

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2017.0000309906

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Reexame Necessário nº 0004585-26.2014.8.26.0028, da Comarca de Aparecida, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE POTIM e JUIZO EX OFFICIO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OSWALDO LUIZ PALU (Presidente), RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO E MOREIRA VIEGAS.

São Paulo, 4 de maio de 2017.

Oswaldo Luiz Palu

RELATOR

Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 19742

APELAÇÃO Nº 0004585-26.2014.8.26.0028

COMARCA : APARECIDA

APELANTE : MUNICÍPIO DE POTIM

APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

MM.ª Juíza de 1ª Instância: Rita de Cássia Spasini de Souza Lemos

APELAÇÃO CÍVEL. Ação Civil Pública. Abastecimento de água potável e de uso industrial. Captação, condução, tratamento e despejo adequado que são atribuições precípua do Município, nos limites das atribuições constitucionais. Relatórios de órgãos sanitários oficiais que comprovam tratar-se de água imprópria para o uso. População acometida por doenças endêmicas, havendo fortes indícios que em decorrência da baixíssima qualidade da água. Questão sanitária e de saúde pública que reclama medidas efetivas.

APELAÇÃO CÍVEL. Ação Civil Pública. Abastecimento de água potável e de uso industrial. Medidas. Substituição da forma de captação de lençol freático para água superficial e construção de estação de tratamento que se impõe e que não se insere em questão afeta à discricionariedade do administrador.

APELAÇÃO CÍVEL. Ação Civil Pública. Abastecimento de água potável e de uso industrial. Multa. Valor fixado diretamente proporcional à gravidade das circunstâncias noticiadas. Sanção tendente ao cumprimento das medidas impostas, e não ao seu pagamento.

Prazo adequado às regras financeiras e orçamentárias.
Recurso parcialmente provido.

I. RELATÓRIO.

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença de **fls. 480/483** que,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

nos autos da ação civil pública ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** em face do **MUNICÍPIO DE POTIM**, julgou-a procedente para condenar o requerido a adoção de todas as obras, serviços e providência necessárias para substituir a captação de água de lençóis freáticos pela captação de águas superficiais, com construção de estação de tratamento de água que comporte a vazão diária necessária para suprir a demanda da população municipal, no prazo de doze meses, de forma direta ou mediante contratação de terceiro especializado, sob pena de multa à ordem de R\$10.000,00 por dia de descumprimento. Apela o **MUNICÍPIO DE POTIM** (fls. **485/493**), alegando, preliminarmente, carência da ação. Quanto ao mérito, aduz que não tomou ciência acerca da manifestação de f. 358. Além disso, na correspondente audiência de tentativa de conciliação, o d. representante ministerial não fez qualquer proposta, pela ausência de representante do 'GAEMA'. Há laudo demonstrando a ausência de previsão para conclusão das obras necessárias ao atendimento do saneamento básico. Comprovou que o custo das eventuais obras seria de R\$12.500.000,00, algo em torno de 64% do seu orçamento, em investimentos de saneamento básico, não tendo capacidade de investimento, motivo por que o prazo fixado para cumprimento da medida é desarrazoado, devendo ser ampliado de forma a reduzir o impacto

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

orçamentário. Nova gestão se iniciará em 2017, não devendo arcar com os ônus do cumprimento de sentença, que requer prazo maior. A multa sacrifica o erário, e eventual descumprimento se trata de fato individual de seu próprio agente, circunstância que torna a decisão contraditória, pois, se trata de município de não dispõe de recursos financeiros para atendimento das necessidades de sua população. Por tais razões, pugna pelo acolhimento integral do recurso, a ele sobreindo contrarrazões (**fls. 496/503**). A d. Procuradoria de Justiça é pelo desprovimento recursal (**fls. 510/513**). **É o relatório.**

II. FUNDAMENTO E VOTO.

1. O recurso comporta acolhimento em parte.

2. Em realidade, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** aforou ação civil pública em face do **MUNICÍPIO DE POTIM**, pois, mediante representação e documentos que lhes foram enviados pela **Vigilância Sanitária de Guaratinguetá**, informando que o requerido não provê condições de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

potabilidade da água distribuída para consumo público, constatou-se que o **MUNICÍPIO DE POTIM** não observa os padrões relativos aos níveis de cloro e flúor, bem como à ausência de bactérias, segundo estabelecido na Portaria MS n.º 2914/2001, e normas da ABNT. Além disso, estudos realizados pela **SUPERINTENDÊNCIA DE CONTROLE DE ENDEMIAS (SUCEN)** e da **SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE** demonstraram que a água destinada ao consumo humano no **MUNICÍPIO DE POTIM** contém **nitrogênio amoniacal** acima dos valores máximos permitidos pela legislação, constatando-se que a volatilidade desse composto é citada como *provável fonte de atração das fêmeas do mosquito "Aedes aegypti"*, transmissor da dengue, implicando aumento significativo de casos da doença naquela localidade. Ademais, a Vigilância Sanitária recebeu reclamações dos moradores, acerca do insuportável mau cheiro da água, o que inviabiliza, inclusive, seu uso para higiene pessoal. Na Ação Civil Pública n.º 0006876-67.2012.8.26.0028 (que tratou da omissão do Município em prover meios e condições quanto ao esgotamento sanitário no Município, julgada procedente), produziu-se laudo que atestou não só a falta de tratamento do esgoto (objeto precípua da referida ação), **como também as péssimas condições da água distribuída para consumo humano (objeto desta ação)**. Constatou-se que a captação de água é subterrânea, por meio de poços

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

tubulares profundos, mas cujo tratamento é pontual, inexistindo estação de tratamento específica, substituído por mera adição de cloro e flúor por meio de dosadores, que ao tempo da prova, estavam fora de uso. Segundo a SUCEN, o abastecimento mediante captação de água de poços profundos, deve ser substituída por estações de tratamento de água superficial, visando a redução a níveis aceitáveis da proliferação do mosquito transmissor da dengue. O **MUNICÍPIO DE POTIM** foi autuado pela Vigilância Sanitária pelas péssimas condições de potabilidade da água (**AI n.º 014161**), "por manter, operar e controlar sistemas públicos de abastecimento de água em desacordo com as normas técnicas da ABNT e demais normas pertinentes, Resolução SS-65 e Portaria MS 2914", cujo recurso foi desprovido. A prática do Município viola o art. 225, da CF, assim como a legislação de regência, razão por que deve ser condenado à adequação da captação e distribuição da água, com cloração, filtração e tratamento daquela proveniente de lençóis freáticos, de modo a torná-la portátil para consumo humano, nos termos da **Portaria n.º 2914/2001, do Ministério da Saúde, e das normas da ABNT**, especialmente, reduzindo os níveis de "nitrogênio amoniacal", coliformes totais e coliformes termotolerantes, além de adequar os níveis de cloro e flúor estabelecidos nas referidas normas, ou, à substituição da captação de água de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

lençóis freáticos pela captação de água superficial, com construção de estação de tratamento de água de pequeno porte que comporte a vazão diária necessária à população municipal, no prazo de um ano, diretamente ou mediante contratação de terceiro especializado.

3. A ação é viável, não havendo qualquer impossibilidade jurídica do pedido como sua condição. Assim, não se sustenta a arguição da apelante no sentido de não poder o Judiciário determinar aos órgãos do Poder Executivo, ou melhor, **da Administração Pública**, providências materiais, o que levaria à impossibilidade jurídica do pedido, a malferir o princípio da separação de poderes. Evidente que o princípio inserido no artigo 2.º da CR/88 é extremamente caro ao Direito Constitucional, com importância capital na coarctação do arbítrio, na adstrição do poder às normas e na garantia das liberdades públicas. Portanto, sem objetivo a conspurcar tão relevante princípio, há que se reconhecer, com J. J. Gomes Canotilho (Direito Constitucional, Almedina, p. 267), tendência a considerar que a teoria da separação de poderes engendrou um **mito**, esse consistente em:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

'...atribuir a obra de Montesquieu um modelo teórico reconduzível à teoria dos três poderes rigorosamente separados, e que cada poder recobriria uma função, sem qualquer interferência dos outros. Esta teoria jamais existiu em Montesquieu; mais do que separação, do que verdadeiramente se tratava era a **combinação** de poderes. O verdadeiro problema político que surgia era combinar estas três potências e desta combinação poderíamos deduzir qual a classe social e política que sairia como favorecida'.

A questão central aqui tratada diz respeito à **discricionariedade**. Há que se extremar, de início, o conceito de discricionariedade daquele que entrega ao administrador o poder absoluto de valorar o que seja o interesse público, o juízo final acerca das providências administrativas para a consecução desse interesse. Lembre-se com Maria Sylvia Zanella di Pietro (Direito Administrativo, p. 178) que em um primeiro e importantíssimo aspecto que concerne a discricionariedade é o temporal, é o do **momento** da prática do ato: "...se a lei nada estabelece a respeito, a Administração escolhe o momento que lhe parece o mais adequado para atingir a consecução da administração de determinado fim". Sempre o Poder Judiciário poderá invalidar a

opção do administrador, explicitando se existe e até onde vai a discricionariedade, no caso concreto. Acaso exista a discricionariedade a opção será do administrador; **mas esta pode existir em grau menor do que o aventado pelo administrador, ou em elementos do ato administrativo diverso daquele suposto pelo mesmo.** Imagine-se norma que determine a preservação do meio ambiente ou saúde existente faz muitos anos e completamente ignorada pela administração, por exemplo.

4. **Mérito.** Não assiste razão ao **MUNICÍPIO DE POTIM.** É sabido que a distribuição domiciliar de água e a coleta de esgotos **são serviços característicos do Município.** Nesse sentido é a lição de **HELIO LOPES MEIRELLES,** segundo a qual: "**As obras e serviços para fornecimento de água potável e eliminação de detritos sanitários domiciliares, incluindo captação, condução, tratamento e despejo adequado, são atribuições precípua do Município,** como medidas de interesse da saúde pública em geral e dos usuários em particular (...) O abastecimento de *água potável e industrial* é serviço público necessário a toda cidade ou núcleo urbano, e, como tal, **incumbe ao Município prestá-lo nas melhores condições técnicas e econômicas para os usuários.** Pode ser realizado diretamente pela

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Prefeitura ou por terceiros, uma vez que entra na categoria dos serviços industriais, cuja prestação se permite a particulares, com atribuições delegadas pela Administração. O essencial é que seja posto à disposição de todos os habitantes da área urbana, com abundância e em adequadas condições de utilização". ("DIREITO MUNICIPAL", HELY LOPES METRELLES, Malheiros, 17.^a ed., p. 454/455) (g.orig./g.n.).

5. E as provas coligidas no inquérito civil não deixam dúvidas da necessidade e urgência das medidas impostas ao **MUNICÍPIO DE POTIM**, de tal forma que foram objeto de antecipação de tutela concedida pelo d. juízo, em **11 de agosto de 2014** (f. 258 e v.^o), cujo respectivo **Agravo de Instrumento** (proc. n.^o 2032667-83.2015.8.26.0000, entre as mesmas partes), foi desprovido monocraticamente pelo e. relator, Des. Dimas Rubens Fonseca (**fls. 463/466**).

6. Sobre a inadequação da forma de captação de águas (e saneamento básico municipal), foi comprovado, por meio de inúmeros relatórios firmados por órgãos oficiais, e a prova emprestada da outra ação civil pública, que os munícipes são

acometidos de doenças diarreicas, que aumentam nos períodos mais quentes do ano, **face ao deficiente tratamento destinado à água.** Constatou-se ainda que na água destinada ao consumo da população há coliformes fecais, coliformes totais, dentre outras bactérias, circunstância ensejadora de atuação do município pela Vigilância Sanitária.

7. A SUCEN, à sua vez, realizou estudos que constaram que a água destinada ao consumo da população local contém **"nitrogênio amoniacal"**, substância cuja volatilidade é fonte de atração de fêmeas do mosquito "Aedes Aegypti", transmissor da dengue, fator que contribui significativamente para o aumento de casos da doença nas proximidades. Isso sem falar na existência de substância cancerígena na água não tratada e disponibilizada para consumo (**f. 147**), relacionada à **mortalidade 63% maior do que a média do estante do Estado, e longevidade dos munícipes 67% menor** que, se não se trata de inequívoco nexo de causalidade, não se pode negar a forte influência sobre a saúde e vida das pessoas que consomem e usam diariamente a água muito abaixo dos padrões sanitários exigidos pela legislação de regência.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

7.1. **Ressalte-se** o mau odor das águas de toda a localidade (**fls. 13/16**), circunstância que inviabiliza não só o uso potável, como qualquer outro uso da água captada e distribuída pelo **MUNICÍPIO DE POTIM**.

8. Em verdade, a situação narrada nos autos se alinha ao **descaso do Poder Público local** com relevante questão sanitária e de saúde pública, relegada pelo **MUNICÍPIO DE POTIM** -- estranhamente -- à questão de menor importância, que deve ser contingenciada em face de outras ditas mais relevantes, como se as houvesse. Prova disso, é que os aludidos relatórios de entidades oficiais constataram que o Município também não dispõe de tratamento de esgoto, cujos dejetos são lançados "in natura" (objeto da outra ação civil citada). **Mas deve ter uma Câmara Municipal bem abastecida materialmente, uma Administração Municipal com veículos, servidores, assessores, cargos de provimento em comissão em abundância, providos etc.**

9. Acresça-se que embora a falta de dotação orçamentária pudesse ser relevante, não se pode olvidar que o bem aqui tratado, ou seja, o abastecimento de água potável em área urbana é

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

serviço público indispensável e mezinho, de incumbência municipal, e como se disse, não pode ser contingenciado, sendo prioridade sua prestação de forma a não colocar em risco a saúde e a vida das pessoas.

10. E nem se diga que tais medidas devam ser impostas à gestão atual, pois, ao revés do que alega o **MUNICÍPIO DE POTIM**, não se trata de conduta praticada por agente público individualmente, mas sim incumbência do Poder Público local, que permanece inalterada, malgrado a alternância na chefia do Poder Executivo local.

11. E não havendo dúvidas acerca da competência do Município para os serviços de abastecimento de água potável e industrial urbano, impunha-se mesmo a imposição das medidas determinadas pelo d. juízo, consubstanciadas na adoção de todas as obras, serviços e providências necessárias para substituir a captação de água de lençóis freáticos pela captação de águas superficiais, com construção de estação de tratamento de água de tal modo que comporte a vazão diária necessária para suprir a demanda da população municipal.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11.1. Sobre tais medidas, importante ressaltar-se que o i. representante do "parquet" as requerera de forma subsidiária, mas, conforme se depreende do rol documental, a simples adequação da captação e distribuição da água, com cloração, filtração e tratamento da água proveniente dos lençóis freáticos, de forma a torna-la potável ao consumo humano, seria medida meramente paliativa, cuja eficiência não é inequívoca, relevando-se mais adequada à solução definitiva do grave problema sanitário e de saúde pública constatado, sua substituição para captação de água superficial; construção de estação de tratamento, indispensável na espécie, por todos os argumentos deduzidos, não se tratando de questão discricionária do Executivo local, **que as relega desde o ano 2000**, não atendendo as providências recomendadas pela SUCEN desde então (**fls. 179/181**). Sobre tais providências, ademais, a lei autoriza fimar parcerias, parcerias publico-privadas, convênios empréstimos etc, com outros órgãos oficiais, ou mesmo com particulares, não sendo imperativo que o Município arque exclusivamente com as correspondentes despesas, aqui sim, questão afeta à discricionariedade do administrador.

11.2. Quanto ao prazo fixado, de doze

meses, **fica ele majorado para até o final de 2018**, tempo para que o **MUNICÍPIO DE POTIM** insira no orçamento seguinte (2018), e deve fazê-lo até julho de 2017, o valor da obra e a execute, juntamente com o orçamento, até o final do ano (2018). Assim pelo fato de que se relaciona com a gravidade das circunstâncias verificadas pelo órgão ministerial, e a urgência que se impõe, pois se trata de questão de saúde pública, diretamente ligada com os altos índices de mortalidade apurados no **MUNICÍPIO DE POTIM**, bem como a possibilidade de surtos de dengue e outras doenças endêmicas. **Em caso de descumprimento, o Magistrado poderá dirigir a multa ao próprio agente público recalcitrante (prefeito do Município, se o caso) e não ao contribuinte.**

11.3. A multa fixada à ordem de R\$10.000,00 (dez mil reais), por dia de descumprimento, que se justifica como medida coercitiva voltada a garantir o cumprimento da ordem judicial dada, ficará exigível a partir do final do exercício de 2018, se não estiver a obra concluída. O valor fixado revela-se razoável, face à todos os fatos constatados, não havendo falar-se em oneração excessiva, e consequente comprometimento orçamentário por parte da Administração, pois, sua

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

finalidade não é a cobrança da multa, mas sim inibir o descumprimento da ordem judicial. Logo, ao fixá-la, não se deve onerar por demais o Município, mas sim compeli-lo ao atendimento das medidas que são indispensáveis na espécie, revelando-se a pena não só legal, como legítima.

11.4. Em execução, sem obviar de qualquer modo o prazo fixado, o Magistrado poderá considerar eventual solução técnica mais eficiente ou moderna, se for apresentada e se existir, mas que que não seja a manutenção da situação como se encontra, e que seja eficiente, dado o valor em questão (Saúde Pública).

12. Assim, o recurso do Município é **minimamente provido**.

OSWALDO LUIZ PALU
Relator