TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº
02256782

Jurisprudência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO nº 745.927-5/1-00, da Comarca de SÃO PAULO-FAZ PUBLICA, em que é recorrente o JUÍZO "EX OFFICIO", sendo apelantes SABESP - CIA SANEAMENTO BÁSICO SÃO PAULO E OUTROS sendo apelado MINISTÉRIO PÚBLICO:

ACORDAM, em Câmara Especial do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), REGINA CAPISTRANO.

São Paulo, 12 de março de 2009.

TORRES DE CARVALHO
Relator

61

Voto nº AC-3.047/09

Apelação nº 745.927.5/1-00 – Câmara Especial de Meio Ambiente

Apte: Sabesp – Cia de Saneamento Básico de São Paulo e outros

Apdo: Ministério Público

Origem: 5ª Vara da Fazenda Pública (Capital) - Proc. nº 1045/93 ou 625/93

Juiz: Marcos de Lima Porta

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Represa Billings. Dano ambiental. Indenização. CE, art. 46 do ADCT. LF nº 9.638/81. LF nº 7.347/85. LE nº 997/76. Resolução Conjunta SMA-SES nº 3/92. Nota técnica. Bombeamento das águas dos rios Pinheiros e Tietê para a represa Billings. – 1. Legitimidade passiva. A condição da ação se afere pelo que a inicial contém abstraída a razão do autor; as co-rés SABESP, CETESB, ELETROPAULO e DAEE subscreveram a 'nota técnica' que recomendou o reinício do bombeamento das águas dos rios Pinheiros e Tietê para a represa Billings; há causa de pedir e pedido contra elas, não havendo como afastá-las do pólo passivo na ação que visa o ressarcimento dos danos causados em virtude do bombeamento recomendado. – 2. Legitimidade passiva. Sucessão de empresas. Privatização da Eletropaulo e transferência à EMAE do sistema de geração de energia, incluindo as usinas elevatórias da Traição e de Pedreira. A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimação da partes, nos exatos termos do art. 42 do CPC. A responsabilidade pela indenização, se transferida à EMAE, é questão afeta às duas empresas, que a ré resolverá em ação própria; mas não altera o pólo passivo desta ação, nem impede que o autor prossiga contra a parte originária. – 3. Perícia. Nulidade. A nomeação do perito para o cargo em comissão de assistente técnico do Ministério Público não torna nulas as perícias anteriores. Profissional respeitado. Inexistência de indícios de imparcialidade. Nulidade inexistente. – 4. Perícia. Sentença. O juiz pode, com base no art. 130 do CPC, dispensar o prosseguimento da perícia ou revogar despacho anterior que fizera menção à nova perícia. Trabalhos periciais substanciosos, a permitir a compreensão dos fatos e a decisão do processo. Nulidade inexistente. – 5. Represa Billings. Bombeamento. Poluição. Não ofende a lei, nem dá margem a indenização, o bombeamento das águas do Rio Pinheiros para a Represa Billings, ainda que disso decorra a poluição da represa. Precário equilíbrio hídrico e ambiental, em que o bombeamento está ligado à geração de energia, ao controle das cheias na região metropolitana de São Paulo e ao controle da poluição no Médio Tietê. Poluição não ligada ao bombeamento, mas à precariedade do saneamento básico na região. – 6. Dano ambiental. Princípio poluidor-pagador. O princípio polui-

dor-pagador visa à internação dos custos ambientais que decorrem da atividade exercida, de modo que passem a refletir no custo dos bens e serviços. Não se aplica, com propriedade, aos custos ambientais não decorrentes da atividade, nem aos que não possam ser minorados pelo poluidor. Caso dos autos, em que a poluição da represa não decorre do bombeamento, mas da poluição anterior. Inaplicação do princípio. – 7. Dano ambiental. Responsabilidade objetiva. A responsabilidade objetiva prevista no art. 14 § 1º da LF nº 6.938/81 obriga o poluidor a reparar ou indenizar. A natureza do direito ambiental, voltado à preservação do ambiente e não à sua substituição por pecúnia, leva à preferência pela reparação; de modo que, se reparado ou recomposto o dano, deixa de haver o que indenizar. Recomposição integral da represa nos níveis ambientais anteriores, tão logo diminuído e cessado o bombeamento, que afasta a indenização. – 8. Dano ambiental residual. A irreversibilidade não cuida do passado, mas do futuro; tem-se por reversível o dano, se o meio ambiente puder ser recomposto na situação anterior. O dano residual pode ser indenizado. Circunstâncias do evento, no entanto, que dispensam tal pagamento. – Sentença de procedência. Recursos das rés e reexame necessário providos para julgar a ação improcedente.

1. Trata-se de ação civil pública proposta inicialmente pelo Município de Diadema e posteriormente assumida pelo Ministério Público, julgada procedente pela sentença de fls. 1.608/1.624, vol. 9, declarada a fls. 1.647, vol. 9 pra condenar os réus no pagamento solidário de indenização no valor de R$-284.525.055,50 corrigidos monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça a partir de junho de 2000, acrescidos das custas e despesas processuais e de honorários de advogado fixados em R$-25.000,00 para cada réu, nos termos do art. 20, § 3º e 4º do CPC, corrigidos desde a sentença até o efetivo pagamento; com reversão dos valores ao Fundo Estadual de Reparação dos Interesses Difusos e Coletivos Lesados, nos termos do art. 13 da LF nº 7.347/85. Recorreu de ofício.

Apela a Sabesp (fls. 1.648/1.729, vol. 9); *preliminarmente* **(i)** reitera a apreciação do agravo retido de fls. 456/457, vol. 3 no qual alega ser parte passiva ilegítima, pois não emitiu o ato normativo atacado; emitiu apenas uma 'nota explicativa' de caráter consultivo e não vinculante; a questão energética não faz parte dos seus objetivos; **(ii)** alega a nulidade da sentença por

estar embasada em prova pericial viciada pelo impedimento do perito, nos termos do art. 134, 135, 138, III, 139 e 437 do CPC. Antes de sentenciar o juiz reconheceu o impedimento e determinou a realização de outra perícia, mas ante a inércia do novo perito decidiu sentenciar sem observar os art. 93, IX da CF e 424 do CPC. O julgamento deve ser convertido em diligência para a realização de outra perícia sob pena de cerceamento de defesa, com base nos arts. 5º, XXXV e LV da CF e 515, § 4º do CPC. *No mérito* diz que não é responsável pelos danos apontados pelo autor, pois **(i)** a 'nota técnica' que emitiu não tem caráter vinculante; a responsabilidade é do Secretario do Estado de Meio Ambiente que editou a Resolução Conjunta SMA-SES nº 3/92, ato administrativo propriamente dito e norteado pelos atributos da imperatividade e presunção de legitimidade; **(ii)** não produziu ação ou omissão referente ao bombeamento ou vazões turbinadas das águas nem auferiu benefício com o fato, não havendo nexo causal e responsabilidade objetiva; **(iii)** a perícia é atécnica, vaga e inconclusiva sobre a existência de danos ambientais; a metodologia utilizada não tem base científica e não se aplica à área de recursos hídricos, pois elaborada sob o prisma da engenharia florestal; **(iv)** o valor apurado é exorbitante; fere os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e não confisco, podendo inviabilizar as atividades desenvolvidas; foi arbitrado com base em fórmula composta por fatores e coeficientes equivocados; o metro cúbico de água pago pela Sabesp é de R$-1,00/m³ e não R$-2,50/m³ adotado pelo perito. Pede a reforma da decisão e a improcedência da ação.

Apela a Eletropaulo (fls. 1.731/1.774, vol. 9); *preliminarmente* alega **(i)** ser parte passiva ilegítima, pois entre os anos de 1997 e 1998 desvinculou-se da Administração Pública Estadual, transferindo seu patrimônio relacionado às operações de energia elétrica à EMAE – Empresa Metropolitana de Águas e Energia S/A, cujo acionista majoritário é o Estado de São Paulo. Inobstante ter a concessão das operações de energia elétrica, o patrimônio responsável por eventual dano permaneceu com o Estado. É pessoa jurídica de direito privado e não responde por suposta violação do Poder Público, único responsável pelo controle de bombeamento das águas; **(ii)** nulidade da sentença ante o vício do laudo em razão do impedimento do perito e a não realização da segunda perícia,

provocando cerceamento de defesa; **(iii)** trânsito em julgado da ação nº 1.025/86, 5ª Vara da Fazenda Pública, improcedente, que afastou a responsabilidade da Eletropaulo sobre os danos ambientais decorrentes dos mesmos fatos ora discutidos. *No mérito* diz que à época dos fatos estava obrigada a atender aos comandos da Administração Pública estadual e assim procedeu frente à Resolução SMA-SES nº 3/92, destacando a legalidade e a necessidade do bombeamento das águas do Rio Pinheiros para a Billings; a decisão de retomada do bombeamento em 1993 se insere no poder discricionário da Administração Pública, não competindo ao Poder Judiciário analisar o mérito do ato administrativo, sob pena de afronta ao art. 2º da CF; a indenização foi fixada a partir de metodologia imprópria; não cabe a fixação de honorários em favor do Ministério Púbico. Pede a reforma da decisão e a improcedência da ação.

Apela a Cetesb (fls. 1.776/1.828, vol. 9); *preliminarmente* alega a nulidade da perícia ante o impedimento do perito; antes de ser formalmente contratado pelo autor o perito já publicava em seus livros a prestação de serviços junto à Promotoria de Justiça do Meio Ambiente da Comarca de São Paulo. Pede a realização de nova perícia. *No mérito* ratificou as alegações da *Sabesp* e *Eletropaulo* a acrescentou não há demonstração dos danos ambientais, ante a recuperação natural da represa; é equivocada a interpretação dada ao art. 46 da Disposições Transitórias da Constituição do Estado; é equivocada a metodologia adotada pelo perito e o valor indenizatório foge à razoabilidade, assim como são excessivos os honorários advocatícios fixados. Pede a reforma da decisão e a improcedência da ação.

Apela o DAEE (fls. 1.830/1.838, vol. 9); *preliminarmente* ratifica as alegações da *Sabesp* quanto à ilegitimidade de parte e nulidade da sentença. *No mérito* ratifica as alegações dos recursos anteriores e diz que a reparação dos danos já vem sendo feita no decorrer dos anos como se extrai das análises da qualidade da água no Estado de São Paulo feita pela Unesp de Ilha Solteira e dos investimentos dos réus na área ambiental e sanitária, além de desca-

bida a fixação de verba honorária em favor do autor. Pede a reforma da decisão e a improcedência da ação.

Apela a Fazenda (fls. 1.843/1.883, vol. 10); *preliminarmente* ratifica as alegações anteriores quanto à nulidade da sentença por ausência de fundamentação e cerceamento de defesa. *No mérito* ratifica os termos dos recursos já apresentados. Pede a reforma da decisão e a improcedência da ação.

Apelos tempestivos; preparado o da SABESP, da ELETROPAULO e da CETESB (fls. 1.825, vol. 9, complementado a fls. 1981, vol. 10); isento de preparo o do DAEE e da Fazenda. Contra-razões a fls. 1.885/1.916, vol. 10, com observação de que, caso seja considerado excessivo o valor da indenização, seja adotado o parâmetro sugerido pela Sabesp de R$-1,00/m³ de água, resultando em indenização no valor de R$-113.810.000,00; reitera a apreciação do Recurso Especial retido caso seja deferida a realização de nova perícia. A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo parcial provimento dos recursos apenas para afastar a condenação no pagamento de honorários advocatícios (fls. 1.921/1.967, vol. 10).

Em apenso o AI nº 251.186.1/8-00 e nº 251.187.1/2-00 (contra a decisão que afastou a inépcia da inicial, ilegitimidade passiva e litispendência argüidas pelo DAEE e CETESB), 1ª Câmara Civil, 7-11-1995 e 6-6-1995 (respectivamente), Rel. Roque Mesquita, negou provimento em ambos, v.u. (fls. 104/106 e 88/90 dos apensos); AI nº 295.196.5/0-00 (contra a decisão que atribuiu às co-rés o depósito dos honorários do perito na segunda perícia), 9-4-2003, Rel. Toledo Silva, deu provimento, v.u. (fls. 102/106 do apenso. Pende de apreciação recurso especial retido, interposto pelo Ministério Público, fls. 125/144 e 146/147 do apenso).

É o relatório.

2. Fatos. A lide cuida da degradação ambiental causada pelo bombeamento das águas do Rio Pinheiros, poluídas pelo lançamento de esgoto doméstico, hospitalar e industrial, para a Represa Billings. É questão já submetida ao Judiciário, que merece anotação ante os reflexos que pode produzir na ação ora analisada.

No Proc. nº 1.025/86, 5ª Vara da Fazenda Pública, o Município de Diadema propôs ação contra a Fazenda Estadual e contra a Eletropaulo reclamando que a degradação causada pelo bombeamento prejudicava o bem estar da população local; e pediu que os réus fossem condenados a não mais bombear as águas do rio para a represa, a restaurar a fauna e a flora e a despoluir as águas. A ação foi julgada improcedente em sentença de 22-6-1994 subscrita pelo Dr. Luis Paulo Aliende Ribeiro (fls. 416/425, vol. 3, fls. 1690/1699, vol. 9), onde foi anotada a posição do Ministério Público de improcedência do pedido de desativação do bombeamento e de procedência do pedido de recuperação ambiental; segundo o magistrado, a mera cessação do bombeamento, se reduziria a poluição da represa, também impediria o uso do sistema de reversão das águas para a produção de energia elétrica em Henry Borden, para amenizar a poluição no médio Tietê e para controlar as enchentes na região metropolitana de São Paulo; a única solução, segundo o laudo e a sentença, é a despoluição dos rios Tietê e Pinheiros. A sentença foi confirmada pelo Tribunal.

No Proc. nº 590/93, da mesma Vara, o Ministério Público moveu ação civil pública contra os mesmos réus pedindo a cessação do bombeamento então em curso para controle da intrusão salina ou queda de nível da bacia do Rio Cubatão, acima dos níveis permitidos pela afluência natural do reservatório, autorizado com base na Resolução Conjunta SMA-SES-3, de 4-10-1992. A ação foi julgada procedente em sentença de 12-4-1994 subscrita também pelo Dr. Luis Paulo Aliende Ribeiro (fls. 426/452, vol. 3; fls. 1700/1726, vol. 9); a lide se circunscreve, segundo a sentença, à legalidade da retomada do bombeamento, no periodo de estiagem e com o reservatório reduzido, com base na exceção prevista na letra 'e' do art. 2º da Resolução citada e na Nota Técnica de

30-6-1993 em que a CETESB, DAEE, ELETROPAULO e SABESP recomendaram, em caráter emergencial e provisório, o turbinamento de 50 m³/s em Henry Borden e o conseqüente bombeamento de igual quantidade de água para a represa. A sentença não se aplica às demais exceções (alíneas 'a' a 'd'). O juiz, como decidiu com base em informação da CETESB, não se opõe ao bombeamento contínuo, ainda que para atender à exceção da letra 'e'; mas afirmou que, tendo a administração optado pela cessação do bombeamento em 4-10-1992, não poderia reiniciá-lo, tão só para atender ao interesse das indústrias situadas em Cubatão, no período de estiagem, em que o baixo nível da represa potencializava a carga poluidora da água bombeada (fls. 1723, vol. 9: "Estes fatos também constam dos autos, na manifestação da CETESB a fls. 469, que corrobora a afirmação do juízo, já constante da fundamentação da liminar, de que o bombeamento contínuo seria menos danoso que sua efetivação após deplecionado o reservatório".) A sentença dá por consumado o dano à represa e declara ilegal o turbinamento para controle da intrusão salina na bacia do Rio Cubatão acima dos níveis permitidos pela afluência natural do reservatório, vedando o bombeamento das águas dos rios Pinheiros e Tietê para essa finalidade, quando baixo o nível do reservatório. A sentença foi confirmada na AC nº 242.913-1, 8ª Câmara Cível, 20-9-1995, Rel. José Osório, unânime, JTJ nº 178/128, fls. 17271729, vol. 9), com a seguinte anotação:

> O laudo do perito nomeado na fase inicial do processo deixa clara a enorme desproporção entre o que entra naturalmente na represa, na estação de estiagem, ou seja, 6-8 metros cúbicos, e o que sai para a Henry Borden – 50 m³ (fls. 201/202), com evidente prejuízo para a saúde da represa. Caso venha a receber, estando com o nível baixo, as águas poluídas do Rio Pinheiros, o dano é enormemente exacerbado, pois está então reduzida a capacidade de diluição dos dejetos. ... O passar do tempo revelou que o MM. Juiz esteve coberto de razão em suas decisões. As indústrias interessadas adaptaram-se à nova situação, sendo certo que a Carbocloro, a Cia. Brasileira de Estireno e a Cosipa nem mesmo recorreram da respeitável sentença.

No Proc. nº 1.045/93, da mesma Vara, o Município de Diadema, sucedido pelo Ministério Público, pede que a Fazenda do Estado, a ELETROPAULO, o DAEE, a SABESP e a CETESB sejam condenados a indenizar o dano ambiental causado pelo bombeamento autorizado com base na Nota Técnica de 30-6-1993 (art. 2º, alínea 'e'). Este é o processo ora analisado.

3. A Constituição do Estado vedou o lançamento de efluentes e esgotos urbanos e industriais, sem o devido tratamento, em qualquer corpo de água (art. 208); e no art. 46 das Disposições Transitórias prescreveu:

> No prazo de três anos, a contar da promulgação desta Constituição, ficam os Poderes Públicos Estadual e Municipal obrigados a tomar medidas eficazes para impedir o bombeamento de águas servidas, dejetos e outras substâncias poluentes para a represa Billings. § único – Qualquer que seja a solução a ser adotada, fica o Estado obrigado a consultar permanentemente os Poderes Públicos dos municípios afetados.

Em 4-8-1992 as Secretarias de Estado do Meio Ambiente e de Energia e Saneamento expediram a Resolução Conjunta SMA-SES nº 3/92 (fls. 21/22) em que, visando ao cumprimento do art. 46 do ADCT, determinaram a suspensão por tempo indeterminado do bombeamento das águas do Rio Pinheiros para a Represa Billings; mas prescreveram também que;:

> **Art. 2º** Para evitar danos a pessoas e bens, decorrentes de excesso ou falta d'água no sistema hídrico da Bacia do Alto Tietê e das bacias a ela interligadas, os Secretários de Estado do Meio Ambiente e de Energia e Saneamento poderão, conjuntamente, determinar a retomada do bombeamento de que trata o artigo 1º pelo tempo necessário a prevenir ou remediar os aludidos danos, máxime nas seguintes situações de emergência: **a)** aumento de vazão do Rio Tietê, no ponto de sua confluência com o Pinheiros, acima de 160 m^3/s, ou previsão de precipitação pluviométrica capazes de determinar enchentes na Região Metropolitana; **b)** queda da cota de tomada d'água da Usina Henry Borden a níveis insuficientes para assegurar o fornecimento de energia elétrica em situações emergenciais; **c)** formação de espu-

mas de surfactantes no Rio Tietê, a jusante de Edgard Souza, que venham a extravasar o espelho d'água; **d)** formação de 'bloom' de algas nos corpos hídricos da Região Metropolitana de São Paulo e Médio Tietê, comprometendo sua qualidade para fins de abastecimento público; **e)** ocorrências de intrusão ou queda de níveis na Bacia do Rio Cubatão, de molde a comprometer o funcionamento das indústrias que dela captam água para o processo produtivo.

Em 'nota técnica' de 30-6-1993 (fls. 24/25) a CETESB – Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental; o DAEE – Departamento de Águas e Energia Elétrica, a ELETROPAULO – Eletricidade de São Paulo S/A e a SABESP – Cia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, considerando os termos da Resolução Conjunta SMA-SES nº 3/92 e pelas razões que expuseram, recomendaram, em caráter emergencial e provisório, a descarga de água pelo sistema da Usina Henry Borden até o limite máximo de 50 metros cúbicos por segundo em média mensal e o bombeamento de água para o reservatório Billings nos valores mínimos necessários à manutenção do nível, evitando o deplecionamento a valores inferiores a 33% de sua capacidade e sem prejuízo dos casos previstos nas letras 'a', 'b', 'c' e 'd' do artigo 2º da Resolução Conjunta SMA/SES/003 de 04.10.92. Recomendaram também que, em contrapartida, as indústrias utilizadores das águas da bacia do rio Cubatão apresentassem, no menor prazo possível, planos de uso racional dos recursos hídricos e alternativas técnicas visando à sua independência do regime de funcionamento da Usina Henry Borden.

Não veio aos autos o ato administrativo que autorizou o bombeamento; mas foi expedido, pois o bombeamento teve início no mesmo dia 30 de junho ou 1º de julho, e foi subscrito pelos Secretários de Estado mencionados, diretamente ou em referendo à decisão dos gestores dos sistemas envolvidos, conforme o art. 3º e § único da Resolução Conjunta. O bombeamento foi suspenso de 8 a 27-7-1993 por decisão liminar no Proc. nº 590/93, mas foi restabelecido por autorização do Tribunal de Justiça no MS nº 208.102.1/6-00, 27-7-1993, que concedeu efeito suspensivo ao agravo de instrumento então interposto (fls. 258/261, vol. 2). Em 1-9-1993 a Administração limitou o bombeamen-

to na Estação de Pedreira, nos termos do art. 46 do ADTC, e o turbinamento em Henry Borden ao máximo de 4 m³/segundo (laudo, fls. 550, vol. 4).

4. Legitimidade de parte. Sabesp. Eletropaulo. DAEE. A condição da ação se afere pelo que a inicial contém, abstraída a razão do autor; as co-rés SABESP, ELETROPAULO, DAEE e CETESB subscreveram a 'nota técnica' que recomendou o reinício do bombeamento das águas dos rios Pinheiros e Tietê para a represa Billings e isso, no entender do autor, por ser a base da decisão administrativa e a indução do escalão superior, lhes confere responsabilidade concorrente com o Estado. Há causa de pedir, a conduta das rés vem delineada na inicial e o pedido é compatível com o que foi narrado; não há, assim, como afastar sua legitimidade passiva. O mais é mérito, a ser visto no momento oportuno.

A preliminar foi afastada no despacho saneador de fls. 403/414, vol. 3, em especial a fls. 412, cujo fundamento vale repetir:

> Não obstante fosse dos Secretários do Meio Ambiente e de Energia e Saneamento a responsabilidade pelo ato de retomada do bombeamento, respondem, em tese, a ELETROPAULO, SABESP, DAEE e CETESB pela prática de ato administrativo ilegal. E, desde que provada, na instrução, a ocorrência dessa ilegalidade [inexistência dos motivos determinantes], é o parecer técnico, como já exposto, um ato administrativo enunciativo por cujos efeitos respondem seus subscritores.

A decisão foi mantida nos AI nº 251.186.1/8-00, interposto pelo DAEE e 251.187.1/2-00 interposto pela CETESB, 1ª Câmara Civil, 7-11-1995 e 6-6-1995 (respectivamente), Rel. Roque Mesquita, negaram provimento, v.u. (fls. 104/106 e 88/90 dos apensos). É questão preclusa, que já não pode ser discutida. As preliminares ficam rejeitadas, incluindo o agravo retido de fls. 456/457, vol. 3 interposto pela SABESP contra o despacho saneador e reiterado na apelação.

5. A ELETROPAULO, que não recorreu da decisão saneadora, pede na apelação que a ilegitimidade passiva seja reconhecida com base em outro argumento, de que em 1997 e 1998, por ocasião da privatização do setor elétrico paulista, a geração de energia, incluindo a operação das usinas elevatórias de Traição e Pedreira, foi transferida à EMAE – Empresa Metropolitana de Águas e Energia S/A, cujo acionista majoritário é justamente o Estado de São Paulo; não pode, como empresa do setor privado, responder por ato do Poder Público com base em patrimônio e atividade que não são mais seus.

A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimação da partes, nos exatos termos do art. 42 do CPC. A responsabilidade pela indenização, se transferida à EMAE, é questão afeta às duas empresas, que a ré resolverá em ação própria; mas não altera o pólo passivo desta ação, nem impede que o autor prossiga contra a parte originária. A preliminar fica rejeitada.

6. Perícia. Nulidade. Sentença. As partes dizem que a perícia é nula, pois subscrita por profissional que prestava serviços ao autor e que depois, no curso dela, foi admitido em cargo comissionado como seu assistente técnico; e que a sentença proferida com base nela é nula, seja por basear-se em perícia nula, seja por ter desrespeitado a determinação anterior de que se procedesse à nova perícia.

O perito Luiz César Ribas foi nomeado em 6-7-1994 (fls. 414, vol. 3) sem manifestação contrária das partes; vencida a suspensão do processo e a substituição do pólo ativo, o laudo foi apresentado em 8-2-1999 (fls. 531/641, vol. 5), com esclarecimentos suplementares em 9-6-2000 (fls. 1.153/1.219, vol. 7) e em 9-4-2001 (fls. 1.316/1.339, vol. 8). Segundo informou depois o autor, o perito havia sido contratado pelo Ministério Público para exercer o cargo em comissão de Assistente Técnico de Promotoria, a partir de 23-10-2000 (fls. 1.341/1.342, vol. 2).

Não houve argüição de suspeição do perito, na forma própria, antes da informação ou depois dela; e a contratação do perito pelo Ministério Público não prejudica a perícia e os esclarecimentos feitos antes da contratação. Não há, ademais, o menor traço de parcialidade do perito, professor titular da UNESP; seja pela sua reconhecida competência e qualificação, seja porque o laudo segue, conforme amplamente debatido, linhas gerais e trabalhos anteriores publicados pelo expert e de conhecimento comum. Não faz sentido anular a perícia, se o intenso debate técnico permite ao juiz (que não está vinculado ao laudo, e pode fundamentar a decisão na crítica apresentada pelas partes) o conhecimento adequado da controvérsia. A alegação fica rejeitada, sem ofensa aos art. 134, 135, 138, III, 139, 424, 437 e 515 § 4º do CPC ou ao art. 5º XXXV e LV e 93 IX da Constituição Federal.

7. O juiz não determinou a realização de segunda perícia por invalidade da primeira [embora o despacho fale em 'segunda perícia', o juiz determinou tão somente o prosseguimento da mesma perícia, com a resposta à crítica dos réus], mas porque a contratação impedia que prestasse os esclarecimentos solicitados pelas rés (fls. 1407/1408, vol. 8); e nomeou novo perito, que declinou, e mais outro, que retirou os autos e devolveu-os dois anos depois sem manifestação. O juiz entendeu desnecessários outros esclarecimentos ou a nova perícia e sentenciou o feito (fls. 1611/1612, vol. 9). O AI nº 295.196-5/0-00, 8ª Câmara de Direito Público, 9-4-2003, Rel. Toledo Silva (fls. 1521/1524, vol. 8) não cuidou da necessidade da diligência, mas apenas da responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais; não ajuda os réus.

A decisão está correta. Outro juiz assumiu a presidência dos autos e, examinando-os, entendeu que os elementos existentes eram suficientes para a compreensão dos fatos; não estava obrigado a prosseguir na perícia antes determinada. A revisão da decisão anterior tem esteio no art. 130 do CPC, sem que as partes possam alegar cerceamento de defesa; estavam contentes com os trabalhos realizados, não se opuseram em ocasião anterior ao encer-

ramento da instrução e o novo exame dos autos pelo Tribunal confirma a desnecessidade da diligência. A alegação fica rejeitada.

8. Coisa julgada. A ELETROPAULO alega que decisão transitada em julgado no Proc. nº 1.025/86 da 5ª Vara da Fazenda Pública afastou sua responsabilidade pelos danos decorrentes dos mesmos fatos ora discutidos; mas coisa em julgado não há. Como exposto no acórdão, a ação foi proposta em 1986 e visava à paralisação definitiva do bombeamento das águas do Rio Pinheiros para a Represa Billings e à recomposição do dano ambiental; não pedia indenização nem cuidava da situação específica a que se referem estes autos (a possível ilegalidade da ordem de bombeamento em 30-6-1993). A decisão não afastou sua responsabilidade pela poluição; decidiu, tão somente, que a complexa situação existente não conduzia à proibição que o autor pediu, nem à condenação a uma recomposição ambiental que dependia, na ocasião, de medidas prévias de despoluição a cargo do Estado. A alegação fica rejeitada.

9. Mérito. A represa Billings foi formada para acumulação de água visando à produção de energia elétrica na Usina Henry Borden, construída em Cubatão, ao pé da serra; é mantida pela água trazida por afluentes e pelo bombeamento das águas do Rio Pinheiros, mediante a reversão de seu curso através das usinas elevatórias da Traição e de Pedreira. Compõe o sistema hidráulico do Alto Tietê, passando com o correr dos anos a servir para contrabalanço das enchentes nos rios Tietê e Pinheiros e, mais recentemente, como reserva de água para uso da população metropolitana de São Paulo (LE nº 898 de 1-12-1975 e LE nº 1.172/76 de 17-11-1976, que declarou as águas abrangidas pela LE nº 898/75 como de uso prioritariamente voltado ao abastecimento de água, fls. 550, vol. 4).

O crescimento desordenado trouxe o despejo de esgotos e águas servidas aos rios Tietê e Pinheiros e, como decorrência, a transferência deles para a represa, por ocasião do bombeamento; a preocupação com a poluição levou ao isolamento da represa das águas de Guarapiranga, que passou a responder pelo abastecimento enquanto a Billings permanecia como geradora de energia, e à intensa movimentação da sociedade civil. A preocupação ambiental levou à inclusão, no art. 46 do ADCT da Constituição do Estado, da determinação de em três anos a Administração adotasse medidas eficazes para evitar o bombeamento de esgotos, dejetos e outros poluentes na represa.

10. A disposição constitucional, pela redação e pelo teor, não proibiu o bombeamento das águas do Rio Pinheiros; determinou que se adotassem medidas eficazes para cessar a poluição das águas bombeadas, sem fixar o prazo para que a despoluição tivesse efeito. Essa é a leitura possível; até porque, ainda que houvesse vontade politica e dinheiro suficiente, o prazo concedido (três anos) é de todo inadequado para que as águas da extensa bacia retornem à limpidez original.

O problema, portanto, não é a cessação do bombeamento, mas a despoluição dos rios, como reconhecido no Proc. nº 1.025/86: a mera cessação do bombeamento não atende ao interesse público, pois ao liberar a represa da poluição impede que a administração utilize o sistema de reversão das águas dos rios Tietê e Pinheiros para a produção de energia elétrica, para amenizar a poluição no Médio Tietê ou para controlar as enchentes na região metropolitana de São Paulo. A Resolução Conjunta SMA/SES nº 3/92, segundo a mesma decisão (fls. 1696, vol. 9) "atendeu, em parte e com melhor sustentação técnica, à insurgência da autora contrária ao bombeamento indiscriminado do caldo poluído na represa", em entendimento mantido no Proc. nº 590/93 (fls. 1704, vol. 9), sem prejuízo da análise da adequação de cada bombeamento à norma. Entendeu-se que, verificadas as hipóteses previstas, a opção administra-

tiva estaria acobertada pela conveniência e oportunidade, aonde o juiz não deve adentrar.

11. A ação, no entanto, não cuida do bombeamento em geral, mas do específico bombeamento feito a partir de 30-6-1993. A Nota Técnica dessa data (fls. 25/26) alega, ante o baixo nível da represa, a possibilidade de avarias na barragem do reservatório do Rio Grande (comprometendo gravemente o abastecimento de água de 1,2 milhão de pessoas na região do ABC e causando dano à saúde pública); o comprometimento do abastecimento de água para igual número de consumidores da Baixada Santista, causando dano à saúde pública; e o comprometimento do funcionamento das indústrias que captam água na bacia do Rio Cubatão, com possível paralisação delas e os problemas econômicos e sociais decorrentes. Daí a recomendação de descarga de água pelo sistema da Usina Henry Borden até o limite médio mensal de 50 m^3/s e do bombeamento de água do Rio Pinheiro, suficiente à manutenção do nível da represa em 33% de sua capacidade.

A legalidade da determinação foi examinada no Proc. nº 540/93, da mesma 5ª Vara da Fazenda Pública, onde se concluiu que a maior descarga de água visava minorar a intrusão salina ou a queda do nível da bacia do Rio Cubatão (Resolução Conjunta, art. 2º, alínea 'e') e que o bombeamento, com a represa quase vazia, ampliava demais o dano ambiental (a poluição é mais bem absorvida quando o nível do reservatório é mais alto); deu por consumado o dano à represa no ano de 1993 (fls. 1725, vol. 9) e declarou ilegal o bombeamento, para essa finalidade, quando reduzido o reservatório. A sentença foi confirmada na AC nº 242.913-1, 8ª Câmara Civil, 20-9-1995, Rel. José Osório, com trânsito em julgado; é decisão que não se reexamina, e que teve por ilegal o bombeamento então procedido, nas condições em que foi feito.

12. Dano. A perícia comprova o que é do conhecimento de todos: o lançamento de águas poluídas causa dano ambiental no corpo receptor. Os réus não controvertem sobre esse fato; o bombeamento na represa quase vazia provocou o aumento proporcional da chamada mancha anaeróbia, causando o acúmulo de poluentes, a grave piora da precária condição do reservatório e, como manifestação mais visível, a morte de peixes retratada na inicial. O dano está comprovado e decorre da coisa em si, 'in re ipsa'.

Não se trata, porém, de dano irreversível, como entendeu o perito; a caracterização não se dá em relação ao passado, pois este é sempre irreversível, mas em relação ao futuro, à possibilidade de recuperação ou recomposição, de modo natural ou auxiliado pelo homem, do ambiente degradado. Quanto a isto, a prova dos autos é abundante; a represa tem alto poder de depuração e, cessado o bombeamento e elevado o nível do reservatório, retornou alguns meses depois aos indicadores ambientais vigentes em 30-6-1993, com a simples diminuição e depois cessação do bombeamento.

13. Indenização. Provada a ilegalidade da conduta e provado o dano, cabe ver se disso decorre a indenização pedida na inicial. O princípio básico é a responsabilidade objetiva do poluidor, também denominada de princípio do poluidor-pagador, definida no inciso VII do art. 4° e no § 1° do art. 14 da LF nº 6.938/81 de 31-8-1981, reforçado em nível maior no art. 225 § 3° da Constituição Federal: é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, efetuados por sua atividade. Há sentença transitada em julgado declarando ilegal o bombeamento de que os autos tratam; mas mesmo que a conduta tivesse sido regular, a responsabilidade objetiva poderia levar à indenização dos danos.

O princípio do poluidor-pagador, no entanto, deve ser aplicado com cuidado; assenta-se na vocação distributiva do Direito Ambiental e se inspira na teoria econômica de que os custos sociais externos que acompa-

nham o processo produtivo (v. g., os custos resultantes dos danos ambientais) precisam ser internalizados, vale dizer, que os agentes econômicos devem levá-los em conta ao elaborar os custos de produção e, conseqüentemente, assumi-los. Busca, no dizer de EDIS MILARÉ in 'Direito do Ambiente', 4ª Ed. RT, São Paulo, 2005, pág. 164, "imputar ao poluidor o custo social da poluição por ele gerada, engendrando um mecanismo de responsabilidade por dano ecológico abrangente dos efeitos da poluição não somente sobre bens e pessoas, mas sobre toda a natureza. Em termos econômicos, é a 'internalização dos custos externos'". São as 'externalidades negativas' que decorrem do processo produtivo e que, embora resultantes da produção, recaem sobre a sociedade, e não sobre o produtor privado; daí a expressão 'privatização de lucros e socialização de perdas', no dizer de CRISTIANE DERANI, citada no excerto transcrito.

14. É um conceito econômico que visa à consideração, pelo produtor privado, dos custos indiretos que a atividade traz à sociedade; para que da sua consideração ou 'internação' os custos ambientais passem a integrar o preço do produto, levando à redução ou prevenção desses custos e à redução do dano ambiental. Os doutrinadores (no mesmo sentido, embora em menos detalhe, PAULO AFFONSO LEME MACHADO, 'Direito Ambiental Brasileiro', 14ª Ed. Malheiros, São Paulo, 2006, pág. 59/61), portanto, aplicam o princípio na presença de dois requisitos: em caso de produção privada e de externalidades que decorram dessa produção.

Tais requisitos não inviabilizam, mas dificultam a aplicação do princípio ao caso dos autos. Não há produção privada, mas a produção de uma utilidade pública (geração de energia e controle da intrusão salina) por empresa à época diretamente ligada ao Estado, de modo que o custo é automaticamente distribuído pela sociedade; e a poluição – a externalidade – não é decorrente da produção, mas antecedente a ela e ligada a causas de todo independentes do processo produtivo. O princípio pede que o poluidor pague pela poluição

que sua atividade causou; mas não pela poluição que, mesmo indiretamente ligada à atividade, não tem origem nela.

O princípio não objetiva (EDIS MILARÉ, obra e página citada) tolerar a poluição mediante um preço, nem se limita apenas a compensar os danos causados, mas sim, precisamente, evitar o dano ao ambiente; de modo que a consideração dos custos externos levará o produtor, para diminuir o custo, a minorá-los ou eliminá-los. Para isso, é preciso que, por a poluição decorrer da atividade, possa ser minorada por medidas introduzidas na atividade.

No caso dos autos, a poluição da represa decorre dos esgotos previamente lançados aos rios; como reconhecido em juízo, o problema não é o bombeamento, mas a deficiência do saneamento básico em momento antecedente. É problema que independe do bombeamento e que não pode ser alterado por mudanças nele; não há como falar, então, em aplicação desse princípio econômico nem em internação de custos que não decorrem, direta ou indiretamente, da produção (no caso, do bombeamento). O princípio poluidor-pagador não se aplica à hipótese dos autos.

15. Ainda que afastado o princípio, a indenização poderia encontrar fundamento no § 1º do art. 14 da LF nº 6.938/81, que cuida da responsabilidade objetiva do poluidor e obriga a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente. Não obriga, necessariamente, a ambos: o poluidor pode ser condenado a reparar, disposição que merece preferência por repor o ambiente no estado anterior, ou a indenizar. A indenização é sempre forma subsidiária de reparação; converte-se em indenização a obrigação cuja prestação tornou-se impossível. A reparação do dano ambiental satisfaz ao direito e dispensa o pagamento de indenização.

O dano ambiental, como dito antes, não é causado pelo bombeamento em si, mas pelo mau estado das águas bombeadas; e pode ser re-

parado com a cessação do bombeamento e ou com o saneamento das águas dos rios. Os réus fizeram ambos: logo após a propositura da ação diminuíram e depois cessaram o despejo das águas servidas na represa, permitindo que ela retornasse em poucas semanas aos níveis ambientais anteriores; e desenvolveram ao longo dos anos intenso programa de saneamento básico que reduziu em grande parte, e logo eliminará a descarga de efluentes domésticos e industriais não tratados nos rios Tietê e Pinheiros. É patente o esforço da administração em dar cumprimento ao art. 46 do ADCT da Constituição Estadual e à proibição veiculada no art. 1º da Resolução Conjunta. Não vejo, por esse lado e ante a reparação do dano, como impor aos réus o pagamento da indenização pedida.

16. Poder-se-ia dizer que a indenização não visa substituir a reparação do 'grande dano', que é a poluição das águas da represa e vem sendo reparado pelo elevado investimento em saneamento, mas à reparação do dano imediato decorrente daquele bombeamento: o avanço da mancha anaeróbica e a morte dos peixes, como emanação mais visível.

A solução, também aqui, é a mesma. Mencionei antes que a irreparabilidade ou irreversibilidade do dano não se refere ao passado, pois este não se muda, mas ao futuro; refere-se à possibilidade de aquele ambiente retornar à situação que tinha antes do evento. Por um lado, isso aconteceu: as águas retornaram à situação anterior, de modo que a reparação aconteceu pelo processo natural de depuração da represa e pela redução do bombeamento. Por outro lado, se apenas esse dano se pretende indenizar, não há como fugir às anotações do Prof. Roberto Marx Hermann, da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, que subscreveu o parecer de fls. 1282/1294, vol. 7, juntado pela SABESP: "A dinâmica populacional da fauna aquática obedece a princípios claros. Existe uma população de saturação que representa a máxima quantidade e diversidade capaz de ser suportada, levando-se em conta as características ambientais do corpo d'água e a presença de predadores. Com a alteração da qualidade ambiental esta população de saturação também é alterada (para maior ou me-

nor). Com o passar do tempo, restabelecendo-se as condições vigentes anteriores à alteração o crescimento da população volta a seguir a mesma curva exponencial assintótica. ... Do acima exposto conclui-se que o único dano ambiental realmente ocorrido foi a mortandade de peixes em partes isoladas do reservatório durante curto intervalo de tempo. Com o restabelecimento das condições ambientais anteriores ao bombeamento a fauna aquática também regenerou-se."

Ainda que não se corrobore a afirmação de a morte dos peixes ter sido o único dano ambiental, a recuperação da qualidade ambiental anterior demonstra que não sobejou dano a indenizar.

17. Finalmente, dois outros aspectos me levam a prover os recursos das rés. Um, o perito judicial deixou claro (fls. 545/546, vol. 4) que a paralisação do sistema de reversão do Rio Pinheiros traria conseqüências ambientais graves quanto à produção de energia, controle das cheias, controle sanitário e ambiental, saúde das águas da represa, grande impacto ambiental na vida aquática na região de Porto Feliz, no reservatório de Barra Bonita e na Baixada Santista; não se trata, portanto, de uma opção entre reverter ou não reverter, entre bombear ou não bombear, entre poluir a represa ou não poluir a represa, mas da manutenção de um balanço complexo e equilibrado entre as diversas partes que compõem a bacia hidrográfica do Alto Tietê. Deixou claro, também, que a ocorrência do previsto nas alíneas 'b' e 'e' do art. 2º da Resolução Conjunta justificariam a retomada do bombeamento (fls. 554/555) e que o bombeamento não pode ser paralisado, totalmente, sem prejuízo ao sistema integrado Tietê-Pinheiros-Billings-Henry Borden (fls. 559).

Outro, a condenação das rés à vultosa indenização viria enfraquecer o sistema de prevenção e controle ambiental, ao retirar das empresas que disso cuidam e da própria administração estadual vultosa quantia (o valor concedido na sentença equivale, hoje, a aproximadamente R$-520.000.000,00) que sabidamente vem sendo empregada no saneamento básico e

na despoluição dos rios Tietê e Pinheiros, entregando-o a um fundo de histórico pouco conhecido na defesa do meio ambiente.

18. Ante a conclusão a que se chega, deixo de analisar as demais alegações postas nos apelos; anoto apenas que merece maior meditação a questão relativa à responsabilidade pessoal das empresas pelo evento e aos critérios utilizados pelo perito para quantificar o dano, algo a ser feito quando a ocasião se apresentar.

O voto **é pelo desprovimento do agravo retido de fls. 456/457, vol. 3 e pelo provimento dos apelos e do reexame necessário** para julgar a ação improcedente. As partes arcarão com as despesas processuais em que incorreram e com os honorários de seus patronos, ante o teor do art. 18 da LF nº 8.347/85.

TORRES DE CARVALHO
Relator