



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
43ª Promotoria de Justiça de Campo Grande

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA __ VARA DE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DA COMARCA DE CAMPO GRANDE - MS.

Decifra-me ou devoro-te!

“Decifra-me ou devoro-te! O enigma da Esfinge. A Esfinge foi um importante tema mitológico nas antigas civilizações do Egito e da Mesopotâmia. Possuía cabeça de mulher, corpo de leão e asas de águia. Conta uma lenda grega que essa figura monstruosa, enviada por Hades ou Hera, invadiu Tebas destruindo os campos e afugentando os moradores. A criatura propôs a se retirar do local se alguém conseguisse decifrar o seu enigma, porém aquele que não o decifrasse seria devorado – decifra-me ou devoro-te! Seu Enigma era: ‘Que animal caminha com quatro pés pela manhã, dois ao meio-dia e três à tarde e é mais fraco quando tem mais pernas?’ Édipo, filho do rei de Tebas e assassino inconsciente de seu próprio pai, solucionou o mistério, respondendo: ‘o homem, pois ele engatinha quando pequeno, anda com as duas pernas quando é adulto e usa bengala na velhice.’ Ao ver seu enigma solucionado a Esfinge suicidou-se, lançando-se num abismo, e Édipo, como prêmio, recebeu o Reino de Tebas e a mão da rainha enviuvada, sua própria mãe.”¹

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, por seu Promotor de Justiça do Consumidor, com fundamento no art. 129, III, da Constituição Federal, na Lei 7.347/85 e, ainda, no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), vem perante esse r. Juízo, com base em fatos apurados através de Inquéritos Cíveis, cujas peças principais seguem inclusas², propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA em face de

¹ Disponível em: <http://uol.com.br>. Acesso em 1º de julho de 2015. O enigma da esfinge serve de metáfora para a presente Ação Coletiva de Consumo. Ou o Poder Judiciário decifra e resolve de vez a questão posta para julgamento, ou então a “*esfinge jurídica*” devorará os jurisdicionados até o ano de 2060!

² Com o fim de facilitar os trabalhos, mormente o de consulta a documentos, junta-se integralmente o Inquérito Civil n. 024/2014 (Ref. ao Condomínio Edifício Windsor), que espelha o existente nos outros que versaram sobre o não pagamento de tarifa de esgotamento sanitário, e apenas as decisões judiciais constantes dos demais procedimentos de investigação que tramitaram pela 43ª Promotoria de Justiça de Campo Grande quanto aos demais requeridos.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
43ª Promotoria de Justiça de Campo Grande

1. **CONDOMÍNIO EDIFÍCIO WINDSOR**, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ/MF sob o n. 33.753.906/0001-36, situado na rua Eduardo Santos Pereira, n. 1.366, centro, Campo Grande/MS, representado pela síndica Edir Souza Coelho;
2. **CONDOMÍNIO EDIFÍCIO FIRENZE**, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ/MF sob o n. 00.911.827/001-57, situado na rua Eduardo Santos Pereira, n. 666, bairro São Francisco, Campo Grande/MS, representado pelo síndico Dalvino Tenório Cavalcante;
3. **CONDOMÍNIO EDIFÍCIO MANCHESTER**, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ/MF sob o n. 33.753.484/0001-07, situado na rua Pernambuco, n. 994, bairro São Francisco, Campo Grande/MS, representado pela síndica Marize Lechuga de Moraes Boranga;
4. **CONDOMÍNIO EDIFÍCIO SAINT MORITZ**, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ/MF sob o n. 37.226.727/0001-00, situado na rua Marechal Rondon, n. 2.235, centro, Campo Grande/MS, representado pelo síndico Luiz Carlos de Oliveira;
5. **CONDOMÍNIO EDIFÍCIO VILLAGE**, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ/MF sob o n. 26.857.775/0001-09, situado na rua Pedro Celestino, n. 1.522, centro, Campo Grande/MS, representado pela síndica Rosângela Lima Furuse;
6. **EXCELER PLAZA HOTEL LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ/MF sob o n. 77.830.156/0001-24, situado na avenida Afonso Pena, n. 444, bairro Amambaí, Campo Grande/MS, representado pela sócia proprietária Lígia Maria Pontes Araújo;



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
43ª Promotoria de Justiça de Campo Grande

7. **JANDAIA HOTEL LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ/MF sob o n. 03.795.390/0001-21, situado na rua Barão do Rio Branco, n. 1271, centro, Campo Grande/MS, representado pelo sócio Pedro Vieira e Goes;

8. **HUBER COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ/MF sob o n. 37.555.349/0001-76, situado na rua Barão do Rio Branco, n. 1.967, centro, Campo Grande/MS, representado pela procuradora Silmara Denise Barwinski;

9. **COMERCIAL PEREIRA DE ALIMENTOS LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ/MF sob o n. 33.084.526/0003-18, situado na rua Treze de Maio, n. 4.587, bairro São Francisco, Campo Grande/MS, representado pela procuradora Silmara Denise Barwinski;

10. **JOSÉ COSMOS RODRIGUES**, brasileiro, casado, aposentado, inscrito no CPF/MF sob o n. 006.015.941-34 e portador da Cédula de Identidade de n.º 002.444 SSP/MS, residente e domiciliado na rua Itaguassu, n. 480, bairro Guanandi, Campo Grande/MS;

11. **JOSÉ ROBERTO VIEIRA DE MOURA**, brasileiro, casado, empresário, residente e domiciliado na rua Pedro Celestino, n. 479, bairro Sol Nascente, Campo Grande/MS;

12. **NEUZA VIEIRA DE MOURA**, brasileira, viúva, aposentada, residente e domiciliada na rua Padre João Crippa, n. 174, bairro Monte Castelo, Campo Grande/MS;

pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:



1. DOS FATOS

No ano de 1990, por meio da Lei n. 8.031, o Governo Federal lançou o Plano Nacional de Desestatização com o fim de promover a reforma do Estado Brasileiro, tendo o presidente Fernando Henrique Cardoso, eleito com discurso neoliberal e com agenda voltada exatamente para a diminuição do tamanho do Estado, efetivado a retração da intervenção direta na economia e a transferência da prestação de serviços públicos para setores privados com maior capacidade de investimentos. As concessões de serviços públicos passaram a ocorrer Brasil afora e foram significativas. No Estado de Mato Grosso do Sul e nesta cidade de Campo Grande não foi diferente.

Após o serviço de saneamento básico (abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto) ter deixado de ser atribuição da Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul – SANESUL, isso em razão do término da concessão, em 1998 a Companhia de Saneamento de Campo Grande – Águas de Campo Grande o assumiu e o explorou até o ano de 2000, quando foi concedido à empresa Águas Guariroba S.A. pelo prazo inicial de 30 (trinta) anos, conforme contrato de concessão n. 104/2000³.

No decorrer de todas essas mudanças e novidades, os requeridos pleitearam ao Poder Judiciário tutela específica para se verem isentos do pagamento pelo serviço de coleta e tratamento de esgoto sanitário. Ante o entendimento jurisdicional de que a remuneração do serviço deveria se dar via taxa (tributo) e não tarifa (preço público), o que sabidamente reclama lei específica e atendimento das normas tributárias, ***os requeridos foram dispensados do pagamento pela coleta e tratamento de esgoto sanitário que geram diariamente***, onerando dessa forma os demais usuários-consumidores, como mais adiante será demonstrado.

³ O contrato de concessão n. 104/2000 foi prorrogado, adianta-se logo este ponto, até o ano de 2060. Isso será objeto de abordagem mais adiante.



Com o fim de desconstituir essa situação, iníqua e geradora de grandes problemas para a coletividade, é que a presente ação se volta, esperando-se que ao final haja provimento jurisdicional em definitivo determinando aos requeridos a retomada do pagamento da tarifa de esgoto, como fazem os cerca de 220.000 (duzentos e vinte mil) usuários-consumidores que nesta cidade de Campo Grande (MS) tem seus imóveis conectados à rede pública de esgoto e que contrataram os serviços da concessionária Águas Guariroba S.A.

2. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1 Escorço histórico. Necessário e importante escorço histórico para a boa compreensão da questão de fundo

Com o desiderato único de contextualizar a questão posta à deliberação judicial, tem-se como imprescindível o delineamento histórico das alterações ocorridas no Estado, na sociedade e nos serviços públicos, isso tudo até a chegada do papel regulador do Estado e, com ele, das agências de regulação.

Por várias transformações ideológicas e conceituais passaram os serviços públicos em geral. Essas transformações se deram porque transformações na forma de Estado ocorreram ao longo do tempo. À medida que forma de Estado e serviços públicos estão intimamente ligados, a alteração de um implica necessariamente na alteração d'outro.

Nessa senda, no Estado Absolutista, com o rei reunindo poderes soberanos para criar e aplicar o direito em determinado território⁴, a ideia vigente era a de que os bens e as funções sociais pertenciam ao rei e ao rei deviam voltar-se. Nessa época e sob essa forma de Estado, “*o serviço não se concebia em relação aos particulares ou usuários, mas em relação ao rei; falava-se em serviço do rei*”⁵. Não havia, então, preocupação com utilidades

⁴ A concentração de poder se dava no rei e em seus ministros. Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 42.

⁵ MEDAUAR, Odete. Serviço público. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, vol. 219, p. 102.



verdadeiramente públicas na prestação de serviços, mas sim preocupação com o atendimento das necessidades dos monarcas.

Superado o absolutismo e firmado o Estado Liberal, dominado politicamente pela burguesia, os interesses voltaram-se para essa classe, a dos burgueses. Apesar das conquistas quanto aos direitos civis e à limitação dos poderes estatais (proteção individualizada do cidadão contra a interferência estatal na esfera da sua vida privada), o direito de sufrágio era exercido apenas pelos burgueses, o que implicava em atuação do estado no atendimento dos interesses desses eleitores qualificados. Na seara econômica, a postura estatal era absenteísta o máximo possível, relegando à iniciativa privada, por questões ideológicas, o trato dessa questão. Ainda assim, algumas atividades não ingressaram por completo no âmbito da liberdade econômica para continuarem sob a titularidade estatal, que através da concessão de serviço público conseguiu contornar a questão ideológica oitocentista⁶. Por ela, concessão de serviço público, o estado continuava titular do serviço, mas a sua prestação se dava por empresas privadas. O fato é, no entanto, que sob a forma do Estado Liberal não havia preocupação verdadeira com o atendimento das reais necessidades públicas e com a transformação da realidade social.

Somente com o Estado Democrático de Direito⁷, cunhado a partir do fim do direito de voto exclusivamente para burgueses e início do sufrágio universal, com todos se tornando eleitor independentemente da classe social e da renda, é que o aspecto social ganhou relevo. O atendimento efetivo das reais necessidades públicas e a transformação da realidade social passaram a ser fins da atividade estatal e do direito sob essa forma de Estado. Como

⁶ “A concessão de serviço público foi praticada largamente durante o séc. XIX e início do séc. XX. Verificou-se, a partir dos anos 1940, uma sensível redução em sua utilização, coincidindo com a consagração das concepções de intervenção estatal direta. Mas, nos últimos dois decênios do séc. XX, houve uma espécie de redescoberta da concessão como alternativa para o atendimento a necessidades coletivas, especialmente em face da chamada crise fiscal do Estado.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 50.

⁷ Vale o registro, para não dar a impressão de omissão ou incompletude do registro da evolução histórica das formas de Estado, de que o Estado de Bem-Estar Social (*welfare state*) representa, na verdade, “uma das manifestações do Estado Puriclasse ou Democrático de Direito”, conforme adverte Alexandre Santos de Aragão. Referido autor cita em sua obra as lições de Manoel Aragón Reyes, para quem o Estado Social “não pode ser definido como uma forma de Estado, simplesmente porque não o é: apenas se trata de uma



todas as camadas sociais passaram a participar do processo político-eleitoral, a todas as camadas sociais voltou-se o alvo estatal.

Com a Constituição da República Federativa do Brasil tendo estabelecido o Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88); tendo cravado a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos (art. 1º, inc. III); e tendo, ainda, apontado como sendo seus objetivos, dentre outros, (i) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I), (ii) a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais (art. 3º, inc. II) e (iii) a promoção do bem de todos (art. 3º, inc. IV), irrefragável que tudo isso tem necessariamente de contaminar positivamente a concepção atual de serviço público na realidade brasileira. Além disso, também os direitos e garantias fundamentais contidos na Carta Política de 1988 devem permear e interferir na concepção atual de serviço público na realidade brasileira.

Nesse passo, tem-se que à ideia mais geral, no sentido de que serviço público é aquele legalmente indicado como tal, prestado pela administração e somente com o fim de atender necessidades da coletividade, necessário se faz agregar a seguinte tarefa estatal: **transformar a realidade social** com observância dos fundamentos, objetivos, direitos e garantias *da e na* República Federativa do Brasil. Serviços públicos não se prestam simplesmente para atender necessidades da coletividade. Mais do que apenas atender necessidades, tais serviços visam, buscam, perseguem mesmo, *o real bem-estar da coletividade*, o que tem a conotação de transformação da realidade social.

2.2 Do papel regulador por parte do Estado

Com a intervenção estatal direta nas atividades econômicas e com a prestação de serviços públicos exclusivamente pelo próprio Estado tendo se mostrado ineficazes, isso aliado ao declínio e esgotamento do chamado *welfare state*, Estado de Bem-Estar Social ou

modalidade da forma de Estado Democrático de Direito.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 40.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
43ª Promotoria de Justiça de Campo Grande

Estado Provedor⁸, começaram a desestatização e a transferência dos serviços públicos para exploração da iniciativa privada. Isso se deu com o Estado exercendo a regulação de setores importantes para a sociedade colocados nas mãos de conglomerados econômicos.

O Brasil, em específico, vendeu e entregou “à iniciativa privada grande parte de suas empresas que exploravam atividades econômicas stricto sensu e delegou ainda muitos dos serviços públicos que eram prestados por sua Administração Direta ou Indireta.”⁹

Após a redemocratização do Brasil e com a promulgação da Carta Política de 1988, deu-se início, na década de 1990, à desestatização dos serviços públicos¹⁰, transferindo-os para exploração da iniciativa privada, isso normalmente por empresas com capacidade de investimentos para custeio da infraestrutura necessária à prestação dos serviços e com capacidade, ainda, de implementar as políticas públicas adotadas pelo poder concedente. O Estado passou a ter papel regulador, atuando como estrategista na relação entre os envolvidos na prestação de serviços públicos. As agências de regulação independentes, surgidas nesse novo cenário, iniciaram a tarefa de harmonizar e equalizar interesses do poder concedente, das empresas concessionárias e dos usuários-consumidores¹¹.

O que se experimenta na atualidade, sem dúvida alguma, é a atuação estatal inegavelmente regulatória, voltada para o fomento, regulamentação, fiscalização e planejamento de atividades econômicas e de prestação de serviços públicos, tendo as agências reguladoras papel fundamental nessas tarefas estatais.

⁸ Rememora-se que o chamado *welfare state*, Estado de Bem-Estar Social ou Estado Provedor cuida-se de manifestação do que se designa por Estado Pluriclasse ou Estado Democrático de Direito. Vide a anterior nota de rodapé n. 4 desta peça.

⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 68.

¹⁰ A reforma do Estado Brasileiro tem como marco inicial o Plano Nacional de Desestatização, instituído pela Lei n. 8.031/90.

¹¹ “Identificamos no interior do processo decisório das agências ao menos três tipos de interesses em jogo: o interesse do próprio Estado, o interesse das empresas concessionárias e o interesse dos usuários.” MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coordenador). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 131.



2.3 Escorço histórico da concessão do serviço de saneamento básico nesta cidade de Campo Grande (MS)

Criada no ano 1979 como decorrência natural do então novel Estado de Mato Grosso do Sul, a Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul – SANESUL explorou por longo tempo o serviço de saneamento básico em Campo Grande (MS). Por meio da Lei Municipal n. 3.205, de 3 de novembro de 1995, o Poder Executivo Municipal foi autorizado a prorrogar por 40 (quarenta) meses, a partir de 26 de agosto de 1995, a concessão dos serviços de abastecimento de água tratada e de coleta e tratamento de esgoto então aos cuidados da SANESUL. Essa foi a última prorrogação do contrato de concessão e marcou o período final em que o serviço de saneamento básico ficou aos cuidados da SANESUL.

No ano de 1998, por meio da Lei Municipal n. 3.571/98, o Poder Executivo Municipal foi autorizado a constituir a Companhia de Saneamento de Campo Grande – Águas de Campo Grande, *sob a forma de sociedade anônima de economia mista*, para a exploração dos serviços de captação, adução, tratamento e distribuição de água e dos serviços de coleta e tratamento de esgoto sanitário.

Em 23 de novembro de 1998, foi deliberado no âmbito do poder público municipal pela constituição da sociedade anônima de economia mista Companhia de Saneamento de Campo Grande – Águas de Campo Grande, cujo estatuto social foi devidamente registrado perante a Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul – JUCEMS em 24 de novembro de 1998. Desde então, os serviços de abastecimento de água tratada e de coleta e tratamento de esgoto passaram a ser explorados pela aludida sociedade anônima de economia mista.

No entanto, as atividades da Companhia de Saneamento de Campo Grande – Águas de Campo Grande duraram pouco tempo, posto que em 18 de outubro de 2000, após



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
43ª Promotoria de Justiça de Campo Grande

o devido processo licitatório¹², o poder público municipal concedeu à empresa Águas Guariroba S.A., inicialmente por 30 (trinta) anos, a exploração dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário em toda a área territorial de Campo Grande (MS). Os serviços, então, foram transferidos à iniciativa privada.

Em razão de reequilíbrio econômico-financeiro, o contrato de concessão n. 104/2000, que inicialmente outorgou à empresa Águas Guariroba S.A. o serviço de saneamento básico por 30 (trinta) anos, acabou prorrogado por mais 30 (trinta) anos¹³. Significa, então, que mencionada empresa concessionária irá cuidar do abastecimento de água e do esgotamento sanitário desta cidade de Campo Grande até o ano de **2060**.

Os seguintes quadros sintetizam bem o que vai anotado acima:

Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul – SANESUL
--

Década de 1980 até 23.11.1998: Exploração dos Serviços de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto sanitário em Campo Grande.
--

Companhia de Saneamento de Campo Grande – Águas de Campo Grande
--

De 24.11.1998 até 17.10.2000: Exploração dos serviços de abastecimento de água tratada e coleta e tratamento de esgoto sanitário em Campo Grande.

¹² Em dezembro de 1999, o Município de Campo Grande, através do edital n. 13/1999, abriu licitação na modalidade de concorrência para a concessão, com exclusividade e pelo prazo de 30 (trinta) anos, da exploração dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário em toda a área territorial desta cidade.

¹³ A prorrogação do contrato de concessão por mais 30 (trinta) anos foi objeto de decisão por parte do poder concedente nos seguintes processos que tramitaram pela Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Campo Grande: 99073/2011-11, 91110/2011-38, 99084/2011-20, 99076/2011-00, 99069/2011-36 e 99091/2011-95.



Águas Guariroba S.A.

De 18.10.2000 até 18.10.2060: Exploração dos serviços de abastecimento de água tratada e de coleta e tratamento de esgoto sanitário em Campo Grande.

Esse o panorama dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Município de Campo Grande ao longo do tempo e da história.

2.4 Decisões judiciais em favor dos requeridos

Para se verem livres do pagamento pelo serviço de esgotamento sanitário, os requeridos exerceram seu direito de ação e o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul lhes deu ganho de causa, isentando-os do pagamento devido. Assim decidiu a instância singela quanto ao pleito do demandado Condomínio Edifício Windsor, ***decisão esta que possui o mesmo padrão das decisões referentes aos demais requeridos:***

“De tal maneira, independente da nomenclatura empregada, a natureza do denominado ‘valor de esgoto’ é tributária, tratando-se, assim, de taxa, que, entretanto, não está preenchendo as exigências constitucionais e legais a fim de embasar a sua cobrança, enfatizando-se que atividades não vinculadas a atuações estatais específicas devem receber contraprestação por meio de impostos, razão pela qual a pretensão do Impetrante merece acolhida.

*Ante o exposto, com fundamento no art. 5º, inc. LXIX, da Constituição da República, na Lei n. 1.533/51 e nos demais dispositivos legais citados, **CONCEDO A SEGURANÇA** reclamada por **CONDOMÍNIO EDIFÍCIO WINDSOR** contra o **DIRETOR-PRESIDENTE DA COMPANHIA DE SANEAMENTO ÁGUAS GUARIROBA S/A**, para o fim de declarar a inexigibilidade do ‘valor de esgoto’, lançado contra o Impetrante, nos termos da decisão liminar anteriormente concedida.” (f. 169)¹⁴.*

¹⁴ A numeração refere-se ao Inquérito Civil n. 24/2014 (Condomínio Edifício Windsor), sendo que todos os documentos existentes em tal procedimento encontram-se também acostados nos demais procedimentos alusivos aos outros demandados. Doravante, toda numeração referida será a do IC n. 24/2014.



No Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul houve confirmação do entendimento encerrado na decisão acima, tendo assim sido ementado na instância superior:

“APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – TAXA DE ESGOTO INSTITUÍDA POR PORTARIA – IMPOSTO – ILEGALIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

No sistema tributário brasileiro, toda contraprestação de um serviço público prestado ou posto à disposição do contribuinte será taxa. Esta pertence ao gênero tributo e, em consequência, sujeita-se ao regime jurídico tributário.” (f. 253).

Em razão de decisões com a inteligência acima, os requeridos deixaram de pagar pela coleta e tratamento de esgoto sanitário que geram diariamente.

2.5 Da controversa natureza jurídica (taxa ou tarifa) do valor devido pelo serviço de coleta e tratamento de esgoto sanitário à época das ações deduzidas pelos requeridos

Como destacado nos tópicos acima, sobretudo no subitem 2.2, na década de 1990 teve início a desestatização dos serviços públicos, com o Estado os transferindo para exploração da iniciativa privada, normalmente para empresas com capacidade de investimentos para custeio da infraestrutura necessária à prestação dos serviços e com capacidade, ainda, de implementar as políticas públicas adotadas pelo poder concedente.

Para todas as autoridades constituídas era um cenário novo, insólito e repleto de dúvidas e incertezas de toda ordem. A seara jurídica não se isentou desse então “*estado da arte*” repleto de interrogações. Com efeito, discutia-se tanto na doutrina quanto nas lides judiciais se o serviço de esgotamento sanitário deveria ser remunerado via taxa (tributo) ou tarifa (preço público).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
43ª Promotoria de Justiça de Campo Grande

Nesse momento de indefinição jurídica, os requeridos e mais outros tantos usuários-consumidores¹⁵ foram contemplados, nos idos de 2001 até aproximadamente 2005, com decisões judiciais que esposaram a tese de ser taxa (tributo) o modo correto de remuneração pela prestação do serviço de esgotamento sanitário. Depois de cerca de quarenta usuários-consumidores terem tido ganho de causa e se verem livres do pagamento pelo coleta e tratamento do esgoto sanitário que geravam e ainda geram diariamente, no final do ano de 2002 o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, acertadamente, começou a firmar e consolidar posição de ser tarifa (preço público) o modo correto de remuneração pela prestação do serviço de esgotamento sanitário, passando então a indeferir os pleitos similares aos dos ora requeridos que naquela instância superior chegavam.

Por ser primorosa, vale aqui transcrever a seguinte passagem do voto proferido pelo Des. Oswaldo Rodrigues de Melo no julgamento da Apelação Cível n. 2001.003758-3/0000-00, tirada do Mandado de Segurança impetrado pelo Condomínio Edifício Jamaica, *verbis*:

“A matéria ora em exame não é nova e já tive oportunidade de enfrentá-la no Reexame de Sentença n. 2001.001661-6 - Campo Grande, em que a ora apelante figurou como impetrada. A questão foi resolvida em decisão singular, a teor do art. 557 do CPC, por meio da qual manteve a sentença submetida ao crivo desta Corte, donde extraio o seguinte excerto:

‘Tenho que a sentença não merece reforma, porquanto a cobrança de tarifa de esgoto, instituída pelo Executivo Municipal através das referidas portarias ns. 094/98 e 144/99 e Decreto Estadual n. 5053, de 07.06.99, guarda a eiva de ilegalidade e inconstitucionalidade já que embora seja denominada de ‘tarifa’, o certo é que se trata de matéria tributária, na modalidade ‘taxa’, que deve ser instituída em observância aos princípios norteadores do sistema jurídico tributário, em especial, o da legalidade previsto no art. 150, I, da Carta Magna e 77, do CTN’.

Percebe-se, então, que naquela ocasião aderi ao entendimento do MM. Juiz sentenciante, no sentido de qualificar como ‘taxa’ a contraprestação pelos serviços de esgoto em foco, de natureza tributária, portanto, e submetida a esse regime jurídico. Isto porque, mesmo não ocorrendo unanimidade a respeito do tema, não se pode negar que essa tese se viabiliza por seus próprios e jurídicos fundamentos, sendo encampada por parte considerável da doutrina e da jurisprudência.

¹⁵ Esses outros tantos usuários-consumidores referidos, apesar de decisão judicial em seu favor, espontaneamente voltaram a pagar tarifa de esgotamento sanitário, firmando contrato de serviços ou termo de acordo com a concessionária Águas Guariroba S.A.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
43ª Promotoria de Justiça de Campo Grande

Contudo, em profunda reflexão acerca do tema, convenci-me de que esta não é a melhor solução para por cobro à questão, em especial pelos efeitos que uma decisão desse jaez traria para a prestação desses serviços, posto ter vislumbrado sua inviabilidade a prevalecer tal entendimento, inclusive com a solução de continuidade dos serviços, quando, então, os grandes prejudicados seriam os próprios usuários.

(...)

Com estas considerações, dou provimento aos recursos para, reformando a sentença invecivada, negar a segurança.”

O voto do Des. Oswaldo Rodrigues de Melo teve a adesão dos demais julgadores e assim foi ementado para o Acórdão:

“E M E N T A – REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO VOLUNTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO – TERCEIRIZAÇÃO – CONTRAPRESTAÇÃO – NATUREZA – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA – REGIME TRIBUTÁRIO – INAPLICABILIDADE – EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO – GARANTIA CONSTITUCIONAL.

O regime tributário é incompatível com o regime jurídico da remuneração do concessionário de serviços públicos, a quem deve ser garantido o princípio consagrado na Constituição que assegura o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos desse jaez firmados com o Poder Público.

Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, a cobrança pelos serviços de água e esgoto não se submetem ao princípio da legalidade estrita, segundo o qual é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem que o estabeleça.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, dar provimento aos recursos, na forma do voto do relator. Votação unânime e contra o parecer.

Giro Copérnico que acabou se consolidando no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul! Portas fechadas para a “*farra do boi*” de usar serviço público e por ele nada pagar! Antes disso, porém, os requeridos e mais alguns poucos usuários-consumidores foram beneficiados pelo entendimento anterior, o que prejudicou e ainda prejudica a coletividade dos usuários-consumidores.



Para além do âmbito estadual, no Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 1.492.573 – RS)¹⁶ e no Supremo Tribunal Federal (AI 753964, RE 447.536-ED e AI 598.103-0)¹⁷ também foi pacificado o entendimento de que serviços de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto são remunerados via tarifa e não por meio de taxa.

E tudo isso não poderia ser diferente, visto que a legislação, desde 1995, prevê expressamente tarifa pública como forma de remuneração do serviço de coleta e tratamento de esgoto (art. 9º da Lei Federal n. 8.987/95; art. 45 da Lei Federal n. 11.445/07; arts. 122, § 2º, e 123, inc. III, da Lei Orgânica Municipal e art. 2º, inc. XVIII, do Decreto Municipal n. 12.071/2012).

A controvérsia da natureza jurídica (taxa ou tarifa) acerca do valor devido pelo serviço de coleta e tratamento de esgoto sanitário no início das concessões acabou por beneficiar os requeridos e outros poucos usuários-consumidores, prejudicando ao mesmo tempo o restante da coletividade, como adiante se demonstrará.

2.6 Dos reequilíbrios econômico-financeiros do contrato de concessão como decorrência das decisões judiciais em favor dos requeridos e também de outros poucos usuários-consumidores

É pacífico no meio jurídico que a consagração das condições econômicas do contrato de concessão vincula o poder concedente. Uma vez celebrado de acordo com as condições previstas no edital de licitação, o contrato de concessão não pode mais ser alterado,

¹⁶ “A posição do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é no sentido de haver, relativamente ao fornecimento de água e tratamento de esgoto, o envolvimento de tarifa e não de taxa.” (REsp n. 1.492.573 – RS – Rel. Min. Humberto Martins)

¹⁷ “ÁGUA E ESGOTO – TARIFA VERSUS TAXA. A jurisprudência do Supremo é no sentido de haver, relativamente ao fornecimento de água e tratamento de esgoto, o envolvimento de tarifa e não de taxa.” (AI 753964 – Rel. Min. Marco Aurélio). “A jurisprudência do Supremo é no sentido de que não se trata de tributo, mas de preço público, a cobrança a título de água e esgoto. Precedentes.” (RE 447.536-ED – Rel. Min. Carlos Veloso). “TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. ESGOTO SANITÁRIO: PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POR CONCESSIONÁRIA; NATUREZA JURÍDICA DE PREÇO PÚBLICO. PRECEDENTES. AGRAVO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDOS.” (AI 598.103-0 – Rel. Min. Cármen Lúcia).



sem que haja a devida compensação, no que diz com o seu fator econômico. Sempre terá de ser observado o equilíbrio econômico-financeiro. Isso decorre de todo o regramento contido na Lei n. 8.987/95 (arts. 9º, 10, 18, inc. VIII, e 18-A, inc. IV)¹⁸.

Como as decisões judiciais que isentaram os requeridos do pagamento pelo serviço de coleta e tratamento de esgoto importaram e ainda importam em diminuição de receita da concessionária Águas Guariroba S.A., esta pleiteou, e o município de Campo Grande concedeu, dois reequilíbrios econômico-financeiros do contrato de concessão n. 104/2000, assim constando em documento oficial da Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Campo Grande:

“Até a presente data foram realizados 2 reequilíbrios econômico-financeiro do contrato de concessão n. 104/2000, em razão de alguns usuários não efetuarem pagamento da tarifa de esgoto.

(...)

Na primeira oportunidade o reequilíbrio econômico-financeiro se deu na modalidade de revisão tarifária e, na segunda, por prorrogação do prazo de vigência concessão.” (f. 322-323).

Cumprir vincar que esses dois reequilíbrios econômico-financeiros do contrato de concessão n. 104/2000 – um via incremento da tarifa e outro via prorrogação do contrato de concessão – foram levados a efeito para compensar os prejuízos ***já experimentados*** pela Águas Guariroba S.A. De forma clara, a Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Campo Grande anotou o seguinte em expediente encaminhado ao Ministério Público Estadual:

¹⁸ Marçal Justen Filho pontifica: *“Como uma espécie de contrapartida, existe um núcleo contratual imutável, relacionado com a disciplina das relações econômicas entre Administração e contratado. É inalterável a relação entre encargos e vantagens previsto na proposta contrato e consagrados na contratação. Se houver elevação dos encargos impostos ao particular, deverá produzir-se correspondente elevação de sua remuneração. Denomina-se a isso de princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo”.* JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 165.



“os reequilíbrios econômico-financeiro do contrato de concessão n. 104/2000, ocorridos em razão de alguns usuários não efetuarem pagamento da tarifa de esgoto, deram-se, somente, pelas perdas de receita já ocorridas e experimentadas pela concessionária (valores pretéritos), não estando contempladas as receitas futuras ao pleito.” (f. 323).

Dito de outra forma, os reequilíbrios ocorridos compensaram as perdas da concessionária *somente até o momento em que foram deferidos*. Calculou-se o que a Águas Guariroba S.A. perdeu de receita em razão das decisões judiciais e em favor dela, no ano de 2001, procedeu-se à revisão tarifária e autorizou-se o aumento de tarifa em 0,04% (f. 363). Até 2001, perdas compensadas. Depois, calculou-se novamente o que a concessionária perdeu de receita em razão das decisões judiciais, isso de 2001 até março de 2012, e em favor dela, em abril de 2012, foi prorrogado o prazo da concessão em 2 (dois) anos e 3 (três) meses (f. 362-375). Até março de 2012, perdas compensadas.

No entanto, de março de 2012 até a presente data, novas perdas, também pelo não recebimento de tarifa de esgoto em razão de decisões judiciais em favor dos requeridos e de outros poucos usuários, foram experimentadas pela concessionária Águas Guariroba S.A., o que, teoricamente, lhe dá o direito de novo reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, tudo conforme as disposições legais referidas no primeiro parágrafo deste subitem. E isso se repetirá, caso o Poder Judiciário não decifre e resolva o “*enigma jurídico*” que ora lhe é posto, até o ano de 2060, quando termina o prazo do contrato de concessão. Por mais 45 (quarenta e cinco) anos, longos 45 (quarenta e cinco) anos, a massa de usuários-consumidores terá de penosamente suportar os custos pelo não pagamento da tarifa de esgoto por parte dos requeridos.

2.7 Do prejuízo à coletividade de usuários-consumidores

É fora de dúvida que os requeridos não cometeram ilícito algum. Em verdade, exerceram seu direito de ação, constitucionalmente assegurado (art. 5º, inc. XXXV, da



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
43ª Promotoria de Justiça de Campo Grande

CF/88). Partes bem informadas e dotadas de condições para ajustar e pagar bons advogados, pleitearam tutela jurisdicional em seu favor e acabaram bem sucedidas no aspecto individual, no que diz com seus interesses próprios. Não pagam tarifa de esgoto e ponto.

Acontece que esse não pagamento da tarifa de esgoto, por força de decisões judiciais, prejudica sobremaneira a coletividade de usuários-consumidores.

Com efeito, é iniludível que todos aqueles **não** contemplados com decisões judiciais que os isentem do pagamento da tarifa de esgoto arcam com os efeitos deletérios causados pela situação. Esses, que arcam com as consequências, são cerca de 220 mil usuários-consumidores na atualidade. Com reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão n. 104/2000 via incremento da tarifa ocorrido em 2001, diluiu-se entre milhares de usuários-consumidores as perdas experimentadas pela concessionária Águas Guariroba S.A. Esses milhares de usuários-consumidores passaram a pagar tarifa maior pela isenção de que gozam os requeridos. Simples assim!

De outro lado, em razão da situação especial dos requeridos de não pagar pela tarifa de esgotamento sanitário, apesar de desfrutarem normalmente da coleta e do tratamento de todo o esgoto sanitário que geram, os demais usuários-consumidores (cerca de 200 mil em 2012) viram o contrato de concessão n. 104/2000 prorrogado em 2 anos e 3 meses, isso em razão de reequilíbrio econômico-financeiro levado a efeito em março de 2012 por causa do fato de os demandados não pagarem tarifa de esgotamento sanitário e, assim, causarem perdas à concessionária. O contrato de concessão, que terminaria em 2030, foi estendido por mais 2 anos e 3 meses, e por outras causas mais ele vai até o ano de 2060. No entanto, é com o término do prazo do contrato de concessão que se inicia processo licitatório com fins de se outorgar nova concessão. É nessa oportunidade que a sociedade como um todo ganha, com disputas entre empresas interessadas no certame, o que faz com que haja propostas com tarifas em valores menores, muitas vezes em valores menores aos praticados pela empresa então exploradora da concessão. Devido à situação especial dos requeridos de não pagar pela tarifa de esgotamento sanitário, esse momento teve de ser postergado em 2 anos e 3 meses.



De outro lado, os demandados, formados (i) por condomínios residenciais com unidades ocupadas sabidamente por pessoas de classe média e alta, (ii) por empresas de médio ou grande porte e, ainda, (iii) por cidadãos que integram a classe social mais abastada e favorecida, se valem de todo o restante do universo de usuários-consumidores que são chamados a suportar os custos da situação especialíssima que gozam de não pagar pela coleta e tratamento de esgoto sanitário que geram diariamente nesta cidade.

Nesse universo de usuários-consumidores que são chamados a suportar os custos da situação especialíssima dos requeridos estão, além de pessoas com condições financeiras iguais ou mesmo superiores às dos requeridos, aqueles menos abastados, que sem dúvida alguma formam a esmagadora maioria e são os moradores de bairros mais distantes do centro da cidade e menos favorecidos em todos os aspectos. Estes também foram chamados, através dos dois reequilíbrios econômico-financeiros já ocorridos (em 2001 e 2012), a pagar a conta gerada pelos demandados. Dos que menos tem, mais se tirou e ainda continua a se tirar. Isso é inconcebível e viola a Constituição Federal. O doutrinador Marçal Justen Filho assim adverte:

“A concessão não pode ser uma via de obstaculização dos valores constitucionais.

(...)

Dito diretamente, a concessão não pode ser concebida como instrumento de transferência da riqueza dos extratos mais pobres da população em benefício dos outros segmentos sociais ou do próprio Estado. O princípio da capacidade contributiva tem de informar a estrutura da concessão, de modo a impedir que a delegação da prestação do serviço público seja uma forma de agravamento das diferenças sociais existentes ou de frustração das garantias constitucionalmente reconhecidas aos cidadãos usuários e não-usuários”¹⁹.

Na verdade, a situação especialíssima dos requeridos faz inverter o princípio da solidariedade, iluminado pelas seguintes razões que novamente o administrativista Marçal Justen Filho bem destaca, *verbis*:

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 72-73.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
43ª Promotoria de Justiça de Campo Grande

“A solidariedade, acarreta o dever de todos prestarem a sua colaboração em favor dos carentes de recursos. Sob um certo ângulo, a solidariedade se entranha com a isonomia. Como decorrência, todos os que disponham de recursos sobejantes deverão, na medida e proporção de sua riqueza, contribuir para promover a dignidade dos carentes. Logo, a solução para o fornecimento de utilidades aos carentes, em hipótese de serviços públicos concedidos, consiste na assunção pelo Estado da contribuição correspondente. Incumbirá ao Estado realizar a mediação entre a apropriação da riqueza dos que são titulares de capacidade contributiva e o pagamento ao concessionário da remuneração correspondente aos serviços ofertados aos destituídos de recursos. Tal poderá produzir-se diretamente, por meio da assunção por parte do Estado de subvenções, destinadas a assegurar a viabilidade econômica da prestação do serviço público aos carentes. Mas também poderá dar-se de modo indireto, por meio de tarifas proporcionadas à capacidade contributiva, de modo que os titulares de maior riqueza arquem com parcela mais substancial dos custos necessários à manutenção de um serviço de abrangência universal”²⁰ (g.n.).

Os requeridos, com as decisões judiciais que possuem em seu favor, dão causa justamente ao contrário. Com os dois reequilíbrios econômico-financeiros já ocorridos (em 2001 e 2012) para compensar as perdas pelo fato de os demandados não pagarem tarifa de esgotamento sanitário, necessariamente houve a apropriação de recursos também dos mais carentes. Seria cômico, se não fosse trágico!

De outro lado, a situação especialíssima dos requeridos faz com que inevitavelmente o poder concedente acabe por se distanciar do princípio da modicidade tarifária, da universalização do serviço e, ainda, da dignidade da pessoa humana, na exata medida em que diversos usuários-consumidores, principalmente os integrantes do estrato social mais baixo, passam a se ver sem condições de pagar para ter água tratada em suas casas, para ver seu esgoto coletado e tratado e, também, para usufruir os demais serviços prestados pela concessionária.

Isso também pode atingir os futuros usuários-consumidores, que no momento não se encontram recebendo os serviços de abastecimento de água tratada e de esgotamento

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 91.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
43ª Promotoria de Justiça de Campo Grande

sanitário por opção ou mesmo exclusão. Poderão esses potenciais usuários-consumidores²¹, diante de tarifas distantes do princípio da modicidade, se verem até impossibilitados, por incapacidade econômico-financeira, de contratar os serviços prestados pela concessionária Águas Guariroba S.A. Nesse caso o contingente populacional privado do abastecimento de água e de saneamento básico inegavelmente aumentaria, implicando em consequências para toda a comunidade, pois água tratada é, sabidamente, questão de saúde pública, cuidando-se de recurso, quando disponível e bem utilizado, que melhora sensivelmente a qualidade de vida da população de uma forma geral.

A existência digna do ser humano, com isso tudo, fica comprometida. Num cenário como o descrito nesta exordial, mera retórica, lamentavelmente, se apresenta o enunciado no art. 1º, inc. III, da Constituição Federal.

Adverte o professor Marçal Justen Filho:

“A solução da revisão de preços ou do reajuste pode conduzir a resultados reputados como indesejáveis (ou, mesmo, insuportáveis) por parte do Estado. É que essa solução redundará na elevação das tarifas, o que significará oneração dos usuários. Há situações em que o valor das tarifas atingiu os limites máximos de absorção pelos usuários. A elevação acarretará efeitos insuportáveis, inclusive gerando potencial insucesso da concessão. É que, ultrapassado certo limite, a decorrência será a redução do consumo das utilidades por parte dos usuários. Logo, o efeito prático da elevação das tarifas poderá ser o forte e inevitável desincentivo à fruição do serviço público, o que equivalerá à sua supressão. Tal significa infringir os princípios fundamentais norteadores da atuação estatal”²².

Esse cenário altamente preocupante faz, senhor julgador, com que os requeridos formem uma espécie de casta beneficiada ao custo do sacrifício de toda a sociedade. Aliás, caso esse estado de coisas não sofra intervenção corretiva por parte do Poder Judiciário, poder-se-á dizer que nesta cidade de Campo Grande, em pleno século XXI e sob a égide de

²¹ “O usuário potencial seria o que (a) quer retirar do serviço uma vantagem adequada ao objeto imediato do serviço e (b) cujo vínculo com o serviço é fortemente provável”. PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 49.

²² Ob. cit., p. 405.



uma Carta Política instituidora do Estado Democrático de Direito, temos verdadeiramente uma sociedade dominada pela burguesia ao menos no tocante a serviço público de saneamento básico, com os interesses voltando-se para essa classe, a dos burgueses, sem preocupação verdadeira com o atendimento das reais necessidades públicas e com a transformação da realidade social. Essa forma de estado e a prestação de serviços voltados para os burgueses já foi superada, como anotado no subitem 2.1 desta prefacial e como se pode concluir com uma rápida consulta à Constituição Federal de 1988.

Não há exagero algum no que vai anotado acima se atentamente se considerar que foram realizados apenas dois reequilíbrios econômico-financeiros (em 2001 e 2012) para compensar as perdas com o fato de os demandados não pagarem tarifa de esgotamento sanitário. Reequilíbrios econômico-financeiros pelas perdas *já experimentadas*. Até o ano de 2012, compensações foram feitas. Resta fazer as devidas compensações de 2012 em diante, **elas terão de ser realizadas até o ano de 2060 caso o Poder Judiciário não acolha os pleitos contidos nesta peça**. E nessa hipótese, terão os usuários-consumidores efetivas condições de suportar os custos com reequilíbrios econômico-financeiros até o ano de 2060? O serviço como um todo não será comprometido? A modicidade tarifária não será lançada ao longe e tarifas elevadas não serão praticadas?

O fato é que a situação especialíssima dos requeridos é altamente prejudicial à coletividade de usuários-consumidores.

2.8 Do benefício já gerado à coletividade de usuários-consumidores com providências extrajudiciais

A retomada do pagamento da tarifa de esgotamento sanitário traz benefício à coletividade e isso em parte já ocorreu porque, ante as providências extrajudiciais adotadas, alguns que se encontravam na mesma situação que a dos requeridos voltaram a arcar com a tarifa devida.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
43ª Promotoria de Justiça de Campo Grande

De efeito, os usuários-consumidores abaixo, por livre vontade e guiados somente pelo bem da coletividade, não quiseram fazer parte desta demanda e na fase extrajudicial compuseram-se com a concessionária Águas Guariroba S.A., tendo com esta firmado contrato de prestação de serviços ou termo de acordo, de modo a tornarem a pagar pelos serviços de esgotamento sanitário, embora também possuíssem decisão judicial isentando-os do pagamento da tarifa de esgotamento sanitário. São esses os que, atendendo chamamento feito pelo Ministério Público Estadual, se compuseram com a concessionária:

Voltaram a pagar tarifa de esgotamento sanitário (Informações Águas Guariroba S.A. constantes em Anexo Único de TAC)

OBSERVAÇÕES

Cond. Solar das Garças
Cond. Imperador
Cond. Dona Zila
Cond. Arnaldo Serra
Cond. Costa do Marfim
Cond. Amazonas
Cond. Elisberio Barbosa
Cond. Everest
Cond. Taiamã
Cond. Estados Unidos
Cond. Ilha Bela
Cond. Piata
Cond. São Salvador
Cond. Conjunto Nacional
Cond. Duque de Caxias
Cond. Camilo Boni
Cond. Eldorado
Cond. Ouro Preto
Hotel Vale Verde
Dr. Luiz Claudio Bonassini
Evandro Paes Barbosa
David Tavares Duarte Filho

Manoel Oliveira Lima
Adelino Paludo

Sucedido por Orlando Antunes da Silva

Sucedido por Adalgizo Luiz Vargas Sarmentc



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
43ª Promotoria de Justiça de Campo Grande

Jose Divino Oliveira de Souza
Mauro L. Q. Filho

Além desses, os usuários consumidores Condomínio Edifício Amazonas, Condomínio Edifício Taima e Evandro Paes Barbosa, embora também possuíssem decisão judicial em seu favor, igualmente voltaram a pagar tarifa de esgotamento sanitário.

Alguns dos acima citados voltaram a pagar a tarifa cheia de esgotamento sanitário, isto é, o equivalente a 70% (setenta por cento) da tarifa de água, e outros momentaneamente a tarifa parcial de esgotamento sanitário, isto é, no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da tarifa de água no primeiro ano (julho de 2015 a julho de 2016) e mais 10% (dez por cento) a cada ano, até totalizar 70% (setenta por cento) sobre o valor da tarifa de água. De qualquer sorte, voltaram a pagar, deram demonstração de espírito coletivo, de viverem num estado organicista, holístico, molecular, voltado para o todo e não para apenas algumas de suas partes.

Essa postura daqueles citados acima gerou benefícios para toda a coletividade. É que o Ministério Público Estadual, a concessionária Águas Guariroba S.A., o município de Campo Grande e a Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Campo Grande firmaram Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta para que, em suma, não haja qualquer reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão n. 104/2000, seja em relação às perdas experimentadas desde 2012 (último reequilíbrio), seja ainda em relação às que experimentará no futuro com a retomada do pagamento parcial da tarifa de esgotamento sanitário por parte de alguns. No que aqui interessa, assim constou naquele citado instrumento:

CLÁUSULA PRIMEIRA – a ***COMPROMISSÁRIA*** concessionária de serviço público Águas Guariroba S.A. reconhece, de forma plena e expressa, que todos os usuários-consumidores relacionados no Anexo Único a este instrumento de solução negociada, do qual fica fazendo parte integrante, voltaram a pagar pelo serviço de coleta e tratamento de esgotamento sanitário, de modo que na atualidade as decisões judiciais proferidas em favor desses mesmos usuários-consumidores não surtem mais qualquer efeito.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
43ª Promotoria de Justiça de Campo Grande

CLÁUSULA SEGUNDA – a **COMPROMISSÁRIA** Águas Guariroba S.A. renuncia expressamente ao seu direito de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão n. 104/2000 por perdas de receita, em razão de decisões judiciais definitivas que isentaram os usuários-consumidores referidos no Anexo Único do pagamento pelo serviço de esgotamento sanitário, ocorridas no interregno entre o último reequilíbrio econômico-financeiro e as datas dos contratos ou acordos firmados, bem assim entre o último reequilíbrio econômico-financeiro e as sucessões de usuários-consumidores ocorridas.

CLÁUSULA TERCEIRA – a **COMPROMISSÁRIA** Águas Guariroba S.A. também renuncia expressamente ao direito a reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão n. 104/2000 em razão de perda de receita que experimentará devido à retomada gradativa e progressiva, a partir de julho de 2015, da arrecadação de tarifa de esgoto referente aos usuários-consumidores que se obrigaram a adimplir 10% (dez por cento) sobre o valor da tarifa de água no primeiro ano e mais 10% (dez por cento) a cada ano, até totalizar 70% (setenta por cento) sobre o valor da tarifa de água, isso quanto aos usuários-consumidores referidos no Anexo Único deste TAC.

CLÁUSULA QUARTA – a **COMPROMISSÁRIA** Águas Guariroba S.A. obriga-se a não formular qualquer pleito de reequilíbrio econômico-financeiro, por qualquer modalidade (revisão tarifária, prorrogação do contrato de concessão, diminuição de encargos e investimentos ou, ainda, subsídio estatal), perante a agência reguladora ou o poder concedente, em razão de decisões judiciais que isentaram os usuários-consumidores referidos no Anexo Único deste TAC do pagamento da tarifa de esgotamento sanitário, assumindo e arcando integralmente com as perdas, nada mais tendo a reclamar ou reivindicar.

CLÁUSULA QUINTA – os **COMPROMISSÁRIOS** Município de Campo Grande e Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos Delegados assumem a obrigação de não fazer consistente em absterem-se de conceder e promover reequilíbrio econômico-financeiro (aumento de tarifa, diminuição de encargos e investimentos, prorrogação do prazo de concessão ou subsídio estatal) do contrato de concessão n. 104/2000 em razão de perdas de receita da concessionária Águas Guariroba S.A. decorrentes de decisões judiciais que isentaram os usuários-consumidores referidos no Anexo Único deste TAC do pagamento pelo serviço de esgotamento sanitário, observando integralmente os termos das cláusulas deste instrumento.

Claramente, a providência extrajudicial beneficia a coletividade, a massa de usuários-consumidores, que não mais experimentará reequilíbrios econômico-financeiros (incremento da tarifa ou prorrogação do prazo do contrato de concessão) em relação a todas as situações tratadas no Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta.



Esse mesmo benefício é perseguido aqui, tendo sido necessário o ajuizamento desta *actio* porque os requeridos rejeitaram composição extrajudicial, se mostram recalcitrantes na crença da intangibilidade da isenção judicial do pagamento da tarifa de esgoto e se fiam de forma plena no instituto da coisa julgada, isso tudo para continuarem isentos do pagamento da tarifa de esgotamento sanitário, ainda que isso importe em prejuízo à coletividade, à massa de usuários-consumidores.

2.9 Da não ocorrência do instituto da coisa julgada em relação à coletividade de usuários-consumidores

A fim de se evitar mais e maiores prejuízos à coletividade, há necessidade irremovível de se reconhecer a não ocorrência da coisa julgada em relação à coletividade de usuários-consumidores. Do contrário, amargas consequências advirão até o ano de 2060.

2.9.1 Coisa julgada, eficácia e efeito de toda sentença judicial

Para a boa compreensão do que vai esposado nesta peça, conveniente rememorar em que efetivamente consiste a coisa julgada e, ainda, que eficácia e efeito de toda sentença judicial são coisas bem diferentes.

No art. 467 do Código de Processo Civil está anotado que coisa julgada é, de forma simples e resumida, a imutabilidade/indiscutibilidade de uma sentença. De uma sentença não mais sujeita a recurso. Essa característica de imutabilidade/indiscutibilidade que alcança determinada sentença é, alerta a doutrina do direito processual civil²³, uma qualidade que se agrega ao *decisum*, e não um efeito.

²³ Cf. Ada Pellegrini Grinover: “(...) a coisa julgada não é efeito mas qualidade da sentença e, quando muito, o art. 467 poderia retratar a coisa julgada formal, nunca a material. (...) A distinção entre coisa julgada material e coisa julgada formal é pacificamente aceita por todos os processualistas brasileiros, devendo, por isso mesmo, lamentar-se a redação defeituosa do art. 467, CPC, que, a pretexto de definir a coisa julgada material, acaba dando o conceito de coisa julgada formal.” In: LIEBMAN, Enrico Tullio.



De outro lado, consoante regramento do art. 472 do Código de Processo Civil, a sentença somente faz coisa julgada entre as partes litigantes no processo, não tendo qualquer aptidão para beneficiar ou prejudicar terceiros. Trata-se dos limites subjetivos da coisa julgada, que para Liebman fazem com que a imutabilidade do *decisum* valha “*somente entre as partes, isto é, só quando o caso decidido ponha de novo frente a frente as mesmas pessoas que participaram do processo; só elas, com efeito, puderam fazer ouvir as suas razões no processo que se ultimou com o julgado, e é essa possibilidade, que tiveram, que justifica praticamente a necessidade em que se puseram de conformar-se com o resultado alcançado e de já não poderem esperar modificá-lo*”.²⁴

No tocante aos efeitos, eles são produzidos pela sentença judicial desde a prolação desta. Deveras, quanto ao que vai aqui afirmado, seu fundamento é a lição também de Liebman, vazada no sentido de que: “*(...) todos os efeitos possíveis da sentença (declaratório, constitutivo, executório) podem, de igual modo, imaginar-se, pelo menos no sentido puramente hipotético, produzidos independentemente da autoridade da coisa julgada, sem que por isso se lhe desnature a essência. A coisa julgada é qualquer coisa mais que se ajunta para aumentar-lhes a estabilidade (...)*”.²⁵

Por fim, eficácia “*é a aptidão da sentença para produzir efeitos, característica distinta da autoridade da coisa julgada (qualidade do comando da sentença)*”.²⁶

Rapidamente rememorados esses conceitos técnicos, passa-se a desenvolver o entendimento de não haver o instituto da coisa julgada em relação à coletividade de usuários-consumidores.

Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 10 (nota de rodapé) e 11.

²⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 52.

²⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 23.

²⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 822.



2.9.2 Das ações deduzidas pelo requeridos contra os interesses da massa de usuários-consumidores. Legitimação passiva da classe naquelas ações

É fora de dúvida que os feitos que geraram as decisões em favor dos ora requeridos tramitaram e foram concluídos como se eles versassem apenas sobre ações individuais puras. Como se neles as partes envolvidas fossem tão-somente os requeridos e a pessoa jurídica Águas Guariroba S.A. Ledo engano!

A partir do momento que os requeridos postularam o não pagamento da tarifa de esgotamento sanitário, postularam pretensão contra os interesses econômicos da concessionária. Isso é absolutamente certo e inquestionável. Mas postularam também, sobretudo, pretensão contra os interesses da massa de usuários-consumidores e da sociedade como um todo. Em desfavor da coletividade de usuários-consumidores porque essa coletividade seria, como realmente foi, chamada para arcar com os custos da isenção de tarifa de esgotamento sanitário em prol dos aqui demandados. A massa de usuários-consumidores é quem verdadeiramente arcaria, e arca na atualidade, com os efeitos dos reequilíbrios econômico-financeiros do contrato de concessão n. 104/2000. E em desfavor da sociedade, porque a esta não interessa qualquer situação iníqua entre seus membros e muito menos lhe interessa ver o risco de determinado serviço público colapsar ante uns usuários-consumidores pagarem muito, em termos de tarifa, e outros nada pagarem, o que pode levar à insuportabilidade dos custos por parte daqueles que pagam, de modo a causar inadimplência generalizada e inviabilizar, assim, o custeio da concessão. E colapsar o serviço de saneamento básico importa em mais doenças, em hospitais lotados mais do que normalmente já o são, em custos estatais gerados para administrar esses problemas etc.

Diante dessa realidade, é fora de dúvida que as ações ajuizadas pelos requeridos na primeira década deste século foram propostas, acima de tudo, contra os interesses transindividuais da massa de usuários-consumidores, contra os interesses transindividuais dos consumidores. Sendo assim, as ações manejadas pelos requeridos demandavam judicialmente



a coletividade. Caso claro, então, de legitimação passiva da classe! E essa legitimação passiva da classe é vislumbrada seriamente pela doutrina pátria, conforme ponderações bem arraoadas que ora são trazidas à colação, *verbis*:

“O art. 83 do CDC, por seu turno, esclarece que para a defesa dos direitos e interesses protegidos pelo Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Assim, pode-se afirmar ser perfeitamente possível a propositura de ação em face da classe, a fim de se realizar todas as situações práticas decorrentes dos exemplos já imaginados pela doutrina. Reconhece-se que esse tipo de ação não é comum. Não se pode, contudo, ignorá-la.”²⁷

“Haverá ação coletiva passiva quando um grupamento humano (titular de direito coletivamente considerado) for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial – demanda-se contra os interesses de uma dada comunidade, coletividade ou grupo de pessoas.”²⁸

“(…) a Lei n. 7.347 permite a intervenção, como litisconsortes do réu, aos entes públicos e às associações legitimadas à ação (art. 5º, § 2º): associações, portanto, constituídas para a defesa do meio ambiente e dos consumidores. Talvez não sejam frequentes as oportunidades em que os interessados institucionais dos corpos intermediários coincidam com os do réu. Mas não se podem excluir, a priori, ações intentadas não a favor, mas sim contra o interessado coletivo.”²⁹

Como se vê, a legitimidade passiva da classe, apesar de não ser comum, é plenamente admitida pela redação do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, que admite todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos e interesses da coletividade de consumidores, e irrefragavelmente reconhecida pela melhor doutrina que se volta para a tutela coletiva.

²⁷ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 196.

²⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (art. 82 do CDC). *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 25, p. 52, abril 2005.

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas para a tutela do meio ambiente e dos consumidores – a Lei 7.347, de 24.7.85. *Revista de Processo*, vol. 11, n. 44, p. 116, 1986.



2.9.3 Da necessidade de chamamento ao feito do representante adequado da coletividade em ações *aparentemente* individuais puras

Sendo a legitimação passiva da classe realidade, papel importante se mostra o do juiz na identificação de demanda que lhe chega aparentemente como individual pura, mas que na verdade volta-se contra a coletividade, contra interesses e direitos transindividuais. Nesses casos, deve o magistrado ou extinguir o feito pela não adequação do polo passivo, apontado pelo autor como não sendo um representante adequado da coletividade, o que caracteriza ilegitimidade passiva *ad causam*, ou então promover o chamamento desse aludido representante adequado para que, junto ao demandado, assumo o polo passivo da demanda e efetivamente promova a defesa dos interesses e direitos transindividuais. Alternativamente, no mínimo deve intervir órgão ministerial voltado para a tutela dos interesses massificados, ainda que como *custus legis*.

Nada disso aconteceu nos Mandados de Segurança em que os requeridos obtiveram ganho de causa e passaram a se beneficiar individualmente do não pagamento da tarifa de esgotamento sanitário.

Deveras, nas medidas intentadas pelos aqui demandados não houve o chamamento processual de qualquer um dos legitimados do art. 5º da Lei n. 7.347/85 (LACP) para integrar o polo passivo da demanda ou para funcionar como interveniente. Somente órgão do Ministério Público, quando muito, funcionou como *custos legis* em mandados de segurança (art. 10 da então vigente Lei n. 1.533/51), voltando sua atenção exclusivamente para o ato acoimado de ilegal e para o alegado direito líquido e certo do impetrante, não tendo havido atuação ministerial com fins de defender os interesses da classe (art. 5º, § 1º, da Lei n. 7.347/85, e arts. 81 e 82, inc. I, do CDC). Atuou, quando muito, promotor de Justiça com atribuições para funcionar em mandados de segurança impetrados junto às Varas da Fazenda Pública, e não aquele com atribuições para funcionar em causas especializadas que versassem sobre questões específicas do direito consumerista.



2.9.4 Da não intervenção do órgão ministerial com atribuições para funcionar nas ações deduzidas pelo requeridos contra os interesses da massa de usuários-consumidores. Violação do princípio constitucional do promotor natural

A atuação do órgão do MP adequado e com atribuições não se trata de filigrana jurídica. Isso porque há necessidade de se respeitar o princípio constitucional do promotor natural, sob pena de nulidade. Destacando a importância do princípio aqui referido, anota a doutrina de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro:

“Este princípio, na realidade, é verdadeira garantia constitucional, menos dos membros do parquet e mais da própria sociedade, do próprio cidadão, que tem assegurado, nos diversos processos que o MP atua, que nenhuma autoridade ou poder poderá escolher Promotor ou Procurador específico para determinada causa (...).

(...)

O princípio do promotor natural pressupõe que cada órgão da instituição tenha, de um lado, as suas atribuições fixadas em lei e, de outro, que o agente, que ocupa legalmente o cargo correspondente ao seu órgão de atuação, seja aquele que irá officiar no processo correspondente, salvo as exceções previstas em lei (...).³⁰

Ora, à época em que as ações foram intentadas pelos ora requeridos vigorava, no âmbito do Ministério Público Estadual, norma prescrevendo que cabia “à 25ª Promotoria de Justiça, como **Promotoria de Justiça do Consumidor, Habitação e Urbanismo**, responsável pelas atividades de proteção e defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos do consumidor e dos direitos difusos e coletivos relativos à habitação e urbanismo”³¹, intervir, como fiscal da lei, nos autos das ações civis públicas e outras medidas

³⁰ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O ministério público no processo civil e penal: promotor natural: atribuição e conflito*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 53.

³¹ Resolução n. 006/CPJ/00, de 1º de agosto de 2000, com grifos originais. Essa citada Resolução n. 006/CPJ/00 vigorou até a Resolução n° 005/2003-PGJ, de 15 de maio de 2003, que apesar de revogar a primeira, manteve as mesmas atribuições da 25ª Promotoria de Justiça de Campo Grande. Vale consignar ainda, a título de esclarecimento, que no ano de 2008 o Ministério Público Estadual houve por bem redefinir as atribuições de suas Promotorias de Justiça e por isso que restou normatizado que a 43ª Promotoria de Justiça de Campo Grande passaria também a ter atribuições para a proteção e defesa dos consumidores, com os trabalhos passando a ser distribuídos entre ambas (25ª PJ e 43ª PJ).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
43ª Promotoria de Justiça de Campo Grande

que versassem justamente sobre aludidos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos do consumidor.

Mas a 25ª Promotoria de Justiça de Campo Grande, com atribuições para intervir nas ações deduzidas pelo aqui requeridos, não foi intimada para qualquer ato processual e os feitos seguiram sem que qualquer um dos legitimados do art. 5º da Lei n. 7.347/85 (LACP) integrasse o polo passivo das demandas ou funcionasse como interveniente. Somente o promotor de Justiça que atuava perante a Vara de Fazenda Pública, como *custos legis* em mandados de segurança, e não como defensor dos interesses da classe (art. 5º, § 1º, da Lei n. 7.347/85, e arts. 81 e 82, inc. I, do CDC), é que lançou parecer nas impetrações, isso sem observância do princípio do promotor natural.

Consequência disso tudo: (i) nulidade processual por desrespeito ao princípio do promotor natural; (ii) não chamamento judicial dos legitimados do art. 5º da Lei n. 7.347/85 (LACP) para que integrassem o polo passivo das demandas ou para que funcionassem como intervenientes.

Quanto à nulidade processual, novamente se invoca as sempre abalizadas lições de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro no sentido de que:

“A legalidade e a procedência dos atos praticados no processo pelos órgãos do MP e do Poder Judiciário somente ocorrerão na medida em que os mesmos atuarem, respectivamente, nos limites de suas atribuições e competências. Não basta que uma pessoa investida legalmente no cargo de promotor oficie no processo para se ter como legal a intervenção do MP, mas, sim, que o promotor esteja investido legalmente no seu órgão de atuação e que este contenha a atribuição específica para aquele processo, fato que determinará a legalidade da intervenção, seja como parte, seja como fiscal da lei.”³²

“A nulidade do ato praticado por promotor sem atribuição decorre da garantia da observância do princípio do promotor natural e ponto.”³³

³² Ob. cit. p. 83.

³³ Idem, p. 92



Nada mais é preciso dizer. Intervenção de promotor de Justiça em processo que não é da sua atribuição gera nulidade do ato processual. Aplicação, portanto, dos arts. 84 e 246 do Código de Processo Civil.

2.9.5 Da não formação da coisa julgada em relação à coletividade de usuários-consumidores

A não intervenção dos legitimados do art. 5º da Lei n. 7.347/85 (LACP) nas demandas ajuizadas pelos ora requeridos, geradoras de decisões que os isentaram do pagamento da tarifa de esgotamento sanitário, faz decorrer a não formação da coisa julgada em relação justamente à coletividade que restou desprotegida, que não integrou a lide, no caso a massa de usuários-consumidores, aqueles que verdadeiramente sentem, até hoje, as consequências econômicas do fato de os demandados se valerem dos serviços de coleta e tratamento do esgoto sanitário que diariamente geram e nada pagarem por tais serviços.

De outro lado, a não intervenção do órgão ministerial adequado, que à época tinha atribuição legal para intervir nas ações intentadas pelos requeridos, contamina irremediavelmente de nulidade absoluta os atos processuais daquelas medidas judiciais, de modo a alcançar a sentença proferida.

Enfatiza-se: não formação da coisa julgada quanto à coletividade de usuários-consumidores! Isso porque o instituto somente se aperfeiçoa, como visto antes (item 2.9.1 acima), entre as partes litigantes no processo, não tendo qualquer aptidão para beneficiar ou prejudicar terceiros.

Em verdade, a massa de consumidores tem de ser tratada, no caso aqui posto para análise e julgamento por parte do Poder Judiciário, como integrante de negócio jurídico



principal (relação entre poder público, concessionária e sociedade)³⁴ afetado por negócio jurídico acessório (relação entre usuário-consumidor atomizado e concessionária), negócio jurídico acessório este que foi objeto das decisões proferidas no sentido de isentar os demandados do pagamento da tarifa de esgotamento sanitário. Esse negócio principal acabou por ser afetado negativamente, através de processos nos quais a massa de consumidores não participou, mas sim ficou sujeita à sorte da atividade desenvolvida em juízo pelos litigantes processuais.

2.10 Da adequação da via eleita para o reconhecimento da não formação da coisa julgada quanto à coletividade de usuários-consumidores

A ação civil pública, sem qualquer embargo, presta-se para o fim de se reconhecer a não formação da coisa julgada, seja porque a massa de consumidores não participou dos processos formados pelas ações intentadas pelos requeridos, o que faz com que ela (a massa de consumidores) se caracterize como terceiro, seja ainda em razão de nulidade insanável naqueles aludidos processos.

Sem delongas, é pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que:

“A ação civil pública, como ação política e instrumento maior da cidadania, substitui com vantagem a ação de nulidade, podendo ser intentada pelo Ministério Público objetivando afastar os efeitos da coisa julgada.” (REsp n. 1.187.297 - RJ – Rel. Min. Eliana Calmon).

“5. Da nulidade absoluta e da pretensão querela nullitatis insanabilis.”

³⁴ Na doutrina pátria é assente a ideia de que da concessão de exploração de serviço público exsurge relação jurídica complexa e trilateral, não apenas relação bilateral entre poder concedente e empresa concessionária. *“A concessão de serviço público não pode ser considerada como uma relação jurídica envolvendo apenas esses dois pólos de interesse. Não se pode reduzir a concessão a uma relação jurídica entre Estado e concessionário. Ademais disso, deve reconhecer-se a titularidade de interesses jurídicos da Sociedade, de modo que a concessão é uma relação jurídica trilateral”*. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 15.



5.1. *O controle das nulidades processuais, em nosso sistema jurídico, comporta dois momentos distintos: o primeiro, de natureza incidental, é realizado no curso do processo, a requerimento das partes, ou de ofício, a depender do grau de nulidade. O segundo é feito após o trânsito em julgado, de modo excepcional, por meio de impugnações autônomas. As pretensões possíveis, visando ao reconhecimento de nulidades absolutas, são a ação querela nullitatis e a ação rescisória, cabíveis conforme o grau de nulidade no processo originário.*

5.2. *A nulidade absoluta insanável - por ausência dos pressupostos de existência - é vício que, por sua gravidade, pode ser reconhecido mesmo após o trânsito em julgado, mediante simples ação declaratória de inexistência de relação jurídica (o processo), não sujeita a prazo prescricional ou decadencial e fora das hipóteses taxativas do art. 485 do CPC (ação rescisória). A chamada querela nullitatis insanabilis é de competência do juízo monocrático, pois não se pretende a rescisão da coisa julgada, mas apenas o reconhecimento de que a relação processual e a sentença jamais existiram.*

(...)

5.7. *A ação civil pública surge, assim, como instrumento processual adequado à declaração de nulidade da sentença, por falta de constituição válida e regular da relação processual.” (REsp 1.015.133-MT – Rel. Min. – Rel. Min. Eliana Calmon).*

Não há dúvida, portanto, da adequação desta *actio* para os fins aqui almejados pelo MP.

2.11 Da subtese da flexibilização da coisa julgada inconstitucional

As decisões proferidas em favor dos ora requeridos violam, como antes explanado à sociedade, o Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88); a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III); os objetivos da República Federativa do Brasil, como (i) o da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I), (ii) o da erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais (art. 3º, inc. II) e (iii) o da promoção do bem de todos (art. 3º, inc. IV).

Além dos dispositivos acima referidos, as decisões em favor dos requeridos violam também os princípios constitucionais da isonomia e do promotor natural.

Por tudo isso, repita-se, não transitam em julgado.



Mas na hipótese remota de se entender que no caso posto para julgamento há coisa julgada formal e material, subsidiariamente espousa-se aqui, então, que tal instituto jurídico está totalmente eivado de inconstitucionalidade, devendo, justamente por isso, haver flexibilização/relativização dessa coisa julgada inconstitucional.

2.12 Da necessidade de medida liminar

Postula-se aqui, nos termos do art. 12 da Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e art. 84, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, medida liminar em razão da urgência da situação. Não se pede, gize-se, antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, conforme previsão do art. 461 do Código de Processo Civil.

A situação especialíssima dos requeridos em não pagar pela coleta e tratamento do esgoto que geram diariamente é flagrantemente lesiva aos usuários-consumidores e à sociedade como um todo. Ela viola o Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88); afronta a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF/88); obstaculiza (i) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I, CF/88), (ii) a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais (art. 3º, inc. II, CF/88) e (iii) a promoção do bem de todos (art. 3º, inc. IV, CF/88). Essa malfadada situação especialíssima dos requeridos prejudica, ainda, a isonomia (art. 5º da CF/88) e a modicidade tarifária (art. 6º, § 1º, da Lei n. 8.987/95). Isso tudo está demonstrado ao longo desta peça, sendo que o deferimento da medida liminar somente promove e afirma todos os dispositivos constitucionais e legais aqui citados. Mais do que presente, portanto, o *fumus boni iuris*.

De outro lado, há urgência na decisão sobre a questão, que se relegada para a fase de sentença poderá representar dano irreparável sob vários aspectos.

Primeiro, há urgência na decisão sobre a questão porque poderá haver insuportabilidade financeira dos requeridos em pagar integralmente o que passarão a dever com sentença acolhedora da pretensão ministerial. Com efeito, a tarifa de esgoto equivale a



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
43ª Promotoria de Justiça de Campo Grande

70% (setenta por cento) do valor da tarifa de água. Assim, exemplificativamente, para uma fatura mensal de água no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), a concessionária, com amparo no contrato de concessão e na legislação vigente, lança a importância de R\$ 700,00 (setecentos reais) pela coleta e tratamento de esgoto. Para os requeridos, grandes consumidores, o valor pela tarifa de esgoto indubitavelmente será maior do que a importância referida no exemplo acima com o acolhimento dos pleitos deduzidos nesta peça.

Como a presente ação tem, por sua própria natureza, trâmite demorado, caso não seja deferida a medida liminar ora postulada e caso ao final haja julgamento de mérito favorável ao Ministério Público, então os demandados terão de efetuar o pagamento da tarifa de esgoto desde a data do ajuizamento desta Ação Coletiva de Consumo. Isso, inegavelmente, representará importância por demais elevada que certamente chegará à impossibilidade de pagamento. E sem o pagamento devido, o problema persiste, pois reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão terá de ocorrer, prejudicando a coletividade de usuários-consumidores.

Segundo, há urgência na decisão sobre a questão porque as partes requeridas que são pessoas físicas poderão perfeitamente, depois de longos anos de litígio judicial, se mudar desta cidade ou mesmo falecer, dificultando sobremaneira, no primeiro caso, e impedindo, no segundo, a quitação do valor devido à concessionária, que então terá de pleitear, e a municipalidade terá de conceder, isso por força de disposição legal, reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão 104/2000, tudo o que não se quer.

Terceiro, há urgência na decisão sobre a questão porque as requeridas pessoas jurídicas com atividade comercial poderão perfeitamente encerrar suas atividades ou pedir falência depois anos de litígio judicial. Mesmo problema aludido no parágrafo antecedente ocorrerá. Não haverá pagamento do débito e reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão 104/2000 terá então de ocorrer.



Quarto, há urgência na decisão sobre a questão porque alguns usuários-consumidores que estavam na mesma situação dos requeridos, isto é, com decisão judicial que os isentava do pagamento da tarifa de esgoto, celebraram composição com a Águas Guariroba S.A. e, a partir de julho de 2015, voltaram a pagar pelo serviço de esgotamento sanitário, de modo que, para o caso de não ser deferida a medida liminar aqui pleiteada, haverá situação iníqua e prejudicial àqueles que não quiseram litigar, tiveram boa disposição em entender o problema e acreditaram nas instituições, sobretudo na do Ministério Público e na da Magistratura.

A evitar esse quadro todo, medida liminar se faz necessária. Com efeito, a utilização do disposto no art. 12 da LACP e do contido no art. 84, § 3º, do CDC por esse r. juízo, com a determinação de pagamento da tarifa de esgoto por parte dos requeridos, os problemas acima vislumbrados são de pronto afastados, evitando-se assim reequilíbrios econômico-financeiros do contrato de concessão 104/2000, beneficiando-se, por conseguinte, a massa de usuários-consumidores.

Não pode o Estado-Juiz assistir passivamente isso tudo e deixar de atuar. Realmente, o caso reclama a adoção de medidas urgentes tendentes a obstar o não pagamento da tarifa de esgotamento sanitário por parte dos requeridos.

Por isso tudo, presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, urge medida liminar de modo a preservar direitos da massa de usuários-consumidores.

Cumpre vincar ainda, por importante, que a Águas Guariroba S.A. irá explorar os serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário até o ano de 2060. Caso, então, seja deferida a medida liminar e ao final os pedidos aqui lançados sejam julgados integralmente improcedentes, o que se admite apenas *ad argumentandum tantum*, então poderá a concessionária, sem esforço algum, compensar os valores pagos pelos ora requeridos nas faturas de água que a eles serão endereçadas no futuro, num verdadeiro encontro de contas.



Por fim, em última instância e de forma subsidiária, pede-se que a medida liminar seja então concedida para o fim de determinar aos requeridos que depositem em juízo, em subconta judicial a ser aberta por esse r. juízo, os valores mensais referentes à tarifa de esgoto – seja no importe de 70% do valor da tarifa de água, como ocorre com os usuários-consumidores em geral, seja no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da tarifa de água no primeiro ano (julho de 2015 a julho de 2016) e mais 10% (dez por cento) a cada ano, até totalizar 70% (setenta por cento) sobre o valor da tarifa de água, como ocorre com aqueles que usuários-consumidores que tendo também decisão judicial em seu favor não quiseram litigar, tiveram boa disposição em entender o problema e firmaram contrato ou termo de acordo com a concessionária – autorizando-se o levantamento do montante depositado, somente ao final da demanda, à parte vencedora, que no caso de ser o MP deverá fazê-lo em favor da concessionária Águas Guariroba S.A.

3. DOS PEDIDOS

Diante do exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL requer:

1) A concessão de medida liminar com ordem endereçada aos requeridos para que de pronto voltem, até o julgamento final de mérito, a efetuar o pagamento do valor da tarifa de esgotamento sanitário (equivalente a 70% do valor da tarifa de água), ou então para que depositem a importância referente a tal tarifa em subconta judicial, sob pena de execução provisória, interrupção da prestação do serviço por parte da concessionária e pagamento de multa por evento, em valor que deverá fixado por Vossa Excelência, a ser recolhida ao Fundo Estadual de Defesa dos Direitos do Consumidor;

2) De forma alternativa e subsidiariamente ao pleito anterior, a concessão de medida liminar com ordem endereçada aos requeridos para que de pronto voltem, até o julgamento final de mérito, a efetuar o depósito judicial, em subconta a ser aberta por esse r.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
43ª Promotoria de Justiça de Campo Grande

juízo, dos valores mensais referentes à tarifa de esgoto, seja no importe de 70% do valor da tarifa de água, como ocorre com os usuários-consumidores em geral, seja no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da tarifa de água no primeiro ano (julho de 2015 a julho de 2016) e mais 10% (dez por cento) a cada ano, até totalizar 70% (setenta por cento) sobre o valor da tarifa de água, como ocorre com aqueles que usuários-consumidores que tendo também decisão judicial em seu favor não quiseram litigar, tiveram boa disposição em entender o problema e firmaram contrato ou termo de acordo com a concessionária;

3) A citação dos requeridos, com a permissão contida no art. 172, § 2º, do Código de Processo Civil, a fim de que, querendo, apresentem resposta, sob pena de revelia e confissão quanto à matéria de fato, fazendo-se constar no mandado que a qualquer tempo, independentemente da fase processual em que o feito se encontrar, poderão os demandados firmar Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público Estadual ou mesmo assinar contrato de prestação de serviços com a concessionária Águas Guariroba S.A. ou com ela firmar termo de acordo, de modo a desconstituir a coisa julgada e por termo à demanda;

4) Ao final, com o reconhecimento da não formação da coisa julgada em relação à coletividade/massa de consumidores (em razão da não intervenção dos legitimados do art. 5º da Lei n. 7.347/85 nas demandas ajuizadas pelos ora requeridos e também por nulidade absoluta devido a não intervenção do órgão ministerial com atribuições para tanto) ou com a flexibilização/relativização da coisa julgada inconstitucional, seja em definitivo imposta a obrigação de fazer aos requeridos para que estes tornem a pagar, desde o ajuizamento da presente Ação Coletiva de Consumo, o valor da tarifa de esgotamento sanitário (equivalente a 70% do valor da tarifa de água), sob pena de execução do valor devido, interrupção da prestação do serviço por parte da concessionária e pagamento de multa por evento, em valor que deverá fixado por Vossa Excelência, a ser recolhida ao Fundo Estadual de Defesa dos Direitos do Consumidor;

5) A inversão do ônus da prova, conforme art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor;



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
43ª Promotoria de Justiça de Campo Grande

6) A condenação dos requeridos em sucumbência, inclusive ao pagamento de honorários ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ministério Público Estadual;

7) A produção de todas as provas em direito admitidas, sem exceção;

8) A dispensa do requerente quanto ao pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, à vista do disposto no art. 18 da Lei 7.347/85 e art. 87 da Lei 8.078/90;

9) A juntada dos autos do Inquérito Civil n. 024/2014, instaurado e concluído pela 43ª Promotoria de Justiça de Campo Grande, e também de peças dos demais procedimentos de apuração que tramitaram pela 43ª Promotoria de Justiça de Campo Grande, tudo como prova documental.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

P. deferimento.

Campo Grande/MS, 15 de julho de 2015.

Assinatura por certificação digital

LUIZ EDUARDO LEMOS DE ALMEIDA
Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor