



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2377844 - SP (2023/0172308-2)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : AGUAS DE MANDAGUAHY SA
ADVOGADOS : JOSÉ THEOPHILO FLEURY - SP133298
MARIA CLÁUDIA BUCCHIANERI PINHEIRO E OUTRO(S) - DF025341
AGRAVANTE : AGUAS DE JAHU S/A
ADVOGADOS : WLADIMIR ANTÔNIO RIBEIRO - SP110307
LUIS JUSTINIANO HAIEK FERNANDES - DF002193A
BRUNA SILVEIRA SAHADI - DF040606
JOÃO FALCÃO DIAS - SP406577
LARA DE COUTINHO PINTO - SP414840
SOC. de ADV : MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES - SOCIEDADE DE ADVOGADOS
AGRAVANTE : SAEMJA-AGENCIA REGULADORA DO SERVICO DE AGUA, ESGOTO E SANEAMENTO DO MUNICIPIO DE JAHU
PROCURADOR : GLAUCE MANUELA MOLINA - SP208103
AGRAVADO : AGUAS DE JAHU S/A
ADVOGADOS : WLADIMIR ANTÔNIO RIBEIRO - SP110307
BRUNA SILVEIRA SAHADI - DF040606
JOÃO FALCÃO DIAS - SP406577
LARA DE COUTINHO PINTO - SP414840
AGRAVADO : AGUAS DE MANDAGUAHY SA
ADVOGADO : JOSÉ THEOPHILO FLEURY - SP133298
AGRAVADO : SAEMJA-AGENCIA REGULADORA DO SERVICO DE AGUA, ESGOTO E SANEAMENTO DO MUNICIPIO DE JAHU
PROCURADOR : GLAUCE MANUELA MOLINA - SP208103

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA. FORNECIMENTO DE ÁGUA. DISCUSSÃO SOBRE O CÁLCULO DA TARIFA. REEXAME DAS CONCLUSÕES DO ACÓRDÃO RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo de decisão que não admitiu recurso especial do Município de Jahu interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Os embargos de declaração foram rejeitados.

No recurso especial, o recorrente aponta violação aos seguintes dispositivos: (a) arts. 6º e 24 da Lindb, sustentando, essencialmente, que a fixação da tarifa a ser paga a Águas de Mandaguahy decorre de ato de agência reguladora, que tem a natureza de ato jurídico perfeito; e (b) arts. 40 e 41 da Lei 8.666/1993, além de divergência jurisprudencial, sustentando violação ao princípio da vinculação ao edital.

No mais, sustenta a ocorrência de prescrição, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/1932.

Houve contrarrazões.

A inadmissão do recurso se deu pela incidência das Súmula 5 e 7 do STJ - daí o presente recurso.

É o relatório. Passo a decidir.

Conheço do agravo, porquanto infirmados os fundamentos da decisão agravada.

Quanto ao recurso especial em si, não prospera.

No que importa ao tema da prescrição, a recorrente não trouxe argumentação voltada a demonstrar de que forma teria ocorrido a violação ao art. 1º do Decreto 20.910/1932; assim, em razão da deficiência na fundamentação, o recurso especial não pode ser conhecido, em aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.

Em primeiro lugar, não houve prequestionamento das matérias tratadas nos dispositivos da Lindb apontadas como violados, mesmo com a oposição de embargos de declaração.

Incidência, portanto, do óbice da Súmula 211/STJ.

A propósito, "[n]ão há incompatibilidade entre a inexistência de ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015 e a ausência de prequestionamento quanto às teses invocadas pela parte recorrente, mas não debatidas pelo tribunal local, por entender suficientes para a solução da controvérsia outros argumentos utilizados pelo colegiado" (AgInt no AREsp 1234093/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 3/5/2018). No mesmo sentido: AgInt no REsp 1935052/CE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 18/11/2021; e AgInt no AREsp 1915440/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 17/11/2021.

Por fim, acerca do cálculo da tarifa, o TJ/SP assim decidiu (fls. 3331/3335-e):

(...)

A primeira questão, como já se observou, é complexa e não está bem solucionada pela legislação que estabelece o valor da tarifa, na cidade de Jaú. Assim estabelece o art. 5º da Lei Complementar Municipal nº 27/1995, que dispõe sobre o teto da tarifa:

Art. 5º - O valor da tarifa do serviço público a ser prestado não poderá exceder a 80% (oitenta por cento) do valor cobrado pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP.

A mesma regra constou do edital de licitação (fls. 1997).

Em razão de não esclarecer a lei se o valor da tarifa se referia a percentual do cobrado pela SABESP em relação à água vendida no atacado ou no varejo é que surgiu o impasse. Isso porque a autora adquire da corrê Águas de Mandaguahy água para ser tratada e distribuída, pagando percentual sobre o preço da água vendida pela Sabesp no varejo, quando entende que deveria ser no atacado.

(...)

Se o que se pretende descobrir é o preço da água, basta verificar se ela está sendo entregue no atacado ou no varejo.

Sendo, no caso, a discussão, sobre o valor a ser pago à Águas de Mandaguahy, e fornecendo esta água no atacado, não se pode entender a regra do artigo 5º, citado, senão referente à água no atacado.

Pode-se dizer que, com isso, a autora, que calculou sua contraprestação com base em valor mais elevado, lucrará demasiadamente com esse entendimento.

Se assim se deu, isto é, se os cálculos da tarifa que cobra a autora dos cidadãos de Jaú foram realmente estabelecidos com base em valor mais alto de aquisição de água, nada impede à Saemja, que reveja a tarifa. Para isso, aliás, servem as agências reguladoras: para proteger os interesses da população.

Aliás, não parece que a autora se insurja contra essa adequação de sua tarifa, para menor, pois aqui atua como paladino dos interesses sociais de Jaú, tanto que combate a fixação do preço da água pago pela ré Águas de Mandaguahy, feita de forma errada e com reflexos na vida econômica dos jauenses.

Mas há insatisfação, outrossim, quanto ao volume de água a ser pago, ou seja, se aquela posta à disposição da autora ou a calculada pela capacidade produtiva da ré Águas de Mandaguahy.

O art. 3º da Lei Complementar do Município de Jaú nº 27/1995 diz que a remuneração à Concessionária do Município de Jaú pela água deve ser feita com base na vazão nominal:

“Art. 3º - Compete ao Serviço de Água e Esgoto do Município de Jahu SAEMJA fiscalizar, administrar e gerenciar toda a água tratada, distribuída e consumida pelos munícipes, remunerando, ao final, a Concessionária, pela vazão nominal contratada das instalações realizadas.

No mesmo sentido o Edital de licitação nº 196/1995, item 12.2 (fls. 772).

12.2 Condições Pré-estabelecidas A Prefeitura estabelece as condições adiante enunciadas, as quais necessariamente devem ser atendidas pela Licitante em sua Proposta Comercial.

12.2.1 A Tarifa Referencial de Água (TRA) deve ser calculada considerando-se a Capacidade Nominal de Produção das unidades a serem construídas.

12.2.2 A remuneração será efetuada considerando-se a Capacidade Nominal de Produção, independentemente do volume de água efetivamente tratado. Para tanto, a Concessionária deverá dispor em qualquer tempo e quaisquer condições, da Capacidade Nominal de Produção, conforme disposto em regulamento.

Não há dúvida que se pretendeu garantir a captadora de água em relação às obras que fez e o trabalho que tem para a captação de água. Mas não se pode, até porque isso seria entender que a agência reguladora estaria a atuar protegendo antes os negócios particulares dos prestadores de serviço que os interesses da população, defender a versão de que água não disponibilizada deve ser paga.

A proteção da fornecedora está garantida. Produziu e pôs à disposição, deve receber, mesmo que sua mercadoria não seja aproveitada. Mas as vantagens param aí. Se não produziu nem colocou à disposição, nenhuma contraprestação tem a receber.

Aliás, esse parece ser o entendimento da requerida Águas de Mandaguahy, tanto que apenas cobrou pela sua capacidade produtiva quando sofreu esta ação. A reconvenção, por isso, tem antes colorido de fogo de encontro que de direito a ser defendido e exigido.

Some-se a isso o fato de prever o contrato de concessão (cláusula 12.2.1) penalidade para o caso de fornecimento de água abaixo da capacidade nominal.

Ora, não tem sentido imaginar que a corré Águas de Mandaguahy forneça menos do que sua capacidade de produção comporta, seja punida por isso, mas ao mesmo tempo faça jus à remuneração completa como se adimplente fosse.

Não fora isso, nas relações jurídicas entre as partes há aplicação do Código

Civil, que estabelece prazo para a reclamação de prestação paga. O artigo 324 do Código Civil dá prazo de 60 dias para reclamar de pagamento feito e quitado. A aplicação da regra é ainda de maior rigor no caso, pois os pagamentos eram feitos depois de emitida pela credora, da fatura do valor devido.

Tudo, portanto, demonstra que a remuneração da Águas de Mandaguahy deveria ser feita pelo produto disponibilizado, situação que ocorreu, posto sem contrariedade nessa parte, o processo.

Como se vê, o TJ/SP consignou que a lei municipal **e o edital de licitação não esclarecem se o parâmetro para a fixação da tarifa é o valor cobrado pela Sabesp no atacado ou no varejo** e, se o serviço da ora recorrente é prestado no atacado, esse deve ser o parâmetro para a fixação do valor a ser pago pela recorrida, Águas de Jahu.

Assim, não há como acolher as alegações na linha de que houve violação ao princípio da vinculação ao edital, pois demandaria substituição da apreciação do edital feita pelo Tribunal de origem, soberano na apreciação de cláusula editalícia e de matéria fática.

Nesses termos, os óbices das Súmulas 5 e 7 do STJ efetivamente impedem o exame do recurso especial.

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, III, do CPC/2015 c/c o art. 253, parágrafo único, II, a, do RISTJ, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial.

Caso exista nos autos prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, determino sua majoração em desfavor da parte recorrente, no importe de 15% sobre o valor já arbitrado, percentual esse justificado pelo tempo decorrido entre a interposição do recurso e julgamento e a complexidade da causa, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil. Os limites percentuais previstos nos §§ 2º e 3º do referido dispositivo legal devem ser observados, bem como eventual concessão da gratuidade da justiça.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 07 de agosto de 2024.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
Relator