

Superior Tribunal de Justiça

**SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 1.559 - SP
(2012/0075161-9)**

REQUERENTE : MUNICÍPIO DE ARAÇATUBA
ADVOGADO : DOUGLAS FERNANDES DE MOURA E OUTRO(S)
REQUERIDO : DESEMBARGADOR RELATOR DO AGRAVO DE INSTRUMENTO
NR 410031820128260000 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

1. Os autos dão conta de que o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, contra o Município de Araçatuba, SP, visando sustar o Procedimento Licitatório 06/2011, destinado à "outorga da concessão para exploração dos serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário" (fl. 630).

O MM. Juiz de Direito da Vara de Fazenda Pública de Araçatuba, SP, deferiu a medida liminar nos seguintes termos:

"A medida liminar inicialmente pleiteada deve ser deferida, vez que presentes os requisitos legais. A Lei 7.347/85, que trata da ação civil pública, dispõe, em seu artigo 12 que 'Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo'. A Lei 8.437/92, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público prevê, em seu artigo 2º: 'No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas'. No caso dos autos, como se vê, a matéria de fundo revela certa complexidade, cuja análise exauriente não deve, à evidência, ser realizada nessa fase processual. Neste momento, em que o processo tem início, cabível somente a apreciação, em cognição sumária, da medida liminar pleiteada e, como destacado, o pedido acautelatório deve ser deferido.

Analisando a argumentação trazida na petição inicial, e a documentação que a instrui, verifica-se que o Ministério Público apresenta vários questionamentos, com relevante fundamentação, sobre a legalidade do procedimento adotado pela Administração Pública, o que impõe o deferimento da medida liminar postulada. Relembre-se que todas as questões trazidas não de ser apreciadas, com mais propriedade, no momento processual oportuno, como mérito da demanda. De outro lado, não se vê prejuízo algum ao Município na concessão da medida liminar, já que não acena com qualquer urgência na realização do certame. Do contrário, mostra-se aconselhável que o

Superior Tribunal de Justiça

procedimento licitatório não tenha prosseguimento sem que os questionamentos acerca de sua legalidade sejam extirpados. Presentes, assim, na *summaria cognitio* própria desta decisão, os requisitos necessários à concessão da medida liminar.

.....

Assim, presentes os requisitos legais, defiro a medida liminar inicialmente pleiteada (fl. 37, itens 'b' e 'c')" (fl. 1.035/1.036).

Seguiu-se agravo de instrumento (fl. 1.038/1.059), processado sem efeito suspensivo (fl. 1.061/1.062).

2. Daí o presente pedido de suspensão, articulado pelo Município de Araçatuba, destacando-se nas respectivas razões os seguintes trechos:

"Todas as alegações formuladas pelo Ministério Público em sua inicial e acolhidas como verossímeis pelo Juízo de origem foram objeto de impugnação perante o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, contudo foram em larga medida repelidas, remanescendo apenas a crítica aos índices contábeis escolhidos pelo Edital.

Quanto a esse único tema objeto de crítica, o Requerente se propôs a republicar o edital em causa, feita a retificação dos valores de índices contábeis, e reabrir o certame com renovação do prazo para oferta de propostas (cf. Lei nº 8.666/93, art. 21, § 4º). Contudo, o pleito foi indeferido sem agregação de nenhum fundamento senão a conveniência do Juízo em aditar para 'exauriente cognição' (até mesmo as questões meramente de direito) a apreciação do pedido de revogação da liminar.

Em face dessas decisões, foi interposto o Agravo de Instrumento nº 0041003.18.2012.8.26.0000, que, ao negar o pedido de efeito suspensivo, manteve a decisão exarada pela Vara da Fazenda Pública da Comarca de Araçatuba na Ação Civil Pública nº 032.01.2012.001773-6.

.....

A decisão ora combatida, ao assim proceder, encampou a decisão de Primeiro Grau, razão pela qual é passível de impugnação perante esta Corte, sendo que, adiante, expendem-se as razões que flagram o risco de graves prejuízos aos bens jurídicos tutelados mediante a presente via processual.

A presente medida busca a suspensão da r. Decisão liminar, porque a mesma provoca grave abalo à ordem administrativa (assim entendida como regular e eficaz operação

Superior Tribunal de Justiça

de serviço público essencial), à saúde pública e mesmo ao meio ambiente - tudo conforme adiante demonstrado mediante Nota Técnica, Declarações formais e notícias de jornal.

.....

Além das razões de mérito em favor da continuidade do certame em causa, há ainda a considerar que alguns questionamentos formulados pela inicial da ação civil pública careciam de prova pericial para que se pudesse afastar os fundamentos técnicos das escolhas editalícias oficiais - p. ex., a razoabilidade das exigências de habilitação técnica -, o que, por si só, já descaracteriza a verossimilhança da argumentação vestibular e, por conseguinte, implicava a negativa da antecipação da tutela.

.....

A autarquia de águas e esgotos de Araçatuba encarregou-se da produção de estudos técnicos que subsidiaram o Plano Municipal de Saneamento para Água e Esgoto de Araçatuba - PMAE.

Nesse trabalho, destaca-se o estudo técnico elaborado pela empresa Estática Engenharia, que fez acurado mapeamento da situação atual da infraestrutura, dedica aos serviços de água e esgoto, identificando várias insuficiências, situações de stress da rede e baixa performance operacional.

Dada a extensão do aludido estudo, o Departamento de Água e Esgotos de Araçatuba elaborou Nota Técnica, mediante a qual sumaria constatações técnicas daquele estudo e identifica riscos à saúde pública e ao meio ambiente em nível de relevância de gravidade suficiente para configuração das hipóteses de deferimento da suspensão de liminar, sempre a bem do interesse público.

.....

A reforçar a necessidade imediata de se ultimar a licitação que foi suspensa pela decisão liminar ora combatida, põe-se necessário delinear as obrigações tomadas pelo DAEA (Departamento de Águas e Esgoto de Araçatuba) junto à Cetesb mediante TAC firmado entre ambas, do qual se destaca o objeto:

'Constitui objeto do presente Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental o estabelecimento das condicionantes ambientais a serem fiel e integralmente cumpridas pelo DAEA, na forma e prazos definidos na Cláusula Segunda deste, visando à concessão de prazo para a correção das irregularidades ambientais constatadas pela Cetesb, qual

Superior Tribunal de Justiça

seja, o lançamento de efluentes líquidos em corpo d'água receptor, com tratamento deficiente, por meio de regularização e ampliação do Sistema de tratamento e Disposição dos Elementos Líquidos'

Nesse sentido, este colendo Superior Tribunal de Justiça já deferiu liminar para determinar a continuidade de procedimento licitatório tendente a obter meios de preservação do meio ambiente (AgRg na SLS 1.302, PE, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 15.12.2010, DJe de 11.03.2011).

Diante desse quadro, mostra-se inviável (causando grave ameaça à ordem pública) aguardar-se o exame de mérito da ação principal, consoante pretendeu a decisão hostilizada para só então dar andamento ao processo licitatório.

Está estampada a situação de grave risco de dano à saúde pública e ao meio ambiente acaso se demore com a implementação da concessão - única forma encontrada para viabilizar-se o financiamento de todos os investimentos previstos e necessários pelo Plano Municipal de Saneamento para Águas e Esgotos.

A decisão sob crítica também provoca grave transtorno à regular atuação da Administração Pública, na medida em que turba e procrastina grandes investimentos na melhoria e ampliação de serviço público essencial (fornecimento de água tratada e esgotamento sanitário) e, outrossim, ingresso de receita para o erário municipal.

.....

De fato, consoante prevê o instrumento convocatório (item 3.24, entre outros), a Prefeitura de Araçatuba estima receber, com a concessão, receita advinda de ônus de outorga que alcançará mínimo de R\$ 113.250.000,00 (cento e treze milhões, duzentos e cinquenta mil reais).

Esse valor mínimo está plenamente garantido, diante do fato de que, quando suspenso o certame em referência, haviam já 7 licitantes ofertado caução de proposta para participar do certame, revelando sério e firme compromisso de participar do certame e, portanto, fazer proposta comercial considerando, no mínimo, o piso de valor de outorga estabelecido pelo instrumento convocatório em referência.

Essa situação, a propósito, revela que os 'complexos' fundamentos da exordial, naquilo que pertine à suposta mitigação da competitividade do certame, além do juízo técnico contrário por parte do Tribunal de Contas do Estado, também

Superior Tribunal de Justiça

são afastados por esse interesse amplo no certame, não a partir dos juízos abstratos por parte do parquet, mas pelos próprios potenciais licitantes.

A frustração ou o indefinido adiamento dessa legítima expectativa de receita (espraiada no tempo, é verdade, mas com relevante ingresso anual) desorganiza o planejamento e execução orçamentária da Prefeitura Municipal de Araçatuba, pois: a) essa receita é esperada para fazer frente ao aumento de custos de pessoal com a transformação da antiga autarquia prestadora do serviço DAEEA em agência reguladora e absorção de seu pessoal, em quadro de extinção, pela Prefeitura; b) parte dessa receita também será empregada em outras demandas de infraestrutura pública prementes no âmbito da municipalidade.

Com o adiamento por prazo indefinido da realização da licitação e formalização da concessão, a decisão combatida também adia em mesma medida investimentos em infraestrutura de saneamento urgentes para a demanda da municipalidade.

.....

Essa situação de indefinido adiamento de investimentos necessários e ingresso de receita premente demanda a intervenção desta e. Presidência, tanto mais quando notada a ausência de qualquer fundamento de mérito de relevo por parte da r. Decisão sob crítica.

Para além disso, a continuidade do certame se impõe também em virtude de condições peculiares que atingem direta e sobremaneira o serviço de saneamento do Município de Araçatuba e sua Administração.

Isso porque, pesa contra a autarquia municipal que é hoje encarregada pela execução dos serviços de saneamento, o Departamento de Água e Esgotos de Araçatuba - DAEEA, decisão do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo que julgou inconstitucionais dispositivos de leis municipais que tratam do preenchimento dos cargos de (i) 13 chefes de divisão, (ii) 01 procurador jurídico e (iii) 43 chefes de serviço da autarquia e que foram providos mediante livre nomeação.

A egrégia Corte Especial do TJSP ao assim proceder concedeu ao Município o prazo de seis meses para a sua regularização, de modo que o Município deverá, quando esgotado este prazo, exonerar os servidores ocupantes de tais cargos.

Isso implicará, a toda evidência, sensível mudança na capacidade de produção da autarquia e, conseqüentemente, em impacto na satisfatória execução dos serviços públicos de que

Superior Tribunal de Justiça

ela é encarregada (que já está em situação periclitante).

Também com vistas a dar cumprimento à decisão do e. TJSP, a municipalidade, evitando aumentar gasto de folha de pessoal fixo com promulgação de lei criando novas vagas de emprego público no DAEA, também entendeu na concessão uma solução para melhorar o serviço e manter em termos adstritos aos limites prudenciais da Lei de Responsabilidade Fiscal (54% da receita líquida) a despesa com pessoal.

Com a sensibilidade do e. Órgão Especial do TJSP concedendo a modulação da eficácia da decisão da referida Adin, chegar-se-ia a uma solução sincronizada com a entrada em operação da concessão ora sob certame suspenso.

A r. Decisão combatida, porém, tumultua esse cronograma e, por mais essa razão, provoca grave risco de impacto deletério na prestação do serviço público essencial em causa.

Ajunte-se ainda que, estando para entrar em eficácia a r. Decisão da Adin em referência, diante do cronograma eleitoral, cuja concernente legislação interdita contratações de pessoa, o quadro mais se agrava.

Por conseguinte, reforça-se o grave risco de abalo à prestação de serviço essencial à saúde e meio ambiente e à Administração.

.....

No mérito, a r. Decisão em referência não indicou nenhum argumento específico e nem dedicou mínima fundamentação acerca deste. Ademais, mesmo que pudesse entender presente uma adesão genérica aos argumentos da vestibular, estes são flagrantemente infundados: ora afrontam disposições legais explícitas, ora não se fazem acompanhar de nenhum elemento probatório que desminta as definições técnicas presentes no instrumento convocatório hostilizado pela inicial da ação em referência.

A alegação de risco de aumento de tarifa pela exigência de pagamento de valores pela outorga da concessão, o que a exordial em causa considera ilegal, não se sustenta: i) revela ausência de leitura ou compreensão do texto do edital, cujo Anexo III explicitamente determina que a tarifa a ser observada na futura concessão será a atualmente praticada pelo DAEA com desconto de 2%; ii) afronta explícita previsão legal da exigência de valor de outorga presente na Lei nº 8.987/95, art. 15, II, entre outros.

Não fosse isso, há estampada e inequívoca violação ao

Superior Tribunal de Justiça

princípio da separação de poderes, haja vista que havendo expressa previsão legal da exigência e sendo dado do Poder Executivo (neste caso, amparado pela aprovação do modelo de concessão por Lei Municipal, com o concurso do Poder Legislativo, portanto), não cabe sequer cogitar-se da hipótese do Ministério Público arvorar-se na condição de árbitro dessa questão defendendo posição diversa.

Some-se a isso, ainda, o fato de que há profundo equívoco - que não deixa de revelar nova tentativa de invadir seara de competência discricionária da Administração - na ideia de que a modicidade tarifária seria o único vetor a ser perseguido, ignorando que a concessão exigirá organização de estrutura de fiscalização e regulação dos serviços pelo Município. Assim, a pretensão de reduzir a tarifa à custa da retirada da contraprestação implicará oneração dos cofres municipais com a manutenção dessa estrutura, onerando todos os contribuintes ou reduzindo a capacidade do Município de investir ou custear outras áreas de sua atuação.

.....

Além da questão sobre suficiência ou não das informações técnicas do edital envolver necessidade de dilação probatória sob ônus do autor da vestibular (que não apresentou nenhum elemento técnico que negue validade às definições técnicas do edital), há extensa informação técnica sobre a natureza, rol, e especificações técnicas das obras e investimentos a serem executados ao longo da concessão, conforme defluido do estudo técnico que secunda o Plano Municipal de Saneamento. Além disso, em se cuidando de uma concessão na área de saneamento, estão ofertadas no instrumento convocatório todas as informações e dados previstos na Lei nº 11.445/07, art. 19, I a V" (fl. 01/30).

3. No âmbito do instituto da suspensão, tal como previsto na Lei nº 8.437, de 1992, o Presidente do Tribunal emite juízo político acerca dos efeitos da decisão judicial, tendo presentes os eventuais danos aos valores protegidos pelo art. 4º (ordem, saúde, economia e segurança públicas).

O reconhecimento de lesão grave a esses valores exige um juízo mínimo acerca da decisão judicial, porque sem a potencialidade do dano que resultará da reforma do decisum não é possível impedir a atuação jurisdicional. O dano só é potencial se tal juízo identificar a probabilidade da reforma do ato judicial, e, salvo melhor juízo, aqui é disso que se trata.

A decisão do MM. Juiz de Direito foi proferida sem motivação, a tanto não se assimilando a afirmação de que o Ministério Público questiona, fundamentadamente, a legalidade

Superior Tribunal de Justiça


do procedimento licitatório. Exige-se mais do que isso para contrariar a presunção de legitimidade do ato administrativo, especialmente quando este visa aperfeiçoar o serviço público de fornecimento de água e de tratamento de esgotos.

Defiro, por isso, o pedido para suspender os efeitos da decisão proferida nos Ações Civis Públicas nº 032.01.2012.001773-6.

Comunique-se, com urgência.

Intimem-se.

Brasília, 17 de abril de 2012.



MINISTRO ARI PARGENDLER
Presidente