

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da Vara da
Fazenda Pública da Comarca de Marília-SP

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Distribuição livre

MARÍLIA TRANSPARENTE - MATRA, organização da sociedade civil de interesse público, inscrita perante o CNPJ sob o nº 08.462.288/0001-28, com sede na Av. Carlos Gomes, 167, Edifício JB, Sala 41, Centro, na cidade de Marília, estado de São Paulo, CEP 17500-030, por intermédio de seus advogados devidamente constituídos conforme procuração acostada, comparece em juízo para aforar a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

com pedido de concessão de tutela de urgência

com base no art. 5º, V, “b”, da Lei nº 7.347/1985 e no art. 319, do Código de Processo Civil, contra o MUNICÍPIO DE MARÍLIA, pessoa jurídica de direito público interno, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 44.477.909/0001-00, com sede na Rua Bahia, 40, nesta cidade e comarca de Marília, estado de São Paulo, nos termos a serem deslindados ao longo desta petição inicial.



SUMÁRIO

RESUMO DA PRETENSÃO	2
A LEGITIMIDADE DA MATRA E SUA PERTINÊNCIA TEMÁTICA PARA A PROPOSITURA DE ACP	4
O PROCEDIMENTO DA CONCESSÃO Nº 13/2022, DO MUNICÍPIO DE MARÍLIA ...	6
AS IRREGULARIDADES DETECTADAS NO PROCEDIMENTO	9
AUSÊNCIA DE AVALIAÇÃO, ESTUDO PRELIMINAR E TRANSPARÊNCIA DE DADOS FINANCEIROS DO DAEM	12
A POSSIBILIDADE DE CAPTURA REGULATÓRIA.....	24
IRREGULARIDADES DA CLÁUSULA ARBITRAL	31
A AUSÊNCIA DE CLÁUSULAS TIDAS COMO ESSENCIAIS PELA LEI Nº 11.145/2007, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 14.026/2020	39
<i>A ausência de metas de expansão de serviços, de redução de perdas e outras condicionantes</i>	40
<i>A ausência de indicação de possíveis receitas alternativas</i>	41
<i>A ausência de cálculo de indenização ao fim do contrato</i>	42
<i>A opacidade da matriz de risco</i>	43
A AUSÊNCIA DE ANTEPROJETO COMO PRIMEIRA ETAPA DE PLANEJAMENTO	46
DA CAPTURA DO PLANO DIRETOR DA CIDADE DE MARÍLIA: A NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ITEM 29.4 DO EDITAL DA LICITAÇÃO .	48
DA TUTELA DE URGÊNCIA: A NECESSÁRIA SUSPENSÃO DA CONCORRÊNCIA Nº 13/2022, DO MUNICÍPIO DE MARÍLIA	53
DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS	56

RESUMO DA PRETENSÃO

Nos últimos anos, o Brasil tem experimentado uma guinada (neo)liberal quanto ao papel do Estado na vida do cidadão e na sociedade. Voltou-se a uma agenda de desestatização, diminuindo a esfera de atuação estatal nos mais diversos ramos. Essa mudança, outrora sutil, pode ser atestada de diversas formas. No campo legislativo, a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) erigiu o “*respeito aos contratos, aos investimentos, e à propriedade*” (art. 1º, § 2º) como um vetor interpretativo no Direito brasileiro, criando uma *metanorma* – um dispositivo que rege a interpretação de



Pela transparência
da gestão pública

outras. Essa mesma linha foi seguida quando se introduziu a redação deveras pragmática e consequencialista do art. 20 na LINDB (“*Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.*”). Espraçando tais conceitos para o Direito Público, a Lei do Novo Marco de Saneamento Básico (Lei nº 14.026/2020) e a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) possuem dispositivos que autorizam a adoção de técnicas outrora privatistas – a mediação, conciliação e inclusive a arbitragem, como será visto – como forma de solução de conflitos advindos da outorga de concessões do Poder Público à iniciativa privada.

Nessa toada, o Município de Marília, autorizado por tal guinada e tais inovações legislativas, enxergou como possível e desejável a concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, atualmente prestados pelo DAEM – Departamento de Água e Esgoto de Marília, autarquia ligada à municipalidade. Para tanto, encomendou, por carta-convite, a revisão do Plano Diretor de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário da cidade. Entregue pela Pezzi Consultoria e Projetos LTDA. em maio de 2019, o relatório final foi utilizado como argumento central para a posterior apresentação e aprovação da Lei Complementar Municipal nº 938, de 21 de junho de 2022.

Publicizado o edital em 16 de dezembro de 2022, e com previsão para abertura de envelopes em 21 de março de 2023, esta ação é proposta visualizando uma série de irregularidades, as quais vão desde a falta de publicidade de informações sobre a saúde financeira do DAEM, até a irregularidade de cláusula arbitral, passando pela inexistência de estudo técnico preliminar e a necessária à indicação do interesse público na contratação e concessão. Por isso, diante do prazo exíguo até a abertura e checagem das propostas em 21 de março, mostra-se imperiosa a suspensão cautelar do certame.

Antes, contudo, da apresentação dos argumentos – e desde já se pede vênua diante das longas, porém necessárias, 50 laudas – passa-se à demonstração da legitimidade e pertinência temática da MATRA para aforar esta ação civil pública.



A LEGITIMIDADE DA MATRA E SUA PERTINÊNCIA TEMÁTICA PARA A PROPOSITURA DE ACP

O art. 5º, V, “b”, da Lei nº 7.347/1985, possui dois condicionantes à legitimidade de associações para a propositura de ação civil pública: (i) elas devem ter sido registrados há mais de um ano nos termos da lei civil e, ainda (ii) incluir, nas suas finalidades institucionais, “a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

A MATRA teve seu registro realizado em 20 de novembro de 2006. Seu estatuto, que instrui esta petição inicial, bem como segue disponível no sítio eletrônico da entidade, indica que “*tem por finalidade desenvolver projetos de interesse social, prevenir e combater a corrupção na administração pública*” (art. 1º, caput). Especificamente, ainda pelo estatuto, cabe à MATRA “acompanhar os procedimentos licitatórios, as contratações e nomeações de servidores nos órgãos públicos, denunciar eventuais irregularidades e pedir as providências cabíveis a quem de direito” (art. 1º, VII) e “representar às autoridades competentes acerca de eventuais ilícitos praticados por todo e qualquer agente público ou político” (art. 1º, VIII).

A organização satisfaz, portanto, as duas exigências legais: tem seu registro desde 2006 e sua atuação institucional possui relação extremamente próxima com o objeto da ação civil pública aqui intentada.

A MATRA possui atuação destacada em âmbito local. Desde 2006, fiscaliza a *res publica* na comarca. Destaque-se, recentemente, a criação da primeira Semana da Transparência, que ocorreu em outubro de 2022, capitaneada pela entidade¹. O trabalho da MATRA

¹ Primeira Semana da Transparência marca início de uma nova etapa da atividade do controle social em Marília. 16 de outubro de 2022. Disponível em:



de acompanhamento do Legislativo e do Executivo ajudou a acabar com a criação de cargos comissionados na administração indireta do Município, declarados inconstitucionais pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo² por mais de uma vez. Tem, ainda, fiscalizado a implementação da Lei de Dados Abertos na administração municipal, fato coberto pela imprensa local³. E no que concerne ao objeto do feito especificamente – a lisura do procedimento de concessão do DAEM – a associação tem sido vocal e expressiva, exercendo devidamente seu papel de controle social a respeito de vícios detectados. Mais recentemente, denunciou a existência de irregularidades no do portal e *site* do Departamento de Água e Esgoto de Marília, que até pouco tempo veiculava informações contábeis, balancetes, etc., da cidade de São Carlos/SP, fato amplamente noticiado também na imprensa mariliense⁴.

Mais do que – utilizando-se da linguagem da jurisprudência do STF –, *pertinência temática* e legitimação estatutária para aforar ação civil

<https://matra.org.br/primeira-semana-da-transparencia-marca-inicio-de-uma-nova-etapa-na-atividade-do-controle-social-em-marilia/>.

² *Cargos comissionados na EMDURB são declarados inconstitucionais mais uma vez! Até quando eles vão continuar insistindo nas irregularidades?*. 31 de março de 2022. Disponível em: <https://matra.org.br/cargos-comissionados-na-emdurb-sao-declarados-inconstitucionais-mais-uma-vez-ate-quando-eles-vaio-continuar-insistindo-nas-irregularidades/>.

³ *Matra cobra que Lei de Dados Abertos comece a ser aplicada*. Marília Notícia. 07 de março de 2022. Disponível em: <https://marilianoticia.com.br/matra-cobra-aplicacao-de-lei-de-dados-abertos/>.

⁴ *MATRA denuncia lambança em dados contábeis do Daem e pede suspensão de concessão*. Giro Marília. 13 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.giromarilia.com.br/noticia/giro-marilia/matra-denuncia-lam-banca-em-dados-contabeis-do-daem-e-pede-suspensao-de-conces-sao/120469>. E ainda: *MATRA rebate argumentos do DAEM e publicação de dados de São Carlos no site da autarquia continua repercutindo na imprensa*. 16 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://matra.org.br/matra-rebate-argumentos-do-daem-e-publicacao-de-dados-de-sao-carlos-no-site-da-autarquia-de-marilia-continua-repercutindo-na-imprensa/>.



pública, a associação autora possui *representação adequada*⁵ para a defesa de direitos metaindividuais na concepção da doutrina de processo coletivo, dada a atuação destacada e já mencionada da entidade, como visto.

Portanto, a MATRA é parte legítima, visto que “*as associações têm legitimidade ativa para propor ação civil pública visando a proteção de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, como substituta processual – legitimação extraordinária, mesmo que não se trate de relação de consumo.*”⁶

Por fim, esta petição inicial é instruída com **a competente autorização dos membros, dada em assembleia geral extraordinária** realizada na data de 14 de fevereiro de 2023, de forma a cumprir com o requisito formal estabelecido pelo STF no julgamento do RE 573.232⁷.

Fincada a possibilidade de aforamento da ACP pela associação autora, passa-se ao apontamento das circunstâncias fáticas que enovelam o procedimento licitatório, bem como das teses e argumentos sobre as irregularidades detectadas na condução do procedimento de Concorrência nº 13/2022, do Município de Marília.

O PROCEDIMENTO DA CONCESSÃO Nº 13/2022, DO MUNICÍPIO DE MARÍLIA

⁵ Conceito visto em: ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 278.

⁶ STJ, Resp 667.939/SC, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 20.03.2007, DJ 13.08.2007.

⁷ “I – A previsão estatutária genérica não é suficiente para legitimar a atuação, em Juízo, de associações na defesa de direitos dos filiados, sendo indispensável autorização expressa, ainda que deliberada em assembleia, nos termos do artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal; II – As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, são definidas pela representação no processo de conhecimento, limitada a execução aos associados apontados na inicial. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.”



Pela transparência
da gestão pública

Av. Carlos Gomes, 167 • Sala 41 • Edifício JB • Centro • Cep: 17501-000 • F: 14 3414-1444
CNPJ 08.462.288/0001-28 • e-mail: matra@matra.org.br • Marília - SP

Nos termos do edital divulgado em 16 de dezembro de 2022, a Concorrência nº 13/2022 tem como objeto e objetivo a “concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário nas áreas urbanizadas de Marília, estado de São Paulo, no prazo de 35 (trinta e cinco) anos”. Adota como diretrizes normativas a Constituição Federal (notadamente artigos 30 e 175); a Lei Orgânica do Município de Marília; Lei nº 14.133/2021; Lei Complementar Municipal nº 938/2022, que autoriza a concessão dos serviços prestados pelo Departamento de Água e Esgoto de Marília e o transforma em Agência Reguladora, a AMAE, a Agência Municipal de Água e Esgoto; a Lei nº 8.987/1995, que cuida do regime de concessão de serviços públicos; a Lei nº 9.074/1995, que cria normas para outorgas de concessão de serviços públicos; a Lei nº 11.445/2007, que trata das diretrizes nacionais para o saneamento básico. **Não menciona, contudo, a Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020**, que atualizou o Marco Legal do Saneamento Básico – omissão que se fará crucial para entender as irregularidades do procedimento licitatório, como será visto.

A menção à Lei nº 14.026/2020 aparece, contudo, no Termo de Referência, que utiliza sua promulgação como justificativa à concessão. Para tanto, digressa que “a lei federal nº 14.026, de 15 de julho de 2020, aprimorou as diretrizes, ante todas as dificuldades encontradas pelo Poder Público no cumprimento da lei 11.445/07, reeditando as metas primordiais do denominado Marco Regulatório do Saneamento Básico [...]”. Menciona que os “problemas locais [ligados ao fornecimento de água e de esgoto] apresentam significativa grandeza”, levando a autarquia à contratação da elaboração do Plano Diretor de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário, que orçou o capital necessário ao cumprimento das obrigações do DAEM, pelos próximos trinta e cinco anos, em R\$ 1.153.576.577,00 (um bilhão, cento e cinquenta e três milhões, quinhentos e setenta e seis mil e quinhentos e setenta e sete reais).

Ficou expressamente consignado que o “o referencial para a licitação é o PLANO DIRETOR DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO DE MARÍLIA – SP” (tópico 4 – Estudo



Técnico de Referência, Termo de Referência). O escopo da concessionária, pelo prazo de trinta e cinco anos, é o de “obtenção e alocação de recursos financeiros para a concessão dos Sistemas de Água e Esgoto; elaboração de projetos de engenharias dos Sistemas de Água e Esgoto; execução de obras e montagens elétricas e mecânicas dos Sistemas de Água e Esgoto; operação e manutenção dos Sistemas de Água e Esgoto; administração do serviço público dos Sistemas de Água e Esgoto; remuneração através de cobranças diretamente aos usuários; e responsabilidade pela adequação legal da prestação do serviço público.” (tópico 5, escopo da concessionária, Termo de Referência).

Adotou-se a modalidade de concorrência (**onerosa**) e **foi adotada expressamente a Lei nº 14.133/2021** (tópico 6, Termo de Referência) para a regência do procedimento de licitação.

A fiscalização da empresa eventualmente vencedora do certame será exercida pela Agência Reguladora, cujo estatuto será instituído, por decreto do Prefeito, quando da assinatura do contrato, iniciando-se os trabalhos da concessionária com a devida imissão na posse dos bens do DAEM. A agência será remunerada pelo pagamento, pela concessionária, de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) mensais durante toda a vigência do contrato. Ademais, sua receita advirá de taxa de fiscalização, criada pela lei municipal que autorizou a concessão, mas a ser paga de forma ainda não prevista e com a alíquota de 0,5% da receita da empresa atuante (item **31.1.4** do edital; bem como e, principalmente, o art. 10, Lei Complementar Municipal nº 938/2022, item 11⁸).

Adotaram-se, também, procedimentos alternativos de solução de conflito, notadamente **a arbitragem, a ser exercida em diversos casos – muito deles em hipóteses contraditórias** – com previsões espalhadas pelo edital, minuta de contrato, regulamento da concessão e termo de referência, seguindo o procedimento previsto no Capítulo

⁸ “11. A taxa de fiscalização será de 0,50% (cinquenta centésimos por cento) do faturamento anual diretamente obtido com a prestação do serviço da concessionária, subtraídos os valores dos tributos incidentes sobre o mesmo, sendo que a forma e a periodicidade em decreto do Prefeito”.



V, Da Instalação do Procedimento de Solução de Conflitos, do Regulamento da Concessão (Anexo 03 do Edital da Concorrência nº 13/2022).

A matriz de riscos adotada “fica estabelecida como linha geral em que a concessionária, a partir da assunção dos serviços dos serviços contratados, passará a ser responsável pelos riscos inerentes à prestação dos serviços públicos”, excetuando-se, de maneira extremamente genérica, “caso fortuito ou força maior”, entre outras condições (item 32 do edital) – sem, contudo, exemplificar o que seria considerado e acordado, entre concessionária e Poder Concedente, sobre o que poderia ser considerado, justamente, caso fortuito ou força maior.

AS IRREGULARIDADES DETECTADAS NO PROCEDIMENTO

Fixado o panorama do objeto e das particularidades da licitação ora impugnada, esta ação civil pública visualiza irregularidades no procedimento da Concorrência nº 13/2022 no tocante aos seguintes pontos em suma:

i. A ausência de transparência dos balancetes do DAEM colocados à disposição de potenciais licitantes tanto no *site* da autarquia como em anexos ao edital da concorrência. No *site* da autarquia, até pouco tempo, eram apresentados demonstrativos financeiros da cidade de São Carlos/SP (!). Somente após a denúncia realizada pela MATRA⁹, tão recente quanto em 14 de fevereiro de

⁹ MATRA denuncia lambança em dados contábeis do Daem e pede suspensão de concessão. Giro Marília. 13 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.giromarilia.com.br/noticia/giro-marilia/matra-denuncia-lambanca-em-dados-contabeis-do-daem-e-pede-suspensao-de-concessao/120469>. E ainda: MATRA rebate argumentos do DAEM e publicação de dados de São Carlos no site da autarquia continua repercutindo na imprensa. 16 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://matra.org.br/matra-rebate->



2023, às 15h00, os dados reais do DAEM voltaram a ser mostrados¹⁰. O anexo do edital que traz o “balancete” da autarquia não carrega a situação econômica do DAEM, mas na verdade apresenta tão somente a relação de bens que convenientemente passariam, à posse da concessionária logo que oficializada a contratação da empresa. Não há notícia, fora da redação da revisão do Plano Diretor, de estudo sobre o VPL – valor presente líquido – e nem um procedimento de *valuation* foi realizado. Sequer há “*a existência de estudo que comprove a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico*” nos termos do art. 11, II, da Lei nº 11.445/2007, com a redação da Lei nº 14.026/2020. Tais informações sobre a transparência da situação financeira do DAEM e a sua viabilidade do negócio são imprescindíveis para empresas que eventualmente venham a concorrer, até porque não haveria como, corretamente, informar suas propostas – inclusive, precificar sua proposta de taxa etc., sem a certeza da viabilidade do empreendimento realizado pela autarquia;

ii. A lei complementar que autorizou a concessão dos serviços de abastecimento de água e de esgoto prevê que a receita da agência reguladora em que o Departamento de Água e Esgoto será transformada advirá de taxa de fiscalização, corresponde a percentagem do faturamento da concessionária. Já o edital, regulamento e contrato da licitação preveem que, na vigência da concessão, a concessionária pagará à agência regularizadora – que ainda sequer existe – a quantia mensal de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). Entendemos que a disposição da lei é inconstitucional, com claro amparo na teoria da captura regulatória, eis que o financiamento do fiscalizador por aquele que deve ser fiscalizado fere o princípio da impessoalidade elencado no

[argumentos-do-daem-e-publicacao-de-dados-de-sao-carlos-no-site-da-autarquia-de-marilia-continua-repercutindo-na-imprensa/](#).

¹⁰ *Demonstrativos*. Disponível em: <http://mariliadaem.cebi-cloud.com.br/transparencia/Demonstrativo/ListaSubGrupos?grupo=Execu%C3%A7%C3%A3o%20Or%C3%A7ament%C3%A1ria>.



Pela transparência
da gestão pública

rol do art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Assim, a despeito da agência reguladora ser, *per se* e por excelência, uma autarquia dotada de regime especial e com autonomia administrativa, financeira e decisória, isso não aconteceria de verdade no plano concreto de ideias;

iii. Outro problema emerge com a adoção do procedimento licitatório de meios ‘alternativos’ de solução de conflitos para interpretação do contrato, como conciliação, mediação e, notadamente, arbitragem. O art. 151, parágrafo único, da Nova Lei de Licitações, prevê expressamente a possibilidade de tal adoção, desde que a arbitragem seja aplicada a direitos disponíveis, como por exemplo, o equilíbrio econômico do pacto. Não é o que se verifica da análise do contrato e do regulamento, documentos que extrapolam em muito as balizas legais para a utilização do procedimento de arbitragem em licitações;

iv. A Lei nº 14.026/2020, que instituiu o novo Marco do Saneamento Básico, trouxe requisitos para os contratos de concessão que digam respeito à prestação de serviços de fornecimento de água e de esgotamento da Lei nº 11.145/2007. Por exemplo, o procedimento licitatório em comento não prevê com a acuidade necessária as cláusulas do art. 10-A e do art. 11, da Lei do Marco, cuidando-se de cláusulas específicas e não previstas na legislação genérica das licitações e, especificamente, na lei das concessões;

v. Por fim: por mais que, no modo de contratação integrada, a Administração Pública seja dispensada da apresentação do projeto básico (art. 46, § 2º, Lei nº 14.133/2021), ainda sim é necessária a explicitação do anteprojeto nos termos do art. 6º, XXIV, da Nova Lei de Licitações – **tampouco o edital especifica a lavratura de um estudo prévio, além do Plano Diretor e que deveria embasar o citado anteprojeto, também inexistente.**

Tais irregularidades serão vistas, agora, uma por uma e em espécie.



Pela transparência
da gestão pública

Ausência de avaliação, estudo preliminar e transparência de dados financeiros do DAEM

I. Ausência de informações para a tomada de decisões embasadas por potenciais licitantes durante vasto período de vigência do edital.

II. Não realização de estudo técnico preliminar pela concessão dos serviços de saneamento básico do Município. Violação ao art. 11, II, da Lei nº 11.145/2007, com a redação dada pela Lei nº 14.026/2020.

Uma primeira irregularidade a ser demonstrada e veiculada com a propositura desta ação civil pública diz respeito à sua mais óbvia e, com isso, a mais externa das aqui citadas: a ausência de transparência do procedimento da Concorrência nº 013/2022.

Em anexo ao edital, disponível no *site* da Prefeitura de Marília (vide <https://www.marilia.sp.gov.br/portal/editais/0/1/5409/>), está o arquivo de nº 9, que indica, supostamente, balancetes e bens da autarquia DAEM correspondentes ao ano de 2021. As informações são pífias, insuficientes. O conteúdo do anexo, embora volumoso, envolve, apenas, tabelas sobre o número de ligações de fornecimento de água e esgoto do Departamento, bem como despesas consolidadas sem maiores detalhes. Ao final dessas poucas tabelas está uma extensa, porém nada clara, lista de bens de propriedade e posse da autarquia que totalizam, ao final, a quantia de R\$ 12.707.299,95 (doze milhões, setecentos e sete mil, duzentos e noventa e nove reais e noventa e cinco centavos)¹¹. Nada é informado sobre a execução orçamentária anual da autarquia ou sobre a saúde financeira do DAEM. Se não há nada sobre a saúde financeira da autarquia, pergunta-se como empresas poderiam competir entre si, já que não dispõem de elementos para aquilatar a viabilidade do empreendimento que pretendem substituir? Como poderiam formular propostas tarifárias competitivas se não há notícia

¹¹ Anexo 9 do edital, p. 102.



de eventuais pendências judiciais ou fiduciárias, por exemplo, dos bens listados no Anexo 9? Nada (novamente) acerca do procedimento licitatório fornece respostas claras a respeito disso.

Como já mencionado anteriormente, no *site* da autarquia, até pouco tempo, eram apresentados demonstrativos financeiros da cidade de São Carlos/SP (!), consoante atesta e comprova a **Ata Notarial**, que instrui esta petição inicial, lavrada pelo 1º Tabelião de Notas e Protestados de Marília. Somente após a denúncia realizada pela MATRA¹², **tão recente quanto em 14 de fevereiro de 2023, às 15h00**, os dados reais do DAEM voltaram a ser mostrados¹³ - mas nada, frise-se, de relatórios anuais de execução orçamentária. Por um período considerável de vigência do edital, potenciais empresas interessadas no procedimento de licitação não tiveram acesso a dados reais da situação financeira da autarquia, cujo empreendimento necessariamente tende a informar as empresas candidatas acerca da viabilidade do empreendimento que querem substituir na prestação do saneamento básico na cidade.

Disso tudo decorre que o problema original, de toda a celeuma aqui posta, diz respeito à falta de uma avaliação prévia de viabilidade do empreendimento, da real extensão dos serviços a serem prestados e da capacidade de geração de riquezas com a prestação de serviços e, com isso, de viabilidade da própria contratação via concorrência. Caso contrário, abre-se brecha para os eternos aditivos que se acumulam após a contratação primeva. Nos termos do art. 6º, XX, da Nova Lei de

¹² *MATRA denuncia lambança em dados contábeis do Daem e pede suspensão de concessão.* Giro Marília. 13 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.giromarilia.com.br/noticia/giro-marilia/matra-denuncia-lambanca-em-dados-contabeis-do-daem-e-pede-suspensao-de-concessao/120469>. E ainda: *MATRA rebate argumentos do DAEM e publicação de dados de São Carlos no site da autarquia continua repercutindo na imprensa.* 16 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://matra.org.br/matra-rebate-argumentos-do-daem-e-publicacao-de-dados-de-sao-carlos-no-site-da-autarquia-de-marilia-continua-repercutindo-na-imprensa/>.

¹³ *Demonstrativos.* Disponível em: <http://mariliadaem.cebi-cloud.com.br/transparencia/Demonstrativo/ListaSubGrupos?grupo=Execu%C3%A7%C3%A3o%20Or%C3%A7ament%C3%A1ria>.



Licitações, o **estudo técnico preliminar** é um “*documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação*”.

Pelo art. 11, da Lei nº 11.145/2007, “*a existência de estudo que comprove a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico*” é condição de validade do contrato de concessão de serviços de saneamento básico.

De um simples cotejo da legislação, é possível verificar que o **estudo técnico preliminar é independente** (i) do anteprojeto, ao termo de referência ou até mesmo do projeto básico fornecido pela concessionária quando da fase de propostas; inclusive, independe do próprio (ii) Plano Diretor do saneamento básico da municipalidade, o que é revelado pela leitura conjunta da conceituação tanto do art. 6º, XX, da Nova Lei de Licitações, e do art. 11, II, da Lei nº 11.145/2007.

A independência do estudo é anunciada quando a legislação observa que ele dá base ao anteprojeto – isto é, deve necessariamente antecederlo; quando é dito que “*caso se conclua pela viabilidade da contratação*”. E esse estudo de viabilidade pela concessão não foi realizado devidamente.

Para tanto, observemos o teor do Plano Diretor revisado em 2019 e entregue pela PEZZI CONSULTORIA E PROJETOS LTDA.

A revisão se ocupou da “*caracterização do município de Marília*” (capítulo 3), “*estudo populacional*” (4), “*estudo de demandas*” (5), “*descrição do abastecimento de água*” (6), “*descrição do sistema de esgotamento sanitário*” (7), “*descrição o sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário nos distritos*” (8), e, ao que mais importa ao momento, “*propostas para o sistema de abastecimento de água*” (9), “*propostas para o sistema de esgotamento sanitário*” (10), “*estudo econômico das intervenções propostas para o sistema de abastecimento de água*” (11), “*estudo econômico das intervenções propostas para o sistema de esgotamento sanitário*” (12) e, finalmente,



o “estudo de viabilidade”. – Plano Diretor de Saneamento Básico, Anexo 8 do edital.

O Plano Diretor de 2019 trouxe como propostas para o sistema de abastecimento, **excluindo os distritos de Avencas e Lácio**¹⁴, a ampliação do sistema produtor, seguindo de intervenções previstas para a primeira etapa de 2020 a 2035, e da segunda etapa de 2035 a 2055. Para o sistema esgotamento sanitário, as propostas foram divididas em alternativas.

Como o Plano menciona,

“A Alternativa 01 consiste em manter a divisão da sede do município de Marília em três bacias de esgotamento, quais sejam: Pombo, Palmital e Barbosa, onde, cada uma contará com um sistema de tratamento composto por lagoas aeradas seguido de lagoas de decantação, conforme projeto executivo elaborado pela Delpro, no ano de 2007, e que duas se encontram em fase de implantação e a Palmital em licitação, atualmente no município.

Nesta alternativa a ampliação do sistema de tratamento para atendimento do aumento das vazões futuras, decorrente do crescimento populacional, se dará a partir da ampliação das três ETE’s existentes, o qual ocorrerá através da transformação do sistema existente de lagoas aeradas e de decantação para sistema de lodos ativados.

¹⁴ “Não são apresentadas propostas específicas para os distritos de Marília, apresentados no item 8, com exceção dos distritos Padre Nóbrega, que está praticamente integrado à sede municipal. Os distritos Lácio e Avencas devem ser monitorados uma vez que estão, também, muito próximos a sede, sendo assim, podem ser favorecidos do sistema de abastecimento de água. Dos demais distritos, conforme relatos da concessionária, o sistema não apresenta problemas. Assume-se que os investimentos de redes e ligações englobam essa parcela municipal.” (p. 70, **Plano Diretor de Saneamento Básico de Marília**). O edital menciona que a “referência” do certame segue sendo o Plano Diretor de Saneamento, mas o próprio texto menciona que nem todos os distritos foram considerados no estudo.



Pela transparência
da gestão pública

A ampliação está prevista para a primeira etapa de projeto, ou seja, a partir de 2025, e visa atender o aumento das vazões de esgotos até o final do horizonte de projeto (2055). Além disso, as intervenções nas ETE's visam também atender a possibilidade de um provável reenquadramento dos corpos receptores para uma classe mais restritiva, conforme citado anteriormente.” [item 10.2, p. 97]

A Alternativa 02, por outro lado,

“Nesta Alternativa 02 propõe-se a divisão da sede de Marília em quatro bacias de esgotamento, ou seja, além das bacias do Pombo, Barbosa e Palmital, também a bacia denominada Peixe. Desta forma, o sistema passará a ter uma quarta ETE, a qual será implantada na porção Leste do município e lançará seu efluente no rio do Peixe.

A implantação da ETE Peixe está prevista para a primeira etapa do horizonte de projeto, ou seja, a partir do ano de 2025, data para qual verificou-se a necessidade de ampliação dos sistemas de tratamento de esgoto de Marília, devido ao fato das ETE's existentes, Pombo, Palmital e Barbosa, atingirem sua capacidade máxima.” [item 10.3, p. 100]

Partindo para o “estudo de viabilidade”, que aglomera os estudos econômicos de intervenções do sistema de abastecimento e do esgotamento sanitário, é dito que

“o estudo de viabilidade econômica tem por objetivo a definição de tarifas econômicas necessárias a serem praticadas na prestação dos serviços de fornecimento de água, coleta e tratamento dos esgotos gerados em Marília, de forma a torná-los sustentáveis ao longo dos 35 anos do horizonte de estudo, relativo ao período de 2020 a 2055.”



O Plano formula as seguintes hipóteses: (i) a “manutenção do quadro de funcionários atual”; (ii) “aumento de quadro de funcionários atual”; (iii) “redução do quadro de funcionários atual”.

Nos termos do próprio Plano, o estudo de viabilidade financeira perfez *“análises, em diversos cenários, das tarifas de equilíbrio necessárias à implementação dos sistemas propostos”* (p. 3, Plano Diretor de Saneamento). O único trabalho realizado pelo Plano foi conceder hipóteses e alternativas de financiamento para a prestação do serviço de saneamento – e nada mais.

Portanto, **nada foi dito sobre a possibilidade de concessão** ou, e eis aqui o mais importante para o caso, nunca houve o confronto de situações ou hipóteses em que a concessão do serviço público foi enfrentada como possibilidade – **ou, ainda, tida como a solução** para o fornecimento de água e esgotamento sanitário em Marília.¹⁵

E a decisão pela “viabilidade da contratação” (i.e., concessão) é somente aferível através do estudo técnico preliminar a que aluz o art. 18, I e § 1º, da Lei nº 14.133/2021, com redação assim plasmada:

“Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

¹⁵ Um exemplo é como a seguinte situação é tratada no campo das considerações finais do estudo de viabilidade: “Com o aumento da tarifa devido a cobrança de esgoto (R\$4,53/m³), este acréscimo, relativo às intervenções nos sistemas, passa para a ordem de 32%. Esse aumento, a princípio, pode parecer muito elevado, entretanto, há que se considerar que é plenamente justificado tendo em vista o grande montante de investimentos que são necessários para compensar o longo período de ausência de investimentos para a ampliação dos serviços e, principalmente, conservação e modernização das unidades existentes.” (p. 143, Plano Diretor de Saneamento de Marília, 2019).



Pela transparência
da gestão pública

I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido;

[...]

§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do caput deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:

I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;”

São várias as demais disposições e requisitos do estudo preliminar, as quais nem de longe são cobertas pelo Plano Diretor do Saneamento em Marília¹⁶.

¹⁶ II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;

III - requisitos da contratação;

IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;



V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;

VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;

VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economia e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis;

X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual;

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes;

XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;



A *única* menção a uma justificativa adotada para a concessão é encontrada no Termo de Referência, anexo 02 do edital, que utilizou argumentos tão variados quanto a pandemia de COVID-19 até a Guerra na Ucrânia, entre outros apontamentos – incluindo a promulgação da Lei do Novo Marco Regulatório do Saneamento, Lei nº 14.026/2020:

“Vê-se que é substancial a inversão de capital necessário à adequação legal dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, conduzindo o Poder Executivo Municipal à decisão de proceder à concessão dos serviços à iniciativa privada, com obrigatoriedade de execução das obras e instalações por sua conta e risco, fazendo jus à remuneração tarifária no prazo de 35 anos, ao término do qual todos os bens corpóreos reverterão ao Município. De acordo com o artigo 18 da Lei 14.133/21, passa-se a estabelecer a referência do procedimento aqui posto a termo.”

Falando em inversão, ela é na verdade intentada pelo Município de Marília. Por mais que o Município tente driblar o ônus argumentativo de um estudo preliminar (que é deveras mais complexo do que alguns poucos parágrafos enxertados no Termo de Referência), é o estudo que alimenta o Termo – e não o contrário. Nem se diga que caberia a exceção do § 3º do art. 18, eis que não se cuida de “contratação de obras e serviços comuns de engenharia”, até porque são serviços de saneamento básico e se aplica a regra especial do art. 11, II, da Lei nº 11.145/2007, até porque não ficou demonstrada “*a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados*”.

Por isso, o estudo preliminar é tão imprescindível; ele “*dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem*

XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.”

elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação.” [grifo da associação autora].

No mais, a própria disposição da Nova Lei de Licitações é clara sobre o alcance do termo de referência: a fundamentação do contrato decorre, necessariamente, da realização de estudos preliminares.¹⁷ Assim, opera-se uma clássica inversão. **Sem um estudo preliminar anterior, toda a cadeia posterior do procedimento é nula.**

Mesmo assim, caso se considere que o Plano Diretor seria documento suficiente e apto a justificar o interesse público na concessão da prestação de serviços de saneamento básico em Marília, ainda assim o procedimento licitatório seria nulo antes mesmo do seu nascedouro. É que o Plano Diretor de Saneamento, revisado em 2019, não atende aos requisitos mínimos do art. 19, e seus incisos, da Lei nº 11.145/2007.

A redação do dispositivo é assim plasmada:

“Art. 19. A prestação de serviços públicos de saneamento básico observará plano, que poderá ser específico para cada serviço, o qual abrangerá, no mínimo:

I - diagnóstico da situação e de seus impactos nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos e apontando as causas das deficiências detectadas;

¹⁷ “XXIII - termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos:

a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;

b) **fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes** ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas;” [grifo da associação]



Pela transparência
da gestão pública

II - objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para a universalização, admitidas soluções graduais e progressivas, observando a compatibilidade com os demais planos setoriais;

III - programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e as metas, de modo compatível com os respectivos planos plurianuais e com outros planos governamentais correlatos, identificando possíveis fontes de financiamento;

IV - ações para emergências e contingências;

V - mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas.”

JONAS LIMA explicita bem como a inserção da exigência de estudos técnicos preliminares na Lei nº 14.133/2021 foi uma mudança bem-vinda e advinda da jurisprudência de Tribunais de Contas e demais regulamentações, e que, ao que tudo indica, não foi observada a contento pelo Município de Marília:

“Isso muda o patamar de contratações públicas do Brasil, vez que agora se tem enfática a diferenciação do estudo técnico preliminar em relação ao que tanto se misturava de pesquisa de preços como sendo uma forma de pesquisa de mercado.

Agora o processo tem etapa interna de planejamento de modo mais sequencial e metódico, com mais segurança jurídica e possibilitando aferição, por entes de controle interno e externo ou por qualquer interessado, de eventual direcionamento para marca, modelo, fabricante ou até impertinência ou inadequação da contratação pretendida.

Se observado o texto da lei, fica fácil verificar que **foi criada a imposição de que se documente a realidade de mercado, as possibilidades para solução de determinada demanda e as justificativas e as conclusões para a tomada de decisão sobre aluguel como alternativa a uma compra, uma**



Pela transparência
da gestão pública

ou outra especificação de produto ou serviço, uma ou outra metodologia a ser adotada em obra pública e tantas outras demandas.

Isso é relevante para evitar o que se chamava de jogo de cartas marcadas nas licitações públicas, pois agora é preciso instruir o processo com um "estudo" que envolva elementos sobre mercado, sobre produto, custo-benefício, ciclo de vida do objeto e tantos outros aspectos a considerar na etapa de planejamento da contratação pública, seja licitada ou não.”¹⁸ [grifo da autora]

É certo que o Plano Diretor de 2019 somente cuidou dos aspectos econômicos e demográficos do saneamento básico. Basta recapitular os tópicos nele tratados¹⁹. Não há “programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e metas”, tampouco “ações para emergências e contingências” (principalmente!) e muito menos “mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas”.

¹⁸ LIMA, Jonas. Relevância do estudo técnico preliminar na licitação pela Lei 14.133. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-16/licitacoes-contratos-lei-14133-relevancia-estudo-tecnico-preliminar-licitacao>.

¹⁹ A “caracterização do município de Marília” (capítulo 3), “estudo populacional” (4), “estudo de demandas” (5), “descrição do abastecimento de água” (6), “descrição do sistema de esgotamento sanitário” (7), “descrição do sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário nos distritos” (8), e, ao que mais importa ao momento, “propostas para o sistema de abastecimento de água” (9), “propostas para o sistema de esgotamento sanitário” (10), “estudo econômico das intervenções propostas para o sistema de abastecimento de água” (11), “estudo econômico das intervenções propostas para o sistema de esgotamento sanitário” (12) e, finalmente, “estudo de viabilidade”. – Plano Diretor de Saneamento Básico, Anexo 8 do edital.



Como já dito, **a revisão do Plano só se ocupou de estudar a atualização tarifária** como forma de restabelecer o equilíbrio econômico do DAEM, como se em preparação da abertura do procedimento licitatório. Contudo, é óbvio que essa abordagem realizada pelo ente municipal não condiz com o interesse público do plano que é regrado pelos incisos do art. 19, da Lei do Marco Regulatório.

E, **uma vez ausente um Plano Diretor de Saneamento minimamente regular**, fica impossibilitada a concessão do serviço de abastecimento e esgotamento sanitário. Isso porque, como exaustivamente já lançado, **“a existência de plano de saneamento básico”** é condição de validade de contratos do tipo (art. 10, *caput*; art. 11, I, Lei nº 11.145/2007, com a redação conferida pela Lei nº 14.026/2020).

Fincadas tais considerações, fica claro, portanto, que (i) a opacidade dos dados envolvendo balancetes e declaração de bens do DAEM durante um período considerável da vigência do edital da Concorrência nº 13/2022, desde ao menos 16 de dezembro de 2022, revela a quebra da necessária isonomia entre concorrentes que deve pautar o procedimento; (ii) a exigência de realização de um estudo técnico preliminar, prevista no art. 6º, XX, e art. 18, I e § 1º, da Lei nº 14.133/2021 e no art. 11, da Lei nº 11.145/2007, que não se confunde com o Plano Diretor de Saneamento, não foi satisfeita; (iii) *ad cautelam*, diante da eventual improcedência dessas alegações, ainda sim seria o caso de nulidade da Concorrência nº 13/2022 diante da ausência de regularidade do Plano Diretor de Saneamento em que se baseia.

Contudo, essas não foram as únicas irregularidades detectadas num exame mais minucioso do certame e dos documentos em anexo ao edital da concorrência.

A possibilidade de captura regulatória

- I. Da captura regulatória.
- II. Dispositivos no edital; do regulamento; da minuta do contrato; e da Lei



Complementar Municipal nº 938/2022, que autorizou a concessão, que colocam em xeque a necessária independência entre a agência reguladora e a concessionária.

A Lei Complementar Municipal nº 938/2022, além de autorizar a concessão dos serviços de abastecimento e esgotamento sanitário prestados atualmente pelo Departamento de Água e Esgoto de Marília, previu a transformação do DAEM numa agência reguladora, a AMAE – Agência Municipal de Água e Esgoto.

Agências reguladoras, por definição e por excelência, são autarquias sob regime especial que seguem as diretrizes do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Nos termos do art. 3º, da Lei Federal nº 13.848, de 25 de junho de 2019, as agências são caracterizadas pela ***“ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos”***. [grifo da autora].

Tendo em mente o processo de desestatização federal entre a década de noventa e o começo dos anos 2000, o debate sobre os poderes regulatórios das agências, bem como a sua necessária independência entre fiscalizado e fiscalizador, sempre foi profícuo.

Recentemente, esse debate foi acentuado com o julgamento da ADI 6.276/DF, j. 20.09.2021, rel. Min. Edson Fachin, que, retomando a criação noventista das agências, assim inaugurou a discussão:

“É que o modelo de agências adotado a partir da década de 90 busca, justamente, aprimorar a regulação econômica com uma atuação independente, tecnicamente justificada e levada a efeito por órgãos colegiados de atuação setorial. A independência das agências é justificada, assim, pela possibilidade de atribuir a um órgão técnico e dotado de notória especialização a realização de uma intervenção adequada e eficiente.”

Citando MORENO MOLINA, o Ministro Fachin enumera os requisitos para a independência de uma agência reguladora: *“1) imparcialidade*



Pela transparência
da gestão pública

*resolutoria; 2) experiência e técnica decorrente da especialização; 3) colegialidade dos órgãos diretivos; 4) continuidade da política pública desenvolvida pela agência; 5) isolamento da política partidária, e 6) incapacidade das estruturas administrativas tradicionais para os desafios modernos da atividade regulatória. (MORENO MOLINA, Angel Manuel. *La administracion por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 176.)”*

Fala-se, na doutrina administrativa²⁰, sobre a **imparcialidade qualificada**, esse verdadeiro *plus* normativo em relação à imparcialidade que é necessária para a consecução do interesse público, dado o clássico manejo de interessantes conflitantes com os quais a agência reguladora deve lidar.

Sobre conflito de interesses, eis a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO no seu livro sobre o direito das agências reguladoras, novamente:

“Isso não significa que o interesse privado, a que se vincula o indivíduo, deva ser qualificado como ilícito ou reprovável. Muito pelo contrário, presume-se que esse interesse é perfeitamente lícito, em si mesmo considerado. O problema se configura pela relação entre dito interesse e o desempenho da função reguladora inerente à agência; A atividade reguladora produzirá

²⁰ “Não se admite que alguma decisão seja adotada, no âmbito da agência reguladora, visando à obtenção de vantagens para os administradores ou para terceiros a ele vinculados, no presente ou no passado. Justamente por isso, o administrador da agência não poderá manter sua função quando sua imparcialidade estiver comprometida por vínculos pessoais com o campo de interesses sujeito à regulação.

(...)

Aliás, esse princípio se encontra no fundamento da determinação contida no art. 37, § 7º, da CF/88, que determina a necessidade de um regime especial para cargos ou empregos que assegurem acesso a informações privilegiadas. Exige-se do administrador da agência o requisito da imparcialidade, tal como se passa com todos os demais servidores. No entanto, a relevância das atribuições reservadas às agências acarreta a ampliação da importância desse requisito.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. SP: Dialética, 2002, p.440-441)



**MARÍLIA
TRANSPARENTE**

Pela transparência
da gestão pública

Av. Carlos Gomes, 167 • Sala 41 • Edifício JB • Centro • Cep: 17501-000 • F: 14 3414-1444
CNPJ 08.462.288/0001-28 • e-mail: matra@matra.org.br • Marília - SP

benefícios ou desvantagens para esses interesses, o que significa risco de que o sujeito deixe de ser orientado à realização do interesse público e seja influenciado pela consideração aos interesses privados em jogo.”²¹

E aqui reside o aspecto principal da discussão:

“Mais ainda, a situação de conflito de interesses não demanda algum requisito subjetivo. Não há necessidade de investigar se o sujeito tem intenção de produzir benefícios ou malefícios para os interesses privados em jogo. O cunho objetivo do princípio da República impede o exercício de determinada função quando caracterizado o conflito de interesses, independentemente de verificar se alguma motivação reprovável na atuação do sujeito.”²²

Repita-se: a situação de conflito de interesses não demanda algum requisito objetivo.

Essa introdução se faz necessária para mencionar dois pontos do procedimento licitatório que merecem intervenção do Poder Judiciário. O primeiro diz respeito à previsão, pela Lei Complementar Municipal nº 398, de que a receita da AMAE adviria de taxa de fiscalização correspondente a 0,5% “do faturamento anual diretamente obtido com a prestação do serviço da concessionária, subtraídos os valores dos tributos incidentes sobre o mesmo, sendo que a forma e a periodicidade do seu pagamento serão estabelecidas em decreto do Prefeito.” (art. 32, item 11, Lei Complementar nº 938/2022). O segundo advém da previsão editalícia, bem como de várias outras disposições em anexo ao edital, de que “a Concessionária pagará a cada fim de mês à Agência

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. SP: Dialética, 2002, p. 442.

²² JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. SP: Dialética, 2002, p. 442.



Pela transparência
da gestão pública

Reguladora AMAE, a título de remuneração da regulação e fiscalização do fiel cumprimento deste contrato, a importância de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), reajustável ano a ano pelo IPCA do IBGE, durante todo o prazo deste contrato.” (Anexo 01 do edital, Contrato, cláusula 2.5).

Destaque-se a previsão de que o pagamento da quantia mensal se dará **“a título de remuneração da regulação e fiscalização do fiel cumprimento deste contrato.”**

No campo do direito regulatório, duas teorias dominam as razões do porquê e como regular a prestação de serviços públicos: a Teoria do Interesse Público e a Teoria Econômica ou da captura. Como explicam Iana Alves de Lima e Elize Massard da Fonseca:

“A Teoria do Interesse Público sugere que o objetivo da regulação é defender o interesse do público contra ações de interesses privados, particularmente de empresas [...] Essa abordagem assume uma premissa de que os reguladores são maximizadores do bem-estar social. Por exemplo, regular o setor de energia elétrica justifica-se por ser uma atividade com características de monopólio natural.

Por outro lado, a Teoria Econômica da Regulação [...] sugere que a semelhança de uma relação de mercado, políticos e elites regulatórias ofertam e os interesses organizados demandam regulação [...]. **Um dos conceitos seminais dessa literatura é a captura regulatória, a regulação tende a favorecer os produtores economicamente mais homogêneos em grupos menores em relação a grupos mais difusos e maiores (por exemplo, consumidores).**²³ [grifo da associação]

²³ FONSECA, Elize Massard da; LIMA, Iana Alves de Lima. Captura ou não captura? Perspectivas analíticas no estudo de políticas regulatórias. *Revista de Administração Pública*. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-761220200453>.

O já mencionado voto do Min. Edson Fachin na **ADI 6.276/DF**²⁴ também esclarece o conceito de captura regulatória: “Evidencia-se, de pronto, a clara necessidade de se evitar a captura de suas gestões, **compreendida como qualquer desvirtuação da finalidade conferida às agências, quando estas atuam em favor de interesses comerciais, especiais ou políticos, em detrimento do interesse da coletividade.**”²⁵ [grifo da autora].

A averiguação do conflito de interesses e conseqüente captura regulatória ocorre no nível objetivo, lembrando aqui da preciosa lição de MARÇAL JUSTEN FILHO citada anteriormente. Não é necessário observar se há conduta ilícita ou reprovável daquele que será investido no cargo especial nos termos da exigência do art. 37, § 7º, da Constituição Federal. Há de se observar, como dito, o “cunho objetivo” do princípio republicano. É que o descumprimento do postulado da impessoalidade desborda, também, para a quebra da isonomia entre cidadãos:

“Ao princípio geral da isonomia constante do art. 5º soma-se, para a Administração, a previsão do art. 37, que determina a observância ao princípio da impessoalidade. Rechaçando a

²⁴ STF, ADI 6.276/DF, j. 20.09.2021, rel. Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=15347979854&ext=.pdf>.

²⁵ Essa não é a primeira vez em que o Judiciário se depara com o dever de aplicação concreta da teoria da captura. Em artigo para a Revista de Direito Administrativo, Teoria da Captura de Agência Reguladora em Sede Pretoriana, o Prof.º Sérgio Guerra traz decisão do Juiz Francisco Cavalcanti em que ele entendeu, em voto seguido à unanimidade, de que o Presidente da República não poderia nomear ao Conselho Consultivo da ANATEL indicados que teriam ocupado cargos diretivos em empresas concessionárias. Dispôs-se em parte interessantíssima do voto: “Destarte, é premente uma completa separação entre os órgãos reguladores e as empresas reguladas. Neste contexto, o escritor espanhol Gaspar Ariño Ortiz assevera ser essa separação um dos princípios básicos da ordenação das telecomunicações, além de constituir ponto essencial dos acordos da Organização Mundial do Comércio – OMC e do GAT de 1997 e ponto central da política de telecomunicações da União Europeia.”



Pela transparência
da gestão pública

possibilidade de simples identificação entre isonomia e impessoalidade, algumas manifestações desse último princípio podem ser colacionadas: a) o princípio objetivo não permitir que o administrador se privilegie, pois deste privilégio nasce o prejuízo de toda a sociedade; b) o princípio traduz a orientação finalística de toda e qualquer atividade da Administração, impedindo a mera intenção de privilegiar ou prejudicar qualquer cidadão ou qualquer grupo.”²⁶

A previsão tanto legal quanto editalícia de financiamento da AMAE pela receita e pagamentos mensais da agência concessionária fere o princípio da impessoalidade, prevista no rol do *caput*, do art. 37, CF, porque **instaura um conflito de interesses permanente entre o fiscalizador e aquele que é fiscalizado** – sem contar que isso acaba penalizando o próprio usuário dos serviços, indo compor os custos financeiros da concessionária, integrando o valor da tarifa.

Sabe-se que a autonomia financeira das agências regulamentadoras é assunto espinhoso. Cite-se, de todas, as considerações traçadas pela área técnica do Tribunal de Contas da União, no relatório que dá base o Acórdão 0240/2015-TCU-Plenário²⁷. Mesmo diante disso, e diante de tais considerações, não é possível ignorar o estado de coisas inconstitucional no que se refere ao descumprimento do postulado da impessoalidade. Caso contrário, estar-se-ia chancelando uma situação

²⁶ Org. STRECK, Lenio. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1.604.

²⁷ “126. Disso, foi examinada a evolução quanto ao tratamento da autonomia financeira dessas entidades, frente à recomendação contida no item 9.6.2 e às propostas contidas nos itens 9.8.4 e 9.8.5 do Acórdão 2.261/2011-TCU-Plenário.

127. Na ocasião do citado Acórdão, diagnosticou-se que: a) as agências se submetem aos ditames gerais do processo orçamentário; o contingenciamento orçamentário é a praxe; b) não existem mecanismos especiais que as diferenciem de outras unidades orçamentárias; c) em geral, não existe a autossuficiência, que é a capacidade de suas próprias receitas bancarem suas despesas, e, quando há, os recursos são retidos pelo Executivo para alavancagem do superávit primário; e d) não existem mecanismos formais que garantam estabilidade dos recursos destinados a elas.”



contrária: aquele que deveria fiscalizar segue capturado por quem deveria ser fiscalizado.

Fincados os argumentos, defende-se a anulação dos dispositivos do certame que preveem a remuneração da AMAE – Agência Municipal de Água e Esgoto, haja vista sua não compatibilidade com o art. 37, *caput*, da Constituição Federal; a anulação da Concorrência nº 13/2022, do Município de Marília, declarando-se, *incider tantum*, a inconstitucionalidade do art. 32, item 11, da Lei Complementar Municipal nº 938/2022, notadamente sua previsão de receita da agência reguladora advinda de taxa de fiscalização correspondente a 0,5% do faturamento da concessionária fiscalizada.

Novamente, essas não são as únicas ilegalidades constantes do procedimento licitatório.

Irregularidades da cláusula arbitral

- I. Contradições entre edital, regulamento e minuta do contrato.
- II. Disposições que infringem a Nova Lei de Licitações sobre a adoção do procedimento de arbitragem a ser adotado em conflitos entre o Poder Concedente e a concessionária.

A possibilidade de adoção de procedimentos ditos como métodos alternativos de solução de conflitos não é novidade no âmbito dos atos do Poder Público. Com a vigência da Lei nº 13.129/2015, adicionou-se o § 1º ao art. 1º da Lei nº 9.307, de 23 de dezembro de 1996: “*A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*” A Lei nº 14.026/2020 trouxe no art. 10-A, § 1º: “*Os contratos que envolvem a prestação dos serviços públicos de saneamento básico poderão prever mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes do contrato ou a ele relacionadas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua*



portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.” Já a Lei nº 14.133/2021, a nova legislação sobre licitações, prevê o seguinte em seu art. 151, parágrafo único:

“Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.”

São várias as disposições no edital e nos seus anexos que regulam a adoção do procedimento com vistas à discussão em conflitos com a eventual concessionária. Alguns são patentemente ilegais, já que desbordam dos direitos disponíveis – o limite imposto da Nova Lei de Licitações enfim – e outras apresentam contradições umas com as outras.

Pois bem. Passa-se à análise do edital e de seus anexos.

O edital traz menção a “*decisão judicial, arbitral ou administrativa que impacte a receita da concessionária*” dentro da matriz de riscos do contrato (tópico 32.1, edital).

No contrato, são observadas as seguintes disposições:

“13.6.1. Sempre será possível a adoção de Mediação e Arbitragem em conflitos, em comum acordo entre as partes, nos termos da legislação vigente, sem prejuízo da submissão de qualquer matéria ao crivo do Poder Judiciário.” (Anexo 01, Contrato)



“7. Sem prejuízo de suas demais obrigações previstas em lei, incumbe à Agência Reguladora

[...]

7.4. Mediar conflitos entre a Concessionária, os Usuários e o Poder Concedente, lavrando termos de ajustamento de conduta, podendo recomendar julgamento arbitral em caso de frustração de acordo.” (Anexo 01, Contrato)

A primeira inconsistência aparece no item 7.4 citado acima: essa “recomendação” da Agência Reguladora, que sequer ainda existe, seria de qual natureza? Seria ela impositiva, como, por exemplo, as recomendações do Ministério Público? Não há clareza no texto do edital e de seus anexos a respeito disso.

A segunda é a adoção um tanto quanto estranha de uma cláusula arbitral. É dito, no contrato, que sempre será possível a adoção da arbitragem, sem prejuízo de se levar o assunto à apreciação do Poder Judiciário. É uma redação contraditória: por definição, uma cláusula arbitral vincula a adoção do procedimento, proibindo que questões sejam veiculadas judicialmente antes de averiguadas pelo juízo arbitral. É por essa e outras razões que o aforamento de demanda com cláusula arbitral é causa de extinção, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VII, do CPC²⁸. **Em suma: ou há a adoção de cláusula arbitral ou não há.** Não há possibilidade de meio-termo.

As contradições se tornam insustentáveis, verdadeiramente, em outros documentos anexos ao edital.

No Regulamento da Concessão – anexo 03 do edital, estão presentes os seguintes dispositivos:

“Art. 3º - O regimento desta concessão são os termos das Leis Federais nºs 8.987/95 e 9.074/95.

²⁸ “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

[...]

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;”



Pela transparência
da gestão pública

§ Único – Eventuais discussões de caráter institucional deverão tramitar via Poder Judiciário e eventuais discussões que envolvam conhecimento técnico de engenharia e finanças deverão ser preferencialmente resolvidas por mediação e arbitragem, em busca de celeridade na solução do conflito.”

Da leitura do art. 3º citado se percebe a tentativa de delimitação de competências. Para o Poder Judiciário se destinariam as demandas “institucionais” (uma palavra quase que propositadamente vaga demais), enquanto à arbitragem restariam as demandas de caráter “técnico”.

“Art. 12 - Sempre que ocorrer algum fato relevante, capaz de alterar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tal como alterações nos tributos e respectivos regimes de arrecadação, caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária, caberá a revisão da tarifa em vigor, com aplicação imediata após a apuração do impacto nos valores, inclusive retroação “pró-rata tempore”.

§ 1º - A parte interessada comunicará o ocorrido por escrito, para que o assunto seja examinado pela outra parte no prazo de 10 (dez) dias corridos, findos os quais, a revisão reivindicada para a tarifa será dada como correta, passando a vigorar na relação contratual.

§ 2º - Se houver divergência manifestada quanto à legitimidade e/ou quanto ao valor revisado, sem que se chegue ao consenso, **caberá a aplicação da Arbitragem para solução do conflito, consoante procedimentos estabelecidos no capítulo V deste regulamento.**”

O art. 12 do Regulamento estipula que, na hipótese de revisão da tarifa, esta passará a vigorar imediatamente após “a apuração do impacto nos valores”, inclusive retroativamente. A revisão retroativa não tem amparo na disciplina da Lei Complementar nº 938, além de que a revisão tarifária em prazo anterior a doze meses fere o art. 43, do diploma legal em questão (“*Os reajustes de tarifas e de outros preços*



Pela transparência
da gestão pública

públicos de saneamento básico serão realizados observando-se o intervalo mínimo de 12 (doze) meses.”).

No mais, o art. 19 do Regulamento submete necessariamente o procedimento de intervenção ao contrato à prolação de uma sentença arbitral – claramente extrapolando os limites do art. 151, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021. **É dizer: o poder de polícia, bem como de autorregulamentação, da Administração foi tolhido completamente.**

“Art. 19 - Para o cumprimento das incumbências estabelecidas para o Poder Concedente no capítulo VII da Lei 8.987/95, deverão ser observados os seguintes conceitos e critérios:

a) A concessão dos serviços aqui objetivada obedecerá aos preceitos deste regulamento, assim como a sua execução, nos termos contratuais, se regerá pelo teor da Proposta do Concessionário, instrumentos estes aptos à fiscalização permanente das atividades do contrato da concessão.

[...]

c) A intervenção do Poder Concedente, devidamente justificada em contumácia do Concessionário, **no que se refere a não atendimento a notificação prévia de descumprimento do contrato, do regulamento e da legislação pertinente**, se fará por decreto onde conste a motivação, a nomeação do interventor, o alcance da medida e os prazos para as correções exigidas, **estando o procedimento sujeito à Arbitragem**, consoante capítulo V deste regulamento, cujo tribunal examinará as alegações de defesa e comprovações das causas determinantes, apurará as responsabilidades e sentenciará a resolução da pendência, inclusive quanto à retomada dos serviços pelo Concessionário ou quanto à extinção da concessão, sempre observada a fixação das indenizações decorrentes e do prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias para a tramitação do processo.

d) A tramitação de extinção da concessão, conforme o caso, sempre observando as prescrições do capítulo X da Lei 8.987/95, obedecerá aos seguintes procedimentos:



Pela transparência
da gestão pública

- No advento do termo contratual, caso não tenha ocorrido o procedimento de renovação da concessão conforme previsto no contrato, no 34^o (trigésimo quarto) ano do prazo contratual os parceiros, em conjunto, procederão ao levantamento de haveres ainda pendentes, nos termos da lei e do contrato, para o devido ressarcimento que couber, firmando o instrumento de extinção contratual por consenso **ou adotando a sentença arbitral**, se assim vier a ser necessário.”

Ainda no art. 19 do Regulamento, também o procedimento de caducidade ou de extinção da prestação de serviços em concessão foi condicionado à existência de uma sentença arbitral, fugindo, novamente, do escopo de direitos disponíveis citado pelo art. 151, parágrafo único, da Nova Lei de Licitações.

“- A **caducidade da concessão**, declarada por notificação cartorial pelo Poder Concedente, **será objeto de Arbitragem**, com estrita observância dos condicionantes estabelecidos na lei e no contrato, de cuja sentença arbitral resultará o término do contrato.”

O Capítulo V do Regulamento da Concessão, especificamente o art. 21, **traz ainda mais hipóteses** de adoção e instauração do procedimento arbitral:

“Art. 21 - Em caso de litígio, controvérsia, diferença de interpretação ou reclamação relacionada com o contrato de concessão, bem como em qualquer caso de inadimplemento, rescisão ou nulidade, deverá ali constar que a questão será resolvida por meio de mediação e arbitragem, administrados pela Agência Reguladora, para a autuação e processamento do julgamento que se fizer necessário, com amparo no art. 23-A da Lei 8.987/95.

§ 1º - O procedimento de solução de conflitos obedecerá expressamente os termos e limites da Lei Federal 9.307/96.



Pela transparência
da gestão pública

§ 2º - A câmara de mediação e arbitragem a ser escolhida pelas partes deverá ter especialização em solução de controvérsias em contratos de serviços de engenharia geral, hidráulica e sanitária, assim como reconhecida credibilidade no meio técnico.”

Perceba-se que, se em cláusulas anteriores o Regulamento era tímido em relação à aplicação da arbitragem, o art. 21 praticamente revela que todo o contrato está obrigatoriamente sujeito ao procedimento.

Ora, **se a arbitragem haverá de ser realizada** “em caso de litígio, controvérsia, diferença de interpretação ou reclamação relacionada com o contrato de concessão, bem como em qualquer caso de inadimplemento, rescisão ou nulidade”, **nada mais sobra**. Novamente, em descumprimento ao art. 151, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021, até porque a Administração ainda precisa ter controle – **autorregulação** e *alguma forma enfim* de anular seus próprios atos referentes a direitos indisponíveis – sem que precise passar por um Tribunal Arbitral *toda vez*. Caso contrário, o contrato em si passaria por um processo de asfixia, em que cada ato deverá ser cancelado por terceiros, paralisando a prestação de serviços que é assumidamente essencial.

Finalmente, assim foram fixados os parâmetros de remuneração do Tribunal Arbitral e dos árbitros:

“Art. 24 - Os valores e forma de pagamento dos honorários do mediador e dos árbitros, as despesas processuais a ressarcir à câmara de mediação e arbitragem, assim como a forma de rateio entre as partes deverão ser previamente ajustados.”

Aqui reside o maior problema do procedimento licitatório nesse quesito. É sabido que, com a revisão da Lei de Arbitragem, em 2015, explodiu a criação de tribunais e câmaras arbitrais Brasil a fora. E a única exigência que o regimento da concessão criou foi a previsão de que o tribunal ou árbitro a serem contratados tenham experiência com demandas sobre saneamento básico e que, preferencialmente, estejam localizados no estado de São Paulo. Não há maiores especificações para que haja uma escolha informada e objetiva daquele ente que cuidará da



interpretação de conceitos importantíssimos de finanças e engenharia, de acordo com o próprio Regulamento anexo ao edital. São necessárias previsões mais objetivas.

O segundo problema é que, como se sabe, sendo fato público e notório (art. 374, II, do CPC), **a arbitragem é cara**. E o art. 24, do Regulamento, estipula que os custos dela serão rateados entre o Poder Concedente e a concessionária. Essa previsão é *nula*, já que prevê despesa sem amparo legal para tanto. Isso porque não há previsão do tipo na Lei Complementar nº 938/2022. No mais, não há também – e principalmente – indicação de fonte de receita para o pagamento de honorários advindos da arbitragem.

Essa exigência de explicitação prévia de receitas, prevista no art. 7º, § 2º, III, da Lei nº 8.666/1993²⁹ foi repetida no art. 150, da Lei nº 14.133/2021 (“*Nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa.*”). [grifo da autora]. Noutras palavras: nem a lei que autorizou a concessão, nem o edital, nem as leis orçamentárias do Município indicam como tais honorários rateados serão pagos. Isso, por si só, é causa de nulidade do procedimento licitatório.

Feitas essas considerações, finca-se, como argumentos, que (i) há severas contradições impossíveis de solucionar entre o edital, contrato e regimento da concessão, (ii) as cláusulas do contrato e os demais documentos em anexo ao edital violam a regra do art. 151, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021; finalmente, (iii) nem lei, contrato,

²⁹ “§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;”



**Pela transparência
da gestão pública**

regulamento e edital especificam como seria realizado, e de qual fonte derivaria o dinheiro, o pagamento de tribunal arbitral em eventual discussão dos termos do contrato da concessão. Tudo isso serve como demonstrativo do porquê a Concorrência nº 13/2022 deve ser anulada.

A ausência de cláusulas tidas como essenciais pela Lei nº 11.145/2007, com a redação da Lei nº 14.026/2020

I. Ausência de especificação de metas de expansão. II. Ausência de indicação de receitas alternativas à receita tarifária. III. Ausência de metodologia de cálculo de eventual indenização de investimentos não amortizados. IV. Opacidade da matriz de riscos: ausência de exemplificações e lista não exaustiva de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

A Lei nº 14.026/2020, que alterou o Marco Regulatório do Saneamento Básico anterior (Lei nº 11.145/2007), fez constar que, para além das cláusulas previstas no art. 23, da Lei nº 8.987/1995, as seguintes disposições deveriam ser obrigatoriamente observadas, sob pena de nulidade (art. 10-A):

“I - metas de expansão dos serviços, de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos serviços, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

II - possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, incluindo, entre outras, a alienação e o uso



Pela transparência
da gestão pública

de efluentes sanitários para a produção de água de reúso, com possibilidade de as receitas serem compartilhadas entre o contratante e o contratado, caso aplicável; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

III - metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato; e (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

IV - repartição de riscos entre as partes, incluindo os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)”

Novamente, esses dispositivos não foram observados a contento. Segue a sua análise em espécie.

A ausência de metas de expansão de serviços, de redução de perdas e outras condicionantes

O art. 10-A, I, do Marco Regulatório do Saneamento, demanda, sob pena de nulidade, a presença de cláusula de contrato regulado pela Lei que estipule “*metas de expansão dos serviços, de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos serviços, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados;*”.

O contrato anexo ao edital (Anexo 01) é completamente silente a respeito do assunto. E mesmo que a municipalidade aduza que a referência para a licitação é o Plano Diretor de Saneamento revisto em 2019, é bom rememorar a problemática suscitada no primeiro tópico desta ACP: o Plano não diz nada sobre metas de “*redução de perdas na distribuição de água tratada*”, de “*eficiência e uso racional da água*”, de



“energia e de outros recursos naturais, de reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva”.

A presença de cláusulas a respeito de tais problemáticas é imperiosa, tendo em mente que os eventuais licitantes não sabem que precisam formular propostas nesse sentido – até porque, como visto, não há tais exigências no Plano e não foram realizados estudos técnicos preliminares – como já denunciado anteriormente nesta ação civil pública – e sequer há anteprojeto, mesmo se tratando de modalidade de contratação integrada, questão a ser vista em tópico superveniente.

A ausência de indicação de possíveis receitas alternativas

O art. 10-A estipula a necessidade de cláusula a indicar *“possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, incluindo, entre outras, a alienação e o uso de efluentes sanitários para a produção de água de reúso, com possibilidade de as receitas serem compartilhadas entre o contratante e o contratado, caso aplicável”.*

Nada mais longe da exigência legal está o edital e o contrato ora impugnados.

O item **30.2 do edital** prevê que a receita da concessionária será composta tão somente da tarifa a ser cobrada:

“A receita da concessionária deverá ser calculada com uso da estrutura tarifária constante de sua Proposta Comercial (item 30), aplicada às previsões de abastecimento de água e esgotamento sanitário indicadas no item 31.”

Eis o tópico 9.1 do Termo de Referência, Anexo 02 do edital:

“A receita da concessionária deverá ser calculada com uso da estrutura tarifária constante de sua Proposta Comercial, aplicada às medições mensais em hidrômetros, do abastecimento de água e consequente esgotamento sanitário, devendo ser estipulados valores máximos para as classes e tipos de consumo.”



Portanto, é cristalino que nem o edital, tampouco os seus anexos, preocuparam-se com a indicação de fontes de receitas alternativas à tarifação, tal como manda o art. 10-A, II, do Marco Regulatório.

A ausência de cálculo de indenização ao fim do contrato

Eis que a indenização por investimentos não devidamente amortizados até o término da concessão estão previstos nos itens 11.2.6 e seguintes da minuta de contrato que segue em anexo ao edital:

“11.2.6. A reversão de bens gera imediato direito à Concessionária a receber indenização relativa ao valor dos investimentos não completamente amortizados pelas receitas emergentes da prestação dos serviços, a ser paga na mesma data da reversão de bens, ou mediante acordo com o Poder Concedente, recebe-la da concessionária sucessora.

11.2.7. O valor da indenização será o valor apurado pela Agência Reguladora na forma deste contrato.

11.2.8. O não pagamento do valor da indenização pelo Poder Concedente na mesma data da reversão de bens implica o acréscimo de multa no valor equivalente a 5% (cinco por cento) do valor devido. A este valor acrescentar-se-á correção monetária calculada com base no IPCA/IBGE e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, calculados pro rata die.

11.2.9. Caso o Poder Concedente não efetue o pagamento da integralidade da indenização devida à Concessionária pela reversão dos bens reversíveis, devidamente acrescida dos encargos moratórios, no prazo de até 30 (trinta) dias a contar da data de vencimento prevista no subitem 11.2.6, a Concessionária fará jus, automaticamente, a partir de então, ao mínimo de 20% (vinte por cento) das receitas brutas oriundas da prestação dos serviços públicos e dos serviços complementares, estejam eles sendo prestados diretamente pelo Poder concedente, ou por outro concessionário, até a liquidação do débito.



11.2.10. O Poder Concedente deverá adotar todos os atos necessários para que a parcela de que trata o subitem 11.2.9, referente aos valores recebidos, pelo Poder Concedente ou por terceiro, pela prestação dos serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário, seja automaticamente repassada à Concessionária, através de conta centralizadora e especial em instituição bancária de sua livre escolha.

11.2.11. Havendo concordância da Concessionária, poderá a indenização ser paga em uma única vez, inclusive com recursos obtidos na licitação que vier a ser realizada para contratação da nova sociedade concessionária.”

O art. 10-A, III, fala na “**metodologia** de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato”. [grifo da autora]. Perceba-se que o item 11.2.7. diz que “o valor da indenização será o valor apurado pela Agência Reguladora na forma deste contrato”, **mas não procede a dizer como será calculado esse valor**, seja através de qual fórmula matemática, qual metodologia enfim seria utilizada. Isso porque não há em outro lugar do contrato essa forma de cálculo.

Só há no contrato (itens 11.2.8 a 11.2.11) a fórmula **em caso de atraso do pagamento** – acréscimos de juros, multa, entre outras condicionantes etc. – **mas não há cálculo da indenização per se**, o que não substitui, claramente, a exigência do art. 10-A, III, ora citado.

A opacidade da matriz de risco

Um dos aspectos mais importantes de qualquer contrato público diz respeito à rigorosidade da matriz de risco adotada, informando as responsabilidades de cada um dos contratantes, Poder Concedente e concessionária, em caso de eventos adversos futuros. A matriz de risco para a Concorrência nº 13/2022, do Município, segue encartada na cláusula 2.3 da minuta de contrato:



**Pela transparência
da gestão pública**

2.3. A Concessionária, a partir da assunção dos serviços ora contratados, passará a ser responsável por todos os riscos inerentes à prestação dos serviços públicos, com exceção da seguinte matriz de riscos:

2.3.1. Decisão judicial, arbitral ou administrativa que impacte a receita da concessionária.

2.3.2. Modificação unilateral das normas contratuais pelo Poder Concedente.

2.3.3. Descumprimento pelo Poder Concedente das obrigações contratuais, capaz de impactar a receita da concessionária.

2.3.4. Discrepância superior a 5% (cinco por cento), para mais ou para menos, na população oficial indicada pelo IBGE ano a ano, em relação à estimativa adotada no edital.

2.3.5. Caso fortuito ou força maior.

2.3.6. Alteração do ônus da outorga, ou da remuneração da Agência Reguladora.

2.3.7. Criação ou alteração de alíquotas de impostos, taxas e emolumentos.

2.3.8. Passivo ambiental existente anterior à Concessão, inclusive se for autuado após o contrato.

2.3.9. Passivos contratuais, fiscais, financeiros, trabalhistas, previdenciários e outros imputáveis à administração dos serviços de água e esgoto anteriores à Concessão.

2.3.10. Atrasos de execução decorrentes de morosidade na aprovação técnica e/ou ambiental das intervenções decorrentes das obras e dos serviços públicos.

2.3.11. Quanto aos riscos sob responsabilidade do Poder Concedente, permanecem também os estudos, os custos e a diligência em regime de colaboração com o Concessionário:

a) Obtenção do licenciamento ambiental;

b) Realização da desapropriação autorizada pelo poder público.



**Pela transparência
da gestão pública**

O art. 10-A, IV, prevê a necessidade de cláusula de “repartição de riscos entre as partes, incluindo os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”. O art. 6º, XXVII, da Lei nº 14.133/2021 assim define a cláusula de matriz de risco:

“XXVII - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;

b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;

c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;”

Percebe-se, da leitura do contrato, que houve tão somente a enumeração de caso fortuito e de força maior, mas não houve o trabalho de indicar, enfim e de maneira extensa e exemplificada, o que seria considerado caso fortuito ou força maior. É para isso que serve a matriz de riscos. Não há uma lista de possíveis eventos supervenientes, mas só a enumeração dos requisitos legais para o



contrato sem nenhum aprofundamento. Como diz Andre Bonat Cordeiro, *“evidentemente, é desnecessário dizer que a completude da matriz de riscos é fundamental para os impasses não surgirem ou serem mais fáceis de solução. A alocação dos riscos precisa seguir critérios técnico-científicos compatíveis à realidade do objeto contratual. Do contrário, estar-se-á diante de matriz de riscos incompleta ou inadequada ao fim a que ela deveria se destinar, o que certamente não é o objetivo das partes integrantes dos contratos administrativos.”* [grifo da autora]

E aqui se revela mais um problema: como será visto, não há anteprojeto e, portanto, não há como cumprir a determinação do art. 6º, XXVII, “c”, eis que não se pode chegar à *“solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia.”* De qualquer forma, não há a tipificação suficientemente minuciosa na matriz de riscos que resguarde a Administração. Eis outra nulidade do procedimento licitatório.

A ausência de anteprojeto como primeira etapa de planejamento

Como dito em tópico anterior, a Concorrência nº 13/2022 optou pela modalidade de contratação integrada, a qual dispensa, na fase preparatória e de planejamento, a realização de projeto básico na forma do art. 46, § 2º, da Lei nº 14.133/2021. Contudo, como prevê a própria lei, a dispensa da apresentação do projeto básico não evita o dever de realização do anteprojeto, o qual deve ajudar na formação das propostas dos potenciais licitantes e tem sua definição conceituada no art. 6º, XXIV:

“anteprojeto: peça técnica com todos os subsídios necessários à elaboração do projeto básico, que deve conter, no mínimo, os seguintes elementos:



**Pela transparência
da gestão pública**

- a) **demonstração e justificativa do programa de necessidades, avaliação de demanda do público-alvo, motivação técnico-econômico-social do empreendimento, visão global dos investimentos e definições relacionadas ao nível de serviço desejado;**
- b) condições de solidez, de segurança e de durabilidade;
- c) prazo de entrega;
- d) estética do projeto arquitetônico, traçado geométrico e/ou projeto da área de influência, quando cabível;
- e) **parâmetros de adequação ao interesse público, de economia na utilização, de facilidade na execução, de impacto ambiental e de acessibilidade;**
- f) proposta de concepção da obra ou do serviço de engenharia;
- g) **projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção proposta;**
- h) levantamento topográfico e cadastral;
- i) pareceres de sondagem;
- j) **memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação;**

De novo: Simplesmente, não houve a realização do anteprojeto. Essa deficiência é ainda mais grave e marcante porque, como visto anteriormente, o estudo técnico preliminar – também inexistente – é que daria base ao anteprojeto nos termos do art. 6º, XX, da Lei nº 14.133/2021. Perceba-se que existe uma série de lacunas verdadeiramente irremediável.

Portanto, finca-se mais uma nulidade que antecede o próprio nascedouro: na inexistência de anteprojeto, descumpre-se o preceito do art. 46, § 2º, da Nova Lei de Licitações. Eis o quanto exposto.



**Pela transparência
da gestão pública**

Da captura do Plano Diretor da cidade de Marília: a necessária interpretação conforme a Constituição do item 29.4 do edital da licitação

Ad cautelam, na hipótese de desconsideração ou improcedência dos pedidos e argumentos antes aventados, chama-se a atenção para a redação extremamente problemática do item 29.4 do edital impugnado por esta ação:

29.4. Toda a expansão das redes de abastecimento de água e de coleta de esgotos, deverá ser considerada até a entrada de loteamentos (convencionais ou de interesse social) que vierem a ser aprovados pelo Município e pela Concessionária.

Numa primeira leitura, a interpretação mais imediata é também a mais literal: a expansão de redes de abastecimento de água e de esgotamento sanitário devem ser aprovados tanto pelo Município quanto pela concessionária. Disso decorre a pergunta natural: eventual discordância entre o Poder concedente e a empresa seriam resolvidos de que maneira? O edital e seus anexos não deixam claro se pela via judiciária ou arbitral.

Numa segunda leitura, percebe-se que o item 29.4 revela que não só a expansão da rede de abastecimento e esgoto estão sujeitos à aprovação conjunta, mas também a própria expansão da cidade e seu planejamento que, por regra, ainda cabem ao titular último da prestação dos serviços de saneamento, a Administração Pública. É que, pelo texto do item 29.4, a própria criação de loteamentos – em outras palavras, a expansão da área urbana de Marília, seja por questões de desenvolvimento, seja por motivos de discricionariedade da Administração – também precisariam ser avaliadas pela concessionária.



Em outras palavras: na prática, sem que isso fique muitíssimo claro³⁰, nos termos das previsões do certame, a concessionária invadiria competência administrativa do Município, **praticamente editando, por via transversa, o Plano Diretor de Marília.**

Pelo art. 18, da Constituição Federal, o Município passou a ser considerado como ente da Federação, ao lado da União e dos Estados³¹. Nos termos da Constituição de 1988, toda municipalidade agora possui autonomia política, auto-organização, autogoverno, de auto legislação e autoadministração. E, pelo art. 182, § 1º, da CF, o instrumento de concretização e vinculação da propriedade urbana às diretrizes e objetivos da política urbana é o plano diretor, instrumento básico da política do Município. Cabe a ele regulamentar os critérios necessários para que a propriedade possa atender à sua função social, prevista ela própria na Constituição.

Regulamentando o art. 182, § 1º, da Constituição Federal, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2011) discorre que “*a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas*” (art. 39) e que “*a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas*”.

³⁰ Trata-se de uma previsão escondida logo ao final do edital, com pouca ou nenhuma repercussão nos demais documentos anexos a ele, e que sequer foi levantada ou debatida suficientemente nas audiências públicas obrigatórias que foram realizadas anteriormente à abertura do certame.

³¹ Org. STRECK, Lenio. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 3.448.



Pela transparência
da gestão pública

No caso de Marília, o Plano de Diretor consiste nas disposições da Lei Complementar Municipal nº 873, de 25 de setembro de 2019, que instrui esta petição inicial diante da exigência do art. 376, do CPC.

O art. 5º estipula as diretrizes gerais da política urbana como forma de ordenar o pleno desenvolvimento das funções da cidade e da propriedade urbana, entre alguns, a “garantia do direito à cidade sustentável” (inciso I), “gestão democrática por meio de participação da população e das associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos” (II), “planejamento do desenvolvimento da cidade” (III). Da mesma forma, a política de desenvolvimento econômica é traçada pelos artigos 6º e 7º. A Política Municipal de Habitação, pelos artigos 8º 9º e 10.

Merece destaque, quanto à política de habitação, o planejamento de cada zona da cidade. Para a Zona Norte, é citada como diretriz pontual, por exemplo, “programa de regularização de ocupações irregulares” (art. 10, I, “a”). Para a Zona Sul, “todo bairro deverá ser servido por pelo menos um corredor de comércio e serviços” (art. 10, II, “a”). Zona Oeste: “Programa de regularização de ocupações irregulares dos Bairros Jardim e Jardim América Prolongamento, considerando-se e respeitando a delimitação por lei junto aos *itambés*.” (art. 10, III, “b”). Sobre o Distrito de Lácio: “Programa de construção de moradias para atender a população local, a partir do cadastramento dos moradores e famílias.” (art. 10, IV, “a”).

Algumas dessas diretrizes do Plano envolvem, necessariamente, a expansão das áreas de saneamento do Município, já que, no caso de Lácio, segue prevista a construção de moradias para o atendimento da população local. Seguindo à risca o item 29.4 do edital, essas necessárias expansões que tratam tão somente do cumprimento do direito social de moradia, pela Administração, poderiam ser desautorizadas pela concessionária. Ao mesmo tempo, no caso concreto de Lácio, isso violaria o já citado direito social à moradia, bem como invadiria a própria competência administrativa do Município de “legislar sobre assuntos de interesse local” e de “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial” (art. 18, I e VIII, CF). Sem previsão legal ou



constitucional para tanto – dado que não há nada nesse sentido na Lei Complementar nº 938/2022, e se houvesse seria patentemente inconstitucional –, *por simples previsão editalícia*, o **Plano Diretor do Município e o Poder Legislativo de Marília ganhariam um vereador votante a mais**: a concessionária vencedora da Concorrência nº 13/2022.

É necessária, portanto, uma interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*) do item 29.4, do edital da Concorrência nº 13/2022.

Diferente de técnicas outrora clássicas como a redução parcial com ou sem redução de texto, a técnica da *interpretação conforme* consiste na retirada de vigência de **interpretações** que venham a contrariar o texto constitucional. É, nas palavras de Lenio Streck, **a técnica que salva o texto da inconstitucionalidade total**. É uma técnica decisória intermediária: a eventual declaração de inconstitucionalidade sem reservas traria mais problemas do que soluções propriamente ditas. Isso porque a retirada completa do item 29.4 traria uma questão complicada de se resolver, a de criação de uma anomia ao procedimento e ao contrato especificamente. Não haveria previsão de como proceder diante da necessária expansão dos serviços de saneamento básico e da própria cidade, medidas previstas pelo próprio Plano Diretor eventualmente conflitantes com os termos do contrato da concessão.

Aqui cabe bem a lição do MIN. GILMAR MENDES em seu voto na **ADI 6524/DF**:

“E o tratamento dogmático e jurisprudencial da omissão parcial foi apenas o passo inicial. Desde então os tribunais constitucionais desenvolveram amplo leque de fórmulas decisórias intermediárias, expressão pela qual Gustavo Zagrebelsky e Valeria Marcenò agrupam estilos de decisões e técnicas processuais cujo traço comum está em conferir, à jurisdição constitucional, possibilidades outras que não o binário “lei constitucional e portanto válida” versus “lei inconstitucional e portanto nula”.



Pela transparência
da gestão pública

Técnicas essas funcionalmente orientadas para preservar a utilidade das decisões dos Tribunais Constitucionais naqueles casos em que – pontifica Zagrebelsky – “a eliminação pura e simples da lei não remediaria a inconstitucionalidade, mas concorreria, paradoxalmente, a produzir resultados de inconstitucionalidade ainda mais grave”. (Gustavo ZAGREBELSKY e Valeria MARCENÒ. Giustizia Costituzionale. Bolonha: il Mulino, 2012, p. 338)

A interpretação conforme à Constituição insere-se plenamente nesse marco. Filia-se ao gênero das técnicas decisórias intermediárias, porquanto seu uso pressupõe e orienta-se pela função primordial de afastar a produção de resultados inconstitucionais. Para assim fazê-lo, a interpretação conforme à Constituição se vale da diferença entre texto e norma, nisso compreendidas distinções correlatas, como disposição e norma, texto legislativo e programa normativo etc. Pressuposto hermenêutico este que, de resto, fundamenta técnicas decisórias intermediárias congêneres, como a declaração parcial qualitativa de inconstitucionalidade.”³²

Defende-se que se confira **a seguinte interpretação ao item 29.4:** a concessionária não possui poder de aprovação, veto, ou qualquer outro tipo de decisão sobre a expansão e criação de loteamentos, ou sobre a política urbana estatuída no Plano Diretor do Município, sob pena de indevida ingerência do agente privado – nesse ponto reside a inconstitucionalidade do item do edital (art. 18, I e VII, e art. 182, § 1º, CF – **MAS** fica resguardado o direito de cômputo de tais expansões na averiguação do equilíbrio econômico do contrato. Trata-se de privilegiar, na verdade, as disposições da minuta que já preveem formas de averiguar e impugnar o equilíbrio ou falta dele, mecanismos que a concessionária já possuiria a seu dispor, seja através do Poder Judiciário, seja através da adoção do procedimento de arbitragem, devendo ser levada em consideração a verdadeira confusão que os documentos da Concorrência fazem acerca do instituto da arbitragem.

³² Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes-adi-re-eleicao.pdf>.



Caso contrário, na prática, o Município estaria cedendo e renunciando a sua soberania para agente particular, o que não possui guarida legal ou constitucional para tanto, como já visto.

Feitas estas considerações, *ad cautelam*, no caso de desconsideração dos argumentos anteriores sobre a anulação do procedimento da Concorrência nº 13/2022, requer-se que este Juízo realize a devida interpretação conforme a Constituição do item 29.4 do edital, fazendo prever que a concessionária não possui poder de aprovação, veto, ou qualquer outro tipo de decisão sobre a expansão e criação de loteamentos, ou sobre a política urbana estatuída no Plano Diretor do Município, sob pena de indevida ingerência do agente privado, ficando, contudo, resguardado o direito de cômputo de tais expansões na averiguação do equilíbrio econômico do contrato.

DA TUTELA DE URGÊNCIA: A NECESSÁRIA SUSPENSÃO DA CONCORRÊNCIA Nº 13/2022, DO MUNICÍPIO DE MARÍLIA

O art. 12, da Lei nº 7.347/1985, dispõe que “*poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.*” Nesse caso, estão presentes os requisitos da tutela de urgência do art. 300, do Código de Processo Civil.

Esta ação esmiuçou uma miríade de irregularidades, várias delas verificáveis de plano, daí decorrendo o *fumus boni iuris*:

1. A opacidade dos dados envolvendo balancetes e declaração de bens do DAEM durante um período considerável da vigência do edital da Concorrência nº 13/2022, desde ao menos 16 de dezembro de 2022, revela a quebra da necessária isonomia entre concorrentes que deve pautar o procedimento; a inexistência de realização de um estudo técnico preliminar, prevista no art. 6º, XX, e art. 18, I e § 1º, da Lei nº 14.133/2021 e no art. 11, da Lei nº 11.145/2007, que não se confunde com o Plano Diretor de Saneamento, não foi satisfeita; *ad cautelam*, diante da eventual improcedência dessas alegações, ainda sim seria o



**MARÍLIA
TRANSPARENTE**
Pela transparência
da gestão pública

Av. Carlos Gomes, 167 • Sala 41 • Edifício JB • Centro • Cep: 17501-000 • F: 14 3414-1444
CNPJ 08.462.288/0001-28 • e-mail: matra@matra.org.br • Marília - SP

caso de nulidade da Concorrência nº 13/2022 diante da ausência de regularidade do Plano Diretor de Saneamento em que se baseia;

2. Defende-se a anulação dos dispositivos do certame que preveem a remuneração da AMAE – Agência Municipal de Água e Esgoto, haja vista sua não compatibilidade com o art. 37, *caput*, da Constituição Federal; a anulação da Concorrência nº 13/2022, do Município de Marília, declarando-se, *incider tantum*, a inconstitucionalidade do art. 32, item 11, da Lei Complementar Municipal nº 938/2022, notadamente sua previsão de receita da agência reguladora advinda de taxa de fiscalização correspondente a 0,5% do faturamento da concessionária fiscalizada. Isso porque a previsão de financiamento da agência reguladora com receitas da empresa fiscaliza facilita o evento da captura regulatória, bem como viola o postulado constitucional da impessoalidade na Administração;

3. Há severas contradições impossíveis de solucionar entre o edital, contrato e regimento da concessão, as cláusulas do contrato e os demais documentos em anexo ao edital violam a regra do art. 151, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021; finalmente, nem lei, contrato, regulamento e edital especificam como seria realizado, e de fonte derivaria o dinheiro, o pagamento de tribunal arbitral em eventual discussão dos termos do contrato da concessão. Tudo isso serve como demonstrativo do porquê a Concorrência nº 13/2022 deve ser anulada.

4. Várias cláusulas tidas como essenciais pelo art. 10-A, da Lei nº 11.145/2007, não estão previstas pelo procedimento licitatório. Não há, por exemplo, metas de redução de perda de água, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados etc. O procedimento, edital e anexos, é silente sobre a indicação de outras fontes de receita pela concessionária. Também não há a previsão de fórmula de cálculo de indenização à concessionária em caso de não amortização de investimento ao final da concessão. Ainda, a matriz de riscos – ou a forma de repartição de riscos entre o Poder Concedente e a empresa –



Pela transparência
da gestão pública

é deveras opaca, tão somente listando os conceitos legais de força maior, caso fortuito, álea e fato do príncipe, mas deixando de descer às minúcias necessárias de um contrato bilionário do tipo;

5. Por fim, por mais que a contratação na modalidade integrada dispense a lavratura do projeto básico na fase preparatória do certame, não dispensa o anteprojeto, que inclusive serve de base para a propostas dos eventuais licitantes, o que viola a necessária isonomia que deve haver entre proponentes entre si.

Impende aqui mencionar que os conceitos de fumaça do bom direito e perigo da demora não perfazem conceitos estáticos, somando-se simplesmente entre si, tal como lembra MEDINA acerca da interação entre *fumus boni iuris* e *periculum in mora*:

“Os pressupostos para a concessão da liminar de urgência não são examinados separadamente e, depois, somados, como se estivesse diante de uma operação matemática. Há mútua influência, verdadeira interação entre eles.

[...]

A proeminência do *fumus* pode justificar a concessão da liminar, ainda que menos ostensivo o *periculum*, e vice-versa. Assim, os requisitos não são absolutamente independentes, mas se inter-relacionam.”³³

É digno de nota que, nos termos do edital, a abertura dos envelopes com as propostas ocorrerá em **21 de março às 09h00**. Dada a relevância dos argumentos aqui expostos, a suspensão do certame é necessária para que não sejam praticados atos que posteriormente venham a ser considerados nulos. Sob a ótica da eficiência da Administração e de seus atos, é preferível a suspensão do procedimento da Concorrência

³³ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.



nº 13/2022, do Município de Marília, até o julgamento desta ação, o que desde já fica requerido.

DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Expostos os fatos e argumentos, a autora postula:

(i) a citação e intimação do Município de Marília, na forma do art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.437/1992, para que se pronuncie sobre o pedido de concessão de tutela de urgência aqui formulado; e

(ii) a intimação do DAEM – Departamento de Água e Esgoto de Marília, para que se manifeste sobre seu interesse de ingresso na demanda, seja no polo ativo ou passivo, haja vista que eventual procedência atingirá necessariamente a esfera de direitos da autarquia;

(iii) após a oitiva do Município de Marília, a concessão de tutela de urgência, nos moldes do art. 300, do CPC, para suspender o procedimento da Concorrência nº 13/2022 até o julgamento desta ação civil pública.

No *mérito*, postula-se:

(i) a declaração e desconstituição do procedimento licitatório da Concorrência nº 13/2022, do Município de Marília, diante da opacidade dos dados envolvendo balancetes e declaração de bens do DAEM durante um período considerável da vigência do edital da Concorrência nº 13/2022, desde ao menos 16 de dezembro de 2022, revela a quebra da necessária isonomia entre concorrentes que deve pautar o procedimento; da exigência de realização de um estudo técnico preliminar, prevista no art. 6º, XX, e art. 18, I e § 1º, da Lei nº 14.133/2021 e no art. 11, da Lei nº 11.145/2007, que não se confunde com o Plano Diretor de Saneamento, não foi satisfeita; *ad cautelam*, diante da eventual



improcedência dessas alegações, ainda sim seria o caso de nulidade da Concorrência nº 13/2022 pela ausência de regularidade do Plano Diretor de Saneamento em que se baseia;

(ii) *ad cautelam*, alternativamente, a declaração e desconstituição do procedimento licitatório da Concorrência nº 13/2022, do Município de Marília, pela incompatibilidade com o art. 37, *caput*, CF, da remuneração de receitas a AMAE – Agência Municipal de Água e Esgoto; a anulação da Concorrência nº 13/2022, do Município de Marília, declarando-se, *incider tantum*, a inconstitucionalidade do art. 32, item 11, da Lei Complementar Municipal nº 938/2022, notadamente sua previsão de receita da agência reguladora advinda de taxa de fiscalização correspondente a 0,5% do faturamento da concessionária fiscalizada;

(iii) *ad cautelam*, alternativamente, a declaração e desconstituição do procedimento licitatório da Concorrência nº 13/2022, do Município de Marília, pela existência de severas contradições impossíveis de solucionar entre o edital, contrato e regimento da concessão, as cláusulas do contrato e os demais documentos em anexo ao edital violam a regra do art. 151, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021; finalmente, nem lei, contrato, regulamento e edital especificam como seria realizado, e de fonte derivaria o dinheiro, o pagamento de tribunal arbitral em eventual discussão dos termos do contrato da concessão;

(iv) *ad cautelam*, alternativamente, a declaração e desconstituição do procedimento licitatório da Concorrência nº 13/2022, do Município de Marília, pela ausência de cláusulas tidas como essenciais pelo art. 10-A, da Lei nº 11.145/2007;

(v) *ad cautelam*, alternativamente, a declaração e desconstituição do procedimento licitatório da Concorrência nº 13/2022, do Município de Marília, pela ausência de realização de anteprojeto na forma do art. 46, § 2º, da Lei nº 14.133/2021;

(vi) *ad cautelam*, alternativamente, requer-se que este Juízo realize a devida interpretação conforme a Constituição do item 29.4 do edital, fazendo prever que a concessionária não possui poder de aprovação, veto, ou qualquer outro tipo de decisão sobre a expansão e criação de loteamentos, ou sobre a política urbana estatuída no Plano Diretor do



Município, sob pena de indevida ingerência do agente privado, ficando, contudo, resguardado o direito de cômputo de tais expansões na averiguação do equilíbrio econômico do contrato.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.153.576.577,00 (um bilhão, cento e cinquenta e três milhões, quinhentos e setenta e seis mil e quinhentos e setenta e sete reais), montante conferido ao contrato pelo edital.

EM TEMPO: Requer-se o cadastro dos advogados Danilo Ferreira Bortoli, OAB/SP 409.024, e Jéssica Charamitara de Batista, OAB/SP 402.142, no sistema eSAJ, para recebimento de intimações dos atos processuais praticados, sob pena de nulidade e nos termos do art. 272, § 2º, do Código de Processo Civil.

Termos em que pede a procedência desta ação.

Marília, 27 de fevereiro de 2023.

DANILO FERREIRA BORTOLI
OAB/SP 409.024

JÉSSICA CHARAMITARA DE BATISTA
OAB/SP 402.142

RELAÇÃO DE DOCUMENTOS QUE ACOMPANHAM A INICIAL:

PROCURAÇÃO AD JUDICIA ET EXTRA;
 REGIMENTO INTERNO DA MATRA;
 ESTATUTO SOCIAL DA MATRA;
 EDITAL DE CONVOCAÇÃO PARA DELIBERAÇÃO SOBRE A PROPOSITURA DE ACP;
 ATA DA ASSEMBLEIA EXTRAORDINÁRIA APROVANDO A ACP;



ATA NOTARIAL REALIZADA PELA REQUERENTE APÓS IDENTIFICAR A AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES NO SITE DO DAEM;

LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 938/2022 – QUE AUTORIZA A CONCESSÃO DO SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO DO MUNICÍPIO DE MARÍLIA-SP;

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS PARA APROVAÇÃO DA LEI DE CONCESSÃO;

REVISÃO DO PLANO DIRETOR DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO DE MARÍLIA-SP (2019);

EDITAL DE CONCESSÃO – CONCORRÊNCIA 13/2022;

REGULAMENTO DA CONCESSÃO;

REGULAMENTO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS;

MINUTA DO CONTRATO DE CONCESSÃO;

RELATÓRIO DEMONSTRATIVO DO DAEM;

TERMO DE REFERÊNCIA DA LICITAÇÃO;

PLANO DIRETOR DO MUNICÍPIO DE MARÍLIA ATUAIZAÇÃO ATÉ 2019.