



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR CONSELHEIRO PRESIDENTE DO
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO – TCE/SP**

URGENTÍSSIMO - (Medida Cautelar)

IRREGULARIDADE EM EDITAL LICITATÓRIO e PEDIDO DE CAUTELAR REF.:
CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 013/2022

PROCESSO LICITATÓRIO LANÇADO PELO MUNICÍPIO DE MARÍLIA – SP.

**OBJETO: 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. INÍCIO DA SESSÃO
PÚBLICA: 14/12/2023 às 10:00h**

LUCIENE CAVALCANTE, Deputada Federal, solteira, inscrita no CPF/MF sob o n. 282.024.008-99, com endereço profissional na Câmara dos Deputados, Gabinete 617 - Anexo IV, Brasília - DF, CEP 70160-900, com e-mail contato@lucienecavalcante.com.br e **CARLOS GIANNAZI**, brasileiro, divorciado, Deputado Estadual pela Assembleia Legislativa de São Paulo, portador da cédula de identidade RG nº 9.826.481-7, inscrito no CPF/MF sob nº 034.199.458-84, com gabinete na Assembleia Legislativa de São Paulo, Av. Pedro Álvares Cabral, 201, Sala 1044, Ibirapuera, São Paulo - SP, vem, respeitosamente, por meio de sua advogada infra assinada, apresentar

PEDIDO DE EXAME PRÉVIO DE EDITAL c.c. PEDIDO DE CAUTELAR



nos termos do **item 10 do parágrafo único do art. 53 e art(s) 220 e seguintes do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Contas**, pelos relevantes fundamentos de fato e de direito que seguem:

I – DO BREVE RELATÓRIO

Trata-se de concorrência pública – 013/2021, cujo objeto é a Contratação de empresa especializada para concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgoto de Marília, Estado de São Paulo, pelo prazo de 35 (trinta e cinco) anos.

A sessão pública para selecionar a proposta vencedora está prevista para ocorrer em 14 de dezembro deste ano.

Todavia, Excelências, ao analisar os termos do Edital, a peticionante deparou-se com requisitos e condições que maculam a validade do certame e atentam contra normas constitucionais e infraconstitucionais regentes da espécie.

Inicialmente, aqui se faz um adendo, quanto à possibilidade de sindicarem o ato de acordo com os fundamentos aqui a serem expostos.

Isso porque é questão pacificada no âmbito do Tribunal de Contas da União e deve ser aqui por simetria observado o parâmetro, na medida em que cabe analisar a juridicidade do ato administrativo a ser examinado, sob a perspectiva de sua constitucionalidade e legalidade, conforme a Súmula do STF nº 347¹.

Feita esta digressão, o mérito, Nobres Julgadores, é que existem mácula insanável, dada a inobservância da ausência de participação de um órgão regulador previamente criado com a finalidade de estabelecer normas técnicas referentes ao setor, bem como esta teria de, além de existir previamente ao edital, também deveria existir anteriormente aos estudos prévios que embasam o edital aqui a ser examinado.

Além disso, outro aspecto a ser observado é o de que, apesar de a Lei Complementar Municipal nº 938/2022 que autorizou o Poder Executivo a conceder o serviço, objeto do edital examinado, também prever a transformação da autarquia executiva (DEPARTAMENTO DE ÁGUA E ESGOTO DE MARÍLIA – DAEM) em agência reguladora (AMAE), fato é que essa convocação necessita de um estatuto legal e

¹ “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público, podendo, assim, declarar a nulidade de qualquer ato e procedimento adotado em uma licitação que esteja em dissonância com seus preceitos, com a lei e, em especial com o art. 3º, § 1º, inciso I da Lei nº 8.666/93.”



específico, por força do art. 37, XIX da Constituição Federal, devendo estabelecer diretrizes que assegurem a total independência técnico-funcional, administrativa e financeiro-orçamentária do órgão, visto que este será o responsável por regular o setor nesta municipalidade, bem como fiscalizar a execução de eventual futuro contrato.

Em especial a necessidade de estabelecer órgão de caráter eminentemente técnico, com mandatos sem interferência, previsão orçamentária própria, estabelecimento de suas atribuições – o que a mencionada lei local concessiva do serviço não previu, conforme se exporá a seguir.

II – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1) DA CONDIÇÃO DE VALIDADE DE CONTRATO DE CONCESSÃO – NECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO PRÉVIA DE ÓRGÃO REGULADOR PARA FINS SINDICÂNCIA DOS ESTUDOS QUE FORMATARAM O PLANO DIRETOR, BEM COMO PARA FORMATAR NORMAS DE REGULAÇÃO ANTERIORES A PUBLICAÇÃO DO EDITAL – AUSENTE MARCO REGULATÓRIO LOCAL

O edital a ser examinado, tem em seu Termo de Referência da Concessão, o Plano Diretor dos Sistemas de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário, cuja autoria foi de responsabilidade técnica da empresa Pezzi Consultoria e Projetos Ltda. e editado pelo DAEM – Departamento de Água e Esgoto de Marília, maio de 2019 (vide anexo 8 do edital).

Esse plano diretor pressupõe a realização de estudos técnicos para justamente realizar devidamente as balizas necessárias para estabelecer o adequado serviço de saneamento no município.

Trata-se de uma empresa privada contratada pelo administrador público municipal da época, sendo que tal plano não teve um acompanhamento técnico e fiscalizatório de um órgão habilitado para tanto, o que este papel é realizado exclusivamente pelas agências reguladoras.



Perceba que aqui não se trata de afirmar somente que não há uma agência para regular e fiscalizar os serviços a serem concedidos, conforme estabelece o artigo 11, inciso III, da Lei Federal n.º 11.445/2007.

A questão é pela necessidade de existência de uma entidade regulatória prévia desta espécie anterior à publicação do edital, para dar validade ao respectivo contrato.

A ausência de uma agência reguladora sem participar dos estudos de viabilidade para a realização de um serviço adequado, com modicidade tarifária, e atingir o escopo da universalização do serviço, assim como também ter subsídios para confeccionar normas instrutivas para a execução do contrato de concessão e também estabelecer as diretrizes da política tarifária a reger as respectivas prestações do concedido e a contraprestação do usuário-consumidor, se afigura essencial para a validade e eficácia do futuro contrato.

A Lei 11.445/07 – a qual estabelece as diretrizes para o saneamento básico – , entre outras formalidades, impõe que são condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico **a existência de norma de regulação que prevejam os meios para cumprimento das diretrizes dessa lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização.** Veja os art. 11 da citada lei:

Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

I - a existência de plano de saneamento básico;

II - 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; (Redação dada pela Medida Provisória nº 844, de 2018)

III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;

IV - a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato.

§ 10 Os planos de investimentos e os projetos relativos ao contrato deverão ser compatíveis com o respectivo plano de saneamento básico.



§ 2º Nos casos de serviços prestados mediante contratos de concessão ou de programa, as normas previstas no inciso III do caput deste artigo deverão prever:

I - a autorização para a contratação dos serviços, indicando os respectivos prazos e a área a ser atendida;

II - a inclusão, no contrato, das metas progressivas e graduais de expansão dos serviços, de qualidade, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, em conformidade com os serviços a serem prestados;

III - as prioridades de ação, compatíveis com as metas estabelecidas;

Veja que não basta meramente prever a criação do órgão regulador por meio ato normativo primário (que, quanto este aspecto, é dúbia sua constitucionalidade e legalidade, mas isto que será posto em tópico seguinte), que estaria suprida tal questão.

Isso porque, como dito, tal ente regulador se faz necessário – como *conditio sine qua non* – na fase prévia à confecção e publicação do edital, justamente para possibilitar a análise técnica dos estudos prévios para confecção das diretrizes necessárias que integrarão o plano diretor local que, obviamente refletirá diretamente na edição das regras editalícias e cláusulas contratuais de uma concessão que se venha a pretender fazer.

Isso porque as normas técnicas impactariam em todos os aspectos do serviço, como por exemplo, no que diz respeito à imposição de prazos de atendimento, metas progressivas e graduais de expansão dos serviços de qualidade, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, entre outros aspectos.

Importante destacar que essa regulação que está a se falar não é aquela emanada da Lei 14.133/2020 que instituiu o novo marco regulatório.

Essa lei federal apenas editou as normas gerais que os demais entes da federação devem observar.

Dado o nosso o sistema federativo, decerto os demais entes federativos não estão desobrigados de editarem seus respectivos marcos regulatórios, visto as peculiaridades regionais e locais que lhe são pertinentes.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União em reunião de seu Plenário, já se debruçou sobre a questão e assim acordaram – **Acórdão 2051/2015**:



“Compete às agências reguladoras estaduais e municipais a regulação econômica dos contratos de concessão de serviços públicos de saneamento, bem como a apuração dos equilíbrios econômico-financeiros. Cabe aos tribunais de contas estaduais ou municipais o controle externo sobre esses contratos.”

Assim, nessa perspectiva, verifica-se que dentro da lógica federativa brasileira, cabe aos órgãos de regulação estadual ou municipais – a depender de qual ente federativo detém o poder concedente, por meio de um ente regulador de índole técnica – realizar a supervisão do respectivo contrato a ser executado pela contratada.

Todavia, a questão é a preexistência de uma entidade reguladora para fincar as bases e horizontes para que o respectivo poder concedente possa concedê-lo.

Nessa linha de raciocínio, a Lei Federal n.º 11.445/2007 que disciplina o assunto, traz:

Art. 22. São objetivos da regulação:

I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários;

II - garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas;

III - prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 844, de 2018)

IV - definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos quanto a modicidade tarifária, por meio de mecanismos que induzam a eficiência e a eficácia dos serviços e que permitam o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários. (Redação dada pela Medida Provisória nº 844, de 2018)

Art. 23. A entidade reguladora editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos:

I - padrões e indicadores de qualidade da prestação dos serviços;

II - requisitos operacionais e de manutenção dos sistemas;



III - as metas progressivas de expansão e de qualidade dos serviços e os respectivos prazos;

IV - regime, estrutura e níveis tarifários, bem como os procedimentos e prazos de sua fixação, reajuste e revisão;

V - medição, faturamento e cobrança de serviços;

VI - monitoramento dos custos, quando aplicável; (Redação dada pela Medida Provisória nº 844, de 2018)

VII - avaliação da eficiência e eficácia dos serviços prestados;

VIII - plano de contas e mecanismos de informação, auditoria e certificação;

IX - subsídios tarifários e não tarifários;

X - padrões de atendimento ao público e mecanismos de participação e informação;

XI - medidas de segurança, de contingência e de emergência, inclusive quanto a racionamento; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 844, de 2018) XII – (VETADO).

XIII - diretrizes para a redução progressiva da perda de água. (Incluído pela Medida Provisória nº 844, de 2018)

§ 1º A regulação de serviços públicos de saneamento básico poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora e o ato de delegação explicitará a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas. (Redação dada pela Medida Provisória nº 844, de 2018)

§ 2º As normas a que se refere o caput deste artigo fixarão prazo para os prestadores de serviços comunicarem aos usuários as providências adotadas em face de queixas ou de reclamações relativas aos serviços.

§ 3º As entidades fiscalizadoras deverão receber e se manifestar conclusivamente sobre as reclamações que, a juízo do interessado, não tenham sido suficientemente atendidas pelos prestadores dos serviços.

§ 4º No estabelecimento de metas, indicadores e métodos de monitoramento, poderá ser utilizada a comparação do desempenho de diferentes prestadores de serviços. (Incluído pela Medida Provisória nº 844, de 2018)



Art. 25. Os prestadores de serviços públicos de saneamento básico deverão fornecer à entidade reguladora todos os dados e informações necessários para o desempenho de suas atividades, na forma das normas legais, regulamentares e contratuais.

§ 10 Incluem-se entre os dados e informações a que se refere o caput deste artigo aquelas produzidas por empresas ou profissionais contratados para executar serviços ou fornecer materiais e equipamentos específicos.

§ 20 Compreendem-se nas atividades de regulação dos serviços de saneamento básico a interpretação e a fixação de critérios para a fiel execução dos contratos, dos serviços e para a correta administração de subsídios.

Por isso, a razão da norma em estabelecer a necessidade de um ente com essas características, para editar todo o marco regulatório local, que será, inclusive, o norteador do serviço a ser concedido.

Inclusive, esse marco regulatório local também seria a bússola para fins de edição das normas do edital e respectiva minuta contratual.

O Órgão Regulador deve participar de todos os estudos prévios ao certame, inclusive, para avaliar as dimensões e possibilidades do objeto que se pretende conceder e os resultados almejados.

Não é sem razão que a Lei em comento estabeleceu objetivos da regulação – dos quais se destacam o estabelecimento de padrões e normas visando à adequada prestação dos serviços, o cumprimento das condições e metas estabelecidas, a prevenção e repressão ao abuso do poder econômico e a política tarifária.

No mesmo sentido encontra-se a obrigação de que a concessionária deverá fornecer à entidade reguladora todos os dados e informações necessárias à avaliação do desempenho da sua atividade.

Todos esses elementos apontam para a existência de um sistema de concessão e controle onde o órgão regulador possui importância vital e, de tal sorte, a futura concessionária – vencedora do certame - somente poderia se submeter às regras estabelecidas, sem questionamentos, se no instrumento convocatório já houvesse definição previa de tais condições.

Enfim, se a minuta do contrato faz parte do instrumento convocatório, não se admite validade à concorrência sem tais elementos estejam previamente constituídos.



Veja o entendimento deste Nobríssimo Tribunal, nos procedimentos de exame prévio de edital n.º(s) 00017366.989.21-8, 00017686.989.21-1, 00017775.989.21-3, 00017857.989.21-4, 00018042.989.21-0 e 00018046.989.21-6 - Exame Prévio de Edital, cuja interessada foi a Prefeitura Municipal de Suzano, ementa a qual se reproduz:

“EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. CONCESSÃO ADMINISTRATIVA. ART 28 DA LEI 11079/04. NORMA QUE SE DIRIGE À UNIÃO FEDERAL. LIMITE DE COMPROMETIMENTO DE RECEITAS. ANÁLISE PREJUDICADA. RITO PRÓPRIO. CONTAS ANUAIS. AGÊNCIA REGULADORA. CONDIÇÃO DE VALIDADE. NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO. PLANILHA ORÇAMENTÁRIA DETALHADA. ORÇAMENTO BÁSICO. CONCESSÃO. CONTA E RISCO DO PARTICULAR. PARCIALMENTE PROCEDENTE.”

Logo, o edital padece de vício insanável, devendo ser anulado por ilegalidade, porquanto a Representada estabeleceu que a definição da Agência Reguladora terá lugar por ocasião da assinatura do futuro contrato de concessão.

A ilegalidade destacada atrai para si, inerentemente, outros pontos técnicos mencionados, visto estarem intrinsecamente relacionados aos estudos prévios frente as regras que deveriam ser estabelecidas pela Agência Reguladora para quista concessão, os quais não podem prevalecer, na medida em que, deverão ser revistos, ante a falta de um ente técnico que emitisse um marco regulatório local para syndicar todas as exigências do serviço, como exemplificado, expõe-se: o cumprimento das condições e metas estabelecidas, a prevenção e repressão ao abuso do poder econômico e a política tarifária, pagamento de outorga mínima, a execução de obras necessárias ao sistema, a certeza sobre a taxa de regulação e fiscalização, a definição de revisão pelas alterações periódicas do Plano Municipal de Saneamento Básico, a definição do valor do contrato e a taxa de retorno.

Por fim, destaca-se que apesar de agência reguladora estar prevista na norma municipal concessiva do serviço, na formatação jurídica que se encontra ela é inconstitucional, porquanto, inviabiliza a concessão pretendida.

É que o motivo é simples, todavia, estrondoso, dado seu vício insanável: falta uma condição de validade de eventual contrato de concessão.



Logo, não há motivos plausíveis para que a municipalidade insista em levar o presente processo licitatório adiante sem que haja uma Agência Reguladora efetivamente designada para acompanhar o certame como um todo (e não apenas para cumprir uma formalidade no ato de assinatura do Contrato de Concessão)”.
2) DA AUSÊNCIA DE ESTATUTO LEGAL ESPECÍFICO DA AGÊNCIA REGULADORA

2) DA AUSÊNCIA DE ESTATUTO LEGAL ESPECÍFICO DA AGÊNCIA REGULADORA

Por fim, destaca-se que apesar de a agência reguladora estar prevista na norma municipal concessiva do serviço, na formatação jurídica que se encontra ela é inconstitucional.

Isso porque o art. 37, XIX da Constituição Federal prevê:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

(...)

*XIX - **somente por lei específica poderá ser criada autarquia** e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)*

A *ratio* normativa se dá em virtude justamente porque se faz necessário estabelecer todo o regramento relativo a delegação de poder que se pretende.

É o *ius imperi* que o Estado está faccionando a um ente especializado para promover um serviço de maneira delegada.



Ademais, em se tratando de uma agência reguladora em que possui capacitação técnica distinta, inclusive, com deferência administrativa no Judiciário, dadas as suas peculiaridades de ordem técnica, e que visa syndicar contrato administrativo e estabelecer as diretrizes à relação concessionária e usuário-consumidor, somente um estatuto próprio, com regras de atribuições técnicas definidas, regras de investidura e prazo de mandato fixo aos dirigentes, instituição de orçamento próprio, autonomia financeira e administrativa, tornam possíveis a realização de seu objeto.

Nesse passo, verifica-se que ausência da criação ou transformação por meio de estatuto próprio, dando as “garantias” de autonomia técnica, administrativa, financeira-orçamentária – o que não se evidencia no quadro atual – o ponto relativo a agência reguladora está vinculado a vício insanável e, por isso, é causa prejudicial ao processo licitatório em questão.

III – DO PEDIDO

Diante do exposto, requer:

- a) A concessão de suspensão imediata do processo licitatório nº 13/2022, nos termos do item 10 do parágrafo único do artigo 53 do regimento interno;
- b) Após, caso o Nobre Relator entenda necessário, que solicite informações necessárias à representada, para melhor subsidiar a sua convicção e de seus pares sobre o alegado;
- c) Ao final, que confirme que declare a nulidade insanável do processo licitatório, sob os fundamentos de que não há **CONDIÇÃO DE VALIDADE DE CONTRATO DE CONCESSÃO RELATIVA À EXISTÊNCIA PRÉVIA DE ÓRGÃO REGULADOR PARA FINS SINDICÂNCIA DOS ESTUDOS QUE FORMATARAM O PLANO DIRETOR, BEM COMO PARA FORMATAR NORMAS DE REGULAÇÃO ANTERIORES A PUBLICAÇÃO DO EDITAL E MINUTA CONTRATUAL, EM VIRTUDE DA AUSÊNCIA DE MARCO**



**REGULATÓRIO LOCAL E TAMBÉM POR FALTA DE ESTATUTO LEGAL
ESPECÍFICO DA AGÊNCIA REGULADORA EM QUESTÃO.**

Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo, 30 de novembro de 2023.

BEATRIZ HERNANDES BRANCO

OAB/SP 377.972