

Ao Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública de Marília

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 Avenida Carlos Gomes, 167, Edifício JB, Sala 41, Centro, na cidade de Marília, estado de São Paulo, CEP 17501-280, por seu representante legal, seu Presidente, Walter Antônio de Freitas, portador da Cédula de Identidade RG nº 97.353.56-5 SSP SP, residente e domiciliado na Avenida Jesus Montolar Pelissel, 880, nesta cidade de Marília, estado de São Paulo, CEP 17519-211, vem propor esta

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

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, ente de direito público interno, inscrito perante o CNPJ 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.

AS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS

1. É fato público e notório que o Município de Marília deu início ao procedimento da Concorrência nº 13/2022, em 16 de dezembro daquele ano, objetivando, nos termos do primeiro edital, *"a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário nas áreas urbanizadas de Marília, no prazo de 35 (trinta e cinco) anos."*
2. Desde então, a iniciativa foi alvo de críticas, impugnações judiciais e administrativas, tanto nos autos do próprio procedimento quanto perante o Tribunal de Contas do Estado, por empresas interessadas no certame e, também, por demais cidadãos.
3. A licitação foi primeiro suspensa por ordem da Corte de Contas do Estado de São Paulo, em procedimento de análise prévia de edital¹, em decisão datada de 21 de junho de 2023. Posteriormente, essa Vara da Fazenda Pública deferiu liminares também ordenando a suspensão, nos autos do mandado de segurança nº 1003815-23.2023.8.26.0344, impetrado pela Telar Engenharia e Comércio LTDA.; e na ACP, feito nº 1002814-03.2023.8.26.0344, proposta por esta OSCIP MATRA – Marília Transparente.
4. Em sentença de 30 de agosto de 2023, esse Juízo julgou parcialmente procedente a demanda coletiva proposta pela OSCIP, vindo a anular o procedimento do certame. Contudo, ao mesmo tempo, autorizou a municipalidade a retomar o seu andamento, desde que o futuro edital fosse corrigido à luz do quanto decidido na sentença, mormente em obediência aos apontamentos do Tribunal de Contas do Estado.
5. Poucos dias após a decisão ter sido exarada, o Executivo municipal publicizou, via Diário Oficial, que retomaria a licitação. Designou a data de 14 de dezembro de 2023, às 09h00, para a sessão

¹ Procedimentos TC-006240.989.23-6; TC-006281.989.23-6; TC-006686.989.23-7; TC-006886.989.23-5; e TC-006890.989.23-9.

de abertura e verificação de propostas. Só depois, contudo, é que o edital e os anexos foram disponibilizados no sítio eletrônico destinado ao acompanhamento da licitação². Em 11 de dezembro, contudo, a própria Prefeitura suspendeu o certame alegando a necessidade de análise do feito em conformidade com a decisão do TCE³.

6. Encerrado o suposto período de revisão, o Município publicou novo edital na data de 22 de dezembro de 2023, junto com anexos também supostamente revisados. Depois de uma pequena correção sobre a data para abertura de propostas, foi designado o dia de 29 de fevereiro de 2024, às 09h00, para tanto.

RESUMO DA PRETENSÃO

7. Esta ação civil pública defende que a licitação, tal como lançada pelo Município de Marília, não reúne condições de prosseguir - e que, inclusive em seu âmago, sequer poderia ter iniciado. Além dos vícios já

² O edital e seus anexos vieram a ser disponibilizados em 11 de setembro de 2023, às 14h37, no sítio eletrônico <https://www.marilia.sp.gov.br/portal/editais/0/1/5409/>.

³ "Considerando o aparente desatendimento de alguns pontos da decisão proferida pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo em sessão do dia 21/06/2023, através do Tribunal Pleno - SEÇÃO MUNICIPAL, Exame Prévio de Edital - Referendo e Julgamento. M-001: TC-006240.989.23-6; TC-006281.989.23-6; TC-006686.989.23-7; TC-006886.989.23-5; e TC-006890.989.23-9, a exemplo da adequação do item 10.2 da minuta de contrato integrante do edital; faz-se necessária uma nova revisão, com maior acuidade dos atos administrativos.

DECIDO pela SUSPENSÃO SINE DIE do certame licitatório objeto da Concorrência no 013/2022, tendo como princípios a eficiência, a probidade administrativa e o interesse público.

Publique-se.

Marília, 06 de dezembro de 2023".

enfrentados e diagnosticados tanto por essa Vara da Fazenda Pública, bem como pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, o procedimento licitatório padece de um vício insanável - especificamente a ausência de condições de validade do contrato de prestação de serviços de saneamento básico mencionadas no art. 11, III, do Marco de Saneamento (Lei nº 11.445/2007).

8. O art. 11, III, estabelece duas condições de validade para contratos de concessão do tipo: (i) que exista uma prévia entidade de regulação e fiscalização (a agência reguladora) responsável pela expedição das normas regulatória e pela condução do processo licitatório, bem como (ii) a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes estabelecidas na mesma legislação.

9. Contudo, nenhuma das condições foi satisfeita quando Marília procedeu à abertura da Concorrência aqui combatida. Isso porque, quando a licitação foi deflagrada, a agência reguladora não havia sido criada para o fim de expedir as normas de regulação e, inclusive, para conduzir o processo licitatório. Um erro induzido, ainda, pelo próprio legislador municipal, já que a lei aprovada autorizou a concessão dos serviços à iniciativa privada, mas, ao mesmo tempo, tratou de vários outros assuntos inerentes ao saneamento básico. Projetou, para um cenário futuro, a criação de uma agência reguladora, que só virá ao mundo após a transfiguração do DAEM, depois da “expedição da Ordem de Serviço para a Concessionária contratada” (art. 31, § § 1º, 2º, da Lei Complementar Municipal nº 938, de 2022). Com isso, as normas de regulação mencionadas pelo art. 11, III, do Marco do Saneamento, foram empurradas para a parte final do processo de licitação.

10. Há um vício ainda mais grave, contudo. A Lei Complementar Municipal nº 938 autoriza a transformação do DAEM numa autarquia reguladora, a AMAE. Porém, o art. 31 dessa lei é inconstitucional. É que o art. 37, XIX, da Constituição Federal, exige lei específica para tal criação. Requisito que a lei local não tem, já que ela cuida de vários outros temas, inclusive de instituição da Política Municipal de Saneamento Básico; da autorização da concessão, etc. E isso constitui

um forte obstáculo ao cumprimento da condição estabelecida pelo art. 11, III, da Lei 11.445.

11. Há ainda mais. Da forma com que se encontra projetada a criação da AMAE, a Agência Municipal de Água e Esgoto, ela jamais poderia ser considerada - seriamente, diga-se - uma agência reguladora. Historicamente falando, o DAEM, que nela será transformado, foi criado pela Lei nº 1.369, de 13 de dezembro de 1966, para ser uma autarquia simples, sob regime comum, e continuou a sê-lo com o advento da Lei nº 3.926, de 1993⁴. E é essa insuficiente natureza de autarquia simples, que será herdada pela agência local, logo após a expedição da ordem de serviço à empresa vencedora da licitação, em que se incute uma das ilegalidades aqui detectadas.

12. Em suma: o DAEM deixará de existir para dar lugar à “Agência Municipal de Água e Esgoto”, a AMAE, isso com funções e objetivos inéditos, nos termos do art. 31, §§ 1º, 2º, da Lei Complementar nº 938. E isso quer dizer que, dessa metamorfose, apenas surgirá uma nova autarquia, com nome, objetivos e funções até então inexistentes no Município de Marília. Porém, diga-se, com o “DNA” do DAEM, ou seja, será repetida a mesma natureza jurídica de autarquia simples, em regime comum.

13. Diferentemente de outras manifestações, sejam elas judiciais ou administrativas contra a Concorrência nº 13, de 2022, esta ação civil pública detecta um vício que precede até mesmo a abertura do procedimento externo da licitação. Ele diz respeito, na verdade, à própria legislação que dá amparo às medidas tomadas pelo Município, incluindo aí a expedição de edital. Trata-se de verificar que, de acordo com a atual autorização legislativa, a Concorrência nº 13, de 2022, é irregular em seu âmago - ora porque embasada em lei inconstitucional, ora porque o desenho institucional da AMAE, de acordo com essa mesma lei municipal, em nada apresenta as características de uma agência reguladora - autonomia decisória financeira, ser autarquia em regime especial, entre outros pontos que serão mais bem detalhados

⁴ Editada justamente para reger a sua estrutura organizacional, atribuições e atividades.

ao longo da petição inicial. Eis, em suma, o que será exposto nesta ação civil pública. Antes, contudo, é de bom alvitre fincar a legitimidade da MATRA para o aforamento desta ação.

DA LEGITIMIDADE DA MATRA

14. 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.”

15. 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 ilicitudes praticadas por todo e qualquer agente público ou político” (art. 1º, VIII).

16. 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.

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

capitaneada pela entidade⁵. O trabalho da MATRA 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 Paulo por mais de uma vez⁶. Tem, ainda, fiscalizado a implementação da Lei de Dados Abertos na administração municipal, fato coberto pela imprensa local⁷. 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, a legitimidade e a pertinência temática dessa OSCIP foram reconhecidas por essa Vara da Fazenda Pública quando do julgamento de ação civil pública anteriormente aforada pela MATRA, feito nº 1002814-03.2023.8.26.0344.

18. Mais do que – utilizando-se da linguagem da jurisprudência do STF –, pertinência temática e legitimação estatutária para aforar ação civil pública, a associação autora possui representação adequada⁸ para a defesa de direitos metaindividuais na concepção da doutrina de processo coletivo, dada a atuação destacada e já mencionada da entidade, como visto.

⁵ Primeira Semana da Transparência marca início de uma nova etapa da atividade do controle social em Marília. 16 de outubro de 2022. Disponível em: <https://matra.org.br/primeira-semana-da-transparencia-marca-inicio-de-uma-nova-etapa-na-atividade-do-controle-social-em-marilia/>.

⁶ 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-vao-continuar-insistindo-nas-irregularidades/>.

⁷ 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/>.

⁸ Conceito visto em: ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Curso de Processo Civil Coletivo. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 278.

19. 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.”⁹

20. Por fim, esta petição inicial é instruída com a competente autorização dos membros, dada em assembleia geral extraordinária realizada na data de 20 de fevereiro de 2024,, de forma a cumprir com o requisito formal estabelecido pelo STF no julgamento do RE 573.232¹⁰.

21. Passa-se, portanto, a explicitar as ilegalidades ora detectadas.

OS FUNDAMENTOS

Os fundamentos constitucionais do saneamento básico e do imperativo da regulação nos contratos de concessão.

22. Na topologia constitucional, o tema do saneamento básico é mencionado várias vezes. O art. 21, XX, diz que compete à União “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”. Diante do art. 23, IX, é competência comum dos entes federativos “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de

⁹ STJ, REsp 667.939/SC, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 20.03.2007, DJ 13.08.2007.

¹⁰ “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.”

saneamento básico". E o tema do saneamento reflete diretamente em direitos fundamentais e sociais previstos na Constituição, como a vida, a saúde, o meio ambiente equilibrado, nos termos do art. 5º e art. 6º; e também se reflete nos objetivos da República (art. 3º). É através de condições mínimas de dignidade, fornecidas por acesso à água potável e ao esgotamento sanitário, que se procede à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que se garante o desenvolvimento nacional, bem como se erradica a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais.

23. Sendo o Estado, nos termos do art. 174 da Constituição Federal, "agente normativo e regulador da atividade econômica", e sendo o abastecimento de água e esgotamento sanitário atividade tipicamente estatal, a Lei nº 11.445, de 2007, exige a presença de uma agência reguladora para que se viabilize a concessão de tais serviços de tamanha importância. Afinal, é da eficiência destes serviços que dependem a queda da mortalidade infantil, a redução da incidência de doenças de veiculação hídrica e, via de consequência, diminuição de custos com saúde pública em geral.

24. A ideia subjacente à criação de agências reguladoras é a de manter afastada da possibilidade de manipulação político-eleitoral, da influência dos grandes conglomerados empresariais e, ainda, para tornar mais ágil e técnico o trato das questões governamentais e de interesse público. E é nesse contexto que se evidencia a importância de tais entes.

25. Mais do que nunca, então, é preciso que se faça valer a interpretação que melhor atende aos fins sociais a que as normas de regência do tema ora tratado se dirigem e, principalmente, à luz dos objetivos fundamentais da República do art. 3º, da Constituição.

1. Prévia existência de agência reguladora. Inocorrência: inconstitucionalidade formal da norma instituidora da Agência Municipal de Água e Esgoto (AMAE). Exigência de lei específica.

26. A Lei Complementar Municipal nº 938, de 2022, determinou a transformação do DAEM, o Departamento de Água e Esgoto de Marília, na autarquia municipal intitulada Agência Municipal de Água e Esgoto, a AMAE, nos termos do art. 31, §§ 1ª, 2º) para funcionar como agência reguladora para os fins do art. 11, III, da Lei nº 11.445, de 2007.

27. Com isso, o DAEM deixará de existir para dar lugar a uma nova autarquia, com estatuto próprio, novo nome e novas funções (regulatórias e fiscalizatórias). E o destino dos atuais servidores é incerto (com as possibilidades ditadas pelo art. 33 e seguintes da referida lei municipal)¹¹.

28. Contudo, a lei local cuidou de vários temas - não somente da criação da autarquia AMAE -, consoante ela própria assim declara em seu cabeçalho:

¹¹ “Art. 33. Será organizado pela AMAE em comum acordo com a concessionária, no período de 60 (sessenta) dias, o plano de reestruturação do quadro dos trabalhadores, sendo-lhes oferecidas as seguintes opções:

a) Aproveitamento na empresa concessionária, mediante seleção funcional, em

processo admissional convencional, seguido de pedido de exoneração do servidor e sua contratação em regime de CLT.

b) Plano de demissão voluntária, com oferta de verba indenizatória adicional, tendo em conta a situação de tempo de trabalho restante para aposentadoria previsível.

c) Permanecer na agência reguladora, hipótese em que poderá ser colocado à

disposição de outros órgãos públicos municipais e ficando o órgão concessionário obrigado a reembolsar a agência reguladora de todas as parcelas efetivamente pagas ao servidor disponibilizado, inclusive encargos sociais.”

“INSTITUI A POLÍTICA MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO – PMSB; AUTORIZA A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO: TRANSFORMA O DEPARTAMENTO DE ÁGUA E ESGOTO DE MARÍLIA - DAEM EM AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS MUNICIPAIS DE SANEAMENTO BÁSICO. PASSANDO A SER DENOMINADA AGÊNCIA MUNICIPAL DE ÁGUA E ESGOTO - AMAE; E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”.

29. Por outro lado, a Constituição Federal exige que autarquias sejam instituídas somente por lei específica. É o que define o art. 37, XIX:

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;

30. A expressão ‘lei específica’, empregada no texto constitucional, significa lei detalhada e precisa, que trata exclusivamente da criação da autarquia. Significa dizer, primeiramente, que essa lei, por ser específica, deve ser dedicada exclusivamente à autarquia em questão, sem tratar de outros assuntos como erroneamente fez a Lei Complementar nº 938/2022. E mais: Significa, também, que ela deve conter informações detalhadas sobre a natureza, competências, atribuições, organização, funcionamento e finalidade da autarquia a ser criada, além de obedecer aos princípios constitucionais, como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

31. Por não ser específica, porém, ao determinar a criação de uma nova autarquia, o art. 31, caput, e § 2º, macula o princípio da legalidade, além de afrontar igualmente o art. 37, XIX, da Constituição. Daí a inconstitucionalidade da lei local criadora da AMAE. Desse modo, deve ser anulada a licitação, afastando-se *incidenter tantum* a eficácia do art. 31, § 1º, 2º, da LCM 928/2022.

2. Prévia indicação de agência reguladora. Inocorrência. Ausência de normas de regulação que prevejam os meios

para o cumprimento das diretrizes impostas pela Lei nº 11.445/2007 (Marco do Saneamento). Condições de validade do contrato inexistentes.

32. A premissa de raciocínio que ora se impõe é a de que constitui condição de validade dos contratos de concessão a existência de uma agência reguladora que estabeleça, previamente, as normas de regulação e conduza a própria licitação.

33. 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.

34. 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].

35. 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.

36. 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.”

37. Citando Moreno Molina, o Ministro Fachin enumera os requisitos para a independência de uma agência reguladora: “1) imparcialidade resolutória; 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, Ángel Manuel. La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 176.)”

38. Fala-se, na doutrina administrativa¹², sobre a imparcialidade qualificada, esse verdadeiro *plus* normativo em relação à imparcialidade que é necessária para a consecução do interesse

¹² “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)

público, dado o clássico manejo de interesses conflitantes com os quais a agência reguladora deve lidar.

39. Dito isso, o art. 11, III, do Marco Legal do Saneamento, impõe como condição de validade de contratos de concessão na área a prévia indicação de uma agência reguladora, bem como a efetiva normativa a ser aplicada na fiscalização do contrato. No entanto, a LCM 938 caminhou em sentido contrário. Isso porque a Agência Municipal de Água e Esgoto, ainda nascitura, nem se encontra em atividade para proceder às regulações prévias necessárias, e conduzir o procedimento licitatório. Ou seja, no momento em que ela virá ao mundo não disporá de capacidade técnica necessária para os fins a que se destina.

40. Constitui regra de hermenêutica aquela segundo a qual a legislação não contém palavras inúteis. Portanto, ao exigir indicação de agência reguladora, o art. 11, III, como condição de validade do contrato de concessão, o legislador não faz uma mera recomendação ao Poder concedente. Ademais, sob pena de pleonasmos, uma agência reguladora tem o objetivo de regular, previamente, e fiscalizar a correta execução dessa política pública e de forma concreta. E, para tanto, ela deve estar dotada, inclusive, de poderes para aplicar punição caso o prestador de serviços se afaste das metas fixadas. Isso tudo, contudo, deve estar detalhado na lei específica criadora da agência.

41. É oportuno aqui lembrar aqui uma página infeliz de nossa história recente: especialistas concordam que, se não fosse a presença efetiva, firme, destemida e independente de uma agência reguladora - especificamente, a ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária), por ocasião da pandemia de COVID-19 (coronavírus), que até o final de 2021 havia produzido 619.056 óbitos¹³, as proporções dessa tragédia teriam sido muito maiores. Na época dos fatos, a opção política do governo federal era pela ampla distribuição do que se convencionou chamar de 'kit COVID', em que se indicava o uso de hidroxiquina, cloroquina, azitromicina e ivermectina em detrimento da vacina já

¹³ CNN, 1/1/22, disponível em 24/01/2024 em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/brasil-encerra-2021-com-412-880-mortes-por-covid-19/>

disponível no mercado para o enfrentamento do problema¹⁴. Porém, a alta qualidade do trabalho desenvolvido pela agência, foi notória e pode ser lembrada no relatório intitulado “500 dias de ações da ANVISA no enfrentamento da COVID-19”.¹⁵

42. Fácil é compreender as razões da Lei nº 11.445 ter estabelecido, em seu art. 11, um extenso rol de “condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico”. Setor esse, cuja essencialidade e lucratividade despertam a atenção do grande capital.¹⁶

¹⁴ COFEN – Conselho Federal de Enfermagem, Coren-RO solicita providências ao MP sobre a lei do “kit covid”, disponível em: <https://www.cofen.gov.br/coren-ro-solicita-providencias-ao-mp-sobre-a-lei-do-kit-covid/>

¹⁵ ANVISA, 500 DIAS de Ações da ANVISA no enfrentamento da Covid – 19. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/centraisdeconteudo/publicacoes/gestao/relatorios-de-gestao/relatorio-sobre-os-500-dias-de-acoes-da-anvisa-no-enfrentamento-a-covid-19>

¹⁶ 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.

§ 1º 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:

43. O foco desta ação consiste, porém, na obrigatoriedade da designação prévia e efetiva da entidade de regulação e de fiscalização (uma agência reguladora, portanto, que tenha expedido as normas de regulação referidas no art. 11, III).

44. Entretanto, por entidades de regulação e fiscalização devemos entender agências reguladoras, que são autarquias especiais¹⁷, com poder normativo técnico e caracterizadas pela ausência de tutela e de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira, pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas disposições da Lei Federal nº 13.848, de 2019 (basicamente, o Marco das Agências Reguladoras).

45. A propósito da atividade regulatória dessas agências, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro que: “A função de regular significa, no caso, organizar determinado setor afeto à agência, bem como controlar as entidades que atuam nesse setor.” E que, nas palavras de Calixto Salomão Filho, a regulação, em sentido amplo, “engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do

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;

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos, Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: 2007, Lumen Juris, p. 422, citado por NOTARO, Camila Antunes, in, “D18 – 08 AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO À LUZ DA LEI Nº 11.445/07. Disponível em 17/01/2024 em:

<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/d18-08-as-agencias-reguladoras-e-o-servico-publico-de-saneamento-basico-a-luz-da-lei-no-11-44507/>

poder de polícia”. E prossegue a autora, ao tratar das atribuições das agências reguladoras, mais adiante dizendo:

“As atribuições das agências reguladoras, no que diz respeito à concessão, permissão e autorização de serviço público, resumem-se ou deveriam resumir-se às funções que o poder concedente exerce nesses tipos de contratos ou atos de delegação: regulamentar os serviços que constituem objeto da delegação, **realizar o procedimento licitatório para escolha do concessionário**, permissionário ou autorizatório, celebrar o contrato de concessão ou permissão ou praticar ato unilateral de outorga da autorização, definir o valor da tarifa e da sua revisão ou reajuste, controlar a execução dos serviços, aplicar sanções, encampar, decretar a caducidade, intervir, fazer rescisão amigável, fazer reversão de bens ao término da concessão, exercer o papel de ouvidor de denúncias e reclamações dos usuários, enfim, exercer todas as prerrogativas que a lei outorga ao Poder Público na concessão, permissão e autorização.

Isto significa que a lei, ao criar a agência reguladora, está tirando do Poder Executivo todas essas atribuições para coloca-las nas mãos da agência reguladora.¹⁸ [grifo da autora]

46. No mesmo sentido orientações contidas no Manual intitulado, “AGÊNCIAS REGULADORAS”, editado pelo TCE/SP:

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, São Paulo:Grupo GEN, 2016, 29ª ed, p. 576/577).

As atribuições das Agências Reguladoras devem resumir-se às funções que o poder concedente exerce nesses contratos: regulamentar os serviços que constituem objeto da delegação; realizar o procedimento licitatório para escolha do concessionário ou permissionário; celebrar o contrato de concessão ou permissão ou praticar ato unilateral de outorga; definir o valor da tarifa, revisão e reajuste; controlar a execução dos serviços; aplicar sanções; encampar; decretar a caducidade; intervir; fazer a rescisão amigável; fazer a reversão dos bens ao término da concessão; exercer o papel de ouvidor de denúncias e reclamações dos usuários, enfim, exercer todas as prerrogativas do poder público na concessão, permissão e autorização.

Quanto às normas que podem editar, devem ser voltadas a regular a própria atividade da agência e devem ser de efeitos internos e conceituar, interpretar, sem inovar na ordem jurídica. As matérias objeto de regulamentação são exclusivamente as referentes aos contratos de concessão, observados os parâmetros da lei. Não podem ultrapassar matéria de competência do legislador.¹⁹

47. Até a própria realização do procedimento licitatório para escolha do concessionário se insere entre as atribuições das agências regulatórias. Mas no caso mariliense, tal agência ainda nem existe.

48. Aliás, no plano municipal, a LCM nº 938/22 ao autorizar a criação futura, da agência reguladora (AMAE), também definiu em seu art. 32, os “objetivos da regulação”. E ao fazê-lo reproduziu aqueles já elencados nos arts. 11; 22, e 25, todos da Lei nº 11.445/07, como se pode observar:

¹⁹ TCE/SP, AGÊNCIAS REGULADORAS, Manual: 2023, pg. 8, disponível em 20/01/2024 em: <https://www.tce.sp.gov.br/publicacoes/agencias-reguladoras-0>.

"2 a) estabelecer padrões e normas para a adequada prestação e a expansão da qualidade dos serviços e para a satisfação dos usuários, com observação das normas de referência editadas pela ANA"; "b) garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas nos contratos de prestação de serviços e nos planos municipais ou de prestação regionalizada de saneamento básico; "c) prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; e, " d) definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos quanto a modicidade tarifária, por mecanismos que gerem eficiência e eficácia dos serviços e que permitam o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários; "3 i) i) subsídios tarifários e não tarifários"; 5. A AMAE instituirá normas de referência para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observada a legislação federal pertinente".

49. Existem evidências, então, suficientes para se admitir que as agências reguladoras devem cuidar de objetivos regulatórios, plenamente necessários à definição das próprias "regras do jogo" do processo licitatório que a agência regulatória terá que realizar. Mas a boa lógica nos leva a concluir que as regras do jogo devem estar definidas pela agência antes mesmo dele começar. Afinal, não faz sentido defini-las com o jogo em andamento.

50. Ou seja, **certas normas regulatórias de responsabilidade da agência reguladora devem estar em vigor antes mesmo do início do próprio processo licitatório, até porque elas têm o condão, por exemplo, de definir o maior ou menor grau de interesse das empresas em participar do certame.**

51. Pois é **mediante o conhecimento das regras do jogo que as empresas interessadas em participar do certame podem, elas próprias, avaliar se possuem condições econômicas para fazer frente aos desafios que terão que enfrentar ao longo dos próximos**

trinta e cinco anos. Para isso, contudo, a agência deve estar em pleno funcionamento.

52. Por sinal, neste mesmo sentido vem se posicionando os tribunais de contas e o STJ. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, por decisão proferida pela eminente Ministra Relatora Assusete Magalhães no REsp 1.700.189 - SP (2017/0242024-0), publicada em 30/11/2018, assim se pronunciou:

“Ora, da leitura dos indigitados dispositivos, depreende-se que para os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico terem validade é necessário existir um plano de saneamento básico, **normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes da Lei**, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização e a realização prévia de audiência e de consulta pública sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato.”

²⁰ [grifo da autora]

53. E no mesmo diapasão (invalidade do contrato), também já teve oportunidade de decidir o Pleno do TCE/SP nas Representações formuladas por AEGEA Saneamento e Participações S/A e BRK Ambiental Participações S/A, contra o Edital da Concorrência Pública n.º 005/2018, da Prefeitura Municipal de Orlandia, na SESSÃO DE 29/08/18 – SECÇÃO MUNICIPAL (Processos: 12948.989.18-1 e 12991.989.18-7).

54. Nesse último caso, do relatório desta decisão do TCE (fls.16) o Ministério Público de Contas (MPC), em sua manifestação, aduziu que: “acerca da ausência de definição prévia de entidade responsável pela regulação e fiscalização dos serviços, como já anotado pela d. ATJ/Jurídica, a matéria vem regulamentada na Lei Federal n.º

²⁰ STJ, PET no REsp 1700189 SP, Ministra Relatora Assusete Magalhães, disponível em 18/01/2024 em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=RESP+1.700.189+SP&b=DTXT&p=true&tp=T>

11.445/2007, realçando o conteúdo do art. 11, III, art. 22 e art. 25, extraindo dos dispositivos que a entidade reguladora e fiscalizadora tem papel fundamental na fixação de normas para a prestação dos serviços e na definição das tarifas, de modo que **sua atuação deve se dar em todas as fases do procedimento licitatório – ou seja, desde a confecção dos estudos e elaboração do edital até a fiscalização da execução contratual**". [grifo da autora]

55. Afirmou, também, o MPC (Ministério Público de Contas) "que o fato resta inequívoco diante do conteúdo das cláusulas 19, 20, 21 e 23 do Anexo I e do Anexo XVIII sem prejuízo de outras disposições editalícias, que preveem uma série de disposições e incumbências que ficarão a cargo da entidade reguladora e que não tiveram a sua participação na elaboração ou a sua anuência prévia".

56. E, avaliou o mesmo MPC que "tal configuração, além da imposição de taxa de fiscalização unilateralmente definida, imprime excessiva insegurança à avença na medida em que a discordância da entidade com os termos do contrato poderia, inclusive, obstar o início da concessão". E considerou "necessária a definição da entidade reguladora e a submissão, a ela, dos estudos e documentos relacionados à concessão previamente à publicação de novo ato convocatório".

57. É bom que se diga que **o TCE acolheu tais argumentos**, entre outros, sob o fundamento de que a Lei 11.445/07 ao estabelecer 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".

58. Prosseguiu o órgão julgador, em sua fundamentação, dizendo, não 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. ” E que, 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”.

59. E no final, **a Representação a que se refere este tema foi julgada procedente, determinando-se a anulação do certame nos termos do art. 49 da Lei nº 8.666/93.**²¹

60. Também 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. ”

61. Portanto, o papel da agência reguladora é central e está longe de ser destinado a uma mera “nascitura”, seja no processo licitatório, seja no momento posterior à contratação, pois cabe a ela, inclusive, realizar o procedimento licitatório para escolha do concessionário ou permissionário. **Em outras palavras: desde o início da licitação a agência reguladora deve estar em pleno funcionamento para poder editar as normas regulatórias e fiscalizadoras mencionadas pelo art. 11, III.**

62. Prosseguindo: Ademais, o equilíbrio econômico financeiro guarda relação com a definição de valores das tarifas durante o processo licitatório, e depois, por ocasião de eventuais aditivos ao contrato. Assim, **constitui erro grosseiro o poder concedente**

²¹ TCE/SP, disponível em 24/01/2024 em: https://jurisprudencia.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/6/8/0/678086.pdf

TCE/SP, idem, disponível em 24/01/2024 em: https://jurisprudencia.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/7/7/0/678077.pdf

estabelecer os valores das tarifas e só depois criar a agência reguladora. Mas é este absurdo que está a ocorrer no processo licitatório ora referido.

63. Para que tenham condições de desempenhar as suas atribuições, é preciso que as agências reguladoras estejam em pleno funcionamento e com capacidade técnica para enfrentar os desafios da função reguladora e fiscalizadora, isso antes mesmo da elaboração do Plano Diretor de Abastecimento.

64. Mas acontece que a própria lei local (Lei Complementar nº 938/22), amesquinhou a importância da participação da agência reguladora quando, ao autorizar a concessão e definir os “objetivos da regulação” (art. 32 – já mencionado), – diferiu o início da existência e atividades da agência reguladora para o final do processo licitatório (art. 31). E, com isso, promoveu a inversão da ordem natural das coisas, já que o processo licitatório (Concorrência Pública nº 13/2022) foi iniciado há mais de um ano e ainda nem existe a agência reguladora, consoante se pode verificar:

Art. 31. O Departamento de Água e Esgoto de Marília - DAEM, pessoa jurídica de natureza autárquica, dotada de autonomia financeira e administrativa, CNPJ 52.061.181/0001-60, sediada em Marília, SP, à Rua São Luiz nº 359, assim reorganizada pela Lei Municipal nº 3.926 de 15 de outubro de 1993, imediatamente após a expedição da Ordem de Serviço para a Concessionária contratada para a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário de Marília, passará a desempenhar as funções de regulação e fiscalização de tais atividades, deixando de operar os sistemas que lhe são afetos.

§ 1º. Até o advento da transição dos serviços públicos enunciados no caput, o DAEM permanecerá cumprindo suas atividades, sob inteiro amparo da Lei Municipal nº 3.926/1993 e do Decreto 11.183 de 22 de janeiro de 2014.

§ 2º. Após o advento da transição dos serviços públicos enunciados no caput, fica alterada a denominação do Departamento de Água e Esgoto de Marília - DAEM para "Agência Municipal de Água e Esgoto - AMAE".

65. Em suma: o processo licitatório se iniciou antes mesmo de haver nascido a Agência Municipal de Água e Esgoto – AMAE, responsável pela atividade regulatória de que tratam os arts. 11, III, 22 e 25, da Lei 11.445/07. Daí a nulidade da Concorrência Pública nº 13/2022 (PROCESSO N.º 50337/2021), por ausência de condições de validade do contrato de concessão a nulificar o processo.

66. A Lei Complementar, inclusive, sequer estrutura basicamente a suposta agência reguladora, mas “autoriza” que o Poder Executivo crie o estatuto da autarquia mediante Decreto - outra inconstitucionalidade. **Seu organograma organizacional, que deveria ter sido definido por lei específica, como visto, foi delegado para criação mediante decreto - figura reservada à regulamentação, nunca à inovação no mundo jurídico.**

67. E mesmo que assim não o fosse, a ausência de condição de validade do referido contrato ainda persistiria, pois a rigor, a LCM nº 938/22 não instituiu, validamente, uma verdadeira agência reguladora e sim um mito da agência reguladora. É o que será explicitado, em detalhes, adiante.

3. Agência Municipal de Água e Esgoto (AMAE). O mito da agência reguladora no caso de Marília.

68. Agências reguladoras são autarquias em regime especial, criadas com a finalidade de regulamentar, controlar e fiscalizar a execução de serviços públicos transferidos para o setor privado por intermédio de concessões, permissões etc.

69. O art. 3º, da Lei nº 13.848/2019, caracteriza essa especialidade de regime pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica; pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira; pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta mesma lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

70. As características das agências reguladoras a serem descritas na lei específica, as quais as distingue das demais, em apertada síntese, são:

Dirigentes estáveis: os dirigentes não podem ser exonerados *ad nutum* (exonerados sem motivo). Vale dizer que os dirigentes não ocupam cargo de confiança.

Mandatos fixos: os mandatos são fixos e de 5 anos (art. 6º da lei 13.848/19)

Poder Normativo: é o poder de criação de regras administrativas para disciplinar o setor.

Quarentena: os dirigentes são nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado. Segundo a característica da quarentena, após cumprirem o mandato, ficam 6 meses afastados da função e proibidos de atuar no mercado regulado pela Agência, embora recebam normalmente (art. 8º da Lei nº 13.848/2019).

71. Não por acaso essas características diferenciadoras de que são portadoras as agências reguladoras se encontram presentes em todas as leis específicas criadoras de tais entes indicadas no rol do art. 2º dessa mesma lei, entre as quais, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e a Agência Nacional de Águas - ANA. E todas elas se submetem ao mesmo arcabouço jurídico, notadamente do que diz respeito ao modelo de gestão, à organização, ao processo decisório e ao controle social estabelecidos na Lei Federal nº 13.848/2019, tido como necessário e suficiente para dar sustentação a uma agência reguladora eficiente.

72. Convém deixar gizado que a Lei nº 13.848/2019 nos fornece a medida exata do que se pode considerar uma agência reguladora ao dispor sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social delas.

73. Já por autarquias em regime comum devem ser tidas aquelas que não possuem nenhuma particularidade que as diferencie das

demais autarquias em geral. Exemplos no caso mariliense são o DAEM – Departamento de Água e Esgoto de Marília; e o IPREM – Instituto de Previdência de Marília, etc.

74. Porém, conforme já argumentado inicialmente, a LCM nº 938/22 passou ao largo dessas características das agências reguladoras; preferiu-se autorizar a criação de uma falsa agência reguladora como resultado da mera transformação do DAEM numa nova autarquia, com novas funções e novos objetivos, sob o nome: Agência Municipal de Água e Esgoto – AMAE.

75. E assim, apesar da mudança aparentemente radical, o “DNA” (ou como queiram, a “essência”), continuará a mesma: a de uma autarquia simples (em regime comum), de autonomia raquítica, com o mesmo e precário modelo de gestão, organização, processo decisório e controle social, o que é inadmissível.

76. Um erro grosseiro de fácil constatação, o que inviabiliza o processo licitatório. Até porque, já o vimos, a expressão, “agência regulatória” possui um conceito jurídico já consagrado pela lei e pela doutrina. Conceito esse deturpado pelo legislador local.

77. É que, a pretexto de satisfazer aos requisitos impostos pelo art. 11, III, da Lei 11.445/2007 (que estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico) – cuja presença é necessária à validade do processo licitatório de concessão dos serviços de água e esgoto –, a Lei Complementar nº 938/22 utilizou a expressão agência reguladora no instante em que fez referência ao ente que surgirá da transformação do DAEM em AMAE.

78. Mas ao fazer uso de tal expressão (agência reguladora), o legislador local valeu-se do *nomen juris* pelo qual se identifica uma figura jurídica de conceito já consagrado, tanto pelo direito quanto pela doutrina. E com isto, vinculou a natureza da agência reguladora local, ao conceito contido na Lei nº 13.848/2019.

79. Raciocínio este autorizado pelo art. 4º da lei de introdução às normas do Direito Brasileiro que diz que em caso de omissão da lei,

cabe ao intérprete da lei local recorrer à analogia para o deslinde da questão.²²

80. Por outro lado, esclarece a hermenêutica clássica que “o legislador não diz nada inutilmente”. Portanto, ao definir a Agência Municipal de Água e Esgoto – AMAE, como sendo uma agência reguladora, o legislador municipal só pode ter atribuído a tal expressão, o conteúdo jurídico que existente no sistema do direito: aquele extraído da Lei nº 13.848/2019. Afinal, seu propósito foi o de atender às exigências do inciso III do art. 11 da Lei federal 11.445/07.

81. A Lei nº 13.848/2019, em seu Capítulo I, cuidou do arcabouço jurídico das agências reguladoras, notadamente no que se refere à gestão, a organização, o **processo decisório** e o controle social das agências reguladoras. E todas essas características compõem os ingredientes do conceito de “órgão regulador”, aos quais, por certo, se refere o art. 11, III, do Marco do Saneamento.

82. De forma que, sem a observância do modelo estabelecido nesse Capítulo I, da lei referida acima, não se pode sequer cogitar da existência de uma agência reguladora.

83. Por seu turno, o Marco do Saneamento, ao estabelecer algumas das condições de validade dos contratos de saneamento básico, não deixou ao legislador local nenhuma margem de manobra criar uma agência reguladora para a prestação destes serviços, que não seja sob o modelo de gestão, a organização, o processo decisório e o controle social, estabelecido na Lei Federal nº 13.848/2019.

84. E assim se fecha o círculo em torno da necessidade da presença de uma agência reguladora, indevidamente excluída.

85. Por outro giro verbal, o que estamos deixando claro é que se o legislador municipal pretendeu instituir uma autarquia para desempenhar as funções de agência reguladora, com o propósito de

²² DL nº 4.657/1952. Art. 4º: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, disponível em 26/01/2024 em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm

cumprir as exigências contidas nas diretrizes nacionais para o saneamento básico (estabelecidas na Lei 11.445/07), só poderia tê-lo feito sob a forma de autarquia em regime especial, obediente ao modelo indicado na Lei nº 13.848/2019. Mas não foi isto que o legislador local fez.

86. Afinal, o DAEM é uma autarquia simples (em regime comum). E o simples fato dele haver recebido a designação e as funções de agência reguladora com o nome trocado para AMAE - Agência Municipal de Água e Esgoto, não faz desta última entidade uma agência reguladora. Daí ser razoável concluir que não se encontram satisfeitas as exigências contidas no inciso III do art. 11 da Lei federal 11.445/07.

87. Essa é inclusive a posição bastante consolidada do STF:

As agências reguladoras independentes são autarquias de regime especial, caracterizadas por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira. Esse regime especial foi concebido para lhes assegurar independência e isenção no desempenho de suas funções normativas, fiscalizatórias e sancionatórias. Justifica-se, desse modo, a previsão de normas funcionais mais rígidas tendo por finalidade a prevenção de potenciais conflitos de interesses que possam comprometer o interesse público subjacente às funções das agências. (...) “É constitucional norma legal que veda aos servidores titulares de cargo efetivo de agências reguladoras o exercício de outra atividade profissional, inclusive gestão operacional de empresa, ou de direção político-partidária”.

[ADI 6.033, rel. min. Roberto Barroso, j. 6-3-2023, P, DJE de 16-3-2023.]

Resolução 790/2019 da ANP. (...) As Agências Reguladoras, criadas como autarquias especiais pelo Poder Legislativo (CF, art. 37, XIX), recebem da lei que as instituem uma delegação para exercer seu poder normativo de regulação, competindo ao Congresso Nacional a fixação das finalidades, dos objetivos básicos e da estrutura das Agências, bem como a fiscalização de suas atividades. As Agências Reguladoras não poderão, no exercício de seu poder normativo, inovar primariamente a ordem jurídica sem expressa delegação, tampouco regulamentar matéria para a qual inexistia um prévio conceito genérico em sua lei instituidora (standards), ou criar ou aplicar sanções não previstas em lei, pois, assim como todos os Poderes, Instituições e órgãos do poder público, estão submetidas ao princípio da legalidade (CF, art. 37, caput). As normas técnicas veiculadas pela resolução impugnada inserem-se no espaço de conformação previsto pelo art. 8º, da Lei 9.478/1997, que atribui à ANP a implementação da política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis com ênfase na proteção dos interesses dos consumidores quanto à qualidade dos produtos. A atribuição dos custos do monitoramento aos agentes regulados em questão revela tratamento isonômico quanto aos demais elos da cadeia de comercialização de combustíveis, sendo incapaz de violar os princípios da legalidade, da livre iniciativa, da liberdade de contratar e da proporcionalidade e razoabilidade.

[ADI 7.031, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 8-8-2022, P, DJE de 16-8-2022.]

88. Em suma, o máximo que a LCM nº 938/22 fez foi criar o mito da agência reguladora.

4. Agências reguladoras: autarquias em regime especial. Características intrínsecas.

89. Foi visto, anteriormente, que pesa sobre a Lei Complementar Municipal nº 938/2022 o vício da inconstitucionalidade formal, em razão de haver criado uma agência reguladora, não sendo lei específica. Agora trataremos do conteúdo necessário dessa lei específica - seus

vícios materiais diante do regramento legal e doutrinário sobre o que, de fato, faz uma agência reguladora ser, enfim, uma agência reguladora.

90. Para criar uma agência do tipo, a lei local teria que fazê-lo com a natureza de autarquia em regime especial. E a natureza especial conferida às autarquias que constituem agências reguladoras é definida com precisão pelo art. 3º da Lei nº 13.848/2019 (que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras,). Diz essa lei:

Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada 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, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

§ 1º Cada agência reguladora, bem como eventuais fundos a ela vinculados, deverá corresponder a um órgão setorial dos Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Pessoal Civil da Administração Federal, de Organização e Inovação Institucional, de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação e de Serviços Gerais.

§ 2º A autonomia administrativa da agência reguladora é caracterizada pelas seguintes competências:

I - solicitar diretamente ao Ministério da Economia:

a) autorização para a realização de concursos públicos;

b) provimento dos cargos autorizados em lei para seu quadro de pessoal, observada a disponibilidade orçamentária;

c) alterações no respectivo quadro de pessoal, fundamentadas em estudos de dimensionamento, bem como alterações nos planos de carreira de seus servidores;

II - conceder diárias e passagens em deslocamentos nacionais e internacionais e autorizar afastamentos do País a servidores da agência;

III - celebrar contratos administrativos e prorrogar contratos em vigor relativos a atividades de custeio, independentemente do valor.

§ 3º As agências reguladoras devem adotar práticas de gestão de riscos e de controle interno e elaborar e divulgar programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção.

91. E mais! A mesma Lei nº 13.848/2019 dedicou um capítulo inteiro (CAPÍTULO I – DO PROCESSO DECISÓRIO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS), reunindo dez artigos (arts. 4º a 13º) para definir o processo decisório das agências regulatórias, no caso, federais,

concentrando nos arts. 4º e 5º as regras fundamentais das decisões destas autarquias.

92. Os dispositivos daquele “Capítulo” apontam, por exemplo, para a necessidade de adequação do ato decisório ao fim proposto e o dever de explicitação dos pressupostos de fato e de direito que respaldam um determinado encaminhamento administrativo, em clara concretização dos princípios da proporcionalidade e o princípio da motivação já consagrados no Direito Administrativo, em evidente respeito do legislador à principiologia administrativa.

93. O art. 8º (integrante do mesmo Capítulo I, da mesma lei), exige transparência e segurança jurídica, para as decisões da diretoria colegiada:

Art. 8º As reuniões deliberativas do conselho diretor ou da diretoria colegiada da agência reguladora serão públicas e gravadas em meio eletrônico.

§ 1º A pauta de reunião deliberativa deverá ser divulgada no sítio da agência na internet com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis.

§ 2º Somente poderá ser deliberada matéria que conste da pauta de reunião divulgada na forma do § 1º.

§ 3º A gravação de cada reunião deliberativa deve ser disponibilizada aos interessados na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 15 (quinze) dias úteis após o encerramento da reunião.

§ 4º A ata de cada reunião deliberativa deve ser disponibilizada aos interessados na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 5 (cinco) dias úteis após sua aprovação.

94. E é oportuno lembrar que o fio condutor desta mesma lei, é seguido pelo manual editado pelo TCE/SP (intitulado AGÊNCIAS REGULADORAS) que às fls. fls 8²³, traz os seguintes esclarecimentos:

²³ TCE/SP, Ob.cit.

“As Agências Reguladoras são autarquias de regime especial, conforme sua própria lei de criação, que assim as estabelece, sendo caracterizadas por um conjunto de privilégios específicos que o diploma instituidor outorga à entidade para a consecução de seus objetivos. Estes privilégios caracterizam-se, basicamente, pela estabilidade de seus dirigentes, autonomia financeira e poder normativo:

- Estabilidade de seus dirigentes: os administradores possuem mandatos, só podendo ser destituídos por condenação judicial transitada em julgado, improbidade administrativa ou descumprimento injustificado das políticas estabelecidas para o setor.
- Autonomia financeira: possuem receita própria e liberdade de sua aplicação.
- Poder normativo: regulamentam as matérias de sua competência.

A criação de Agências Reguladoras, por tratar-se de autarquia, depende de autorização legislativa, de iniciativa do Poder Executivo (artigos 37, XIX da CF). Dentro do seu papel de regulador e fiscalizador das concessões/permissões de serviços públicos, cabe às Agências Reguladoras oferecer o serviço adequado aos usuários, tal como definido no artigo 7º da Lei nº 8.987/1995. ”

95. Como se pode observar, todas as características definidoras do conceito de uma agência reguladora, se encontram indicadas na Lei nº 13.848/2019. **E o TCE/SP as ressalta.**

96. Porém, a lei local, instituidora da Agência de Água e Esgoto de Marília silencia quanto a essas características. No entanto, se o legislador local realmente estivesse imbuído do propósito de instituir uma verdadeira agência reguladora, deveria ter transposto o padrão aqui referido, para o plano legislativo municipal, como fez com a expressão, agência reguladora. Mas isso não foi feito.

97. A consequência, então, só pode ser a de que Agência de Água e Esgoto de Marília – AMAE, não reúne as condições legais para atender às exigências contidas no inciso III do art. 11 da Lei federal nº 11.445/2007 para conferir condições de validade a um contrato, que tem de pôr objetivo a prestação de serviços públicos de saneamento básico.

5. Agência Municipal de Água e Esgoto (AMAE). Modelo de gestão, organização, processo decisório e controle social. Incompatibilidade com o estabelecido na Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019.

98. Foi também visto que a lei que dispõe sobre o modelo de gestão, organização, processo decisório e controle social, das agências reguladoras lhes impõe certas características, tais como: dispor, em sua estrutura de comando, de dirigentes estáveis com mandatos fixos **(submetidos a quarentena ao final do mandato)**; nomeação pelo chefe do executivo e submetido ao crivo do legislativo; poder normativo, etc.

99. Porém, o modelo e as características do DAEM, que serão transmitidos para a AMAE, ainda são aqueles anciãos que remontam aos tempos de sua criação (pela Lei nº 1.369/1966) e que permaneceram até os dias atuais (com a Lei nº 3.926/1993 e Lei Complementar nº 145/1997 – esta última, por sinal, redefiniu a estrutura do seu sistema administrativo). Nada compatível com o que é definido na lei das agências reguladoras (Lei nº 13.848/2019).

100. E, de acordo com o que estabelece a Lei Complementar nº 938/22, imediatamente após a expedição da Ordem de Serviço para a Concessionária contratada para a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário de Marília, o DAEM passará a desempenhar as funções de regulação e fiscalização de tais atividades já sob o nome de AMAE, deixando de operar os sistemas antes a ele afetos (art. 31 caput e §§ 1º e 2º), funcionando de conformidade com um **estatuto que será editado por decreto** (art. 32).

101. Resulta claro, então, que, se **não há legislação local estruturadora do DAEM, nenhum dispositivo a estabelecer sua natureza especial, nem um modelo de gestão** que se aproxime daquele definido no Capítulo I, da Lei nº 13.848/2019, também não o haverá para a AMAE.

102. À guisa de comparação e visando dar maior clareza ao raciocínio ora desenvolvido, usaremos, a estrutura de comando da ANA – Agência Nacional das Águas, autarquia especial que seria a versão federal da futura AMAE (guardadas as devidas proporções).

103. Assim, da consulta ao art. 9º da lei de regência da ANA (Lei nº 9.984/2000), se verifica que tal dispositivo lhe confere uma estrutura de comando para garantir o processo decisório, exatamente como o indicado no Capítulo I da Lei nº 13.848/2019.

104. Isso porque ela é dirigida por uma Diretoria Colegiada composta de 5 (cinco) membros, nomeados pelo Presidente da República, com mandatos não coincidentes, de 5 (cinco) anos, vedada a recondução, sendo um deles o Diretor-Presidente, e terá em sua estrutura uma Procuradoria, uma Ouvidoria e uma Auditoria.

105. E este é o modelo de estrutura de comando que deveria ter sido perseguido pelo legislador local, em lei específica, para que a instituição da AMAE pudesse proporcionar um mínimo garantia de boas práticas de governança. Mas como não foi esta a opção do legislador local, resultam comprometidos negativamente: tanto a gestão, quanto a organização, o processo decisório e o controle social da desta pretensa agência local.

106. Convém repisar que a “natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada 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” (Lei nº 13.848/2019, art. 3º).

107. Mas nada disso compõe a realidade do DAEM. Legalmente ele não passa de uma autarquia simples (em regime comum), e a sua estrutura de comando definida em lei, em nada se parece com a de uma agência reguladora, como a da ANA, por exemplo – que é uma autarquia especial. **E não se pode modificar tal situação por simples decreto expedido pelo chefe do Executivo.**

108. Via de consequência, a simplória estrutura de comando (que será herdada pela AMAE) é formada por 3 órgãos de cúpula: o Conselho

Deliberativo; o Conselho Fiscal, e o Diretor Executivo – conforme dispõe a Lei municipal nº 3.926/1993

109. Assim é que, de acordo com a lei que o rege o DAEM, no topo desta estrutura de comando se encontra o Conselho Deliberativo, na prática meramente decorativo e incompatível com a adoção de boas práticas de governança, pois: é formado por seis voluntários, todos representantes indicados por entidades da sociedade civil, além de dois representantes da Prefeitura Municipal.

110. Voluntários que são, os conselheiros, obviamente não remunerados para o exercício desta função, que por sinal não constitui para eles, atividade principal. Como também não há, na lei, exigência de escolaridade mínima e todos são nomeados pelo Prefeito Municipal, “ad referendum” da Câmara Municipal. (arts. 7º e 8º). O mandato dos membros é de 2 (dois) anos, mas há possibilidade de renovação, no todo ou em parte, a qualquer tempo, e seu presidente será de livre escolha e nomeação, pelo Prefeito (inexiste estabilidade).

111. Logo abaixo do Conselho Deliberativo se encontra o Conselho Fiscal, formado por três membros, todos voluntários e não remunerados, indicados em lista tríplice: pela OAB; pelo Sindicato dos Contabilistas e pela Secretaria Municipal da Fazenda. E, todos, também, nomeados pelo Prefeito. Esclareça-se que a lei não faz exigências quanto à escolaridade. Mas mesmo assim vão assinar os balanços da autarquia, sem necessariamente estarem habilitados para tanto. Também podem ser exonerados sumariamente (arts. 18 a 21 da mesma lei).

112. E logo abaixo do Conselho Fiscal se encontra o Diretor Executivo, também nomeado pelo Prefeito Municipal “em comissão”. Mas o acesso ao cargo exige, apenas, o nível superior, independentemente, portanto, da área de conhecimento. E a lei não exige experiência profissional voltada para a gestão, o que escancara as portas para ingerências políticas. Sem contar que o referido Diretor, também pode ser exonerado sumariamente. (art. 22 da mesma lei).

113. Assim, não há como deixar de admitir que a estrutura de comando do DAEM, além de arcaica, disfuncional, nenhuma afinidade

mantém, com o disposto no Capítulo I da Lei federal nº 13.848/2019. Daí esta autarquia local padecer de sérios problemas de governança, como fica claro na Exposição de Motivos formulada pelo chefe do Executivo, que acompanhou o PLC nº 15/2022. **Repita-se, contudo, que essa mesma estrutura será herdada pela AMAE.**

114. O PLC nº 15/2022 (aprovado para dar origem à LCM nº 938/22), chega a ser até contraditório ao determinar a “metamorfose” do DAEM, numa agência regulatória. Pois se, de um lado, a ordem é criar uma agência reguladora, por outro lado, ela virá ao mundo com os mesmos defeitos de gestão da sua autarquia antecessora (DAEM).

115. Aliás, a própria Exposição de Motivos do Projeto de Lei, deixou clara a ineficiência gerencial da estrutura de comando do DAEM, que será transferida para a AMAE. Vejamos alguns trechos desta Exposição:

“(…)

2. Que em função do longo tempo sem investimentos por parte do DAEM em modernização e ampliação do sistema de abastecimento, foram detectadas algumas situações emergenciais que demandam um grande investimento a curto prazo para evitar um colapso no abastecimento de água do Município. A título de exemplo, citamos a ETA Peixe, cuja estrutura encontra-se totalmente comprometida, necessitando com urgência de reformulação da estrutura existente e construção de uma nova estação, o que demandaria de imediato um investimento inicial de aproximadamente R\$ 30.400.000,00

3. Que, em virtude do longo período sem nenhum reajuste na tarifa de água e o aumento da inadimplência principalmente em função da dificuldade do DAEM na cobrança e nos controles de consumo e desperdício, agravado pela falta de servidores para realização de atividades básicas tais como corte de abastecimento, notificação aos contribuintes, dentre outros.

4. Que, de acordo com os balancetes contábeis, o DAEM VEM TRABALHANDO MENSALMENTE COM UM DÉFICIT FINANCEIRO MÉDIO DE R\$ 2.854.051,00.

5. Que em função do referido déficit, o DAEM não tem conseguido cumprir com as despesas mensais obrigatórias, tais como folha de pagamento e encargos, energia elétrica, resultando em uma dívida parcelada de aproximadamente R\$ 29.000.000,00, demonstrando que o DAEM não possui nenhuma capacidade de investimento.

(…)”

116. Como se observa, a Exposição de Motivos teve como escopo, claramente, o de justificar a necessidade da transferência dos serviços à iniciativa privada, por insuficiência gerencial do DAEM. Mas se este modelo gerencial não deu certo, transferi-lo para a agência reguladora (AMAE), será “repetir o erro ao quadrado” (potencializando-o). E não deu certo apesar de todos os privilégios de que goza o DAEM como autarquia.

117. Afinal, trata-se de um ente administrativo que não possui concorrentes (detém o monopólio do fornecimento da água potável e

da coleta de esgoto); sua clientela – obrigada a consumir seus serviços – corresponde a toda a população urbana de Marília (237.7629 habitantes – IBGE no Censo 2022 – 96% concentrados na zona urbana). E mais: o valor cobrado pela utilização dos serviços é ditado por ele próprio, eis que aprovado por seu Conselho Deliberativo (Lei nº 3926/1993, art. 27 § 1º).

118. Privilégios que não param por aí: como autarquia que é, não está sujeita ao pagamento de pelo menos cinco espécies tributárias (que serão pagas por eventual concessionária): IPTU, ISSQN, CSLL; IRPJ; ICMS. E mais, a contribuição ao IPREMM, à qual está sujeito o DAEM, possui alíquota menor do que a do INSS à qual estará sujeita a concessionária.

119. Mas o legislador local insistiu no erro ao pretender transformar o DAEM numa agência reguladora, tão logo seja expedida a Ordem de Serviço para a concessionária, a AMAE - Agência Municipal de Água e Esgoto, sem que lei específica pudesse definir as características exigidas pela Lei nº 13.848/2019.

Conclusão

120. De todo o exposto resulta que o processo licitatório – cujo objetivo final é o de firmar contrato de concessão para a prestação de serviços de saneamento básico – não reúne condições de prosseguir em razão de não estarem presentes as condições prévias de validade para o referido contrato ora apontadas, nos termos do at. 11, III, da Lei nº 11.445/2007 – inexistente a agência reguladora com todos os requisitos que a doutrina, legislação e jurisprudência inclusive esperam de uma autarquia do tipo.

DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Diante da argumentação exposta, requer-se:

- (i) **QUE**, afastada *incidenter tantum* a eficácia jurídica do art. 31, *caput* e seu § 2º da LCM nº 938/22, em razão de sua inconstitucionalidade formal, motivada por inexistência de lei específica (nos termos do art. 37, XIX Constituição Federal) –, seja reconhecido o descumprimento da condição estabelecida no art. 11, III, da Lei nº 11.445/2007 por ausência de indicação prévia da agência reguladora e, conseqüentemente, julgada procedente a ação com a declaração da nulidade da “Concorrência Pública nº 13/2022” (PROCESSO N.º 50337/2021), do Município de Marília;
- (ii) **QUE**, em razão da inexistência de agência reguladora (com natureza de autarquia em regime especial) previamente designada para a emissão das normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes legais, e condução do processo licitatório, seja reconhecida a ausência de cumprimento da condição estabelecida no art. 11, III, da Lei nº 11.445/2007 e, conseqüentemente julgada procedente a ação, com a declaração de nulidade da “Concorrência Pública nº 13/2022” (PROCESSO N.º 50337/2021), do Município de Marília;
- (iii) **QUE**, em razão da ausência de expedição prévia de normas de regulação, que prevejam os meios de cumprimento das diretrizes impostas por lei, seja reconhecida a ausência de cumprimento da condição estabelecida no art. 11, III, da Lei nº 11.445/2007 e, conseqüentemente, seja julgada procedente a ação, com a declaração da nulidade da “Concorrência Pública nº 13/2022” (PROCESSO N.º 50337/2021).

Postula-se a citação do Município de Marília, bem como a intimação do Ministério Público, o último para que se manifeste sobre o teor da demanda, nos termos do art. 5º, § 1º, da Lei da Ação Pública.

Requer-se 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.

Requer-se a condenação da parte contrária aos ônus da sucumbência.

O autor protesta, ainda, pela produção de todas as provas admitidas em Direito, mormente a documental.

Dá-se à causa o valor de R\$ 2.661.300.420,00 (dois bilhões, seiscentos e sessenta e um milhões, trezentos mil e quatrocentos e vinte reais), montante atualizado do certame segundo o edital ora impugnado.

Termos em que pede procedência.

Marília, 23 de fevereiro de 2024.

JULIO DA COSTA BARROS
OAB/SP 37.792

DANILO FERREIRA BORTOLI
OAB/SP 409.024

JÉSSICA CHARAMITARA DE BATISTA
OAB/SP 402.142