
EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA DE EXTREMA – ESTADO DE MINAS GERAIS.

Ref.: Impugnação ao Edital
Edital de Licitação nº 018/2023
Concorrência Pública nº 001/2023

COMPANHIA DE SANEAMENTO DE MINAS GERAIS – COPASA MG, Sociedade de Economia Mista do Estado de Minas Gerais, com sede em Belo Horizonte/MG, na Rua Mar de Espanha, nº 525, inscrita no CNPJ sob o nº 17.281.106/0001-03, vem, respeitosamente, por seus procuradores abaixo assinados, instrumento de mandato anexo, com fundamento no que dispõe o artigo 164, da Lei Federal nº 14.133/2021 c/c itens 8.1 e 8.6 do Edital de Licitação nº 018/2023 (doravante “Edital”), ofertar a presente *Impugnação ao Edital*, pelas razões fáticas e jurídicas a seguir apresentadas.

I – DOS FATOS

A Administração Pública do Município de Extrema republicou o Edital, que tem por objeto:

“(…) a seleção de empresa especializada para a Concessão dos serviços públicos de abastecimento de água (SAA) e esgotamento sanitário (SES) do Município de Extrema, pelo prazo de 35 (trinta e cinco) anos, prorrogável na forma estabelecida na Cláusula 22.3, item b, do CONTRATO.”.

No entanto, o Edital da Concorrência Pública contém inúmeras **ilegalidades**, que maculam a juridicidade deste relevante procedimento, que deve ser norteado pelo interesse público e pela contratação da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Os vícios existentes deverão ser sanados de modo a preservar os princípios e regras do processo licitatório, de modo a permitir a ampla participação de interessados e a segurança jurídica indispensável para formulação de propostas técnicas e comerciais firmes e sobretudo exequíveis, a fim de atingir a finalidade precípua deste certame: o interesse público.

II – DAS ILEGALIDADES

a. Da irregularidade na estimativa do valor contratual (art. 6º, XXIII, “i”, 22, 23, todos da Lei nº 14.133/2021)

Segundo o item 4.1, do edital, *[o] valor estimado do CONTRATO, para todos os fins e efeitos de direito, corresponde ao **somatório nominal do investimento estimado a ser realizado** pela CONCESSIONÁRIA ao longo do contrato, que estão apontados no Estudo de Viabilidade Técnica e Econômico- Financeira, considerado o prazo de 35 (trinta e cinco) anos, como sendo de R\$274.352.759,00 (Duzentos e setenta e quatro milhões, trezentos e cinquenta e dois mil, setecentos e cinquenta e nove reais).*

Observa-se que o valor estimado do contrato é o *somatório nominal do investimento estimado a ser realizado* que, por via reflexa, impacta diretamente na garantia da proposta (item 18.1, do edital¹), uma vez que essa deve corresponder a 1% (um por cento) daquele valor estimado.

É importante sublinhar que a garantia de proposta deve ser apresentada em conjunto com a proposta comercial – item 15.1, do edital² –, sob pena de desclassificação do licitante, nos termos do item 15.5.1, do edital³.

¹ 18.1. **Integra o conteúdo do Envelope nº 02 – PROPOSTA COMERCIAL, como requisito de pré qualificação, com a finalidade de assegurar o cumprimento da obrigação de firmar futuro instrumento contratual, a GARANTIA DE PROPOSTA, a ser prestada pela LICITANTE, no valor de R\$2.743.527,59 (Dois milhões, setecentos e quarenta e três reais, quinhentos e vinte e sete mil e cinquenta e nove centavos), correspondente a 1% do valor estimado do CONTRATO, nos termos do art. 58, §1º da Lei 14.133/21, com prazo de validade de 180 (cento e oitenta) dias prorrogável por igual período, contados da SESSÃO PÚBLICA PARA ABERTURA DA LICITAÇÃO.**

² 15.1. **O Envelope Nº 2 – PROPOSTA COMERCIAL E GARANTIA DE PROPOSTA, deverá conter a PROPOSTA COMERCIAL, a GARANTIA DE PROPOSTA, tal qual previsto no art. 58, §1º da Lei 14.133/21 e o PLANO DE NEGÓCIOS, a serem elaborados pela licitante em conformidade com as condições indicadas neste EDITAL e no ANEXO IV.**

³ 15.5. Serão DESCLASSIFICADAS as PROPOSTAS COMERCIAIS:
15.5.1. que não atenderem às exigências deste EDITAL;

Nesse sentido, a adequada estimativa do valor do contrato, para além de mera formalidade, é fundamental para resguardar os interesses da Administração Pública.

O subdimensionamento dessa estimativa tem o condão de favorecer a participação de potenciais licitantes aventureiros, face à reduzida quantia a ser ofertada em garantia, bem como aumentar o risco de prejuízo ao Poder Público, na hipótese de execução da garantia incompatível com o objeto contratual e insuficiente para reparar os custos incorridos pela Administração Pública.

Em situação análoga, o posicionamento do e. TCU foi no sentido de que o valor estimado do contrato de concessão de serviços públicos deve considerar o *total das receitas auferidas pelo contratado ao longo do período da concessão* (TCU – Plenário nº 587/2001).

Gize-se que o entendimento restou pacificado no âmbito do e. TCU, através dos subseqüentes acórdãos proferidos por seu Plenário, citando-se, exemplificativamente: 2.896/2009, 1.796/2011, 157/2012.

No caso concreto, o fluxo de caixa referencial (9.4, do Anexo V, do Termo de Referência), que a receita bruta operacional ao longo do período da concessão é de **R\$1.781.298.000,00** (um bilhão, setecentos e oitenta e um milhões, duzentos e noventa e oito reais).

9.4. FLUXO DE CAIXA REFERENCIAL

Fluxo de Caixa	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	33	34	35	Total
	2040	2041	2042	2043	2044	2045	2046	2047	2048	2049	2050	2051	2052	2053	2054	2055	2056	Total
Receita Bruta Operacional	53.06 1	54.18 2	55.30 7	56.43 4	57.55 5	58.68 1	59.80 5	60.92 6	62.05 1	63.17 6	64.29 9	65.42 4	66.54 9	67.67 3	68.79 5	69.92 1	71.04 3	1.781.2 98

Por conseguinte, a **estimativa de valor do contrato** pautada unicamente no *somatório nominal do investimento estimado a ser realizados* é **claramente irregular e incompatível com vulto, risco e montantes efetivamente envolvidos no negócio**.

A assertiva fica evidente pela **discrepância** entre o valor estimado do contrato pautado no somatório nominal dos investimentos (R\$274.352.759,00) e do total de receitas a serem auferidas (R\$1.781.298.000,00), refletindo em **igual desproporcionalidade as garantias** a serem ofertadas em cada uma das hipóteses, respectivamente R\$2.743.527,59 (dois milhões, setecentos e quarenta e três mil, quinhentos e vinte e sete reais e cinquenta e nove centavos) e R\$17.812.980,00 (dezessete milhões, oitocentos e doze mil, novecentos e oitenta reais).

Portanto, nota-se, claramente, a existência de **irregularidade na estimativa do valor do contrato**, com efetivo **prejuízo** à Administração Pública em virtude do subdimensionamento da garantia de proposta e insegurança aos licitantes.

Diante do exposto, se faz necessária a retificação do Edital, adequando-se o valor estimado do contrato.

b. Da limitação da responsabilidade solidária (art. 19, §2º, da Lei nº 8.987/95 c/c art. 15, V, da Lei nº 14.133/21)

A participação de empresas em **consórcio** na licitação destinada à concessão de serviços públicos deve observar a **responsabilidade solidária** de seus partícipes **tanto na fase de licitação, quanto na fase de execução contratual**, nos termos do que dispõe o art. 19, §2º, da Lei nº 8.987/95 c/c art. 15, V, da Lei nº 14.133/21, respectivamente, *in verbis*:

“Art. 19. Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

(...)

§2º A empresa líder do consórcio é a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, sem prejuízo da **responsabilidade solidária** das demais consorciadas.”

“Art. 15. Salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio, observadas as seguintes normas:

(...)

V – **responsabilidade solidária** dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, **tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.**”

Malgrado a **univocidade** dos textos normativos, dispõe o item 13.3.6, do edital, que, *ipsis litteris*:

“13.3.0 Termo de Compromisso de Participação em Consórcio e o de Constituição da SPE, deverá ser subscrito por todos os consorciados e deverá ainda conter os seguintes elementos:

(...)

13.3.6. Declaração de responsabilidade solidária das consorciadas até a assinatura do CONTRATO;”

A **restrição da responsabilidade solidária** entre as consorciadas padece de **ilegalidade chapada** e, ainda, resulta em **prejuízos à Administração Pública e ao interesse público** em caso de eventual descumprimento das cláusulas contratuais.

Sequer é possível compreender a *ratio* da disposição editalícia, que veicula regra, a um só tempo, **ilegal e deletéria ao interesse público**.

A limitação da responsabilidade solidária entre as consorciadas é medida contrária à jurisprudência, *in verbis*:

“Na linha do disposto no art. 33, V, da Lei n. 8.666/1993, as pessoas jurídicas associadas são solidariamente responsáveis pelos atos praticados pelo consórcio, tanto durante o certame quanto na execução do contrato celebrado.”. (STJ – AgInt no REsp: 1902796 PR 2020/0116656-8, Relator: Ministra REGINA HELENA COSTA, Data de Julgamento: 24/04/2023, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/04/2023)

“Nos termos do art. 278, § 1º da Lei nº 6.404/76, o consórcio não possui personalidade jurídica, sendo certo que a execução do contrato celebrado pelo consórcio é de responsabilidade das consorciadas, que se unem para a consecução do empreendimento. Nesse sentido, uma vez constituído o consórcio, são os próprios bens das consorciadas que respondem pelas obrigações contraídas pelo consórcio, como se extrai do art. 278, § 1º da Lei nº 6.404/76, *in fine*, mormente quando tal responsabilidade decorre, também, do próprio contrato de instituição do consórcio. Consoante, art. 33, V, da Lei nº 8.666/93, uma vez que a licitação vencida pelo consórcio se deu para fins de execução de obra pública, as consorciadas assumem a responsabilidade solidária pela execução integral dos termos do contrato. Mostra-se, portanto, legítima a inclusão das consorciadas no cumprimento de sentença de ação originalmente ajuizada em face do consórcio.”. (TJMG – AI: 09437144520238130000, Relator: Des.(a) Jaqueline Calábria Albuquerque, Data de Julgamento: 27/06/2023, 10º CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 03/07/2023)

Diante do exposto, forçoso concluir que a cláusula editalícia padece de inequívoca ilegalidade prejudicial ao interesse público, devendo ser retificada por esta Comissão Especial de Licitação

c. Da violação dos direitos da pessoa com deficiência, reabilitados e aprendizes (art. 63, IV, da Lei nº 14.133/2021)

Comparada com a Lei nº 8.666/93, a Lei nº 14.133/2021 representa uma **louvável guinada legislativa**, alinhada à **Convenção de Nova York**, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com **status de norma constitucional** (art. 5º, §3º, da CF/88) através do Decreto nº 6.949/2009, relevante vetor da defesa da **dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III, da CF/88).

Nesse sentido, dispõe o art. 63, V c/c art. 92, XVII, da Lei nº 14.133/2021, *in verbis*:

“Art. 63. Na fase de habilitação das licitações serão observadas as seguintes disposições:

(...)

IV – será exigida do licitante declaração de que cumpre as exigências de reserva de cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social, previstas em lei e em outras normas específicas.

(...)

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

(...)

XVII – a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz;”

Em igual sentido, o art. 116, da Lei nº 14.133/2021, exige que *[a]o longo de toda a execução do contrato, o contratado deverá cumprir a reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz, bem como as reservas de cargos previstas em outras normas específicas.*

Já o art. 137, IX, da Lei nº 14.133/2021, assevera trata-se **de legítima causa para extinção do contrato** o *não cumprimento das obrigações relativas à reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz.*

Os dispositivos legais em comento – de presumida constitucionalidade – imprimiram **elevada relevância à tutela das pessoas com deficiência, reabilitados e aprendizes**, ao estabelecer regras formais de habilitação, execução contratual e até para sua extinção.

Inobstante, o edital de licitação é integrado pelo “Anexo IX – Declarações” que, por sua vez, contempla: “DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FATO IMPEDITIVO”; “DECLARAÇÃO DE FORMAÇÃO DE SPE”; “DECLARAÇÃO DE REGULARIDADE COM O ARTIGO 7º, XXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988”, “DECLARAÇÃO DE CONHECIMENTO DOS SISTEMAS” e “DECLARAÇÃO DE ATENDIMENTO AOS REQUISITOS DA HABILITAÇÃO”.

Salta aos olhos a **ausência de exigência de declaração**, para fins de **habilitação**, de que o licitante *cumpra as exigências de reserva de cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social, previstas em lei e em outras normas específicas*.

A **minuta contratual**, por sua vez, também é **omissa** sobre a obrigação de o contratado, durante a execução contratual, cumpra a obrigação de *reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz*, sob pena, inclusive, de nulidade do contrato.

Enfim, é lamentável que o edital de licitação esteja na **contramão da evolução social e normativa** (nacional e internacional), negando o pleno exercício de direitos fundamentais já consagrados em favor da pessoa com deficiência, reabilitados e aprendizes.

Diante do exposto, impõe-se a retificação do edital, para sanar a ilegalidade apontada.

d. Do impedimento de participação – empresa em recuperação judicial (art. 52, II, da Lei nº 11.101/05)

Dentre os critérios de qualificação econômico-financeiro, o item 17.4.3.5, exige dos licitantes a apresentação de **[n]ada consta em Certidão civil de Falência, concordata e Recuperação Judicial e Extrajudicial** ou *nada consta em Certidão de Insolvência Civil, emitida pelo distribuidor do domicílio da licitante, no máximo em até 30 (trinta) dias a contar da data de sua emissão*.

Isso equivale dizer que a empresa que esteja em recuperação judicial ou extrajudicial e, portanto, detenha a certidão positiva, está impedida de participar do certame.

Sem delongas, a restrição atenta contra o **princípio da legalidade**, da **preservação** e da **função social da empresa**, já tendo sido reputada ilegal pelo c. STJ, que tem jurisprudência pacífica sobre o tema, *in verbis*:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONSTRUÇÃO DE CAMPUS UNIVERSITÁRIO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO EM CERTAME LICITATÓRIO. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. VIABILIDADE FINANCEIRA DA EMPRESA. COMPROVAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. I - Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado por empresa que se sagrou vencedora em licitação para construção de outra etapa do campus da Universidade Federal de Cariri/CE, mas fora informada, posteriormente, que o referido **contrato não seria assinado, em razão da impetrante encontrar-se em recuperação judicial**. II - **Ordem concedida, decisão mantida** pelo Tribunal Regional Federal *a quo* em grau recursal, sob o principal fundamento de **não caber à Administração, em consonância com o princípio da legalidade, interpretar restritivamente quando assim a lei não dispuser**. III - Sem negar *prima facie* a participação de empresa em processo de licitação pela exigência e apresentação de Certidão Negativa de Débitos (CND), aplica-se a **vontade expressa pelo legislador da Lei de Recuperação Judicial, viabilizando, de forma efetiva, à sociedade empresária a superação da crise econômico-financeira**” (AglInt no REsp n. 1.841.307/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 9/12/2020). IV - Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem registrou a presença de situação fática peculiar de que a empresa comprovou possuir capacidade econômico-financeira para honrar o contrato, concedendo a ordem pleiteada. V - Recurso especial improvido.”. (REsp n. 1.826.299/CE, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 5/12/2022.)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS. APRESENTAÇÃO DISPENSÁVEL. 1. **A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça aplicou exegese teleológica à nova Lei de Falências, objetivando dar operacionalidade à Recuperação Judicial**. Assim, entendeu ser desnecessária a comprovação de regularidade tributária, nos termos do art. 57 da Lei 11.101/2005 e do art. 191-A do CTN, diante da inexistência de lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial (REsp 1.187.404/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 21/8/2013). 2. Sem negar *prima facie* a participação de empresa em processo de licitação pela exigência de apresentação de Certidão Negativa de Débitos (CND), **aplica-se a vontade expressa pelo legislador da Lei de Recuperação Judicial, viabilizando, de forma efetiva,**

à sociedade empresária a superação da crise econômico-financeira. Precedentes: AgRg no AREsp 709.719/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 12/2/2016; REsp 1.173.735/RN, Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 9/5/2014; AgRg na MC 23.499/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19/12/2014. 3. Agravo não provido.". (Aglnt no REsp n. 1.841.307/AM, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 30/11/2020, DJe de 9/12/2020). Grifo aposto.

"(...) Ao examinar o tema sob outro prisma, a Primeira Turma do STJ, mediante a ponderação equilibrada dos princípios encartados nas Leis n. 8.666/1993 e 11.101/2005, entendeu possível relativizar a exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar de certame licitatório, desde que demonstrada, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica (AREsp 309.867/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 08/08/2018). (...)". (AREsp n. 978.453/RJ, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 6/10/2020, DJe de 23/10/2020). Grifou-se.

Com efeito, o edital de licitação é ilegal por restringir indevidamente a participação de empresas em recuperação judicial e até mesmo extrajudicial, ao exigir a certidão negativa como requisitos para a comprovação de qualificação econômico-financeiro.

Logo, necessária a retificação do Edital, para se admitir a participação de empresas em recuperação judicial ou extrajudicial.

e. Do prejuízo à independência da Entidade de Regulação (arts. 8º, §5º, 11, §3º e 21, da Lei nº 11.445/07 c/c arts. 4º e 5º, da Lei Municipal nº 4.661/22)

É necessário registrar que, independentemente da modalidade da prestação do serviço público de saneamento básico (direta ou indiretamente), o titular dos serviços deverá definir uma entidade de regulação e fiscalização (art. 8º, §5º, da Lei nº 11.445/07).

Por sua vez, o art. 21, da Lei nº 11.445/07, preconiza que a *função de regulação, desempenhada por entidade de natureza autárquica dotada de independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira, atenderá aos princípios de transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.*

Sobre o tema, são precisas as lições de André Luiz Freire⁴, *in verbis*:

“No que o dispositivo não obriga a criar ‘agências reguladoras’, que são autarquias cuja maior característica é o mandato de seus dirigentes com impossibilidade de sua exoneração *ad nutum*. A Lei de Saneamento obriga, portanto, a autarquia a ter independência decisória em relação à Administração direta. **Não cabe aqui, portanto, ao Chefe do Poder Executivo rever as decisões de tais autarquias, sejam elas qualificadas como ‘agências reguladoras’ ou não. Pela LSB, não caberia sequer um ‘recurso hierárquico impróprio’, já que isso tiraria a ‘independência decisória’ da autarquia.**”. Grifo aposto.

Justamente para se assegurar a **essencial independência** da entidade regulatória, é que o art. 11, §3º, da Lei 11.445/07, estabelece que, *in verbis*:

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

(...)

§3º Os contratos não poderão conter cláusulas que prejudiquem as atividades de regulação e de fiscalização ou o acesso às informações sobre os serviços contratados.”. Grifou-se.

Portanto, conclui-se que para a prestação de serviços públicos de saneamento básico é fundamental a definição de uma entidade de regulação e fiscalização, de natureza autárquica, dotada de independência decisória, e, no caso de delegação, o instrumento contratual não pode estabelecer cláusulas que prejudiquem a referida independência, sob pena de nulidade absoluta do negócio jurídico.

No caso concreto, o Município de Extrema visa à concessão de serviços públicos de saneamento básico, motivo pelo qual delegou as atividades de regulação e fiscalização à ARISMIG, destacando-se os arts. 4º e 5º, da Lei Municipal nº 4.661/22, *in verbis*:

“Art. 4º - **Ficam delegadas**, pelo Município de Extrema, à **Agência Reguladora**, as **atividades de regulação e fiscalização** dos serviços públicos de saneamento básico (...) podendo **exercer todas as**

⁴ FREIRE, André Luiz. Saneamento básico: titularidade, regulação e descentralização. *In*: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). *O novo direito do saneamento básico: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico do Brasil* (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e a respectiva regulamentação). Belo Horizonte: Fórum, 2022.

competências que lhe forem atribuídas em decorrência do exercício da **competência regulatória**.

§1º – Em relação a competência prevista no *caput*, poderá a Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento de Minas Gerais (ARISMIG) **exercer a atividade de regulação e fiscalização em proveito do Município de Extrema**, na condição de seu consorciado, e também de titulares conveniados, ficando desde já autorizada a formalização de convênio dentre o titular interessado e a Agência, mediante simples aprovação em Assembléia (*sic*) Geral.

(...)

Art. 5º – **O Município de Extrema passa a submeter-se às normas regulatórias editadas pela Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento de Minas Gerais (ARISMIG), no exercício de suas competências e nos termos do Protocolo de Intenções e do Estatuto Social aos quais tenha manifestado adesão.**”. Grifos apostos.

Não obstante o disposto no arts. 8º, §5º, 11, §3º e 21, da Lei nº 11.445/07 c/c arts. 4º e 5º, da Lei Municipal nº 4.661/22, a **minuta de contrato de concessão é fonte de grave prejuízo às atividades de regulação e fiscalização** pela autarquia eleita.

De largada, a cláusula 28.7, da minuta do contrato de concessão, traz regra em **integral contrariedade** com os **normativos mencionados** e com a **teleologia da regulação**, na medida em que **inverte a lógica do sistema** ao prever que, *in verbis*:

“28.7. A fiscalização da CONCESSÃO pela AGÊNCIA REGULADORA dos SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO não poderá obstruir ou prejudicar a exploração normal da CONCESSÃO pela CONCESSIONÁRIA.”.

O sentido apontado para nortear a relação contratual é **antipodal** àquele determinado pela legislação. **É o contrato que não pode prejudicar as atividades de regulação e fiscalização, e não contrário**.

E, a partir desse **axioma ilegal**, pois **avesso aos princípios e regras** aplicáveis à espécie, **sucedem-se**, como não poderia deixar de ser, **outras tantas cláusulas igualmente prejudiciais à independência decisória**.

O instrumento contratual estabelece um sistema de total ingerência do Poder Executivo e, **pasmese**, da própria Concessionária, sobre as decisões da Agência Reguladora.

Exemplificativamente, traz-se abaixo as seguintes cláusulas contratuais, *in verbis*:

“25.7. Na hipótese de a AGÊNCIA REGULADORA não concordar, total ou parcialmente, com a proposta de REVISÃO apresentada, deverá informar a CONCESSIONÁRIA, fundamentadamente, dentro do prazo aludido no item 25.6, acerca das razões de sua inconformidade, fixando o valor a ser praticado.

25.7.1. Na hipótese de não existir consenso no tocante ao pleito de REVISÃO, este direito será deliberado pelo COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS, nos termos das disposições correspondentes deste CONTRATO.

(...)

33.8. Não havendo acordo com relação ao montante da indenização para a reversão, haverá deliberação do COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS, nos termos do procedimento definido neste CONTRATO.

(...)

39.16. A AGÊNCIA REGULADORA notificará a CONCESSIONÁRIA da decisão proferida em face da defesa apresentada, cabendo à CONCESSIONÁRIA recurso a ser interposto, no prazo de 15 (quinze) dias a contar do recebimento da notificação.

39.17. Caso mantida a penalidade, por decisão final, cabe ainda interpelação para o COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS, sem prejuízo da exigibilidade da sanção aplicada.”. Grifou-se.

Depreende-se, da leitura dessas cláusulas contratuais, que as **decisões da Agência Reguladora**, sobre matérias vinculadas às suas atribuições, como a **revisão extraordinária** (art. 22, IV e 23, IV, da Lei nº 11.445/07), **apuração da indenização pelos ativos não amortizados ou depreciados** (art. 42, da Lei nº 11.445/07) e a **fiscalização e aplicação de sanções** (art. 23, XIII, da Lei nº 11.445/07), **podem ser submetidas ao Comitê de Resolução de Disputas, através de mera ausência de consenso.**

Urge ressaltar o Comitê de Resolução de Disputas nada mais é do que um colegiado integrado por membros indicados pela Concessionária e pelo Poder Concedente, sem qualquer participação da Agência Reguladora, nos termos da Cláusula 48.2, da minuta contratual, *in verbis*:

“48.2. O comitê funcionará de forma permanente, e será composto por 3 (três) membros, um selecionado pela CONCESSIONÁRIA, outro selecionado pelo PODER CONCEDENTE, e o terceiro a ser nomeado de comum acordo entre os membros escolhidos pela CONCESSIONÁRIA e o PODER CONCEDENTE.”. Grifou-se.

Vale destacar as atribuições do referido Comitê, *in verbis*:

“48.3. A competência do COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS abrange controvérsias que ocorrerem no âmbito das seguintes questões:

48.3.1. Pedido de reequilíbrio econômico-financeiro pela CONCESSIONÁRIA ou pelo PODER CONCEDENTE;

48.3.2. Conclusões trazidas em pedidos de REVISÃO EXTRAORDINÁRIA, nos termos deste CONTRATO;

48.3.3. Pedidos de reajustamento;

48.3.4. Conclusões ou pleitos referentes a indenizações por reversão de bens, em razão dos casos de extinção da concessão, nos termos deste CONTRATO;

48.4. Outras controvérsias contratuais poderão ser submetidas para a apreciação do COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS, de comum acordo pelas PARTES.”.

Portanto, o instrumento contratual estabelece uma **ilegal relação de subserviência ou de vassalagem** da Agência Reguladora ao Comitê de Resolução de Disputas, através do qual o Poder Concedente e a própria Concessionária podem **reformular as decisões** proferidas pela Agência Reguladora, sem qualquer previsão legal ou normativa da própria ARISMIG.

Tal como disciplinado na minuta contratual, o Comitê de Resolução de Disputas é um órgão **supra-regulatório e hierarquicamente superior** à Agência Regulatória, que **deixa de ter qualquer resquício de independência decisória**.

A **ilegalidade** desse mecanismo também se ampara no **conflito de interesse** em se atribuir à própria Concessionária – através do Comitê de Resolução de Disputas – a competência para examinar e resolver matérias vinculadas à concessão, sobretudo reformando decisões da Agência Reguladora.

Nesse sentido, ressalta-se a possibilidade teratológica de a Concessionária afastar eventual sanção aplicada pela Agência Reguladora, por mera discordância, através do Comitê de Resolução de Disputas.

Na prática, tem-se o seguinte absurdo: **o regulado se torna regulador**.

E, como se não bastasse o grave prejuízo à independência decisória da Agência Reguladora, **submetida** ao Comitê de Resolução de Disputas, na hipótese de o Poder Concedente e a Concessionária não lograrem alcançar um acordo para

sobrepujar as decisões da Agência Reguladora, a matéria, ainda, pode ser submetida à arbitragem, *in verbis*:

“48.6. Caso uma das partes esteja em desacordo com o provimento do COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS, a controvérsia será definitivamente resolvida por arbitragem, nos termos da cláusula abaixo.”.

Com efeito, **não há que se falar em independência da ARISMIG**, quando a minuta do contrato de concessão estabelece duas alçadas de **revisão superior** (Comitê de Resolução de Disputas e Arbitragem), nas qual a Agência Reguladora **não tem qualquer participação**.

Portanto, a minuta de contrato de concessão materializa **grave e inequívoco prejuízo às atividades de regulação e fiscalização** e à **independência** da Agência Reguladora, ao permitir que suas decisões sejam ser reformadas por órgãos dos quais a ARISMIG não participa e nem guarda qualquer relação hierárquica.

Diante do exposto, é fundamental a retificação do Edital e seus anexos, para assegurar a autonomia e independência decisória da Agência de Regulação.

f. Da revisão ordinária – retificação insuficiente (arts. 9º, caput, §§2º e 4º, 10, 18, inciso VIII, 23, inciso IV, Lei Federal nº 8.987/95 c/c arts. 2º, inciso VII, 11, inciso III, §2º, inciso IV, alínea “b, 37, 38 e 39, da Lei Federal nº 11.445/07)

Em duas análises técnicas anteriormente produzidas, a CFCP – Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações, órgão interno do TCE/MG, solicitou os seguintes esclarecimentos aos gestores municipais, *in verbis*:

“a) Considerando as alegações da denunciante relatadas no item IV de sua petição inicial (peça nº 1 do apenso nº 1.156.679), bem como a análise

preliminar desta Unidade Técnica, apresentem as contrarrazões que julgarem cabíveis para esclarecer os motivos para omissão de previsão da Revisão Ordinária no Edital de Licitação nº 018/2023 e em seus anexos;

b) Em observância ao que prescreve os artigos 9º, II, e 23, IV, da Lei nº 11.445/07, além da já citada Resolução ARISB–MG 096/19, indique quais normas já editadas pela ARISB–MG que possam abranger o regime, a estrutura e os níveis tarifários, bem como os procedimentos e prazos de sua fixação, reajuste e revisão;

c) Diante da inexistência de um procedimento contratual predefinido destinado à revisão ordinária e tendo em vista o que prescreve o artigo 23, IV, da Lei nº 11.445/07, qual seja, de que a entidade reguladora editará normas observando as diretrizes emanadas pela ANA, as quais, muitas delas, ainda se encontram em processo de elaboração, esclareça de que forma a governança do contrato é capaz de adequar-se às alterações supervenientes no modelo de governança regulatória.”.

Após análise da manifestação do Município de Extrema, a CFCP concluiu, *in verbis*:

“(…) pela **procedência** da denúncia quanto ao ponto em análise, propondo-se que seja determinada a adequação da minuta de contrato que acompanha o edital da Concorrência Pública n. 01/2023, para:

a) **Nas suas cláusulas 23ª e 24ª**, que disciplinam o reajuste e a revisão extraordinária do contrato, respectivamente, **harmonizar as disposições contratuais com o que dispõe a Resolução n. 36/2023 da ARISMIG** sobre os temas, entidade reguladora indicada pelo poder concedente como responsável pela regulação e fiscalização da prestação dos serviços que compõe o objeto da concessão pretendida e que, nos termos dos artigos 22, IV, 23, IV e 11, §2º, IV, "b", da Lei n. 11.445/2007, é competente para definir os procedimentos de reajuste e revisão contratual;

b) **Incluir, na minuta de contrato, cláusula que ao menos mencione que a revisão ordinária será realizada nos termos da Resolução n. 36/2023 da ARISMIG ou que discipline o tema de forma mais extensa, isso, é claro, sem entrar em conflito com o que prevê a norma editada pela entidade reguladora, a fim de assegurar previsibilidade e segurança jurídica tanto para os prestadores de serviços quanto para os usuários sobre o tema.** Grifou-se.

Os gestores municipais, por sua vez, republicaram o certame licitatório e informaram o **suposto atendimento integral da determinação**, através da inclusão da Cláusula 24, na minuta do Contrato de Concessão, *in verbis*:

“CLÁUSULA 24 – REVISÃO ORDINÁRIA

24.1. A revisão ordinária compreende a reavaliação das condições da prestação dos serviços e das tarifas praticadas, objetivando a distribuição dos ganhos de produtividade com os usuários e a reavaliação das condições de mercado, observando-se sempre, o intervalo de cinco anos”.

Com a devida vênia, a **retificação é insuficiente**. Não há qualquer menção sobre a competência para realizar a revisão ordinária, regras mínimas sobre procedimento e prazos.

Igualmente, salta aos olhos a **ausência de menção aos normativos editados ANA e ARISMIG, especialmente a Resolução Normativa nº 36/2023**, desta última.

Ademais, sequer foi promovida a harmonização das demais cláusulas do certame licitatório à **regra superficial e artificial da revisão ordinária**, uma vez que a cláusula 20 (Sistema Tarifário) cita expressamente reajuste e revisão extraordinária (cláusula 20.2), sendo silente quanto à revisão ordinária.

No mesmo sentido, o equilíbrio econômico financeiro do contrato (cláusula 22) seria assegurado por mecanismos dentre os quais não é mencionada a revisão ordinária.

A retificação, inclusive, está em **contradição** com Cláusula 22.4.1. "j", que assim dispõe, *in verbis*:

"22.4.1. A CONCESSIONÁRIA é integral e exclusivamente responsável pelos seguintes riscos relacionados à CONCESSÃO:

(...)

j) Ganhos econômicos efetivos resultantes para a CONCESSIONÁRIA, decorrentes de ganhos de produtividade ou redução de custos operacionais, inclusive em razão da utilização de novos materiais, técnicas ou tecnologias, não disponíveis na época da LICITAÇÃO."

Ora, **assegurar à Concessionária o proveito, integral e exclusivo, dos ganhos econômicos efetivos** resultantes da concessão é **incompatível** com a **revisão ordinária**, cuja finalidade é, justamente, o seu **compartilhamento com os usuários**.

A revisão ordinária também não é mencionada nas competências do Comitê de Resolução de Disputas (havendo previsão somente da revisão extraordinária e reajuste, conforme cláusulas 48.3.2 e 48.3.3).

Enfim, a retificação do edital é insuficiente para sanar a ilegalidade e, ao contrário do que se propôs, traz maior insegurança jurídica ao certame.

Portanto, é inviável a manutenção do certame licitatório, tal como republicado, impondo-se a sua retificação, para que a revisão ordinária seja devidamente regulamentada, sanando-se, inclusive, a contradição existente.

- g. Da ausência de normas de regulação sobre todas as matérias exigidas, bem como disciplina contrária àquelas editadas pela Agência Reguladora eleita (ARISMIG), em ofensa ao art. 8º, §5º, 9º, II, 11, III, §§2º e 3º, 21, 22 e 23, da Lei nº 11.445/07

A titularidade do serviço público de saneamento básico é dos municípios e do Distrito Federal, no caso de interesse local, ou compartilhada entre esses e o respectivo Estado, na hipótese de interesse comum, inteligência do art. 8º, I e II, da Lei nº 11.445/07.

Desse modo, compete ao Poder Público a execução do serviço de saneamento básico, podendo fazê-lo diretamente ou sob regime de concessão ou permissão (art. 30, V, da CF/88).

Independentemente da forma de prestação do serviço de saneamento (direta ou indireta), o seu titular deverá definir a entidade responsável pela regulação e fiscalização, consoante o art. 8º, §5º e 9º, II, da Lei nº 11.445/07, *in verbis*:

“Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico:

(...)

§ 5º O titular dos serviços públicos de saneamento básico deverá definir a entidade responsável pela regulação e fiscalização desses serviços, independentemente da modalidade de sua prestação.

(...)

Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto:

(...)

II – prestar diretamente os serviços, ou conceder a prestação deles, e definir, em ambos os casos, a entidade responsável pela regulação e fiscalização da prestação dos serviços públicos de saneamento básico”. Grifou-se.

Registra-se que a designação de entidade de regulação e de fiscalização é condição de validade dos contratos de prestação de serviços públicos (art. 11, II, segunda parte, da Lei nº 11.445/07).

A função de regulação e fiscalização deve ser *desempenhada por entidade de natureza autárquica dotada de independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira*, que deve atuar segundo os *princípios de*

transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões (art. 21, Lei nº 11.445/07).

Além da indicação de entidade de natureza autárquica para desempenhar a função de regulação e fiscalização, é condição de validade do contrato a *existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes* do marco legal do saneamento básico (art. 11, II, primeira parte da Lei nº 11.445/07), *in verbis*:

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

(...)

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;”

Nesse sentido, o art. 11, §2º, da Lei nº 11.445/07, estabelece que, *ipsis litteris*:

“Art. 11.....

(...)

§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 redução progressiva e controle de perdas na distribuição de água tratada, 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 e com o respectivo plano de saneamento básico; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

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

IV – as condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços, em regime de eficiência, incluindo:

- a) o sistema de cobrança e a composição de taxas e tarifas;**
- b) a sistemática de reajustes e de revisões de taxas e tarifas;**
- c) a política de subsídios;**

V – mecanismos de controle social nas atividades de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços;

VI – as hipóteses de intervenção e de retomada dos serviços.”.

Portanto, no caso de *serviços prestados mediante contratos de concessão*, insere-se na competência normativa da entidade de regulação e fiscalização a disciplina das matérias descritas no art. 11, §2º, da Lei nº 11.445/07, verdadeiro **limite à liberdade contratual** da Administração Pública.

Em relação a essas matérias de competência privativa da entidade de regulação e fiscalização, destaca-se o disposto no art. 11, §3º, da Lei nº 11.445/07, segundo o qual os *contratos não poderão conter cláusulas que prejudiquem as atividades de regulação e de fiscalização ou o acesso às informações sobre os serviços contratados*.

Em reforço da assertiva, destacam-se os arts. 22 e 23, da Lei nº 11.445/07, que estabelecem os objetivos da regulação no setor de saneamento básico, bem como reforça a competência regulatória das autarquias especiais, a quem compete conformar as dimensões técnicas, econômicas e sociais da prestação dos serviços, *in verbis*:

“Art. 22. São objetivos da regulação:

- I – 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;**
- II – 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;**
- III – prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; e**
- IV – 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.**

Art. 23. A entidade reguladora, observadas as diretrizes determinadas pela ANA, editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços públicos de saneamento básico, 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;
- 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;
- XII – (VETADO).
- XIII – procedimentos de fiscalização e de aplicação de sanções previstas nos instrumentos contratuais e na legislação do titular; e
- XIV – diretrizes para a redução progressiva e controle das perdas de água.”

A partir da exegese dos preceitos normativos em destaque, conclui-se que é condição de validade do contrato de concessão a designação de entidade de regulação e fiscalização, de natureza autárquica e dotada de independência e autonomia.

Por sua vez, a referida entidade deve possuir independência e autonomia, bem como um **estoque mínimo de normas** que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes do marco legal do saneamento básico, sendo vedada a existência de cláusula contratual que prejudique a atividade regulatória nesses temas específicos.

No caso concreto, observa-se que o edital e a minuta do contrato se imiscuem em matérias de competência privativa da entidade de regulação e fiscalização.

Ademais, não se localizou, dentre os anexos da concorrência pública ou mesmo no sítio eletrônico da ARISMIG⁵, a cópia integral dos atos normativos que regulamentem todas as matérias descritas no art. 11, §2º, da Lei nº 11.445/07 e que vincularam o Poder Concedente a Concessionária, trazendo profunda insegurança jurídica.

⁵ <https://arismig.mg.gov.br/>

Outrossim, foram identificadas, no aludido sítio eletrônico, os seguintes normativos da ARISMIG:

RESOLUÇÃO Nº 013, DE 10 DE NOVEMBRO DE 2022

Dispõe sobre procedimentos atinentes à sustentabilidade econômica dos prestadores de serviços de água e esgoto regulados pela ARISMIG.

RESOLUÇÃO Nº 014, DE 10 DE NOVEMBRO DE 2022

Dispõe sobre a aprovação do manual de fiscalização, com os procedimentos para a atividade fiscalizatória no âmbito da Agência Reguladora ARISMIG.

RESOLUÇÃO Nº 015, DE 10 DE NOVEMBRO DE 2022

Dispõe sobre os procedimentos relativos às infrações e penalidades aplicáveis, pela ARISMIG aos prestadores de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

RESOLUÇÃO Nº 053, DE 17 DE NOVEMBRO DE 2023.

Dispõe sobre os padrões da prestação dos serviços públicos de água e esgoto nos municípios regulados pela ARISMIG.

RESOLUÇÃO Nº 036, DE 1º DE AGOSTO DE 2023.

Estabelece procedimentos de sustentabilidade econômico-financeira aplicáveis aos contratos de concessão e parcerias público-privadas, bem como procedimentos de acompanhamento dos contratos, de informações contábeis e de reconhecimentos de investimentos aplicáveis aos contratos de concessão e parcerias público-privadas regulados por si.

Do cotejo entre essas normas de regulação com os documentos da concorrência pública, verifica-se a existência de **profundas divergências**, em evidente prejuízo à autonomia e independência da entidade eleita e das atividades de regulação e fiscalização, sem olvidar da segurança jurídica e da validade do certame.

Exemplificativamente, o cita-se a **dissonância** entre o “ANEXO VIII – REGULAMENTO DOS SERVIÇOS (DECRETO Nº 4.343 DE 24 DE OUTUBRO DE 2022”, com as Resoluções ARISMIG nºs 14/2022, 15/2022 e 53/2023.

Há igual divergência entre procedimentos e prazos quanto à fiscalização e penalidades descritas na Cláusula 39 e seguintes, da minuta do contrato, e aquelas descritas na Resolução ARISMIG nº 15/2022.

Pode-se mencionar, à título ilustrativo, as seguintes divergências: (i) o **prazo para defesa administrativa** de trinta dias corridos (39.14, da minuta do

contrato) e úteis (art. 20, da Resolução); (ii) o **prazo para recurso** de quinze dias corridos (39,16, da minuta do contrato) e trinta dias úteis (art. 21, da Resolução); (iii) mantida a penalidade, há **possibilidade de interpelação** ao Comitê de Resolução de Disputas (39.17, da minuta do contrato), ao passo que a decisão colegiada da Agência Reguladora é **irrecorrível** (art. 21, §4º, da Resolução); (iv) o **atraso no pagamento da multa** gera correção monetária pelo IGP-M acrescido de 1% ao mês *pro rata die* (39.6, da minuta do edital) e juros de mora pela SELIC, acrescida de multa de mora à taxa de 0,33%, por dia, limitado à 20% (art. 24, da Resolução).

Em verdade, a concorrência pública pretende disciplinar matérias privativas da entidade de regulação e fiscalização, o que já se avulta irregular.

E, como se não bastasse, o faz ao arrepio das normas editadas pela ARISMIG, que são condições de validade do contrato, em grave e inequívoco prejuízo às atividades de regulação e fiscalização.

Nessa toada, a concorrência pública é **nula de pleno direito**, por ofensa aos arts. 8º, §5º, 9º, II, 11, III, §§2º e 3º, 21, 22 e 23, da Lei nº 11.445/07, na medida em que: (i) não foram divulgadas as normas de regulação sobre todas as matérias exigidas pela Lei nº 11.445/07; (ii) apresenta disciplina contrária às normas de regulação editadas pela Agência Reguladora eleita (ARISMIG); e (iii) contém cláusulas que prejudicam a atividade de regulação e fiscalização dos serviços, em ofensa ao art. 11, §3º, da Lei nº 11.445/07.

Diante do exposto, requer-se a retificação do Edital e seus anexos, para que suas disposições sejam compatibilizadas com as normas editadas pela Agência Reguladora, dentro de sua competência privativa, assim como sejam dada ampla publicidade sobre os atos normativos que compõe o mínimo essencial para a delegação dos serviços.

h. Da irregularidade na repartição de riscos, em ofensa ao art. 10-A, IV, da Lei nº 11.445/07 c/c da Resolução ANA nº 178/2024 (Norma de Referência nº 05)

Conforme o art. 10-A, IV, da Lei nº 11.445/07, o contrato de prestação dos serviços públicos de saneamento básico, **sob pena de nulidade**, deve conter **cláusula essencial** sobre a **repartição de riscos entre as partes, incluindo os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária**.

Sobre a matéria, a ANA editou NR nº 05, para dispor sobre a matriz de riscos para contratos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, *in verbis*:

“Art. 1º Esta Norma de Referência trata da **matriz de riscos** dos contratos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, firmados entre o prestador de serviço e o titular do serviço público ou quem exerça a titularidade, em caso de prestação regionalizada, e **aplica-se aos contratos futuros licitados e aos contratos existentes não licitados**.

Parágrafo único. As disposições estabelecidas nesta Norma de Referência devem orientar a elaboração de atos normativos e a tomada de decisões de entidades reguladoras infranacionais e titulares, observadas as peculiaridades locais e regionais.”

Merecem destaque, ainda, os seguintes dispositivos da NR nº 05, *in verbis*:

“Art. 3º A matriz de riscos deve conter listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro.

§1º A matriz de riscos deve ser compatível com as cláusulas de direitos e obrigações das partes.

§2º **A descrição dos riscos na matriz deve ser objetiva, exata, clara e suficiente para a sua caracterização.**

§3º A matriz de riscos não deverá conter disposições que possam ser tratadas em outras cláusulas contratuais, como sanções e penalidades, direitos e obrigações das partes e extinção antecipada do contrato.

Art. 4º Os riscos da prestação devem ser alocados de forma objetiva ao titular do serviço, ao prestador ou devem ser indicados como compartilhados, evitando-se a alocação genérica e indistinta.

Parágrafo único. O risco compartilhado deve conter os percentuais, faixas, prazos ou grandezas que definirão a responsabilidade a ser assumida por cada uma das partes, e poderão ser estabelecidos no contrato ou em regulamento da entidade reguladora infranacional.

Art. 12 Os editais e contratos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário deverão:

I – prever a distribuição objetiva dos riscos, devendo a sua alocação observar as diretrizes desta Norma de Referência e os regulamentos da entidade reguladora infranacional, quando houver;

II – incluir a relação de riscos a serem segurados para fins de elaboração das propostas pelos licitantes; e

III – prever que os riscos residuais poderão ensejar reequilíbrio econômico-financeiro.

(...)

Art. 17. O rol de riscos da matriz proposta no Anexo I não é exaustivo,

podendo ser ampliado pela entidade reguladora infranacional, mediante ato normativo, bem como pelo titular do serviço, no processo licitatório, desde que os novos riscos não conflitem com os riscos ali propostos.”.

No caso concreto, a matriz de risco anexa à minuta do contrato de concessão está em desacordo com a NR nº 05.

Observa-se a definição de **risco compartilhado sem definição de objetiva de percentuais, faixas, prazos ou grandezas** capazes de definir a responsabilidade, aliado à mitigação que não ultrapassa a **mera reprodução de disposições que possam ser tratadas em outras cláusulas contratuais**, como sanções e penalidades, direitos e obrigações das partes e extinção antecipada do contrato, no caso, o reequilíbrio contratual).

Categoria	Risco	Implicação	Alocação	Medidas Mitigadoras
Execução Contratual	Descumprimento do cronograma de investimentos	Atrasos no início das obras	Compartilhado	<ul style="list-style-type: none"> Causa justificadora da inexecução que exonera a Concessionária de responsabilidade Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor da Concessionária.
Ambiental	Disponibilidade e/ou escassez hídrica imprevisíveis e/ou não consideradas na proposta técnica	Despesas adicionais, impactos na receita e/ou realização de novos investimentos não previstos pela Concessionária.	Compartilhado	Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor da Concessionária
Ambiental	Atraso ou não obtenção pela Concessionária de licenças, outorgas ou autorizações por fato ou omissão não imputável à Concessionária	Atraso no início das obras ou da operação Descumprimento de Índices de Qualidade e Atendimento	Compartilhado	<ul style="list-style-type: none"> Não aplicação de penalidades se o atraso na obtenção das licenças não decorrer de ato imputável à Concessionária Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, na hipótese de fato ou omissão não imputável à Concessionária.
Econômico e Álea Extraordinária	Caso Fortuito, Força Maior e/ou Fatos Imprevistos	Ocorrência de eventos de caso fortuito ou força maior ou fatos imprevistos que causem perdas ou danos aos ativos da Concessionária, perda de receitas, atrasos na realização das obras e/ou descontinuidade da prestação dos serviços.	Compartilhado	<ul style="list-style-type: none"> Alteração no cronograma Reequilíbrio econômico-financeiro em favor da Concessionária.

Ademais, o risco pela **indisponibilidade hídrica dos mananciais**, alocado em face do Poder Concedente, seria mitigado pelo **Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor da Concessionária**.

Além da **mitigação indevida**, eis que **genérica** e pautada em **obrigações e deveres das partes**, ela está em **desacordo com o risco nº 22, da NR nº 05**, que orienta a sua alocação ao Poder Concedente somente quando a escassez hídrica

alcançar determinada redução da vazão captada (%) e por um período mínimo tempo (90 dias).

TIPO	Nº	DESCRIÇÃO DO RISCO	ALOCAÇÃO	
			TITULAR DO SERVIÇO	PRESTADOR DE SERVIÇO
Risco climático	22	Situação crítica de escassez de recursos hídricos nos corpos que abastecem a área de concessão, declarada pelo respectivo órgão gestor de recursos hídricos, e que determine redução da vazão captada em percentual superior a [==] % (== por cento), conforme definido em contrato, após 90 dias da redução.	X	

Na mesma esteira, o risco da **falta de energia** deve ser **compartilhando**, definindo-se o número de horas de interrupção desse serviço a partir da qual o risco é do Poder Concedente, conforme item 19, NR nº 05).

TIPO	Nº	DESCRIÇÃO DO RISCO	ALOCAÇÃO	
			TITULAR DO SERVIÇO	PRESTADOR DE SERVIÇO
	19	Indisponibilidade de energia elétrica que afete a execução dos serviços e que se dê por tempo superior a [==] horas, conforme previsto em contrato.	X	

Em sentido oposto, a matriz da licitação aloca o risco à Concessionária, sem correlação com o período de horas de interrupção.

Operacional	Falta de Energia	Indisponibilidade do sistema	Concessionária	Definição de procedimentos e critérios de fiscalização objetivos da operação
-------------	------------------	------------------------------	----------------	--

Sobre o **risco de demanda**, necessária uma descrição objetiva, exata, clara e suficiente do que se entende por variações ordinárias de demanda (%), nos termos estabelecidos pela NR nº 05.

TIPO	Nº	DESCRIÇÃO DO RISCO	ALOCAÇÃO	
			TITULAR DO SERVIÇO	PRESTADOR DE SERVIÇO
Riscos de demanda	6	Variação, para mais ou para menos, da demanda pelos serviços prestados, em decorrência do adensamento populacional; da alteração do perfil habitacional ou do padrão de consumo; ou da alteração da composição de usuários, desde que não decorrentes dos riscos previstos como fato do príncipe ou fato da Administração, desta matriz de riscos.		X
	7	Variação, para mais ou para menos, superior a [==] % (== por cento), conforme previsto em contrato, na proporção de economias sujeitas ao pagamento de tarifa social ou isentas de pagamento, em relação ao total das economias ativas existentes.	X	

No entanto, o edital aloca o risco de demanda exclusivamente em face da Concessionária, em qualquer hipótese.

Ainda, da forma posta, incentiva-se que o licitante desconsidere qualquer perda de receita por recusa de conexão (ou a considere em seu mínimo), porque: (i) terá o impacto de aumentar a projeção de receita e, assim, permitir um desconto maior, que seria meramente artificial; (ii) a recuperação do valor decorrente de seu erro na estimativa da demanda, sendo risco que lhe é próprio. Por fim, o risco compartilhado não apresenta percentuais, faixas, prazos ou grandezas que definirão a responsabilidade a ser assumida por cada uma das partes, e poderão ser estabelecidos no contrato ou em regulamento da entidade reguladora infranacional. Veja-se:

Execução Contratual	Recusa de usuário em conectar o imóvel à rede em número superior à estimativa considerada na elaboração das propostas técnica e comercial	Perda de receita pela Concessionária	Compartilhado	<ul style="list-style-type: none"> • Previsão no Regulamento dos Serviços da possibilidade de aplicação de multa ao usuário. • Possibilidade de cobrança de valor mínimo pela prestação do serviço do usuário, ainda que não conectado ao sistema, conforme permite a legislação aplicável
				<ul style="list-style-type: none"> • Previsão de cláusula que obriga ao usuário a se conectar aos sistemas, tão logo disponibilizados pela Concessionária, em consonância com a legislação aplicável

Diversos riscos apresentam como “mitigação” uma mera reprodução de disposições que possam ser tratadas em outras cláusulas contratuais, como sanções e penalidades, direitos e obrigações das partes e extinção antecipada do contrato.

Nesse sentido, necessário trazer à baila alguns excertos da matriz de risco prevista no edital, suficientes para corroborar os argumentos até aqui aduzidos no sentido da ilegalidade do certame.

Atividade Empresarial	Capacidade financeira insuficiente dos acionistas	<ul style="list-style-type: none"> • Atraso no início de operação e níveis de qualidade insatisfatórios. • Não contratação de financiamentos. 	Concessionária	<ul style="list-style-type: none"> • Previsão de penalidades e garantia de execução do contrato. • Exigência de comprovação da qualificação econômico-financeira na licitação. Exigência de contratação de planos de seguro.
Responsabilidade de Civil	Danos materiais e morais a terceiros	Indenizações por danos materiais e morais causados a terceiros decorrentes de ação ou omissão na prestação do serviço.	Concessionária	<ul style="list-style-type: none"> • Previsão de penalidades e garantia de execução do contrato • Exigência de contratação de Seguro de Responsabilidade Civil.

Há alocação de riscos que desafia a própria lógica:

Execução Contratual	Responsabilidade excedente às coberturas securitárias exigidas no contrato, na hipótese em que a indenização decorra de fato imputável à Concessionária, por dolo ou culpa.	Custos adicionais à Concessionária	Concessionária	Contratação de Planos de Seguro (Responsabilidade Civil) compatível com o objeto da concessão.
----------------------------	---	------------------------------------	----------------	--

Se o risco é a existência de responsabilidade superior às coberturas securitárias, avulta-se ilógico que a medida mitigadora seja a própria contratação do seguro, que é o fator de risco. Além do mais, o risco também não atende, satisfatoriamente, à finalidade a que se propõe e nem o interesse público, na medida em que ignora a responsabilidade objetiva da Concessionária (independente de dolo ou culpa), que é inerente à prestação dos serviços públicos (art. 37, §6º, da CF/88), sobretudo aqueles (tal como água e esgoto) que guardam interface com o direito do consumidor (art. 14 e 22, do CDC) e ambiental (art. 225, CF c/c art. 14 §1º, da Lei nº 6.938/81), ramos do direito informados pela teoria objetiva da responsabilidade.

Destaca-se, ainda, o seguinte risco:

Operacional	Greve dos funcionários da Concessionária	<ul style="list-style-type: none"> Atrasos nas obras previstas Interrupção dos serviços 	Concessionária	Causa justificadora da inexecução que exonera a Concessionária de responsabilidade
--------------------	--	---	----------------	--

Ora, se o risco de greve é atribuído à Concessionária, é ilógico que a medida mitigadora seja a escusa de sua responsabilidade.

Ademais, **faltou** a ressalvada segundo a qual a ilegalidade da greve afasta a responsabilidade da Concessionária, materializando contradição com a NR nº 05, e com minuta do Contrato de Concessão (22.4.1. "i").

Enfim, forçoso concluir pela **nulidade da concorrência pública**, uma vez que os **riscos contratuais possuem diversas irregularidades em sua descrição, alocação e previsão de medidas mitigadoras**, em ofensa direta ao art. 10-A, IV, da Lei nº 11.445/07 c/c NR ANA nº 05/2024.

Logo, solicita-se a retificação da matriz de risco, compatibilizando-a aos ditames da Norma de Referência editada pela ANA.

i. Do afastamento da indenização prévia - ofensa ao art. 42, §5º, da Lei nº 11.445/2007, inserido pela Lei nº 14.026/2020

Reitera-se que a Copasa é a atual concessionária dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Município de Extrema.

Segundo consta do Edital e da Minuta do Contrato de Concessão, vencida a licitação, assinado o contrato e superado o “*período de transição*”, a nova concessionária receberá os serviços públicos, **bens e equipamentos vinculados aos serviços**, oportunidade em que se iniciará a concessão.

A respeito dessa matéria, pede-se vênica para destacar as seguintes regras do Edital:

“2. DAS DEFINIÇÕES

(...)

2.26. ORDEM DE INÍCIO DE SERVIÇO: é a ordem emitida pelo CONCEDENTE, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da assinatura do CONTRATO, dando início ao PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO;

2.27. PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO: período de até 180 (cento e oitenta) dias durante o qual se efetuará a transição da operação do SISTEMA e da prestação dos SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO e dos SERVIÇOS COMPLEMENTARES para a CONCESSIONÁRIA, bem como a elaboração do TERMO TRANSFERÊNCIA;

2.39. SISTEMA: é o conjunto de bens, instalações, equipamentos, máquinas, aparelhos, edificações e acessórios integrantes dos sistemas de água e esgoto, objeto da CONCESSÃO, necessários à prestação do SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO”.

Também merece realce as seguintes estipulações do Edital:

“2.16. DATA DE ASSUNÇÃO: é a data da **efetiva transferência dos BENS REVERSÍVEIS pelo atual prestador dos SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO para a CONCESSIONÁRIA**, quando assinado o Termo de Transferência, a partir de quando então a CONCESSIONÁRIA iniciará a exploração da CONCESSÃO.”. Grifo aposto.

Portanto, conclui-se que a **prestação dos serviços objeto da concessão se iniciará sem que, contudo, a atual concessionária – Copasa – seja devidamente indenizada em valor equivalente aos investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados ou depreciados**, em verdadeiro confisco e desapropriação às avessas dos bens da Copasa.

O Edital e a minuta do contrato até preveem que o Município de Extrema se responsabilizará pelo pagamento de eventual indenização à Copasa.

No entanto, **além de tornar duvidosa a obrigação**, ao empregar o vocábulo “eventual”, relega o seu pagamento para após a formalização de acordo entre as partes, em momento futuro e incerto, como evidencia o seguinte trecho do Anexo XI – Ato Justificativo da Concessão:

“CONSIDERANDO, por fim, as conclusões lançadas no Parecer Jurídico, emitido em 25 de novembro de 2022, especialmente quanto ao que restou consignado em sua conclusão, no sentido de que “(...) restando declarada a caducidade do contrato de concessão firmado entre o Município de Extrema e a COPASA nos autos do PA de nº. 011/2019, cujo objeto é a prestação do serviço de abastecimento e esgotamento sanitário, opina-se pela legalidade da instauração de novo procedimento licitatório para viabilizar a manutenção adequada e eficiente do fornecimento dos respectivos serviços à municipalidade, não havendo necessidade ou impositivo legal que condicione a nova contratação ao prévio pagamento de eventual indenização na esfera do contrato rescindido, que poderá ser apurado e liquidado em oportunidade e procedimento próprio”. Grifo e destaque no original.

A questão referente à **prévia** indenização às concessionárias dos serviços de saneamento básico não passou despercebida pelo Congresso Nacional quando da edição da Lei nº 14.026/2020.

Ao analisar a matéria, o Congresso Nacional concluiu pela necessidade de se **garantir maior segurança jurídica e econômica ao setor de saneamento básico**, visando a atração de investimentos privados (da ordem de bilhões de reais ao ano) indispensáveis para a universalização do acesso ao serviço de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

Nesse contexto, cita-se trecho do Parecer⁶ elaborado pelo ilustre Senador Tasso Jereissati ao Projeto de Lei nº 4.162/2019, que deu origem à Lei Federal nº 14.026/2020, e posteriormente aprovado pelo Senado Federal, no qual se ressaltou, de forma expressa, que **a indenização prévia é condição para a retomada dos serviços pelo Poder Concedente**. Veja-se:

6

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8122700&ts=1652816060239&disposition=inline>

“Em caso de retomada dos serviços por parte do titular, haverá indenização prévia dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, facultado ao titular atribuir o pagamento dessa indenização à nova concessionária que assumirá a prestação dos serviços.”.

Com efeito, o Edital de Licitação fere de morte o art. 42, §5º, da Lei nº 11.445/2007, inserido pela Lei nº 14.026/2020⁷, que estabelece que a transferência da concessão a um novo concessionário está **condicionada, em qualquer hipótese, à indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados**. Vide:

“Art. 42. Os valores investidos em bens reversíveis pelos prestadores constituirão créditos perante o titular, a serem recuperados mediante a exploração dos serviços, nos termos das normas regulamentares e contratuais e, quando for o caso, observada a legislação pertinente às sociedades por ações.

(...)

§5º A transferência de serviços de um prestador para outro será condicionada, em qualquer hipótese, à indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, facultado ao titular atribuir ao prestador que assumirá o serviço a responsabilidade por seu pagamento.”. Grifou-se.

Portanto, a transferência da concessão deve ser **precedida da indenização prévia** em favor da **Copasa**, sendo certo, inclusive, que a expressão “*em qualquer hipótese*”, embora autoexplicativa, **não admite margem ou discricionariedade hermenêutica para a criação de hipóteses de exceção**.

Importante sublinhar que o acolhimento da nova regra específica ao setor de saneamento básico (repita-se, declarada constitucional pela Suprema Corte) vem reverberando também nas recentes discussões havidas no Poder Judiciário.

Destaca-se o caso envolvendo o **Município de Erechim/RS e a CORSAN – Companhia Riograndense de Saneamento**.

Houve a anulação judicial do Contrato de Programa formalizado entre as partes, motivo pelo qual o referido município publicou o Edital da Concorrência nº

⁷ O Novo Marco Legal do Saneamento Básico foi declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs nº 6492, 6356, 6583 e 6882.

9/2016, visando licitar os serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário então prestados pela CORSAN.

Diante disso, o Estado do Rio Grande do Sul e a CORSAN ajuizaram ação ordinária visando a nulidade do Edital da Concorrência nº 9/2016, publicado pelo Município de Erechim/RS, que, dentre outras, possuía irregularidade quanto à indenização devida por ocasião da transferência dos serviços de um prestador para o outro.

Indeferida a medida liminar, houve a interposição do recurso de **agravo de instrumento** nº 5148116-81.2022.8.21.7000, **julgado e provido** pelo e. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob a relatoria do eminente Desembargador Irineu Mirani, do qual pede-se vênua para transcrever os seguintes trechos:

“A questão indenizatória, no entanto, parece efetivamente ser o ponto crucial.

(...)

Ocorre que a questão indenizatória, de fato, é o que chama a atenção e está atrapalhando o andamento do processo de concessão. E não se tem como descuidar de tal questão, sob pena, inclusive, de responsabilização do próprio gestor público.

Assim como não se tem como reconhecer, sem apuração prévia, o *quantum* indenizatório, sob pena de vir o Prefeito a responder, quiçá, por improbidade administrativa, uma vez que se reconheça venha a pagar quantia indevida à Corsan; de outro lado, **transferir o serviço público hoje executado pela Corsan a outra empresa sem que se defina a questão indenizatória, da mesma sorte, soa bastante preocupante.**

(...)

Afora isso, há previsão em lei que dispõe sobre a transferência do serviço sem prévio ajuste da indenização:

Art. 42. Os valores investidos em bens reversíveis pelos prestadores constituirão créditos perante o titular, a serem recuperados mediante a exploração dos serviços, nos termos das normas regulamentares e contratuais e, quando for o caso, observada a legislação pertinente às sociedades por ações.

(...)

§ 5º A transferência de serviços de um prestador para outro SERÁ CONDICIONADA, em qualquer hipótese, À INDENIZAÇÃO DOS INVESTIMENTOS vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, facultado ao titular atribuir ao prestador que assumirá o serviço a responsabilidade por seu pagamento.

Em suma, eminentes Colegas, não se desconhece e, inclusive, se compadece com o fato de que, ainda que contra a sua vontade, o Município se encontra atado à Corsan – sobretudo porque parece insatisfeito com o serviço prestado. No entanto, lamentavelmente, mais temerário ainda seria permitir o prosseguimento da Concorrência sem a resolução prévia de questões que, lá na frente, poderão vir a causar danos ainda maiores a todas as partes, inclusive ao próprio Gestor Público.”. Grifo no original.

Sublinhe-se que o Município de Erechim/RS apresentou SLS – Suspensão de Liminar e de Sentença nº 3177/RS junto à Presidência do Superior Tribunal de Justiça. Imperioso ressaltar que o pedido formulado nesse incidente foi indeferido e o agravo interposto foi desprovido.

Portanto, a primeira e a segunda instâncias do e. TJRS assegurou o direito ao recebimento prévio de indenização, como condição à transferência dos serviços de saneamento básico, conclusão que não foi afastada pelo Superior Tribunal de Justiça, **já sinalizando seu novo posicionamento em face do advento da Lei nº 14.026/2020.**

Nessa esteira, também merece registro o caso envolvendo o **Município de Porecatu e a SANEPAR – Companhia de Saneamento do Paraná.**

Em virtude do advento do termo contratual e da pretensa irregularidade na prestação dos serviços públicos, o Município de Porecatu ajuizou **ação de imissão na posse** nº 0001319–90.2022.8.16.0137, visando reaver os sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário sem o pagamento da indenização prévia doravante exigida pela Lei nº 14.026/2020.

Compulsando detidamente os autos, o MM. Juízo *a quo*, em cognição superficial, não se convenceu da probabilidade do direito pela retomada imediata dos sistemas públicos, que dependeria do pagamento de indenização à SANEPAR, nos termos de precedentes do TJPR⁸.

Irresignado, o Município de Porecatu aviou o recurso de agravo de instrumento nº 0056917–52.2022.8.16.0000 ao TJPR, que **manteve a r. decisão liminar que indeferiu a imissão na posse** do Poder Concedente nos bens e equipamentos vinculados aos Sistemas Públicos de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário, **reforçando que a medida exigiria o prévio pagamento da**

⁸ TJPR – 5ª C.Cível – 0000028– 91.2002.8.16.0190 – Maringá – Rel.: Desembargador Carlos Mansur Arida – J. 22.02.2022; e TJPR – 5ª C.Cível – AC – 867874–2 – Maringá –Rel.: Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira – Unânime – J. 19.03.2013.

indenização devida à então Concessionária dos serviços públicos, mormente à luz do art. 42, §5º, da Lei nº 11.445/07:

“Em sua exordial, o Município apontou que como a retomada das instalações e dos bens afetos aos serviços públicos essenciais de saneamento são imprescindíveis a efetiva assunção/operação pelo Município de Porecatu, foi necessário ingressar com a ação para obrigar SANEPAR a promover a devolução do sistema de saneamento básico ao poder público municipal, sob pena de multa diária, no caso de descumprimento de ordem Judicial.

(...)

Embora o Município Agravante defenda que a pretensão de indenização pelas benfeitorias feitas ao sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário municipal deve ser reclamada pela Agravada através de ação autônoma, tem-se que a própria Lei nº 14.026/2020 – invocada pelo Postulante para demonstrar a irregularidade do Contrato – condiciona a transferência de serviços para um novo prestador à indenização dos investimentos realizados pelo prestador anterior, consoante nova redação conferida ao art. 42, § 5º, da Lei nº 11.445/2007:

(...)

O art. 4º-A, §§ 4º, 5º e 7º, do Decreto nº 10.588/2020, por sua vez, estipula que quando exigida em lei a indenização por investimentos em bens reversíveis será paga até a data da transferência definitiva da prestação de serviço, sendo que a irregularidade do Contrato não implica na interrupção automática, podendo a contratação ser mantida pelo tempo necessário para o efetivo encerramento e transferência para novo prestador.

(...)

Assim, não se vislumbra a probabilidade do direito, sendo que tal requisito é imprescindível para a concessão da tutela de urgência negada pela Decisão Recorrida.

E tampouco se faz presente o *periculum in mora*.

Não há nos Autos demonstração de risco concreto de comprometimento dos repasses de recursos federais a serem recebidos pelo Município Agravante, que sequer especificou a natureza, prazos e requisitos para recebimento de tais verbas.

Reprise-se nesse sentido, que o próprio art. 4-A, §7º, do Decreto nº 10.588/2020 – que, dentre outros temas, dispõe sobre a alocação de recursos Públicos Federais para prestação de serviços de saneamento –, autoriza a manutenção dos efeitos de Contrato irregular, podendo o titular do serviço público de saneamento básico manter a prestação por meio do atual prestador pelo período necessário para o efetivo

encerramento do Contrato e para a transferência do serviço para novo prestador.". Grifou-se.

Portanto, a evolução normativa específica do setor de saneamento, promovida legitimamente pelo Congresso Nacional, deve ser observada – como de fato o vem sendo – para afastar condutas ora ilegais e irresponsáveis de gestores públicos.

Não por acaso, a Agência Nacional de Águas – ANA⁹ editou a **Norma de Referência nº 3/2023**, para dispor *"sobre metodologia de indenização de investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados dos contratos de prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário"*, cujo art. 38 estabelece:

"Art. 38. Os bens reversíveis vinculados ao contrato de prestação de serviço deverão ser revertidos ao Poder Concedente ao término do prazo contratual.

(...)

§3º A reversão dos bens será efetivada somente quando do pagamento da indenização dos ativos não amortizados ou depreciados.

§4º No caso em que ocorrer a transferência direta, conforme previsão em edital licitatório, o prestador que assumir o serviço deverá até a data de transferência dos bens, indenizar, quando couber, o prestador anterior pelos ativos ainda não depreciados ou amortizados.

§5º Não serão revertidos ao Poder Concedente os bens ou sistemas integrados enquanto houver algum contrato vigente como prestador de serviço valores a indenizar.". Grifo aposto.

A Agência Reguladora de Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário do Estado de Minas Gerais – ARSAE-MG, também valendo-se de sua competência legal, editou a Resolução nº 191/2024, cujo art. 28 estabelece que:

"Art. 28. A reversão dos bens ao Poder Concedente ou diretamente ao novo prestador dos serviços ocorrerá quando a exploração dos serviços for transferida, e apenas mediante o pagamento da indenização.". Sem grifo no original.

⁹ Entidade federal "responsável pela instituição de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico", cf. art. 1º da Lei nº 9.984/2000.

No mesmo sentido, a Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento do Rio Grande do Sul – AGESAN-RS editou a Resolução CSR nº 007/2024, da qual merece realce o art. 49, inserido no “Capítulo X – Reversão de Ativos”:

“Art. 49. Os ativos reversíveis vinculados ao contrato de prestação de serviço deverão ser revertidos ao Titular ao término do prazo contratual.

§1º. A reversão dos ativos ao Titular ocorrerá quando a exploração dos serviços for retomada e executada pela administração direta ou indireta do Município.

§2º. Por ocasião de nova licitação ao término do contrato, a critério do Titular, os ativos reversíveis vinculados ao serviço poderão ser transferidos diretamente ao novo prestador, com a devida homologação pela AGESAN-RS.

§3º A reversão dos ativos será efetivada somente quando do pagamento da indenização dos ativos não amortizados ou depreciados, sem, contudo, impedir que caso os serviços sejam fornecidos por um novo prestador os ativos sejam por ele operados.

§4º. No caso em que ocorrer a transferência direta, conforme previsão em edital licitatório, o **prestador que assumir o serviço deverá até a data de transferência dos ativos, indenizar, quando couber, o prestador anterior pelos ativos ainda não depreciados ou amortizados**, sendo homologada pela AGESAN-RS.

§5º. Não serão revertidos ao Titular os ativos ou sistemas integrados enquanto houver pendência de indenização com o prestador de serviço. Grifou-se.

Extraí-se da leitura desse excerto, que a resolução sobre a metodologia de indenização pelos ativos não amortizados ou depreciados está em plena harmonia com a atual política pública de saneamento básico e com a norma de referência já editada pela ANA.

Cita-se, também, a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo – ARSESP, que, em linha com o pilar da política pública de saneamento básico (uniformidade regulatória e segurança jurídica) publicou a Deliberação ARSESP Nº 1.515/2024, destacando-se:

“CAPÍTULO VIII REVERSÃO DOS ATIVOS

Art. 44. Os bens reversíveis vinculados ao contrato deverão ser revertidos ao Poder Concedente ao término do prazo contratual.

§1º. Por ocasião de nova licitação ao término do contrato, a critério do Poder Concedente, a posse, a gestão e a guarda dos bens reversíveis

vinculados ao serviço poderão ser transferidas diretamente ao novo prestador.

§2º. A reversão dos bens será efetivada somente quando a indenização dos ativos não amortizados ou depreciados estiver completa, salvo nos casos em que esta Deliberação explicitamente defina o contrário.

§3º. Não serão revertidos ao Poder Concedente os bens ou sistemas compartilhados entre Municípios, enquanto houver valores a indenizar não pagos de responsabilidade deste Poder Concedente junto ao o prestador.". Grifou-se.

A conclusão, afinal, não poderia ser outra. A Lei nº 14.026/2020, que atualizou o Marco Legal do Saneamento Básico, **serviu, no aspecto, exatamente para trazer maior segurança jurídica às concessionárias, que são obrigadas a investirem quantias elevadíssimas para a prestação dos serviços públicos.**

O Edital, portanto, fere de morte o art. 42, §5º, da Lei nº 11.445/2007, inserido pela Lei nº 14.026/2020¹⁰, que estabelece que a transferência da concessão a um novo concessionário está **condicionada, em qualquer hipótese, à indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados.**

Diante do exposto, necessária a retificação do Edital e seus anexos, explicitando-se que a transferência dos serviços somente será aperfeiçoada após o pagamento integral da indenização devida.

j. Das irregularidades no critério de julgamento baseado na técnica

O Edital da Concorrência adotou como critério de julgamento das propostas o **"menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica"**.

Malgrado o ordenamento jurídico autorize o critério de julgamento técnica e preço e, por isso, não se avulte, *a priori*, ilegal a sua adoção, a irregularidade em tela se fundamenta na **ofensa às normas que regulamentam a escolha desse critério, sobretudo aquelas de natureza cogente e vinculativas.**

A adoção do critério melhor técnica, isolada ou conjuntamente, deve ser utilizado *quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a*

¹⁰ O Novo Marco Legal do Saneamento Básico foi declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs nº 6492, 6356, 6583 e 6882.

ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração (art. 36, §1º, da Lei nº 14.133/21).

Ocorre que, da leitura dos anexos de natureza técnica (Termo de Referência e PMSB), não se depreende qualquer avaliação ou ponderação, pautados em elementos técnicos e objetivamente aferíveis, sobre a vantajosidade, para a Administração Pública, de propostas qualitativamente superiores aos requisitos previstos no edital.

Logo, há nulidade absoluta do critério eleito, por ausente que está os seus requisitos formais e materiais de validade.

Além disso, o julgamento por técnica e preço aplica-se às licitações destinadas à contratação de: (i) serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado; (ii) serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação; bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação; (iv) obras e serviços especiais de engenharia; e (v) objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação (art. 36, §1º, *in fine*, I a V, da Lei nº 14.133/21).

Observa-se que o critério de julgamento técnico deve ser empregado em **situações excepcionais** cuja natureza exija **predomínio de um profundo conhecimento intelectual, concretamente demonstrado** e a partir de critérios e índices objetivamente aferíveis.

Corroborando esse entendimento o ilustre Professor Marçal Justen Filho¹¹, *in verbis*:

“As licitações de melhor técnica e de técnica e preço foram reservadas para situações especialíssimas. Aplica-se por exceção, sendo a regra a licitação de menor preço”.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 11ª ed., São Paulo, Dialética, 2005.

Isso porque, o critério menor preço é objetivo, ao passo que o **critério técnico comporta, em algum grau, o elemento subjetivo**, seja na escolha dos itens, respectivas pontuações ou mesmo na posterior avaliação das propostas. Por esse motivo é que a melhor técnica é **critério excepcional de julgamento e deve ser avaliado com maior rigor**.

A adequação da utilização do tipo melhor técnica como critério de julgamento da licitação deve ser perquirida e justificada, de forma circunstanciada e detalhada, em cada caso concreto.

E, no caso de concessão de serviços públicos, o rigor há de ser maior em virtude do **princípio da modicidade tarifária**, que não pode ser vulnerado por exigências técnicas, **ressalvada a sua imprescindibilidade ou a elevada vantajosidade devidamente comprovada pela Administração Pública**.

Ressalta-se que, recentemente, **grandes projetos de concessão de serviços públicos de saneamento**, com grau de complexidade econômico-financeira e técnica-operacional muito mais elevado, **não exigiram nenhum tipo de proposta técnica dos licitantes**, pautando-se em critério econômico, que tem natureza eminentemente objetiva.

Exemplificativamente: concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário da Região Metropolitana de Maceió/AL (**leilão**)¹², a concessão dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário das Unidades Regionais de Saneamento do Bloco B – Agreste Sertão e Bloco C –Zona da Mata Litoral Norte de Alagoas (maior oferta)¹³ e a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário cujos titulares constituíram gestão associada com o estado do Rio de Janeiro (maior oferta)¹⁴.

Cita-se, igualmente, a concessão de serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no Estado de Sergipe, realizada por meio de **leilão**¹⁵, no qual foi apresentada oferta de R\$4.536.936.990,00 (quatro bilhões, quinhentos e trinta e seis milhões, novecentos e trinta e seis mil, novecentos e noventa e nove reais) e previsão de investimentos de R\$6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais).

¹² [Aviso de Pauta: Leilão de concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário da região metropolitana de Maceió \(bndes.gov.br\) Microsoft Word – Edital de Leilão CORSAN_PGE2 \(sema.rs.gov.br\)](#)

¹³ [Edital – Concorrência Pública Blocos B e C.pdf](#)

¹⁴ [Concessão Saneamento \(concessaosaneamento.rj.gov.br\)](#)

¹⁵ [DESO | Empresa Iguá Saneamento vence leilão da concessão parcial dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário de Sergipe \(deso-se.com.br\)](#)

Sem qualquer desprestígio ao projeto da concessão de Extrema, é necessário ponderar que sua **extensão e porte são muito inferiores** dos projetos de Maceió (Blocos B e C) e Sergipe. Além dos valores envolvidos, já mencionados, exemplifica-se através da constatação de que a concessão municipal tem como população abrangida estimada¹⁶ de **53.534 (cinquenta três mil, quinhentos e trinta e quatro) habitantes**, ao passo que os Blocos B e C de Maceió¹⁷ tensionam atender **1.186.000 (um milhão, cento e oitenta e seis mil)** e Sergipe¹⁸ **2.318 (dois bilhões, trezentos e dezoito milhões)**.

É importante ponderar, igualmente, que o Município de Extrema está localizado na Bacia Hidrográfica dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá – PCJ, que tem características hidrológica sabidamente mais favoráveis do que a região Nordeste do país e que, mesmo assim, os projetos de Maceió e Sergipe prescindiram do julgamento técnico.

Isso porque, os serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário são diuturnamente prestados de forma eficiente a milhares de municípios brasileiros, por intermédio de **soluções técnicas de engenharia há muito consolidadas** e suficientes para o atendimento dos parâmetros e normas editadas pelos órgãos públicos competentes.

No caso em apreço, o que se exige do licitante vencedor é a realização de investimentos, implementação de obras, ampliação e operação dos **sistemas de água e esgoto já em existentes e em funcionamento** no âmbito do Município de Extrema.

Ou seja, trata-se de serviços que não dependem de tecnologias sofisticadas nem exigem expertise detida por poucos agentes do mercado, **não havendo quaisquer justificativas da Administração Pública para se vulnerar a modicidade tarifária**, princípio tão relevante para os serviços públicos de saneamento básico, a ponto de orientar *a alocação de recursos públicos federais e nos financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União serão priorizados os projetos cujas licitações adotem como critério de seleção a modicidade tarifária e a antecipação da universalização do serviço público de saneamento* (art. 16, do Decreto Federal nº 11.467/2023).

¹⁶ Item 7.1. Termo de Referência

¹⁷ [Alagoas-Saneamento-Bloco-B - SaneamentoBNDES Hub de Projetos](#) e [Alagoas-Saneamento-Bloco-C - SaneamentoBNDES Hub de Projetos](#)

¹⁸ [Sergipe-Saneamento - SaneamentoBNDES Hub de Projetos](#)

Embora os serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário envolvam o emprego de tecnologias e exija técnicas de gestão e planejamento, em regra, não dependem de tecnologias sofisticadas ou de domínio restrito. São prestados por intermédio de soluções técnicas consolidadas e padronizadas, em conformidade com a legislação de regência.

Assim, basta que o instrumento convocatório do certame seja bem estruturado, com indicadores de resultado adequadamente estabelecidos e a capacidade técnica seja aferida no momento da habilitação, mediante o atendimento dos requisitos de qualificação técnica.

A adequada estruturação do projeto concessionário, além de requisito essencial para o certame, também contribuiu para a modicidade tarifária e para o julgamento objetivo das propostas.

Sobre o tema, em trecho retirado do Parecer Técnico da Coordenadoria de Fiscalização de Concessões do TCE/MG, exarado nos autos do processo nº 1.088.920, cita-se a doutrina de Maurício Portugal¹⁹, *in verbis*:

“II.3. A modelagem da qualificação técnica nas licitações de concessões e PPP

(...)

II.3.1 Setores Tecnicamente Maduros

Se o setor pode ser considerado maduro tecnicamente, isto é se a expertise técnica necessária a prestação do serviço na qualidade requerida pelo Governo é algo que pode ser adquirido facilmente no mercado, então a melhor forma de estruturar a licitação é deixar em segundo plano a exigência de expertise técnica, e focar a licitação na busca do melhor preço e na análise da capacidade financeira dos participantes para dar cabo das obrigações previstas no contrato.

Isso porque, se o concessionário ou o parceiro privado tiver a capacidade financeira adequada, e se o contrato de concessão ou PPP for bem estruturado do ponto de vista técnico, ou seja, se os indicadores de resultado forem adequadamente estabelecidos, o concessionário ou parceiro privado terá os incentivos para adquirir no mercado a *expertise* técnica necessária ao provimento do serviço com a qualidade prevista no contrato.

¹⁹ Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/melhores-praticas-na-modelagem-de-licitacoes-de-concessoes-e-ppps-a-busca-dos-participantes-adequados-e-da-maximizacao-da-competicao/a-modelagem-da-qualificacao-tecnica-nas-licitacoes-de-concessoes-e-ppp/>.

É, pois, desnecessário, neste caso, focar o processo de habilitação na verificação da capacidade técnica, até mesmo porque, se a *expertise*, para tanto, está disponível para todos no mercado, é melhor centrar o processo na obtenção do melhor preço, tomando-se, contudo, os cuidados para garantir que o contratado tenha as condições financeiras para estruturar a concessionária e adquirir no mercado a expertise técnica necessária ao cumprimento do contrato. (...)”. Grifou-se.

Vale observar que o termo de referência, que deu origem ao edital em comento, não identifica quaisquer circunstâncias que exigiriam o uso de tecnologias sofisticadas ou de uso restrito. Ao contrário, descreve obras e serviços executados por intermédio de soluções técnicas convencionais e padronizadas.

Logo, a natureza do serviço que se pretende conceder **não é predominantemente intelectual**. Com isso, a eleição do critério de julgamento pelo menor valor da tarifa e melhor técnica encontra óbice na jurisprudência do TCU, *in verbis*:

“E vedada a licitação do tipo ‘técnica e preço’ quando não estiver caracterizada a natureza predominantemente intelectual da maior parte do objeto que se pretende contratar, a vista do disposto no art. 46, caput, da Lei no 8.666/1993”. (Acórdão 2391/2007 Plenário).

Corroborando este entendimento, transcreve-se trecho de decisão proferida pelo Tribunal de Contas de Santa Catarina em julgamento de caso análogo, no qual foi determinada, cautelarmente, a sustação da Concorrência Pública para a concessão do serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário, diante, dentre outras inconformidades, da adoção irregular do tipo de licitação “técnica e preço” por se tratar de concessão de serviço público que não dependente majoritariamente de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito²⁰. Confira-se, *in verbis*:

“(…) 2. Em preliminar, determino cautelarmente ao Sr. Matias Kohler, CPF n. 376.148.359-72, Prefeito Municipal de Guabiruba, com fundamento nos arts. 114-A da Resolução nº TC 06/2001 (Regimento Interno) c/c 29 da Instrução Normativa nº TC 021/2015, a sustação do Edital de Concorrência nº 001/2018, da Prefeitura Municipal de Guabiruba, na fase em que se encontra, até manifestação ulterior que revogue a medida *ex officio*, ou até a deliberação pelo Egrégio Tribunal Pleno,

²⁰ @REP 19/00190009/Decisão Singular (GAC/CFF-242/2019)/Diário Oficial Eletrônico do TCE/SC (DOTC-e) de 22.3.2019.

devendo a medida ser comprovada a esta Corte de Contas em até 05 (cinco) dias, por restarem configurados os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, face às seguintes supostas irregularidades: (...)

2.2. Exigência de apresentação das propostas técnicas com condições que frustram o caráter competitivo do certame por estabelecer distinção com base em circunstância impertinente e irrelevante para o específico objeto do contrato, em desacordo com o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei (federal) n. 8.666/93 (item 2.2.2 do citado relatório);

2.3. **Adoção irregular do tipo de licitação “técnica e preço” por se tratar de concessão de serviço público de água e esgoto que não dependente majoritariamente de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, que não há previsão para admissão de soluções alternativas e variações de execução com repercussão significativa sobre qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade de critérios objetivos, contrariando o disposto no art. 46º, § 3º, da Lei (federal) n. 8.666/93 (item 2.2.3 do relatório);**

2.4. Adoção irregular de critérios subjetivos contidos na eventual atribuição de pontuação técnica com base na aferição genérica de “demonstrar conhecimento do problema local” e de “não atender com detalhamento de conhecimento da situação atual local”, em desacordo com o princípio do julgamento objetivo previsto no art. 3º da Lei (federal) nº 8.666/93 c/c a exigência de critérios objetivamente fixados prevista no art. 46, § 3º, da Lei (federal) nº 8.666/93 (item 2.2.3 do relatório); e

2.5. Adoção de irregular ponderação dos pesos atribuídos à proposta comercial e à proposta técnica em desmotivado prejuízo da modicidade tarifária e em desacordo com o art. 6º, § 1º da Lei (federal) n. 8987/95 (item 2.2.4 do relatório). (...). Grifo e destaque apostos.

Nessa mesma linha, cumpre trazer à baila outra decisão deste Egrégio Tribunal de Contas que, em situação semelhante, referendou liminar concedida pelo Excelentíssimo Conselheiro Gilberto Diniz para suspender licitação para contratação relacionada com implantação de sistema sanitário, diante de irregularidade na utilização do tipo “técnica e preço” sem justificativa técnica capaz de amparar essa escolha. Veja-se, *in verbis*:

“DENÚNCIA. REFERENDO. PROCESSO LICITATÓRIO. CONCORRÊNCIA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE OBRA DE ENGENHARIA PARA IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO.

IRREGULARIDADE NA ESCOLHA DO TIPO DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA TÉCNICA CAPAZ DE AMPARAR A UTILIZAÇÃO DO TIPO “TÉCNICA E PREÇO”. NÃO VERIFICADA A COMPLEXIDADE NO SERVIÇO LICITADO. RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE NO CERTAME. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA FUMAÇA DO BOM DIREITO E DO PERIGO DA DEMORA. SUSPENSÃO LIMINAR DO CERTAME. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA. 1. A licitação tem por finalidade garantir que a Administração Pública possa selecionar a proposta mais vantajosa em conformidade com os princípios básicos da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da supremacia do interesse público, da finalidade, da motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade. 2. Os princípios da legalidade e da isonomia, insculpidos no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República e no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, constituem alicerces do procedimento licitatório, haja vista que este tem por escopo não só possibilitar a escolha da proposta mais vantajosa, como também resguardar a igualdade de direitos a todos os interessados em contratar com a Administração Pública. 3. Não podem ser toleradas condições não previstas em lei ou que desbordem do razoável, as quais podem resultar em preferência ou benefício de determinados licitantes em detrimento de outros potenciais interessados em participar do certame.”. (Processo – Denúncia nº 1058434 – Segunda Câmara TCE/MG)

No caso vertente, nota-se que tanto o Edital, Termo de Referência e PMSB **não contemplam justificativas aptas** a caracterizar o objeto licitado como sendo de natureza **predominantemente técnica**. Portanto, de acordo com entendimento consolidado no TCU, a administração não logrou apresentar justificativas aptas a legitimar a utilização do critério melhor técnica. Confira-se:

“E vedada a licitação do tipo ‘técnica e preço’ quando não **estiver perfeitamente caracterizada** a natureza predominantemente intelectual da maior parte do objeto que se pretende contratar, a vista do disposto no art. 46, caput, da Lei nº 8.666/1993.”. (Acórdão 653/2007 Plenário). Grifou-se.

Nesse fluxo de ideias, resta evidente que o tipo de licitação “melhor técnica e preço” não se adequa às contratações para concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

É certo que a Administração não logrou apresentar justificativas consistentes, tampouco identificou no instrumento convocatório e anexos circunstâncias aptas a legitimar a utilização do critério melhor técnica, em detrimento da modicidade tarifária.

Além da inadequada utilização do critério de julgamento melhor técnica combinado com menor tarifa, tal irregularidade se revela mais grave na medida em que a avaliação e classificação das propostas técnicas dão margens a aspectos de subjetividade, tendo em conta os quesitos utilizados.

Embora a Lei nº 8.987/1995 estabeleça a possibilidade de utilização da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica como critério de julgamento nas licitações para concessões de serviço público, a existência desse permissivo legal **não implica sua adequação ao presente caso, tampouco permite que seu uso seja feito de forma inapropriada.**

Assim, mesmo nas situações em que a utilização do critério de melhor técnica para seleção de propostas for circunstanciadamente justificada, é preciso demonstrar que há pertinência entre o critério e a qualidade na prestação do serviço.

Tratando da matéria, a Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017, da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, estabelece regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, bem demonstra o espírito a ser observado nas licitações tipo técnica e preço. Embora a aplicação da norma se restrinja ao âmbito do governo federal, os esclarecimentos ali consignados servem de direcionamento a se observar, quando da elaboração dos editais, em qualquer esfera governamental, razão por que transcrevemos abaixo, *in verbis*:

“8.4. A licitação tipo “técnica e preço” deverá ser excepcional, somente admitida para serviços que tenham as seguintes características:

- a) natureza predominantemente intelectual;
- b) grande complexidade ou inovação tecnológica ou técnica; ou
- c) possam ser executados com diferentes metodologias, tecnologias, alocação de recursos humanos e materiais e, ainda:
 - c.1. não se conheça previamente à licitação qual das diferentes possibilidades é a que melhor atenderá aos interesses do órgão ou entidade;

c.2. nenhuma das soluções disponíveis no mercado atenda completamente à necessidade da Administração e não exista consenso entre os especialistas na área sobre qual seja a melhor solução, sendo preciso avaliar as vantagens e desvantagens de cada uma para verificar qual a que mais se aproxima da demanda; ou

c.3. exista o interesse de ampliar a competição na licitação, adotando-se exigências menos restritivas e pontuando as vantagens que eventualmente forem oferecidas.”. (Anexo VII-A – Instrução Normativa nº 5/2017, da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão). Grifo e destaque apostos.

No caso concreto, o item 14, do Edital, estabelece que a proposta técnica deverá obedecer ao disposto no Anexo III que, por sua vez, contém as informações para a elaboração da proposta técnica.

O referido anexo III, composto de 18 laudas, apresenta, de início, os critérios de avaliação das propostas, *in verbis*:

“1 ANEXO III – INFORMAÇÕES GERAIS PARA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA TÉCNICA

A PROPOSTA TÉCNICA a ser apresentada pelos LICITANTES no Envelope nº 02 deverá ser apresentada conforme cada um dos tópicos descritos a seguir. A COMISSÃO DE LICITAÇÃO atribuirá notas segundo os critérios aqui estabelecidos, sendo que a nota de cada quesito deverá ser número inteiro. As notas da COMISSÃO terão a proporção necessária de valor entre as PROPOSTAS avaliadas.

O cronograma físico/metas de atendimento/projeções (Anexo G) apresentado pela LICITANTE na PROPOSTA TÉCNICA passará a ser obrigatória para a mesma, devendo estar condizente com as proposições apresentadas, sendo que no caso de divergências ou incoerências prevalecerá o cronograma físico, de modo que a nota do LICITANTE será atribuída com base no cronograma físico.

Terá a proposta desclassificada a LICITANTE que apresentar documentos falsificados/ fraudados.

As soluções e proposições deverão obedecer às boas práticas legais, técnicas e ambientais, sendo que nos casos de restrição ambiental a LICITANTE terá nota 0 (zero) para o(s) quesito(s) analisado(s).

Em seguida, a proposta técnica deve percorrer quatro partes e seus subitens, sendo atribuição da Comissão de Licitação avaliar cada um dos tópicos constantes do anexo III, cotejá-los com a proposta técnica apresentada pelo licitante e conceder a nota.

Entretanto, muito embora o Município tenha alterado determinados critérios e nomeado uma comissão (Portaria nº 2.936/2023), ainda há considerável subjetividade nos critérios de julgamento da proposta técnica que atestam a sua ilegalidade.

Quando cabível a adoção do critério “técnica e preço” a Administração Pública deve estabelecer regras objetivas para o julgamento das propostas. Trata-se de comando imposto pelo artigo 37 da Lei Federal nº 14.133/2021, que impõe que, nessas hipóteses, o julgamento da proposta por técnica e preço deve ser realizada: (i) por verificação da capacitação e da experiência do licitante, comprovadas por meio da apresentação de atestados; (ii) por atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa, de acordo com orientações e limites definidos em edital; e (iii) com atribuição de notas por desempenho do licitante em contratações anteriores. Em todas essas hipóteses, o julgamento deve ser baseado em parâmetros objetivos.

Ocorre que, mesmo diante destas premissas e dos questionamentos formulados junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE-MG), na presente versão do Edital, ainda remanescem critérios que atribuem excessiva subjetividade à Comissão na análise da proposta técnica, que não foram retificados pelo Município.

Exemplificativamente, cita-se que o Anexo III exige, em diversos itens, a apresentação de **relatório individual** de algumas unidades do sistema. Entretanto, **não há detalhamento objetivo** sobre quais são as informações que devem estar contidas no relatório.

Além disso, extrai-se que *[o] conhecimento possibilitará que as proposições do sistema de água irão privilegiar o uso racional dos recursos existentes, bem como sua situação, para garantir que as proposições irão primar pela eficiência, assegurando melhor atendimento à população, resultando em investimentos mais racionais.*

As expressões grifadas na descrição acima, com devido respeito, não permitem uma avaliação objetiva pela Comissão que analisará os critérios, principalmente por prever elementos que não são claros, objetivos e coerentes.

Muito pelo contrário. A subjetividade e a fragilidade das expressões se apresentam evidentes: o que configuraria um eventual “uso racional de recursos existentes”? No que consistiriam as proposições que “irão primar pela eficiência”? Qual será o “melhor atendimento à população?”.

Nenhum desses questionamentos são respondidos de forma objetiva pelo Anexo III.

Os elementos que balizam a apresentação de propostas técnicas – ou melhor, a sua inexistência – acarretam um elevado grau de subjetividade, inexistindo parâmetros que garantam um julgamento objetivo pela Banca. Essa insegurança pode trazer graves prejuízos à competitividade do certame, considerando o peso de 50% (cinquenta por cento) atribuído à proposta técnica.

Também chama a atenção, por três motivos, seguinte quesito de julgamento técnico:

PARTE 03 – PROPOSIÇÕES DO SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA

3.1 - Relação dos mananciais a serem utilizados para o abastecimento da área objeto de concessão - Sede:

(peso = 1,0)

Relação dos mananciais, considerando relatório técnico com a identificação, geolocalização e viabilidade técnica de uso do manancial a serem utilizados para o abastecimento de água na área objeto de concessão com geolocalização.

As propostas neste quesito serão avaliadas segundo o seguinte

critério: NT (3.1) = 0 (zero) - Não apresentou conforme descrição do

quesito; NT (3.1) = 5 (cinco) - Apresentação de relação de forma

parcial.

NT (3.1) = 10 (dez) - Apresentação de relação conforme descrição do quesito.

O primeiro ponto de atenção diz respeito ao **mero processo de revisão bibliográfica e diagnóstico do objeto** em licitação, o que é incompatível com o critério técnico, como será demonstrado linhas abaixo.

O segundo motivo que chama a atenção é a **subjetividade do critério** de julgamento, sendo a pontuação determinada pela Comissão a partir de conceito indeterminado como atendimento parcial ou total do quesito.

O terceiro, e último, diz respeito à **faixas de pontuação** (0, 5 ou 10), que se revelam muito **espaçadas** entre si, o que pode **distorcer as notas das licitantes** e prejudicar a competitividade.

Gize-se que o referido espaçamento também se repete nos quesitos 1.7, 1.8, 3.3, 3.4, 3.19, 3.28, 3.30, 3.31, 3.40 e 4.11, passando pela pontuação 0, 6 ou 10 (item 3.21, 3.42), chegando ao limite de se pontuar 0 ou 10 (itens 3.2, 3.20, 3.29, 3.41).

Dito isso, necessário trazer à baila os tópicos de avaliação, previstos no anexo III do Edital, estão divididos em quatro partes, quais sejam, *in verbis*:

“PARTE 01 – CONHECIMENTO DO SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA

1.1 - Demonstrar conhecimento dos mananciais de abastecimento através da apresentação da relação dos mesmos na área total objeto da concessão (Sede e Localidades):

1.2 - Demonstrar conhecimento dos mananciais que compõem o sistema de abastecimento com a identificação individual dos mesmos na área total objeto da concessão (Sede e Localidades):

1.3 - Demonstrar conhecimento da localização das elevatórias de água bruta e poços através da apresentação da relação dos mesmos na área objeto da concessão:

1.4 - Demonstrar conhecimento das elevatórias de água bruta e poços que compõem o sistema de abastecimento com a identificação individual dos mesmos na área objeto da concessão:

1.5 - Demonstrar o conhecimento do sistema de distribuição de água com a apresentação da relação das adutoras de água interligando as elevatórias de água bruta e/ou poços artesianos ao sistema de abastecimento (ETA, reservatórios e/ou rede de distribuição) da área total objeto da concessão (Sede e Localidades):

1.6 - Demonstrar conhecimento dos principais problemas nas captações de água:

1.7 - Demonstrar conhecimento da localização das ETAs na área objeto da concessão:

1.8 - Demonstrar conhecimento das ETAs na área objeto da concessão:

1.9 - Demonstrar conhecimento dos problemas relevantes existentes nas ETAs:

1.10 - Demonstrar conhecimento da localização das elevatórias de água tratada/boosters que compõem o sistema de abastecimento de água na área objeto da concessão:

1.11 - Demonstrar conhecimento das elevatórias de água tratada/boosters que compõem o sistema de água na área objeto da concessão:

1.12 - Demonstrar conhecimento dos principais problemas nas elevatórias de água tratada/boosters que compõem o sistema de abastecimento de água na área objeto da concessão:

1.13 - Demonstrar conhecimento da relação da localização dos reservatórios que são utilizados para o abastecimento de água na área objeto da concessão:

1.14 - Demonstrar conhecimento dos reservatórios utilizados para o abastecimento de água na área objeto da concessão:

1.15 - Demonstrar conhecimento dos principais problemas nos reservatórios de água que compõem o sistema de abastecimento de água na área objeto da concessão:

1.16 - Demonstrar conhecimento da qualidade de água na rede de distribuição do sistema de abastecimento de água na área objeto de concessão:

1.17 - Demonstrar conhecimento das pressões nas redes públicas de distribuição de água na área objeto de concessões:

1.18 - Demonstrar conhecimento dos hidrômetros instalados na área objeto de concessões:

1.19 - Demonstrar conhecimento dos principais problemas no Sistema de Distribuição de Água Tratada:

PARTE 02 – CONHECIMENTO DO SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO

2.1 - Demonstrar conhecimento da localização dos lançamentos irregulares de esgoto:

2.2 - Demonstrar conhecimento dos lançamentos irregulares de esgoto:

2.3 - Demonstrar conhecimento dos principais problemas das ETEs existentes na área objeto de concessão:

2.4 - Demonstrar conhecimento da localização das elevatórias de esgoto bruto que compõem o sistema de esgotamento sanitário na área objeto da concessão

2.5 - Demonstrar conhecimento das elevatórias de esgoto bruto que compõem o sistema de esgotamento sanitário na área objeto da concessão:

PARTE 03 – PROPOSIÇÕES DO SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA

3.1 - Relação dos mananciais a serem utilizados para o abastecimento da área objeto de concessão - Sede:

3.2 - Análise de água individual dos mananciais a serem utilizados para o abastecimento da área objeto concessão:

3.3 - Estudo hidrológico de vazão de cada manancial a ser utilizado para o abastecimento da área objeto de concessão - Sede:

3.4 - Proposição para segurança hídrica do sistema de abastecimento de água na área objeto de concessão - Sede:

3.5/3.8 - Proposição de acréscimo de capacidade de produção de água

- 3.9/3.15 – Proposição de acréscimo de reservação na área objeto de concessão – Sede:
- 3.16/3.20 – Índice proposto de economias com rede de abastecimento de água na área objeto de concessão – Sede:
- 3.21/3.25 – Índice proposto de perdas no sistema de abastecimento de água na área objeto de concessão – Sede:
- 3.26– Proposição para hidrometração em toda área objeto de concessão – Sede:
- 3.27– Execução de nova ligação de água:
- 3.28– Relação dos mananciais a serem utilizados para o abastecimento da área objeto de concessão – Localidades:
- 3.29 – Análise de água individual dos mananciais a serem utilizados para o abastecimento da área objeto concessão – Localidades:
- 3.30– Estudo hidrológico de vazão de cada manancial a ser utilizado para o abastecimento da área objeto de concessão – Localidades:
- 3.31 – Proposição para segurança hídrica do sistema de abastecimento de água na área objeto de concessão – Localidades:
- 3.32 – Proposição de implantação de produção de água tratada na área objeto de concessão – Localidades:
- 3.33/3.36 – Proposição de acréscimo de reservação na área objeto de concessão – Localidades:
- 3.36 – Proposição de acréscimo de reservação na área objeto de concessão – Localidades:
- 3.37/3.41 – Índice proposto de economias com rede de abastecimento de água na área objeto de concessão no ano 2 – Localidades:
- 3.42/3.46 – Índice proposto de perdas no sistema de abastecimento de água na área objeto de concessão – Localidades
- 3.47 – Proposição para hidrometração em toda área objeto de concessão – Localidades:

PARTE 04 – PROPOSIÇÕES DO SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO

- 4.1/4.45 – Índice de economias atendidas com rede coletora de esgoto na área objeto da concessão – Sede
- 4.6/4.10 – Índice de economias atendidas com rede coletora e tratamento de esgoto na área objeto de concessão – Sede
- 4.11 – Croqui/fluxograma do sistema de esgoto, contendo redes, elevatórias e estações de tratamento de esgotos propostos na área objeto de concessão”.

Assim, observa-se que o edital demanda que os licitantes descrevam os aspectos e problemas dos atuais sistemas de água e esgoto, apresentando um

plano de trabalho, indicando o planejamento de obras e apresentando propostas de soluções.

Em verdade, **muitos dos quesitos podem ser respondidos através de uma leitura dos documentos que instruem o certame**, como o Termo de Referência e o Plano Municipal de Saneamento Básico e são, inclusive, necessários para a demonstração da viabilidade econômico-financeira da Concessão proposta. **Portanto, grande parte dos quesitos elencados estão devidamente descritos no edital e ser exigidos de todos os proponentes e não ser por eles apresentados.**

Apenas para elucidar a assertiva, anota-se que o Termo de Referência (Anexo V) faz um diagnóstico dos sistemas, apresentando as unidades existentes (captação, reservatórios, ETAs, elevatórias, ETEs), o que já responderiam (ou ajudariam a responder) diversos quesitos da proposta técnica (por exemplo: 1.11.2, 1.7, 1.8, 1.13, 1.14, 2.3, 2.4, 2.5).

Tarefas como **revisão bibliográfica** ou realização de **diagnóstico do objeto licitado** são de **responsabilidade da Administração Pública** que licita, e não do licitante. A pontuação deve versar sobre tarefas afeitas às soluções propostas pelos licitantes e que representem melhorias na qualidade da prestação do serviço, cujos benefícios se sobreponham à modicidade tarifária.

A propósito, o TCU, em diversas oportunidades²¹, **já apontou a ilegalidade da utilização de critérios de julgamento de proposta técnica** tais como os apresentados no edital em análise, que requerem que os proponentes apresentem diagnóstico da situação, proposições para a atual situação, conhecimento do problema, metodologia do trabalho e proposta de soluções, entre outras nomenclaturas, mas que se referem, em síntese, a uma apresentação de um plano e trabalho por parte dos licitantes, contendo informações que, em verdade, devem estar contidas no projeto básico ou termo de referência.

Com efeito, diversos quesitos “técnicos” são totalmente **incompatíveis com critério eleito**, conforme posicionamento do Plenário TCU, manifestado no Acórdão nº 223/2018, *in verbis*:

“19. Os critérios de julgamento dos itens ‘Conhecimento do Problema’ e ‘Plano de Trabalho’ não apresentam a objetividade requerida pela Lei 8.666/1993.

(...)

²¹ Acórdãos nº 45/2019; 35/2018; 622/2018 – Plenário; Acórdão-TCU-2ª Câmara 2601/2004.

20. Como ilustração da ausência de objetividade em 'Conhecimento do Problema' e 'Plano de Trabalho', basta considerar que, caso o julgamento fosse efetuado por gestores diferentes, isoladamente, cada um deles atribuiria nota diversa ao licitante, de acordo com a sua visão ou o seu entendimento do que deve constar no 'Plano de Trabalho', se o assunto foi abordado ou não e se o foi de maneira regular, bom ou adequado/excelente.

21. A jurisprudência do TCU dispõe que o gestor público evite a utilização de critérios do tipo 'Plano de Trabalho' como forma de julgamento de propostas técnicas em que as licitantes descrevam metodologias ou especificações técnicas que devem estar contidas no projeto básico ou termo de referência, de forma a evitar julgamentos subjetivos com base neste item das propostas técnicas (vide Acórdãos 2.601/2004-2ª Câmara e 1.007/2005-1ª Câmara)". Grifou-se.

Ademais, há quesitos que visam dos licitantes apresentar indicadores de atendimento, prazos de execução de serviços, que são matérias afetas às normas de regulação que devem ser cumpridas pela Concessionária. Trata-se de simples obrigação da prestação adequada e regular dos serviços, não havendo qualquer distinção técnica nos critérios eleitos.

Anota-se que o seguinte trecho do parecer técnico do e. TCE, que corrobora a assertiva:

"Verifica-se, no entanto, que, apesar das alterações promovidas, os quesitos que deverão integrar a proposta técnica a ser apresentada pelos licitantes, além de, em parte, ainda carregarem um excesso de subjetividade em suas avaliações, não conseguem imprimir a busca por uma solução técnica inovadora capaz de conferir benefícios concretos para o usuário.

Na verdade, o que exprimem os quesitos que integram o Anexo III do edital é o desejo do gestor de contratar a empresa que deposite maior tempo e dinheiro na apuração do diagnóstico atual do sistema de saneamento básico do município, na esperança que isso se reverta em uma contratação bem-sucedida e em uma prestação de serviços mais satisfatória que a anterior."

Por fim, o § 1º do artigo 37 c/c inciso II do artigo 7º, ambos da Lei Federal nº 14.133/2021, exigem que o desempenho das funções essenciais da Comissão seja realizado por profissionais com formação compatível e qualificação atestada por certificação profissional, conforme se vê abaixo:

“Art. 37.....
§ 1º A banca referida no inciso II do **caput** deste artigo terá no mínimo 3 (três) membros e poderá ser composta de:
I - Servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração Pública;
II - Profissionais contratados por conhecimento técnico, experiência ou renome na avaliação dos quesitos especificados em edital, desde que seus trabalhos sejam supervisionados por profissionais designados conforme o disposto no art. 7º desta Lei²².”.

Porém, dos termos da Portaria nº 2.936/2023, não é possível apurar se os servidores nomeados para o desempenho da avaliação da proposta técnica possuem a competência e a *expertise* necessária para analisar os critérios estabelecidos no Anexo III do Edital, ensejando a irregularidade ora questionada.

De todo o elencado, por todos os ângulos que examine a matéria, conclui-se pela **ilegalidade do critério de julgamento baseado na técnica**, que se inicia pela sua **adoção** (ausência de atividade predominantemente intelectual, desnecessidade de tecnologias ou conhecimentos sofisticados de uso restrito), perpassando pelos **quesitos** (muitos atendidos a partir de mera revisão bibliográfica e relacionados à ordinária execução do objeto da licitação) e pelos **critérios avaliativos** (subjetivos e notas espaçadas), ambos não fundamentados de modo eficiente e individualizado, encerrando no fundado receio de **falta de competência e expertise dos membros da Comissão** responsável pelo julgamento das propostas.

Com efeito, impõe-se a retificação do Edital e seus anexos, para que seja excluído o critério técnico ou, subsidiariamente: (i) a exclusão dos quesitos sem correlação com atividade técnica – sob a concepção jurídica –, sobretudo aqueles de mera revisão bibliográfica e ordinária execução do objeto da licitação; (ii) a exclusão de critérios de avaliação subjetiva; (iii) adequação das notas a serem atribuídas, evitando-se patamares de pontuação muito espaçados; e (iv) a apresentação dos motivos de cada critério avaliativo, assim como da sua respectiva pontuação.

²² Art. 7º. Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:
(...)

II- Tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público;

k. Da ausência das metas legais – ofensa ao art. 11-B, da Lei nº 11.445/07

De início, destaca-se o art. 11-B, da Lei nº 11.445/07, *in verbis*:

“Art. 11-B. Os **contratos** de prestação dos serviços públicos de saneamento básico **deverão definir** metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como **metas quantitativas de não intermitência do abastecimento**, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento;”.

Sem delongas, a despeito da previsão normativa cogente e expressa, da leitura dos instrumentos que compõem o processo licitatório, nota-se a **total ausência de metas quantitativas de não intermitência do abastecimento**.

Assim, resta evidente que a concorrência pública frustra o art. 11-B da Lei nº 11.445/07, motivo pelo qual deverá ser retificado o Edital e seus anexos, para a inclusão da aludida meta.

l. Da ausência de parâmetros objetivos para a declaração de inexequibilidade

Outra ilegalidade identificada no Edital consiste na ausência de parâmetros objetivos para a declaração da inexequibilidade das propostas comerciais.

De acordo com a Lei Federal nº 14.133/2021, um dos principais aspectos a serem buscados pelo processo licitatório está na obtenção de preços exequíveis dos serviços contratados pela Administração Pública. Um exemplo desta premissa se encontra no artigo 11, inciso III, em que o legislador federal elencou como um dos objetivos da licitação *“evitar contratações (...) com preços manifestamente inexequíveis.”*

O objetivo do legislador foi assegurar que as licitantes apresentem propostas compatíveis com os custos necessários à execução dos serviços contratados. Contratações com preços inexequíveis geram o risco de descontinuidade dos serviços e de prejuízos à Administração, caso a contratada não disponha de condições econômico-financeiras mínimas para desempenhar as atividades contratadas.

Por essa razão, é fundamental que o Edital defina critérios para aferir a (in)exequibilidade das propostas, garantindo que a contratação seja adequada, eficiente e alinhada ao interesse público. No entanto, esses parâmetros devem ser fixados de forma objetiva.

Um exemplo de critérios objetivos para aferição da inexecuibilidade pode ser encontrado no art. 59, § 4º, da Lei Federal nº 14.133/21. Para a contratação de obras e serviços de engenharia, o dispositivo caracteriza como inexecuíveis as propostas comerciais cujos valores sejam inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração Pública.

Ocorre que, no caso concreto, o Edital publicado pelo Município de Extrema não define qualquer critério objetivo para declaração de inexecuibilidade das propostas a serem apresentadas pelas licitantes.

Isso porque, muito embora o Edital disponha sobre a desclassificação de propostas inexecuíveis nos termos do item 15.5.2, **não há qualquer menção aos parâmetros que definem ou que especificam a avaliação a ser objetivamente desempenhada pela Comissão sobre o tema.** Destaca-se:

“15.5. Serão DESCLASSIFICADAS as PROPOSTAS COMERCIAIS:

(...)

15.5.2. que sejam comprovadamente inviáveis, inexecuíveis ou incompatíveis com os objetivos da licitação;”.

Com o devido respeito, a simplicidade da previsão de desclassificação das propostas que sejam inexecuíveis enseja evidente prejuízo à competitividade da licitação. Considerando que o Edital **deixou de prever critérios objetivos**, há evidente afronta aos termos do art. 5º²³, da Lei Federal nº 14.133/2021, na medida em que permite que a análise sobre a (in)exequibilidade das propostas se pautem em critérios arbitrariamente fixados pela Comissão.

Sobre o tema, o e. TCE já se manifestou que a falta de definição prévia no instrumento convocatório enseja subjetividade que impossibilita aferição da inexecuibilidade da proposta:

²³ “Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).”

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. **INEXEQUIBILIDADE** DE PROPOSTAS. NÃO COMPROVAÇÃO. REGULARIDADE. IMPROCEDÊNCIA. 1.A desclassificação de proposta por **inexequibilidade** deve ser **objetivamente** demonstrada, a partir de **critérios previamente publicados**, devendo, ainda, ser franqueada a oportunidade de cada licitante defender a sua proposta.2. Não havendo fortes elementos que comprovem, de maneira conclusiva, a **inexequibilidade** da proposta, esta deve ser classificada. (Processo nº 1088986, em sessão de 21/05/2021, sob relatoria do E. Conselheiro Cláudio Terrão)

DENÚNCIA. **PREGÃO ELETRÔNICO**. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA ARMADA E DESARMADA. EMPRESA DE TRANSPORTE PÚBLICO. **INEXEQUIBILIDADE** DO PREÇO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÕES. Critérios de aceitabilidade de preços no pregão relaciona-se ao regulamento ou exclusivamente ao edital, o que comporta a adaptação mais apropriada para as circunstâncias próprias dos diversos tipos de aquisição de bens e de serviços. **A ausência de publicação prévia desses critérios fragiliza o exame de inexequibilidade, que deve ser objetivamente demonstrado.** (processo nº 1084443, em sessão de 10/06/2021, sob relatoria do E. Conselheiro Sebastião Helvécio)

Na mesma linha é o entendimento do e. TJMG:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR – LICITAÇÃO – CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA – **ALEGAÇÃO DE INEXEQUIBILIDADE DE PROPOSTAS E DE VÍCIO DE COMPETÊNCIA PARA A DECISÃO DO RECURSO ADMINISTRATIVO – PLAUSIBILIDADE NÃO DEMONSTRADA.**

1. **A desclassificação por inexequibilidade deve ser objetivamente demonstrada**, a partir de **critérios previamente publicados**, assegurando-se à licitante a demonstração da exequibilidade da proposta. Precedentes. (grifou-se)

(TJMG – Agravo de Instrumento–Cv 1.0000.23.109129–9/001, Relator(a): Des.(a) Carlos Henrique Perpétuo Braga, 19ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/08/2023, publicação da súmula em 10/08/2023)

Diante da manifesta subjetividade, haja vista a ausência de critérios específicos sobre a avaliação da (in)exequibilidade das propostas das licitantes, faz-se necessário o acolhimento da presente impugnação para revisão, retificação e republicação do Edital.

m. Da manutenção da subjetividade na análise do plano de negócios e ausência de critérios objetivos

Ainda sobre as ilegalidades identificadas no Edital, depreende-se que, no que toca à exigência de apresentação de plano de negócios pelas licitantes, nos termos do Anexo IV, não houve definição clara e precisa em relação aos critérios que serão adotados pela Comissão na avaliação sobre a compatibilidade entre o plano de negócios e as propostas comerciais.

Muito embora o e. TCE tenha afirmado que a exigência de plano de negócios cumpriria funções estratégicas relevantes na licitação, a **indevida subjetividade** dos critérios para sua avaliação pela Comissão não foi apreciada por esta e. Corte Mineira de Contas e consiste em grave irregularidade do presente Edital.

De forma mais clara, o item 1 do Anexo IV do Edital estabelece:

"1. INFORMAÇÕES PARA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA COMERCIAL

(...)

- **MODELO B: PLANO DE NEGÓCIOS** da LICITANTE, a ser apresentado conforme detalhamento a seguir, para fins de:

Avaliação da consistência do plano econômico-financeiro, de forma a permitir que se proceda à análise de coerência entre a PROPOSTA TÉCNICA e a PROPOSTA COMERCIAL;

Para a verificação da viabilidade do Projeto proposto pela LICITANTE.

A despeito dos critérios definidos, **não existe objetividade** sobre a maneira que será realizada a avaliação da consistência do plano econômico-financeiro, muito menos como se dará a verificação da viabilidade do projeto proposto pelas licitantes. Muito pelo contrário. Não há definição de *como* será avaliada a consistência do plano de negócios ou o mecanismo adotado para verificar a *"viabilidade do Projeto"*. Trata-se de aspectos que não foram objetivamente delimitados pelo Anexo IV do Edital, demonstrando a indevida subjetividade conferida à Comissão.

Nesse sentido, na mesma linha em que apontada a falta de critérios para verificar a (in)exequibilidade das propostas, a omissão do Anexo IV do Edital sobre os critérios adotados para avaliação da consistência e viabilidade do plano de negócios enseja uma indevida restrição à competitividade do certame, configurando subjetividade que afronta à isonomia e objetividade do julgamento da licitação.

Assim, necessário se faz a correção da irregularidade, com o devido acolhimento da presente Impugnação.

n. Da ilegalidade pela impossibilidade de apresentação de título de capitalização como garantia da proposta e do contrato

Em conjunto com as ilegalidades mencionadas anteriormente, o Edital também não contemplou todas as modalidades de garantia previstas na Lei Federal nº 14.133/2021.

No item 18.5 e 18.6 do Edital, as hipóteses de garantia da proposta contempladas no certame compreendem apenas as hipóteses de (i) caução em dinheiro; (ii) títulos da dívida pública; (iii) seguro-garantia; e (iv) fiança bancária. Caso apresentada garantia de proposta em outra modalidade, o item 18.7 do Edital impõe a **automática inabilitação** da licitante. Veja-se:

“18.5. A GARANTIA DA PROPOSTA poderá ser ofertada em uma das seguintes modalidades previstas no §1º do art. 96 da Lei 14.133/21, sendo:

a. Caução em dinheiro, na moeda corrente do País, depositada em conta indicada pelo PODER CONCEDENTE, a ser aberta para esse fim específico, mediante o comprovante de realização do depósito bancário, devidamente autenticado pelo Banco recebedor;

b. Títulos da dívida pública do Tesouro Nacional, emitida sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, em via original e acompanhado de comprovante de sua validade atual quanto à liquidez e valor;

c. Seguro-garantia, emitido por Seguradora em favor do PODER CONCEDENTE, autorizada e reconhecida pelo Banco Central do Brasil;

d. Fiança bancária, emitida por Instituição Financeira em favor do PODER CONCEDENTE, autorizada e reconhecida pelo Banco Central do Brasil;

18.5.1. Em nome do interesse público e da necessidade decorrente do não encerramento do certame no prazo originariamente previsto de validade das GARANTIAS DE PROPOSTAS, o PODER CONCEDENTE notificará os LICITANTES para apresentarem à COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO, no prazo definido, o instrumento de prorrogação da GARANTIA DE PROPOSTA, ou, se preferirem, a sua substituição por outras modalidades previstas neste EDITAL, sob pena de inabilitação.

18.6. No caso de Consórcio, a Garantia da Proposta deverá ser:

18.6.1. Emitida em nome de todos os seus membros, ou, alternativamente;

18.6.2. Ser emitida individualmente, em nome de cada de seus membros, na proporção de sua respectiva participação no consórcio, desde que alcance o montante prescrito neste EDITAL.

18.7. Não será aceita pelo PODER CONCEDENTE nenhuma outra forma de GARANTIA DE PROPOSTA, além das descritas no item 18.3 deste Edital.”

Ocorre que o rol previsto acima **não contemplou a modalidade de garantia referente ao título de capitalização**, cuja exigência encontra amparo no artigo 58, § 4º, c/c artigo 96, inciso IV, ambos da Lei Federal nº 14.133/2021. Destaca-se:

“Art. 58. Poderá ser exigida, no momento da apresentação da proposta, a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia de proposta, como requisito de pré-habilitação.

(...)

§4º A garantia de proposta poderá ser prestada nas modalidades de que trata o § 1º do art. 96 desta Lei.

(...)

Art. 96. A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida, mediante previsão no edital, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos.

§1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

(...)

IV – Título de capitalização custeado por pagamento único, com resgate pelo valor total.”.

Nessa perspectiva, na medida em que a Administração Pública deve sempre observar o princípio da legalidade, há necessidade de ser realizada a adequação do Edital, com a correção e republicação do instrumento convocatório para contemplar todas as modalidades de garantia previstas na Lei Federal nº 14.133/2021, sob pena de manifesta ilegalidade.

Em síntese, requer seja acolhida a presente impugnação para o fim de corrigir o item 18.5 e 18.6, contemplando todas as hipóteses de garantia admitidas pela legislação.

o. Das contradições sobre o procedimento de reajuste tarifário entre o anexo I (minuta do contrato) e o anexo II (estrutura tarifária)

Outra irregularidade identificada no Edital consiste na **contradição existente entre os procedimentos de reajuste tarifário** estabelecidos no Anexo I (Minuta do Contrato) e aqueles do Anexo II (Estrutura Tarifária).

Ao definir as regras aplicáveis sobre o reajuste tarifário, os itens 2.2.3 e seguintes do Anexo II e as subcláusulas 23.2 e seguintes do Anexo I apresentam **divergências** relacionadas aos **prazos** a serem observados pelas licitantes, importando risco de que estas partam de premissas distintas, em prejuízo à competitividade e à isonomia do certame.

A primeira **divergência** pode ser encontrada entre a subcláusula 23.2 do Anexo I e o item 2.2.3 do Anexo II. Muito embora o Anexo I estabeleça que a futura Concessionária deva submeter o cálculo do reajuste com antecedência de 45 (quarenta e cinco) dias, o Anexo II fixa o prazo de 30 (trinta) dias:

ANEXO I (MINUTA DO CONTRATO)	ANEXO II (ESTRUTURA TARIFÁRIA)
23.2. O cálculo do REAJUSTE dos valores das TARIFAS e SERVIÇOS COMPLEMENTARES será elaborado pela CONCESSIONÁRIA, observada a fórmula acima, devendo ser submetido, <u>no mínimo 45 (quarenta e cinco) dias antes da data prevista para sua aplicação</u> , à apreciação da AGÊNCIA REGULADORA, para que esta verifique a sua exatidão. (grifou-se)	2.2.3. O cálculo do REAJUSTE dos valores das TARIFAS será elaborado pela CONCESSIONÁRIA, que deve submetê-lo ao CONCEDENTE <u>com antecedência de 30 (trinta) dias da data da emissão das faturas</u> para os USUÁRIOS, com os valores reajustados. (grifou-se)

Não bastasse a referida divergência, o **procedimento** definido pelas subcláusulas 23.3 e 23.5 do Anexo I, **exige participação da agência reguladora**, que examina o cálculo apresentado pela futura Concessionária e manifesta-se a respeito, além de ser impedida de obstar o reajuste tarifário. No entanto, dispondo **de forma distinta**, no item 2.2.4 a 2.2.7 do Anexo II, o procedimento **estabelece somente a participação do Poder Concedente e da Concessionária, não contemplando qualquer previsão a respeito da participação da agência reguladora.**

Destaca-se abaixo as divergências:

ANEXO I (MINUTA DO CONTRATO)	ANEXO II (ESTRUTURA TARIFÁRIA)
<p>23.3. A AGÊNCIA REGULADORA terá o prazo de até 20 (vinte) dias úteis, contados do recebimento da comunicação da CONCESSIONÁRIA neste sentido, para examinar o cálculo apresentado pela CONCESSIONÁRIA, manifestar-se a respeito por meio de nota técnica e, posteriormente, submetê-la ao controle social e ao Conselho Superior de Regulação.</p>	<p>2.2.4. O REAJUSTE será aplicado sem necessidade de homologação prévia pelo CONCEDENTE, exceto no caso em que não concordar com os cálculos, devendo publicar na imprensa oficial e oficial diretamente à CONCESSIONÁRIA, até o prazo de 15 (quinze) dias após a emissão das faturas, a sua discordância, com as razões fundamentadas para a rejeição dos cálculos.</p>
<p>23.3.1 O prazo acima poderá ser interrompido caso o CONCEDENTE ou a AGÊNCIA REGULADORA solicite a apresentação pela CONCESSIONÁRIA de informações e documentos adicionais, iniciando-se a contagem do prazo a partir da data em que a CONCESSIONÁRIA cumprir com tal solicitação.</p>	<p>2.2.5. A rejeição do cálculo referente ao REAJUSTE dos valores das TARIFAS somente pode ser fundamentada pelo equívoco matemático ou pelo não cumprimento do período previsto para sua incidência.</p>
<p>23.5. Não poderá a AGÊNCIA REGULADORA obstar o reajustamento da TARIFA, conforme previsto nesta cláusula, desde que verificada a exatidão do cálculo apresentado baseado na documentação técnica apresentada.</p>	<p>2.2.6. Se a rejeição ocorrer por alegação de equívoco matemático no tocante ao cálculo referente ao REAJUSTE dos valores das TARIFAS, o CONCEDENTE deverá indicar, na publicação e no ofício a que referem o item 2.2.4, o índice considerado correto, sem prejuízo da resolução de controvérsia, em acordo com os mecanismos previstos neste CONTRATO de CONCESSÃO.</p>
	<p>2.2.7. Se a rejeição ocorrer por alegação de não cumprimento da periodicidade para a aplicação do REAJUSTE, o CONCEDENTE deve indicar, na publicação e no ofício a que referem o item 2.2.4, o prazo que considera correto a partir do qual deve incidir o valor reajustado das TARIFAS, sem prejuízo da resolução de controvérsia, em acordo com os mecanismos previstos neste CONTRATO de CONCESSÃO.</p>

Por fim, também há **divergência no início do prazo da contagem da comunicação prévia aos usuários sobre o valor reajustado da tarifa**. Isso porque, muito embora o termo inicial da subcláusula 23.4, do Anexo I, defina como marco inicial a antecedência mínima de 30 (trinta) dias “*com relação à sua aplicação*”, o item 2.4, do Anexo II, prevê que o prazo se contará a partir da data de emissão das respectivas faturas:

ANEXO I (MINUTA DO CONTRATO)	ANEXO II (ESTRUTURA TARIFÁRIA)
23.4. A CONCESSIONÁRIA dará publicidade ao reajuste com antecedência mínima de 30 (trinta) dias com relação à sua aplicação.	2.4. A CONCESSIONÁRIA dará ampla divulgação aos USUÁRIOS do valor tarifário reajustado, mediante publicação em jornal de grande circulação no âmbito da ÁREA DE CONCESSÃO, observada uma antecedência mínima de 30 (trinta) dias anteriores à data emissão aos USUÁRIOS das respectivas faturas.

Como se vê, o **procedimento de reajustes apresenta uma série de divergências e inconsistências**. Essas falhas do Edital impedem a formulação de propostas sérias, adequadas e firmes pelas licitantes e acarretam violação à isonomia e ao julgamento objetivo da licitação previstos no art. 5º da Lei Federal nº 14.133/2021, na medida em que as licitantes partirão de premissas econômicas e financeiras distintas para a elaboração de suas propostas comerciais. Por essa razão, deve ser acolhida a presente Impugnação para retificar o Edital, com eliminação das divergências aqui indicadas.

p. Da inobservância da norma de referência ANA nº 06, em relação à definição do parâmetro de reequilíbrio econômico-financeiro

Por fim, a subcláusula 25.5 do Anexo I (Minuta do Contrato) também incorre em irregularidade, ao definir que o requerimento de revisão extraordinária pela futura concessionária, acompanhado dos estudos que demonstrem o impacto nos custos e reflexos sobre suas receitas, deverá observar o plano de negócios.

O item 25.5 do Edital prevê o seguinte:

“25.5. Ocorrendo quaisquer dos eventos mencionados no item 25.1, a CONCESSIONÁRIA deverá encaminhar à AGÊNCIA REGULADORA o requerimento de REVISÃO EXTRAORDINÁRIA contendo todas as

informações e dados necessários à análise do pedido de REVISÃO, acompanhado de estudos que demonstrem o impacto ou a repercussão do evento sobre os principais componentes de custos e seus reflexos sobre as receitas da CONCESSIONÁRIA que definem o valor da TARIFA, de acordo com o PLANO DE NEGÓCIOS da CONCESSIONÁRIA.”.

A irregularidade do item 25.5 está na inobservância das diretrizes editadas pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), responsável por instituir normas de referência para regulação da prestação dos serviços públicos, nos termos do artigo 25-A²⁴, da Lei Federal nº 11.445/2007.

Dentre outras normas de referência, a ANA emitiu a Norma de Referência nº 06, que dispõe sobre os modelos de regulação tarifária dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Em seu art. 18, a Norma de Referência nº 06 estabelece que os processos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de prestação de serviços de saneamento serão realizados pela metodologia do **Fluxo de Caixa Marginal** (FCM).

No entanto, a subcláusula 25.5 do Anexo I (Minuta do Contrato) do Edital não observou o art. 18 da Norma de Referência nº 06 e adotou o plano de negócios da licitante como parâmetro para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sem apresentar qualquer justificativa para tanto.

Portanto, no intuito de preservar o interesse público e observar a legalidade, haja vista a uniformização do setor pelas normas de referência da ANA, deve ser acolhida a presente impugnação, com consequente correção e retificação do referido vício.

III – DOS PEDIDOS

Ante todo o exposto, requer-se à Vossa Excelência que seja conhecida a presente impugnação, com o fim de serem acolhidas as razões expostas para que sejam sanadas todas as ilegalidades presentes no Edital e seus anexos, quais sejam:

- a. irregularidade na estimativa do valor contratual (art. 6º, XXIII, “i”, 22, 23, todos da Lei nº 14.133/2021);

²⁴ “Art. 25-A. A ANA 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.”

- b.** limitação da responsabilidade solidária (art. 19, §2º, da Lei nº 8.987/95 c/c art. 15, V, da Lei nº 14.133/21);
- c.** violação dos direitos da pessoa com deficiência, reabilitados e aprendizes (art. 63, IV, da Lei nº 14.133/2021);
- d.** impedimento de participação – empresa em recuperação judicial (art. 52, II, da Lei nº 11.101/05)
- e.** prejuízo à independência da Entidade de Regulação (arts. 8º, §5º, 11, §3º e 21, da Lei nº 11.445/07 c/c arts. 4º e 5º, da Lei Municipal nº 4.661/22);
- f.** retificação insuficiente da revisão ordinária (arts. 9º, caput, §2º e 4º, 10, 18, inciso VIII, 23, inciso IV, Lei Federal nº 8.987/95 c/c arts. 2º, inciso VII, 11, inciso III, §2º, inciso IV, alínea “b, 37, 38 e 39, da Lei Federal nº 11.445/07);
- g.** ausência de normas de regulação sobre todas as matérias exigidas, bem como disciplina contrária àquelas editadas pela ARISMIG (art. 8º, §5º, 9º, II, 11, III, §§2º e 3º, 21, 22 e 23, da Lei nº 11.445/07);
- h.** irregularidade na repartição de riscos (art. 10-A, IV, da Lei nº 11.445/07 c/c da Resolução ANA nº 178/2024)
- i.** afastamento da indenização prévia (art. 42, §5º, da Lei nº 11.445/07);
- j.** irregularidades no critério de julgamento baseado na técnica (art. 36 e 37, da Lei nº 14.133/21);
- k.** ausência das metas legais (art. 11-B, da Lei nº 11.445/07);
- l.** ausência de parâmetros objetivos para a declaração de inexequibilidade;
- m.** manutenção da subjetividade na análise do plano de negócios e ausência de critérios objetivos;
- n.** impossibilidade de apresentação de título de capitalização como garantia da proposta e do contrato (art. 58, §4º, c/c artigo 96, inciso IV, ambos da Lei Federal nº 14.133/2021);
- o.** contradições sobre o procedimento de reajuste tarifário entre o anexo I (minuta do contrato) e o anexo II (estrutura tarifária);
- p.** inobservância da norma de referência ANA nº 06, em relação à definição do parâmetro de reequilíbrio econômico-financeiro.

Requer-se, igualmente, que a análise da presente impugnação seja realizada com a devida fundamentação, mediante explicitação das razões de direito que levam à Administração a decidir, sobre cada um dos pontos apresentados e em

observância ao princípio da motivação, nos termos do artigo 5º, da Lei Federal nº 14.133/2021, e do art. 2º, *caput* e inciso VII, da Lei Federal nº 9.784/99.

Por fim, alterado o Edital, seja este republicado, com a posterior devolução do prazo legal para manifestação, nos termos do art. 55, § 1º da Lei Federal nº 14.133/2021, de modo a afastar qualquer irregularidade no certame licitatório.

Termos em que pedem deferimento.

Belo Horizonte, 12 de novembro de 2024.

Marcello Corrêa da Cunha Medeiros
OAB/MG 152.410

Rafael Eugênio dos Santos Quirino
OAB/MG 119.835