74, que estabelecem, de forma cogente, a utilização exclusiva da rede pública de abastecimento de água potável nas edificações.**
- 2. A Secretaria Estadual do Meio Ambiente, por intermédio do Departamento de Recursos Hídricos, tem competência para fiscalizar e controlar o número de poços artesianos no território estadual, bem como outorgar a autorização para sua perfuração e extração.**
- 3. A Secretaria Estadual da Saúde, por intermédio da Divisão de Vigilância Sanitária, tem competência para fiscalizar a potabilidade da água extraída dos poços artesianos.**

1. Relatório

Trata-se de expediente administrativo encaminhado pela Secretaria Estadual da Saúde questionando sobre a competência da Vigilância Sanitária para fiscalizar poços artesianos, bem como acerca da legalidade do Decreto Estadual nº 23.430, de 24 de outubro de 1974, que regulamenta a utilização dos poços perfurados no Estado do Rio Grande do Sul.

Ocorre que, em 25 de agosto de 2003, foi celebrado Aditamento ao Termo de Compromisso de Ajustamento Parcial de Conduta, dispondo acerca do tema, perante a Promotoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente.

A assessoria jurídica da Secretaria Estadual da Saúde (Informações de fls. 11-15 e 44-45) manifestou-se no sentido de que a competência da Vigilância Sanitária se restringiria à verificação da potabilidade da água extraída dos poços artesianos, não se estendendo à fiscalização da existência de poços perfurados no território estadual. Ainda, concluiu que a responsabilidade quanto à fiscalização e o controle do número de poços artesianos, bem como a autorização para sua perfuração incumbiria ao Departamento de Recursos Hídricos, órgão da Secretaria Estadual de Meio Ambiente (SEMA).

Por outro lado, a mesma assessoria jurídica questionou acerca da ilegalidade dos arts. 87 e 96 do Decreto Estadual nº 23.430/74, no que tange à possibilidade da extração de água por intermédio da perfuração de poços artesianos, diante da decisão prolatada pela 2ª Câmara Cível do TJRS, nos

autos da apelação cível nº 70006156160.

A consulta foi enviada a esta PGE para exame e manifestação. Tendo em vista a edição do Decreto Estadual nº 44.170, em 08 de dezembro de 2005, instituindo Grupo de Trabalho que tinha por escopo rever o contido no Decreto Estadual nº 23.430/74, recomendou-se aguardar as conclusões a serem apresentadas.

Constatando que o mencionado Grupo de Trabalho não mais se reuniu, a Secretaria da Saúde fez retornar o presente expediente a esta PGE para dirimir a dúvida posta.

É o relatório.

2. Fundamentação

2.1. Exame da legalidade dos arts. 87 e 96 do Decreto Estadual nº 23.430/74, no que tange à perfuração de poços artesianos

O Decreto Estadual nº 23.430/74 foi editado com o fim de regulamentar a Lei Estadual nº 6.503/72, tratando acerca da promoção, proteção e recuperação da Saúde Pública.

Aludido Decreto Estadual, em seu artigo 81 e seguintes, estabelece normas envolvendo o abastecimento de água no território estadual. No que tange à perfuração de poços artesianos, determina que o suprimento da edificação apenas poderá ser feito pela rede pública de abastecimento de água potável, tolerando somente em circunstâncias muito excepcionais ali mesmo previstas a extração por meio de poços artesianos, verbis:

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:

a) serem convenientemente fechados, com tampa, no mínimo, a 0,40 m (quarenta centímetros) da superfície do solo;

b) serem dotados de bomba;

Parágrafo único - Os poços não utilizados serão aterrados até nível do terreno.

Assim dispondo, o Decreto Estadual extrapola as determinações contidas na Lei Estadual nº 6.503/72, mais precisamente em seu art. 18, verbis:

Art. 18. É obrigatória a ligação de toda construção habitável à rede pública de abastecimento de água e aos coletores públicos de esgoto.

Depreende-se do citado dispositivo ser obrigatória a ligação de toda construção habitável à rede pública de abastecimento, sem, com isso, tornar cogente a utilização exclusiva do sistema público de abastecimento. Tal regra não impede a possibilidade de extração de água a partir da perfuração de poços artesianos, ou, ainda, que a água proveniente desses poços também abasteça as construções habitáveis, conjuntamente com a rede pública canalizada.

Da mesma forma, a restrição imposta pelo mencionado decreto estadual vai de encontro ao estabelecido no Decreto Federal nº 24.643/34 (Código das Águas), que assim dispõe:

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 aproveitamentos existentes nem derive ou desvie de seu curso natural águas públicas dominicais, públicas de uso comum ou particulares.

Parágrafo único. Se o aproveitamento das águas subterrâneas de que trata este artigo prejudicar ou diminuir as águas públicas dominicais ou públicas de uso comum ou particulares, a administração competente poderá suspender as ditas obras e aproveitamentos.

Percebe-se que não existe restrição quanto à utilização de água proveniente da extração de poços artesianos, exceto se houver prejuízo ou diminuição das águas públicas dominicais, de uso comum ou particulares, fato que deverá ser analisado no caso concreto.

Ocorre que, ausente respaldo legal quanto à exclusividade de abastecimento de água pela rede pública, patente a ilegalidade do disposto nos artigos 87 e 96 do Decreto Estadual nº 23.430/74, que estabelecem de forma cogente a utilização exclusiva da rede pública de abastecimento de água nas edificações.

Corroborando o entendimento aqui esposado, posiciona-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

"APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. UTILIZAÇÃO DE ÁGUAS SUBTERRÂNEAS. TAMPONAMENTO DE POÇO ARTESIANO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CONTAMINAÇÃO DA ÁGUA. OUTORGA DISPENSADA DIANTE DA INSIGNIFICÂNCIA DA EXTRAÇÃO. ILEGALIDADE DO DECRETO ESTADUAL 23.430/74 QUE OBRIGA A UTILIZAÇÃO EXCLUSIVA DE ÁGUA FORNECIDA PELA REDE PÚBLICA. RESTRIÇÃO NÃO PREVISTA NA LEI 6.503/72 E NO CÓDIGO DE ÁGUAS. Apelo desprovido. Reexame necessário conhecido de ofício. Sentença confirmada em reexame, por maioria." (Apelação e Reexame Necessário Nº 70018152298, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Genaro José Baroni Borges, Julgado em 21/03/2007)

"APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. ÁGUA. POÇO ARTESIANO. CONSUMO HUMANO. As restrições impostas por norma regulamentadora (Decreto nº 23.430/74) quanto ao uso de água de poços artesianos para consumo humano, quando haja abastecimento pela rede pública, mostram-se ilegais, na medida em que não encontram amparo na Lei Estadual nº 6.503/72 e no Código de Águas, restando, pois, flagrante a violação do direito líquido e certo da impetrante, merecendo ser declarada a ilegalidade dos artigos 87 e 96 do Decreto Estadual nº 23.430/74 e autorizado o uso da água subterrânea nos limites do pedido. Apelo provido." (Apelação Cível Nº 70016528002, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator João Armando Bezerra Campos, Julgado em 13/09/2006, trânsito em julgado em 2006).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. POÇO ARTESIANO. ABASTECIMENTO DE ÁGUA. RESTRIÇÕES À UTILIZAÇÃO. DECRETO Nº 23.430/74. As restrições impostas pelo Decreto nº 23.430/74, quanto à utilização de água de poço artesianos não encontram amparo na Lei nº 6.503/72 e no Código de Águas. Inexistindo previsão legal a respeito da utilização da água proveniente de poço artesianos somente para fins industriais, agricultura ou floricultura, não poderia tal restrição ser imposta por decreto regulamentador. Agravo provido." (Agravo de Instrumento Nº 70010820355, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora Leila Vani Pandolfo Machado, Julgado em 16/06/2005, decisão com trânsito em julgado em 2005).

Pelo exposto, com suporte na jurisprudência transcrita, conclui-se pela ilegalidade dos arts. 87 e 96 do Decreto Estadual nº 23.430/74.

2.2. Competência para fiscalização

2.2.1. Fiscalização e controle do número de poços artesianos existentes no território estadual

Superada a questão envolvendo a legalidade da extração de água potável por intermédio da perfuração de poços artesianos, passa-se ao exame da dúvida envolvendo conflito de atribuições entre as Secretarias de Estado, no que tange à responsabilidade para fiscalização e controle do número de poços artesianos perfurados no território do Estado do Rio Grande do Sul.

Depreende-se da legislação em vigor que tal atribuição incumbe ao Departamento de Recursos Hídrico (DRH), atualmente incorporado à Secretaria Estadual do Meio Ambiente. Chega-se a essa conclusão a partir do conhecimento das atribuições delegadas ao DRH.

O DRH é um órgão da administração direta, responsável pela integração do Sistema Estadual de Recursos Hídricos, que concede a outorga do uso da água.

Importante considerar que a Lei Estadual nº 10.350, de 30 de dezembro de 1994, em seu artigo 10, estabeleceu a criação do DRH junto à então Secretaria Estadual de Planejamento Territorial e Obras, atual Secretaria Estadual das Obras Públicas e Saneamento (SOPS). Todavia, na época não foi efetivada a criação do DRH nos moldes definidos pela legislação.

Somente com a Lei Estadual nº 11.362, de 29 de junho de 1999, que introduziu modificações na estrutura organizacional do Estado, criando a Secretaria Estadual do Meio Ambiente - SEMA, a Divisão de Recursos Hídricos adquiriu o status de Departamento. No que tange ao Sistema Estadual de Recursos Hídricos, aludida legislação determinou importantes alterações no tocante à SEMA, que passou a atuar como órgão de integração do Sistema e na coordenação de programas de desenvolvimento sustentável em bacias hidrográficas, bem como transferindo para esta Secretaria a Divisão de Recursos Hídricos pertencente à SOPS, com seus recursos humanos, financeiros, patrimoniais e atribuições.

A estrutura do DRH foi estabelecida pelo Regimento Interno da Secretaria Estadual do Meio Ambiente, aprovado pelo Decreto 40.931, de 02 de agosto de 2001. Na Seção III, que trata dos Órgãos de Execução da Secretaria, tem-se o seguinte:

Art. 9º - Ao Departamento de Recursos Hídricos compete:

a) elaborar, em conjunto com a Assessoria Jurídica, o anteprojeto de lei do Plano Estadual de Recursos Hídricos mediante a compatibilização das propostas encaminhadas pelos Comitês de Gerenciamento de Bacia Hidrográfica com os planos e diretrizes setoriais do Estado, relativos às atividades que interferem nos recursos hídricos;

b) coordenar e acompanhar a execução do Plano Estadual de Recursos Hídricos;

c) propor ao Conselho de Recursos Hídricos critérios para a outorga do uso da água; dos corpos de água sob o domínio estadual e expedir as respectivas autorizações de uso;

d) regulamentar a operação e uso dos equipamentos e mecanismos de gestão dos recursos hídricos, tais como redes hidrometeorológicas, banco de dados hidrometeorológicos, cadastros de usuários das águas;

e) elaborar o relatório anual sobre a situação dos recursos hídricos no Estado para apreciação pelos comitês, na forma do artigo 19, inciso IV, da Lei nº 10.350/94, com vista à sua divulgação pública;

f) assistir tecnicamente o Conselho de Recursos Hídricos;

g) executar outras atividades correlatas ou que lhe venham a ser atribuídas pelo Secretário de Estado.

Ainda, existem outros atos normativos estaduais que atribuem ao DRH a função de conceder a outorga de uso das águas, bem como a administração dessa utilização, verbis:

Lei Estadual nº 10.350, de 30 de dezembro de 1994:

Art. 10 - Fica criado na Secretaria Estadual do Planejamento Territorial e Obras, o Departamento de Recursos Hídricos, como órgão de integração do Sistema de Recursos Hídricos do Rio Grande do Sul.

Art. 11 - Compete ao Departamento de Recursos Hídricos:

(...)

II - coordenar e acompanhar a execução do Plano Estadual de Recursos Hídricos, cabendo-lhe, em especial:

a) propor ao Conselho de Recursos Hídricos critérios para a outorga do uso da água dos corpos de água sob domínio estadual e expedir as respectivas autorizações de uso;

b) regulamentar a operação e uso dos equipamentos e mecanismos de gestão dos recursos hídricos, tais como redes hidrometeorológicas, banco de dados hidrometeorológicos, cadastros de usuários das águas;

c) elaborar o relatório anual sobre a situação dos recursos hídricos no Estado para apreciação pelos Comitês, na forma do Artigo 19, IV, com vista à sua divulgação pública.

(...)

Art. 29 - Dependerá da outorga do uso da água qualquer empreendimento ou atividade que altere as condições quantitativas e qualitativas, ou ambas, das águas superficiais ou subterrâneas, observado o Plano Estadual de Recursos Hídricos e os planos de Bacia Hidrográfica.

Parágrafo 1º - A outorga será emitida pelo Departamento de Recursos Hídricos mediante autorização ou licença de uso, quando referida a usos que alterem as condições quantitativas das águas.

Parágrafo 2º - O órgão ambiental do Estado emitirá a outorga quando referida a usos que afetem as condições qualitativas das águas.

Decreto Estadual nº 37.033, de 21 de novembro de 1996:

Art. 1º - As águas de domínio do Estado do Rio Grande do Sul, superficiais e subterrâneas, somente poderão ser objeto de uso após outorga, de que tratam os artigos 29, 30 e 31 da Lei nº 10.350, de 30 de dezembro de 1994, pelo Departamento de Recursos Hídricos da Secretaria das Obras Públicas, Saneamento e Habitação - DRH - e pela Fundação Estadual de Proteção Ambiental - FEPAM -, mediante: (...)

Art. 8º - O DRH é o órgão responsável pela coordenação da emissão da outorga de direito de uso da água e os requerimentos deverão ser a ele dirigidos.

Parágrafo 1º - A outorga emitida em conjunto pelo DRH e pela FEPAM será objeto de portaria específica, após requerimento do interessado, acompanhado de estudos, projetos e outras informações que permitam a instrução do respectivo processo conforme normas e procedimentos estabelecidos pelo Sistema de Consulta Permanente, previsto no artigo 22, parágrafo 1º, deste Regulamento.

(...)

Parágrafo 3º - Qualquer alteração no projeto ou modificação da vazão captada ou lançada, bem como da qualidade do lançamento, deve ser previamente aprovada pelo DRH e pela FEPAM.

(...)

Art. 14 - Caso cesse o uso outorgado da água, fica o usuário obrigado a dar conhecimento ao DRH, sob pena de revogação da outorga.

Art. 16 - O DRH poderá, quando julgar conveniente, determinar que os outorgados instalem e operem equipamentos hidrométricos, ou reembolsem-no dos respectivos custos, ficando abrigados a encaminhar-lhe os dados observados e medidos, na forma preconizada no ato de outorga e de conformidade com as normas e procedimentos por ele estabelecidos.

Parágrafo único - No caso de águas subterrâneas, os outorgados deverão apresentar ao DRH os dados dos poços, das águas subterrâneas e dos aquíferos, para cadastro e efetiva gestão desses recursos.

Art. 24 - O DRH coordenará a criação do Sistema de Informações contendo as informações técnicas necessárias à análise e ao acompanhamento dos pedidos de outorga, cujo acesso será facultado também aos usuários da água.

Art. 25 - No prazo de um ano, a contar da data deste Decreto, o DRH criará o Cadastro Geral de Usuários de Água do Estado.

Decreto Estadual nº 42.047, de 26 de dezembro de 2002

Art. 5º - Cabe ao Departamento de Recursos Hídricos - DRH - da Secretaria do Meio Ambiente a administração das águas subterrâneas do Estado, nos campos de pesquisa, captação, fiscalização,

extração e acompanhamento de sua interação com o ciclo hidrológico.

Art. 7º - Cabe à Secretaria Estadual da Saúde, em articulação com os Municípios, a fiscalização da qualidade das águas subterrâneas destinadas ao consumo humano, quanto ao atendimento do padrão de potabilidade, estabelecida por legislação específica.

Art. 18 - O uso das águas subterrâneas estaduais são passíveis de outorga nos termos do Decreto nº 37.033/96, a qual deverá ser emitida pelo Departamento de Recursos Hídricos - DRH e pela Fundação Estadual de Proteção Ambiental - FEPAM.

Art. 20 - Todo aquele que construir obra de captação de águas subterrâneas, no território do Estado, deverá cadastrá-la no DRH, apresentando as informações técnicas necessárias, bem como permitir o acesso da fiscalização no local.

§ 1º - O cadastramento deverá ser efetuado junto ao Departamento de Recursos Hídricos e cada empreendimento receberá um número de identificação e registro.

§ 2º - As captações existentes deverão ser cadastradas e regularizadas dentro de prazo a ser definido por meio de portaria específica.

§ 3º - Os cadastros municipais já existentes, criados a partir de Leis Municipais, deverão ser compatibilizados com os procedimentos de cadastro estabelecidos pelo DRH.

Art. 21 - As captações subterrâneas farão parte do Cadastro Geral dos Usuários de Água do Estado.

Parágrafo único - As empresas e os Órgãos da Administração Pública que executem perfuração de poço tubular deverão ser registradas junto ao CREA e cadastradas junto ao DRH, bem como apresentar as informações técnicas em determinados prazos, definidos em portaria específica.

Art. 35 - O uso das águas subterrâneas do Estado do Rio Grande do Sul será fiscalizado pelo DRH e pela FEPAM, que poderão articular-se com outras instituições.

Parágrafo único - A fiscalização da qualidade das águas subterrâneas destinadas ao consumo humano caberá à Secretaria da Saúde, observando-se o disposto na legislação vigente.

Não há dúvida, pois expresso nas normas acima transcritas, ser atribuição da Secretaria Estadual do Meio Ambiente, por intermédio do Departamento de Recursos Hídricos, a administração do Sistema Estadual de Recursos Hídricos. Daí entender-se adequada a atribuição a este mesmo órgão da competência para gerenciar a fiscalização e controle do número de poços artesianos no território estadual.

2.2.2. Fiscalização da potabilidade da água extraída dos poços artesianos

Diferente da outorga para utilização de recursos hídricos dos poços artesianos é a fiscalização das condições de potabilidade de sua água para consumo humano. Este exame incumbe à Secretaria Estadual da Saúde. Tal entendimento se extrai da Portaria nº 158, de 25 de março de 2004, do Ministério da Saúde, que trata dos procedimentos e responsabilidades relativos ao controle e vigilância da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade, mais especificamente no Capítulo III, Seção II, "Dos deveres e das responsabilidades em nível estadual", verbis:

Art. 6º. São deveres e obrigações das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal:

I - promover e acompanhar a vigilância da qualidade da água em sua área de competência, em articulação com o nível municipal e os responsáveis pelo controle de qualidade da água, nos termos da legislação que regulamente o SUS;

II - garantir, nas atividades de vigilância da qualidade da água, a implementação de um plano de amostragem pelos municípios, observadas as diretrizes específicas a serem elaboradas pela SVS/MS;

III - estabelecer as referências laboratoriais estaduais e do Distrito Federal para dar suporte às ações de vigilância da qualidade da água para consumo humano; e

IV - executar ações de vigilância da qualidade da água, de forma complementar, em caráter excepcional, quando constata, tecnicamente, insuficiência da ação municipal, nos termos da regulamentação do SUS.

Além do disposto na Portaria supra transcrita, existem outros instrumentos normativos que determinam ser atribuição da Secretaria Estadual da Saúde a fiscalização das condições sanitárias das águas destinadas ao abastecimento, tratamento a ser estendido as águas extraídas dos poços artesianos, verbis:

Lei Estadual nº 6.503, 22 de dezembro de 1972

Art. 15 - A Secretaria da Saúde prestará assistência técnica aos municípios, visando à solução dos problemas básicos de saneamento.

(...)

§ 2º - Todo manancial que possa ser utilizado para abastecimento de água está sujeito à fiscalização da Secretaria da Saúde.

Decreto Estadual nº 23.430, 24 de outubro de 1974

Art. 6º - Para o desempenho de suas atribuições a Secretaria da Saúde exercerá o controle, determinando a adoção das medidas que se fizerem necessárias:

I - das condições sanitárias das águas destinadas ao abastecimento público e privado;

A fiscalização da potabilidade da água extraída a partir da perfuração de poços artesianos incumbe à Secretaria da Saúde, mais precisamente à Divisão de Vigilância Sanitária, por intermédio da sua Seção de Vigilância de Estabelecimentos, considerando o disposto no art. 35, alínea "e", do Decreto Estadual nº 36.502, de 11 de março de 1996, que aprovou o Regimento Interno da Secretaria da Saúde, verbis:

Art. 35 - À Seção de Vigilância de Estabelecimentos compete:

(...)

e) controlar as condições de potabilidade da água de consumo humano, em caráter complementar aos municípios;

Anote-se, a propósito, que é possível a edição da Ordem de Serviço cuja minuta se acha nas fls. 20-21, nos termos em que foi confeccionada, pois em conformidade com as conclusões exaradas no

presente parecer.

3. Conclusão

Isso posto, conclui-se no seguinte sentido:

3.1. em face da ausência de respaldo legal, entende-se pela ilegalidade do disposto nos artigos 87 e 96 do Decreto Estadual nº 23.430/74, que estabelecem a utilização exclusiva da rede pública de abastecimento de água potável nas edificações;

3.2. a Secretaria Estadual da Saúde, por intermédio da Divisão de Vigilância Sanitária, tem competência para fiscalizar a potabilidade da água extraída dos poços artesianos, enquanto a Secretaria Estadual do Meio Ambiente, por intermédio do Departamento de Recursos Hídricos, tem competência para fiscalizar e controlar o número desses poços existentes no território estadual, bem como realizar a outorga para perfuração.

Por fim, sugere-se ciência ao Ministério Público (Procuradoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente) do presente parecer, tendo em conta os termos do Aditamento ao Termo de Compromisso de Ajustamento Parcial de Conduta, celebrado em 25 de agosto de 2003 (fls. 03-09).

É o parecer.

Porto Alegre, 19 de abril de 2007.

Luís Carlos Kothe Hagemann,

Procurador do Estado

40940-2000/05-5

Acolho as conclusões do PARECER nº 14.688, da Procuradoria do Domínio Público Estadual, de autoria do Procurador do Estado Doutor LUÍS CARLOS KOTHE HAGEMANN.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Saúde.

Em 15 de maio de 2007.

Eliana Soledade Graeff Martins,

Procuradora-Geral do Estado.

APROVO as conclusões do Parecer nº 14.688 da Procuradoria-Geral do Estado, dando orientação jurídico-normativa à administração pública estadual, face o contido no artigo 82, inciso XV, da Constituição Estadual.

À Procuradoria-Geral do Estado para as anotações de praxe e providências que entender necessárias.

Em 10 de julho de 2007.

YEDA RORATO CRUSIUS,

Governadora do Estado.