

**CÂMARA MUNICIPAL
DE OURO PRETO**
RESPONSABILIDADE E COMPROMISSO: DE MÃOS DADAS COM COMISSÕES
Assessoria de Comissões
PROJETO DE RESOLUÇÃO: 309/21



Câmara Municipal de Ouro Preto

Protocolo

Nº 33071

Correspondência Recebida

Em 05/10/21

Ass. 16 Hs e 19 Min

Dispõe sobre o Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito nomeada pela Portaria 36/2021 - para apuração/investigação do Procedimento Licitatório, modalidade Concorrência Público nº 006/2018, realizado pelo Município de Ouro Preto, cujo objeto foi a concessão de prestação dos serviços públicos municipais de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário do perímetro urbano do Município de Ouro Preto, tendo como concessionária a Empresa Saneouro, tendo por fundamento as denúncias de irregularidades contidas no Procedimento de Investigação Preliminar - PIP nº 010/2021, do Executi

A Câmara Municipal de Ouro Preto decreta:

Art. 1º Fica aprovado o Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito, nomeada pela Portaria 36/2021, anexo, que passa a integrar esta Resolução.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Sala de Sessões, 5 de Outubro de 2021.

Vereador José Geraldo Muniz (Zé do Binga) - PV

CÂMARA MUNICIPAL DE OURO PRETO

RESPONSABILIDADE E COMPROMISSO: DE MÃOS DADAS COM O POVO

Assessoria de Comissões

Antônio da Silva
Vereador Vantuir Antônio da Silva - PSDB

Vereador Luciano Barbosa - MDB

Alessandro Sandrinho
Vereador Alessandro Sandrinho - REP

Alex Brito
Vereador Alex Brito - CIDADANIA

Júlio Gori
Vereador Júlio Gori - PSC

Naércio Franca Ferreira
Vereador Naércio Ferreira - REP

Renato Zoroastro
Vereador Renato Zoroastro - MDB

Matheus Pacheco
Vereador Matheus Pacheco - PV

Wanderley Rossi Kuruzu
Vereador (a) Wanderley Rossi Kuruzu - PT



RELATÓRIO DA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO

INTRODUÇÃO

Foi protocolado no dia 09 de março de 2021, por meio do ofício OF-/21-03-020, sob o nº 30552, requerimento para a instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito cujo objeto visa a investigação do procedimento licitatório, Concorrência Pública nº 006/2018, que resultou na concessão da prestação dos serviços públicos municipais de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário do perímetro urbano do Município de Ouro Preto, que teve como vencedor o Consórcio GS INIMA-MIP-EPC, formado pelas empresas GS INIMA BRASIL LTDA, MIP ENGENHARIA S/A e EPC ENGENHARIA PROJETO CONSULTORIA S/A, que após a adjudicação dos serviços constituíram a sociedade de propósito específico denominada OURO PRETO SERVIÇOS DE SANEAMENTO S.A - SANEOURO.

Na justificativa é apontado como fator determinante o relatório final do Procedimento de Investigação Preliminar (PIP 010/2021) instaurado pela Procuradoria Geral do Município, que registrou indícios de irregularidade no procedimento licitatório e possível dano ao erário.

Diante disso, os subscritores entenderam ser imperativo a investigação detalhada de todo o procedimento para apurar a existência de irregularidades, bem como a responsabilidade dos envolvidos, sendo definido o prazo de 12 (doze) meses para a conclusão dos trabalhos, prorrogável por igual período.

De acordo com a Constituição da República (art. 58 §3º), toda comissão Parlamentar de Inquérito exige como pressupostos formais o requerimento de um terço dos membros da Casa Legislativa, a fixação do prazo de funcionamento, a delimitação do fato certo e determinado consoante com a sua competência orgânica e funcional, e a escolha dos membros segundo uma composição proporcional dos partidos políticos ou blocos parlamentares.

A Lei Orgânica do Município de Ouro Preto, em estrita observância à simetria com o centro, dispõe que:

Art.72. A Câmara terá comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma do Regimento e com as atribuições nele previstas, ou conforme os termos do ato de sua criação.

(...)

§3º. As comissões parlamentares de inquérito, observada a legislação específica no que couber, terão poder de investigação próprios das autoridades judiciárias, além de outros previstos no Regimento Interno, e serão criadas a requerimento de um terço dos membros da Câmara, para apuração de fato determinado e por prazo certo, e suas conclusões, se for o caso, serão encaminhadas ao Ministério Público ou a outra autoridade competente, para que se promova a responsabilidade civil, criminal ou administrativa do infrator.

Por sua vez, o Regimento Interno da Câmara Municipal dispõe:

Art. 94. Os membros das Comissões são designados pelo(a) Presidente da Câmara, após indicação dos líderes das Bancadas e dos Blocos Parlamentares.

§1º O número de suplentes nas Comissões é igual ao de efetivos, exceto no caso da Comissão de Representação.

§2º O membro efetivo será substituído, em suas faltas e impedimentos, pelo(a) suplente.

Art. 95. Na constituição das Comissões é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional das Bancadas e dos Blocos Parlamentares.

§1º A participação proporcional é determinada pela divisão do número de vereadores(as) pelo número de membros de cada Comissão, e do número de vereadores(as) de cada Bancada ou Bloco Parlamentar pelo quociente obtido, indicando o inteiro do quociente final, chamado quociente partidário, o número de membros de cada Bancada ou Bloco Parlamentar na Comissão.

§2º As vagas remanescentes, após aplicado o critério previsto no parágrafo 1º deste artigo, serão destinadas às Bancadas ou Blocos Parlamentares, levando-se em conta as frações do quociente partidário, das maiores para as menores.

§3º Em caso de empate na fração referida no parágrafo 2º deste artigo, as vagas serão destinadas às Bancadas ou Blocos Parlamentares ainda não representados na Comissão.

§4º As vagas que sobrarem, uma vez aplicados os critérios deste artigo, serão preenchidas mediante acordo das Bancadas ou Blocos Parlamentares interessados, que no prazo de 3 (três) dias farão as indicações respectivas.

§5º Esgotando-se, sem indicação, o prazo a que se refere o parágrafo 4º, o Presidente da Câmara designará os(as) vereadores(as) para o preenchimento das vagas.

(...)

Art. 105 A Câmara poderá constituir Comissão Parlamentar de Inquérito, para apuração de fato(s) determinado(s) e por prazo certo, com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos em lei e neste Regimento.

§1º A Comissão Parlamentar de Inquérito será criada a requerimento de 1/3 (um terço) dos membros da Câmara.

§2º Recebido o requerimento o(a) Presidente o despachará à Comissão de Legislação, Justiça e Redação que, auxiliada pelas Assessorias Técnicas da Casa, analisará a constitucionalidade e a legalidade da proposta conforme disposto no parágrafo único do artigo 221.

§3º Considera(m)-se fato(s) determinado(s) o(s) acontecimento(s) de relevante interesse para a vida pública e para a ordem constitucional, legal, econômica e social do município, que demande(m) investigação, elucidação e fiscalização e que estiver(em) devidamente caracterizado(s) no requerimento de constituição da Comissão.

(...)

§5º O prazo para encerramento dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito poderá ser prorrogado uma única vez, por período no máximo igual ao do prazo inicial.

§6º Os prazos correm a partir da instalação da Comissão Parlamentar de Inquérito e não correm nos recessos, exceto se houver convocação de Sessão Extraordinária.

Despachado o requerimento para a Assessoria Jurídica, a mesma opinou pela legalidade e constitucionalidade da instauração da Comissão Parlamentar de Inquérito, entendendo

3

que foram atendidos os requisitos da subscrição mínima, bem como da determinação do fato a ser investigado e do prazo para conclusão. Além disso, compreendeu que o objeto a ser investigado detém ampla relevância social e encontra-se dentro das funções de controle externo que a Câmara Municipal tem o dever de exercer sobre os atos do Poder Executivo (fls. 19/29).

Após instaurada a CPI foi solicitado ao Prefeito Municipal, por meio do Ofício nº 001/2021 – CPI – 36/2021 a documentação completa do Procedimento Licitatório Concorrência Pública nº006/2018, incluindo a fase interna e externa do referido procedimento; assim como todos os documentos constantes do procedimento de investigação preliminar instaurado pelo Poder Executivo e documentos referentes ao processo de criação da Agência Reguladora de Serviços Públicos Municipais (fl. 69).

Após o recebimento da documentação, os mesmos foram autuados e analisados. Merecem destaque os seguintes documentos:

DOCUMENTO	FOLHAS
Requerimento de criação da CPI	1 - 17/18
Parecer da Assessoria Jurídica sobre o cumprimento dos requisitos para a instauração da CPI	03/16 - 19/29
Parecer da Comissão de Legislação, Justiça e Redação – Sobre a criação da CPI	30/31
Indicação de membros	39/43 - 46/47
Portaria de nomeação da CPI	58/59
Ata da 1ª Reunião da CPI	61/62
Solicitação de informações ao Poder Executivo	69
Solicitação de Contratação nº 1449	73
3ª ata do Conselho Gestor do Programa de Parcerias Público Privadas	100/104
Resolução CGPPP – Autorização de estudos PMI - Saneamento	105/107
Nota Técnica IBD – PMI - Saneamento	108/109
Parecer PJM – PMI – Saneamento	110/111
Ata audiência pública – Apresentação dos Projetos e PPP	114
Decreto nº 5189/2018 – Comissão Especial de Licitações	137

Parecer Jurídico – Concorrência Pública 006/2018	138/140
Edital de Licitação – CP 006/2018	141/192
Anexo I – Contrato	193/262
Anexo II – Estrutura Tarifária	263/273
Anexo III – Informações para elaboração da proposta técnica	274/291
Anexo IV – Informações para a proposta comercial	292/319
Anexo V – Regulamento do Serviço	320/372
Anexo VI – Modelos de declarações	374/387
Anexo VII – Bens afetos à concessão	388/398
Anexo VIII – Plano Municipal de Saneamento Básico	399/400
Anexo IX – Termo de Referência	401/465
Anexo X – Transferência de Pessoal do SEMAE	466/470
Anexo XI – Fatores de Ponderação para reajuste das tarifas	471/473
Anexo XII – Estudo de viabilidade econômico financeira	474/493
Anexo XIII – Projeto de Lei Agência Municipal	494/513
Ata da 27ª Audiência Pública da Câmara Municipal – Debate sobre os PLs 132/18 e 143/18 (Regulamentação dos serviços de saneamento básico)	617/680 (Fala do Luciano sobre a regulação do serviço 621/622 - 625/626)
Audiência Pública – CP 006/2018	684/686
Edital de Licitação – CP 006/2018	693/748
Impugnação ao Edital - Águas do Brasil	842/860
Resposta à Impugnação da Águas do Brasil	923/928
Impugnação ao Edital - Águas do Brasil	929/948
Resposta à impugnação da Águas do Brasil	949/958
Exposição de fatos (rompimento da barragem) - GS INIMA BRASIL LTDA.	959/961
Resposta da Prefeitura à exposição de fatos - GS INIMA BRASIL LTDA.	993/996

Suspensão do Certame em decorrência da resposta da ARSAE	1083
Revogação do Edital CP 006/2018	1088
Edital de Licitação - CP 006/2018	1089/1143
Republicações do Edital entre os dias 28 de fevereiro de 2019 e 1º de março de 2019 (O Tempo; Diário da União; Estado de Minas)	1144/1147
Relatório Final de Avaliação de Proposta Comercial (Fator K = 1,00 - valor máximo - Nota Técnica = 100pts)	3424/3430
Apresentação do Resultado da CP 006/2018	3431/3432
Ata de Julgamento Proposta Comercial - CP 006/2018	3433/3434
CHECK LIST CP 006/2018	3440/3442
Adjudicação e Homologação CP 006/2018	3443
Constituição de empresa de propósito específico	3449/3460
Estatuto Social da SANEOURO e atos registrares	3461/3505
Equipe Técnica da SANEOURO para o Período de Transição	3558/3559
Contrato de Concessão da Prestação do Serviço Público de Abastecimento de Água Potável e Esgotamento Sanitário de Ouro Preto	3562/3614
Portaria 013/2021 - Procedimento Investigativo Preliminar - PIP Nº 010/2021	3917
Relatório Final PIP nº 010/2021	4343/4346
Informações sobre a contratação do IBD	4352/4362
Portaria 05/2021 - PIP sobre a criação da ARSEOP	4365
Parecer Jurídico nº 003/2021 - Sobre a legalidade da criação da ARSEOP	4368/4373
Relatório de Fiscalização e Regulamentação - Ações desenvolvidas pela ARSEOP	4634/4722
Relatório de Fiscalização e Regulamentação 001/2021	4723/4733

Relatório de Fiscalização e Regulamentação - Documentação da ARSEOP - Ano base 2020	4734/4738
Relatório de Fiscalização e Regulamentação - Análises de água - Ano base 2020	4738/4750
Relatório de Fiscalização e Regulamentação - Receita da ARSEOP - Ano base 2020	4751/4760
Relatório de Fiscalização e Regulamentação - Comunicação x Ouvidoria - Ano de 2020	4761/4765
Relatório Final PIP Nº 003/2021 - Portaria nº 005/2021 - Extinção da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de Ouro Preto - ARSEOP	4784/4794
Ata da 1ª Reunião da CPI - 20/05/2021	4795/4796
Ata da 2ª Reunião da CPI - 14/06/2021	4925/4926
Ata da 3ª Reunião da CPI - 17/06/2021	4927/4928
Ata da 4ª Reunião da CPI - 01/07/2021	4943/4944
Ata da 5ª Reunião da CPI - 07/07/2021	4946/4947
Termo de Depoimento: Cléber Eliéser Ribeiro Salvi	4952/4956
Relatório Complementar PIP 010/2021	4963/4966
Ata da 6ª Reunião da CPI - 14/07/2021	4974/4975
Ata da 7ª Reunião da CPI - 02/08/2021	4998/4999
Termo de Depoimento: Ananias Ribeiro Castro	5002/5005
Ata da 9ª Reunião da CPI - 12/08/2021	5009/5010
Termo de Depoimento: Júlio César Correa	5011/5017
Ata da 10ª Reunião da CPI - 18/08/2021	5031/5032
Atas do COMUSA	5052/5162
Termo de Depoimento: Rafael Brito de Figueiredo	5163/5166
Ata da 11ª Reunião da CPI - 26/08/2021	5168/5169
Ata da 12ª Reunião da CPI - 02/09/2021	5174/5175
Termo de Depoimento: Rogério Alexandre Morais	5177/5181
Ata da 13ª Reunião da CPI - 09/09/2021	5191/5192

Ata da 14ª Reunião da CPI – 09/09/2021	5203/5204
Termo de Depoimento: Júlio Ernesto de Grammont Machado de Araújo	5207/5211
Ata da 15ª Reunião da CPI – 16/09/2021	5238/5239
Termo de Depoimento: João Luiz de Siqueira Queiroz	5246/5248
Ata da 16ª Reunião da CPI – 22/09/2021	5260
Ata da 17ª Reunião da CPI – 22/09/2021	5262/5263
Ata da 18ª Reunião da CPI – 23/09/2021	5264/5265
Termo de Depoimento: Flávio Luiz da Silva	5268/5269
Ata da 19ª Reunião da CPI – 27/09/2021	5275/5276
Plano Municipal de Saneamento Básico – Produto 1 (Plano de Trabalho, Programa de Mobilização Social e de Comunicação Social)	5281/5327
Plano Municipal de Saneamento Básico – Produto 2 (Diagnóstico da Situação do Saneamento Básico)	5328/5668
Plano Municipal de Saneamento Básico – Produto 3 (Prognósticos e Alternativas para Universalização dos Serviços)	5669/5817
Plano Municipal de Saneamento Básico – Produto 4 (Programas, Projetos e Ações)	5818/5890
Plano Municipal de Saneamento Básico – Produto 5 (Ações para Emergência e Contingência do PMSB/OP)	5891/5932
Plano Municipal de Saneamento Básico – Produto 6 (Termo de Referência para Elaboração do SIM-SB-OP)	5933/5967
Plano Municipal de Saneamento Básico – Produto 7 (Mecanismos e Procedimentos para Avaliação Sistemática do PMSB/OP)	5968/6106
Plano Municipal de Saneamento Básico – Produto 8 (Relatório Final do Plano Municipal de Saneamento Básico – Documento Síntese)	6107/6151
Fluxos de Compras de Contratações	6152/6159

Dando seguimento aos trabalhos desta CPI foram planejadas as reuniões e realizadas as oitivas de especialistas e testemunhas, de acordo com as indicações e requerimentos assinados pelos membros titulares, devidamente fundamentados.

A partir da oitiva das testemunhas e demais pessoas convidadas a prestar informações sobre o saneamento básico no Município de Ouro Preto, bem como de toda a documentação que instrui os autos deste processo, foi possível divisar algumas questões que indicam o descumprimento de requisitos formais e materiais do processo de concessão, desde a fase inicial do planejamento.

O Professor Jorge Adílio durante a 3ª Reunião da Comissão Parlamentar de Inquérito, ocorrida em 17/06/2021¹, aponta, v.g., a precariedade dos dados relativos ao saneamento básico já à época das discussões sobre a implementação do plano municipal, ocorridas perante o Conselho Municipal de Saneamento de Ouro Preto/COMUSA, que antecederam o processo licitatório para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Na ocasião, o convidado ressalta, ainda, a ausência da agência reguladora até a data da publicação do edital que tinha por objeto a concessão daqueles serviços.

Convém observar que a Lei Federal nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, estabelece um roteiro a ser seguido pela administração pública, dentre outros requisitos específicos de natureza formal e material, impondo como condição de validade dos contratos a existência do plano setorial, bem como das informações necessárias que sirvam como fundamento para os projetos, ações e metas a serem alcançadas pelo prestador dos serviços, voltados para a universalidade da prestação, além dos estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira de todo o planejamento operacional. Além disso, a lei federal exige a designação de agência reguladora independente e autônoma, bem como a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes nacionais e a autorização para a celebração de contratos.

Por outro lado, os relatórios final e complementar exarados nos autos do PIP nº010/2021, instaurado pela Procuradoria Jurídica do Município, indicam violações referentes ao princípio da segregação de funções e à regra de composição das comissões licitatórias, que, segundo entendimento daquela procuradoria jurídica, deveria observar a proporção de 2/3 (dois terços) dos membros composta por servidores efetivos.

Diante do conjunto de informações levantado, o presente relatório abordará, em tópicos específicos, as seguintes questões, que revelam irregularidades no processo licitatório

¹ Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=0Xnd3jYFJPE>>. Acessado em: 23/08/2021

que culminou na concessão dos serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário:

1. (Des)atualização do Plano Municipal de Saneamento Básico e (in)existência das informações necessárias ao planejamento das operações dos serviços públicos;
2. (In)adequação da estrutura tarifária às diretrizes da Lei Federal nº11.445/2007;
3. (In)Tempestividade da designação da agência reguladora;
4. (Ir)Regularidade da composição da comissão especial de Licitação;
5. (Ir)Regularidade do controle interno e segregação das funções.

As questões serão reunidas e analisadas em quatro tópicos: a) **Do Plano Municipal de Saneamento Básico e dos Estudos Complementares**; b) **Da Estrutura Tarifária**; c) **Da Ausência da Agência Reguladora e da Precedência Lógica das Normas de Regulação**; e d) **Dos Aspectos Formais**.

Por fim, serão apresentadas a conclusão, as recomendações e os encaminhamentos.

A) DO PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO E DOS ESTUDOS COMPLEMENTARES

A Lei Federal nº 11.445/2007, marco regulatório que traz as diretrizes nacionais para o saneamento básico, representa um esforço da política para alcançar uma mudança comportamental e institucional de todos os segmentos da sociedade capaz de superar os déficits estruturais enfrentados pelo poder público nesse setor. Déficit observável ao longo dos anos em que os serviços foram prestados pelas administrações estatais e que abriu margem para as recentes descentralizações.

De acordo com esse marco regulatório, a prestação de qualquer serviço de saneamento requer a elaboração de um plano específico, que vincula todo e qualquer ato da administração pública. E na hipótese de uma concessão, além de um requisito objetivo e formal indispensável para o contrato, representa o principal instrumento de planejamento e de conformação do edital da licitação.

Com efeito, o art. 11 da Lei Federal nº 11.445/2007 dispõe que:

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

I - a existência de plano de saneamento básico;

(...)

§1º Os planos de investimentos e os projetos relativos ao contrato deverão ser compatíveis com o respectivo plano de saneamento básico.

Por sua vez, o art. 19:

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

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

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

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

IV - ações para emergências e contingências;

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

(...)

~~§ 4º Os planos de saneamento básico serão revistos periodicamente, em prazo não superior a 4 (quatro) anos, anteriormente à elaboração do Plano Plurianual.~~

§4º Os planos de saneamento básico serão revistos periodicamente, em prazo não superior a 10 (dez) anos. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

§5º Será assegurada ampla divulgação das propostas dos planos de saneamento básico e dos estudos que as fundamentem, inclusive com a realização de audiências ou consultas públicas.

§6º A delegação de serviço de saneamento básico não dispensa o cumprimento pelo prestador do respectivo plano de saneamento básico em vigor à época da delegação.

Infere-se das disposições normativas que o plano de saneamento básico é o principal instrumento da política municipal, e que serve como base de diagnóstico para a definição das ações necessárias à execução dos serviços.

Dessa forma, é impensável um edital ou contrato de prestação de serviços de saneamento, como os de abastecimento de água e esgotamento sanitário, que não reflitam o seu conteúdo. O plano é a base para a especificação dos serviços e um pressuposto para qualquer estudo ou análise complementar, incluindo os de viabilidade técnica e econômico-financeiro da operação.

Com efeito, considerando especificamente as partes constituintes de um edital de licitações, convém anotar que a legislação define o projeto básico como sendo o documento obrigatório que serve à descrição de todo o conjunto de elementos necessários e suficientes para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, com nível de precisão adequado, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução (art. 6º, IX, da Lei Federal nº 8.666). Seu conteúdo abrange, dentre outras questões, o desenvolvimento da solução escolhida; as soluções globais e localizadas, suficientemente detalhadas; a identificação dos tipos de serviços a executar; e o custo geral.

Por sua vez, não é possível definir o objeto da concessão pública com o nível de precisão adequado, nem mesmo caracterizar qualquer serviço público sem considerar as metas de curto, médio e longo prazos a serem alcançadas. De igual maneira, não é possível escolher soluções eficazes para os problemas locais sem um diagnóstico da situação municipal. Por fim, a identificação das atividades a

serem desempenhadas pelo concessionário e dos tipos de serviços agregados ao escopo geral da outorga exigem a definição dos programas, projetos e ações necessárias para o alcance dos objetivos e das metas fixados pela administração pública. Há, portanto, uma evidente relação entre o conteúdo do plano municipal de saneamento, conforme definido pelo art. 19 da Lei Federal nº 11.445/2007, e o conteúdo do projeto básico.

Além disso, a vinculação entre um e outro decorre de determinação legal. Vale dizer, a prestação dos serviços públicos de saneamento deverá observar o plano desenvolvido para o setor, sendo vedado à administração pública estabelecer condições no contrato, no edital ou em seus anexos, em desacordo com os elementos constitutivos do mesmo.

No âmbito do Município de Ouro Preto, o plano foi aprovado como anexo da Lei Municipal nº 934, de 23 de dezembro de 2014, que dispõe sobre a política municipal de saneamento básico e dá outras providências.

Conforme antecipado na introdução deste relatório, durante as oitavas foi possível inferir a insuficiência das informações e a necessidade de uma atualização do plano municipal de saneamento básico, cujo prazo para a revisão já havia expirado na ocasião da última publicação do edital.

Destaca-se das disposições da lei municipal:

Art.33 É parte integrante desta lei, como anexo, o Volume I do Plano Municipal de Saneamento Básico de Ouro Preto, contendo o Plano de Trabalho, o Processo Participativo, o Diagnóstico, os Programas, os Projetos e as Ações.

Art.34 À Administração Pública Municipal, incluindo os órgãos de sua Administração Direta e Indireta, compete promover a capacitação sistemática dos funcionários, para garantir a aplicação e a eficácia desta lei e demais normas pertinentes.

Art.35 Este plano e sua implementação ficam sujeitos a contínuo acompanhamento, revisão e adaptação às circunstâncias emergentes e será revisto em prazo não superior 4 (quatro) anos.

Art.36 À Administração Pública Municipal compete dar ampla divulgação do PMSB e das demais normas municipais referentes ao saneamento básico.

A lei municipal determina o contínuo acompanhamento do plano, concomitante à sua implementação, bem como a revisão no prazo máximo de 4 (quatro) anos. Período, aliás, que também constava da lei federal².

A lei foi publicada no Diário Oficial do Município na edição de nº 1195 – Ano VII, no dia 09 de Janeiro de 2015, que marca a data inicial para a contagem do prazo de quatro anos para a revisão.

Conquanto tenha havido uma republicação da lei no dia 28 de junho de 2016, na ocasião em que a Câmara Municipal rejeitou os vetos parciais apostos pelo Prefeito, a aprovação do plano se deu com a sanção e sua vigência iniciou no dia 09 de janeiro de 2015.

Dessa forma, o Plano Municipal de Saneamento Básico de Ouro Preto deveria ter sido atualizado até o dia 09 de janeiro de 2019.

Há que se ponderar que o planejamento de qualquer operação complexa requer dados confiáveis, especialmente na hipótese de uma descentralização por meio de concessão pública. Sem um diagnóstico apurado não é possível, por exemplo, determinar os investimentos e projetos que melhor atendam ao imperativo da eficiência, ou que permitam uma exploração economicamente viável com o menor custo para os usuários.

Dada a relevância do plano, especialmente para a caracterização dos serviços e a conformação do próprio projeto básico, seu conteúdo deveria não só estar atualizado na ocasião da publicação do edital, como também deveria refletir a realidade do município a partir do constante cotejamento das informações e dados técnicos com a prática da prestação dos serviços.

Não obstante isso, percebe-se, a partir da cronologia dos atos que culminaram na concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, que à época da elaboração do edital, ainda na fase interna do procedimento licitatório, já havia a necessidade de sua atualização e complementação de seus dados.

² A Lei Federal nº 14.026, de 2020, alterou o prazo para revisão dos planos municipais. Contudo, à época dos fatos o prazo estabelecido pela legislação federal era de 4 (quatro) anos, e o próprio Plano Municipal de Saneamento Básico de Ouro Preto foi elaborado sob uma perspectiva de imediata implementação e acompanhamento para uma revisão em 4 (quatro) anos.

Além disso, a partir dos elementos de prova que instruem os presentes autos, o que se percebe, de fato, é que não houve nenhuma medida de implementação do plano, não houve a capacitação daqueles que deveriam trabalhar com ele, não houve comparações com a prática e a realidade local, tampouco, revisão. Ao contrário, houve omissão em patente afronta ao dever legal imposto pela lei que instituiu a política municipal de saneamento básico.

Analisando as atas das reuniões do COMUSA (fls. 5052/5162), destacam-se os seguintes apontamentos:

ATA DA 1ª REUNIÃO ORDINÁRIA DE 2017

Às 09 horas e 25 minutos do dia 22 de março de 2017, reuniu-se... para discutir e deliberar sobre os seguintes pontos: ... 4) Situação atual do Plano Municipal de Saneamento de Ouro Preto; ... Após a apresentação de todos os conselheiros, o presidente... informou que o próprio CBH Paraopebas financiou o Plano de Saneamento de Ouro Preto, **plano o qual não se conseguiu ter muitos avanços**. Destacou a **importância de traçar um plano de ações para rever prazos que foram estabelecidos no mesmo**. (...) Júlio Corrêa disse que na condição de atual Superintendente do SEMAE nomeou Luciano como diretor Técnico por ser funcionário há mais tempo e já conhecer melhor a realidade do SEMAE. Falou que o **consumo mensal de água em Ouro Preto está em torno de 400 L/habitante/dia**. (...) Jorge Adílio disse que **no consumo de 400 L/habitante/dia estão inclusas perdas por vazamentos e desperdícios**. (...) Chiquinho de Assis disse que o Plano de Saneamento de Ouro Preto foi construído em base muito democrática e foi financiado pela Agência Peixe Vivo. **Relatou que o Plano caiu na omissão** no que se referia a agilização dos prazos e **que levou cerca de 2 (dois) anos para chegar à Câmara**. (...) Ronald **reafirmou que é preciso ter uma revisão do Plano de Ação e que as secretarias responsáveis devem traçar suas metas**. (...) Sugeriu pautar, para a próxima reunião, uma

apresentação do governo sobre como serão tratadas as metas do Plano de Saneamento do ponto de vista administrativo.

ATA DA 3ª REUNIÃO ORDINÁRIA DE 2017

Às 09 horas e 15 minutos do dia 14 de junho de 2017, reuniu-se no Casa dos Conselhos... para discutir e deliberar sobre os seguintes pontos: ... 4) Apresentação do Plano de Ação e Metas do SEMAE sobre o sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário em relação ao Plano Municipal de Saneamento Básico; (...) Seguindo para a apresentação do Plano de Ação e Metas do SEMAE sobre o sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário em relação ao Plano Municipal de Saneamento Básico, Ronald informou que foi encaminhado ao COMUSA o ofício nº 095/2017 do SEMAE-OP, por meio de seu superintendente, Sr. Júlio César Corrêa e do Sr. Luciano Gomes Pereira, membro titular do Conselho, solicitando a postergação da apresentação do Plano de Ação e Metas da Autarquia. De acordo com o ofício, tal solicitação se faz necessária pois, **ainda repercute no gerenciamento do SEMAE-OP os desajustes encontrados desde a transição da gestão 2013/2016 para a gestão atual, 2017/2020 e que a autarquia tem se dedicado, quase que exclusivamente, à continuidade operacional.** O documento relata também, **que existem muitas urgências e emergências que prejudicam tecer um planejamento bem consolidado que seja compatível com a expectativa do COMUSA,** fato que se agrava devido à entidade possuir uma equipe administrativa relativamente pequena. O ofício descreve que o Plano Municipal de Saneamento Básico (PMSB) está fundamentado em argumentos plausíveis e afirma que, entretanto, não constitui diretriz objetiva no sentido da especificação e caracterização das prioridades, ou seja, que trata-se de um escopo baseado em ações genéricas, feito a partir de informações sem muita profundidade técnica. (...) Reforça que a autarquia, tem imbuído muito esforço em vencer a barreira política do assunto hidrometração, projeto essencial à administração e sobrevivência do SEMAE-OP e que, **entretanto, o cronograma desse processo não está confirmado e ainda existem pendências técnicas quanto a execução do mesmo.**

ATA DA 4ª REUNIÃO ORDINÁRIA DE 2017

Às 09 horas e 28 minutos do dia 12 de julho de 2017, reuniu-se na Casa dos Conselhos o Conselho Municipal de Saneamento... para discutir e deliberar sobre os seguintes pontos: ... 3) Status do Plano de Ação e Metas do SEMAE sobre o sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário em relação ao Plano Municipal de Saneamento Básico; (...) Seguindo-se para os próximos itens pautados, **não estiveram presentes os representantes do Serviço Municipal de Água e Esgoto – SEMAE/OP e da Secretaria Municipal de Obras para apresentarem o status do Plano de Ação e Metas de suas secretarias em relação ao Plano Municipal de Saneamento Básico. Ronald afirmou que a ausência dos representantes deixa clara a fragilidade do processo e demonstra a falta de importância por parte de alguns representantes em relação ao COMUSA.**

É possível observar que as ações da autarquia sequer levavam em consideração o plano municipal, muito embora em 2017, período em que ocorreram as reuniões do COMUSA, ele já contasse com dois anos de vigência desde a publicação da lei municipal.

Acrescente-se, ainda, que houve um atraso de 02 (dois) anos entre a elaboração do plano e o seu encaminhamento à Câmara Municipal para discussões e aprovação, o que resulta em um déficit ainda maior quanto à sua atualidade.

Realmente, o diagnóstico data de 2012 (fls. 5328/5668), enquanto os demais relatórios foram concluídos no ano seguinte (2013).

Noutro giro, o teor das falas revela uma certa precariedade quanto ao conteúdo, descrito como “argumentos plausíveis” e que “não constituía diretriz objetiva no sentido da especificação e caracterização das prioridades”, tratando-se “de um escopo baseado em ações genéricas, feito a partir de informações sem muita profundidade técnica.”

Observa-se, especialmente, uma fragilidade quanto ao diagnóstico do consumo de água por habitante. Informação fundamental para o planejamento do serviço. O valor apresentado (400 L/habitante/dia) excede em muito a média de consumo normal, que

gira em torno de 110 litros de água por dia por habitante³, e não se sabia, até então, divisar quanto daquele total representava perdas de eficiência do sistema.

Saber o nível de perda e o nível de consumo é condição necessária para se estabelecer as ações do titular ou do prestador dos serviços, conforme o modelamento definido. Um alto nível de consumo conduz ao planejamento de ações educativas, enquanto as perdas do sistema exigem maior investimentos na infraestrutura, por exemplo.

Diante de tal situação, impunha-se a administração pública o dever de aprofundar os estudos e atualizar o plano. Mais especificamente, urgia a necessidade da micromedição do consumo, a partir da hidrometração.

A importância dos dados sobre o consumo e a necessidade da micromedição podem ser observadas na fala do Sr. Júlio Correa (fls. 5011/5017), na ocasião de sua oitiva:

que os novos dados sobre a quantidade de água consumida é que irão pautar a atuação de qualquer agência; que o primeiro ano da Saneouro foi para levantamento minucioso das ações a serem implementadas; (...) que as tarifas básicas foram baseadas na tabela da Copasa do ano de 2018; que, para mudar a tarifação prevista no contrato e no edital, são necessários dados concretos; que a água, em Ouro Preto, tem um custo diferente de outras regiões; que é preciso estudar quanto realmente custa a água em Ouro Preto por meio do consumo e da economia de água para fazer uma resolução de modificação da tarifa; (...) que nenhuma concessão que começa do zero, como a de Ouro Preto, terá dados suficientes; que é por isso que é preciso a existência de agência reguladora para que sejam feitos esses ajustes; (...) que foi a Lavras Novas coletar dados para viabilizar a licitação, que esse tipo de ação deveria ter sido adotada desde o início do Sema; (...) que não sabe quem respondeu a recomendação do TCE/MG; que, a partir do momento em que tomou conhecimento, a resposta dele foi trabalhar para obter dados; que teve ciência da 2ª recomendação qual seja: fazer um estudo, momento em que a agência já estava formada; (...) que é possível fazer uma redução tarifária, mas não sabe falar se haverá impacto; que a prefeitura deveria fazer e não fez, que não sabe como faria, que de fato a agência foi

3

Conforme afirmam os próprios depoentes que participaram da elaboração do edital.

18

criada somente em 2020; que para fazer um estudo do custo real de alguns serviços precisaria de dados, por exemplo, volume de água produzido, tais dados só são possíveis na medida que se faz a hidrometração; que tais dados deveriam ser coletados antes da cobrança do consumo, estes dados balizariam os investimentos; (...) que elaboração do edital levou em consideração o plano municipal de saneamento básico, fazendo parte do edital, que sabe que o plano tem que ser revisado de quatro em quatro anos; que não sabe informar qual influência a não revisão do plano teria sobre a concessão; (...) Inquirido pelo Vereador Vantuir, respondeu (...) **que com a hidrometração se tem melhores condições de mensurar e pensar numa estrutura de receita e investimentos a serem realizados; que na opinião dele, para se fazer um estudo de regulação, de redução de tarifa, teria que fazer estudos mais sérios, mais contundentes, que ele não tinha esses estudos; que não consegue dizer se a tarifa está alta, sem saber o consumo per capita na cidade; que acredita que é preciso fazer os estudos prévios, um trabalho mais minucioso; que faltou diálogo; que o consumo diário é de quatrocentos litros per capita e que o normal é cento e cinquenta; (...)** que, se for adotado o consumo de 400 litros por habitantes, o preço será muito alto; que, para atender as recomendações do TCE/MG, precisava de dados da própria empresa e que questões que ultrapassavam a capacidade da equipe técnica deles exigia a contratação de empresa especializada e que não foram feitas essas contratações e que não havia recursos para tanto; **que todo planejamento depende de informações precisas quanto ao consumo e a capacidade de captação e que não tinha esses dados à época.**

A fala do antigo Superintendente do SEMAE e Ex-Presidente da ARSEOP induzem a conclusão de que as informações e dados técnicos constantes do plano municipal de saneamento básico eram insuficientes e que todo o procedimento licitatório foi desenvolvido em bases não muito precisas.

Além disso, aponta para erros na conduta da própria administração.

Convém frisar que o plano municipal deveria ter sido implementado imediatamente e ser adaptado num processo contínuo de acompanhamento e revisão, de acordo com as

disposições da lei municipal. Porém houve negligência. O plano sequer foi considerado enquanto os serviços foram prestados pelo SEMAE.

Ademais, embora não se conhecesse, à época da elaboração do edital, o consumo de água no município, foram concentradas as instalações de hidrômetros exclusivamente no distrito de Lavras Novas, cujas características econômicas e estrutura urbana não servem de comparativo para nenhuma outra localidade, tampouco para refletir o sistema como um todo. A hidrometração poderia ter sido implementada de maneira mais eficiente para esse propósito, de forma que representasse, por amostragem, as diversas necessidades de consumo.

Portanto, se por um lado, o plano municipal não permitia um conhecimento com níveis mínimos de precisão para o planejamento da concessão, por outro lado, as ações do SEMAE foram ineficazes. E, por uma ou outra razão, faltavam dados.

A atualização do plano deveria ser constante, dia a dia, vinculando as decisões administrativas, de modo que todas as ações (como a de hidrometração de Lavras Novas) buscassem embasamento nele e servissem para o seu aperfeiçoamento e atualização. Contudo, o que se percebe foi o total abandono.

Por fim, cumpre ainda destacar, com relação ao conteúdo do plano municipal, diante da sua relevância para a operação dos serviços públicos de saneamento básico e para a conformação do edital e do contrato de concessão, as seguintes considerações, constantes do relatório correspondente à definição dos programas, projetos e ações a serem desenvolvidas durante a operação do sistema (fl. 5833):

Nas proposições dos objetivos, metas e ações, foram levados em conta os Planos Plurianuais e outros Planos Governamentais Correlatos. As políticas públicas para a área de saneamento, recursos hídricos, proteção do meio ambiente e proteção e promoção da saúde foram levadas em consideração na formulação do presente relatório.

Entretanto, os planos e políticas públicas, nos aspectos de implementação, podem sofrer alterações, em função de políticas governamentais ou fortes impactos na economia, devendo as ações e metas contempladas serem revisadas e adaptadas às novas condições.

A compatibilização de planos é um processo bilateral, já que, quase sempre, eles são formulados em momentos diferentes, fato que exige complementações de um ou de outro plano. Os planos, por sua própria

natureza, não são estáticos, devendo, sempre que preciso, sofrer alterações e adaptações.

(...)

Na elaboração do PPA, pode-se identificar as possíveis fontes de financiamento ou origem dos recursos, **sendo que determinadas ações, muitas vezes, independem de recursos adicionais, sendo desenvolvidas com a estrutura física, humana e financeira do município e dos órgãos responsáveis pelos serviços de saneamento.**

Para fixação dos valores estimados para cada ação, constantes da memória de cálculo, foram realizadas diversas consultas junto a fornecedores, prefeituras que estão implementando projetos e executando obras semelhantes, tabelas de serviços e insumos, como é o caso da SINAPI, mas, quanto aos produtos, máquinas, veículos, equipamentos, softwares, etc., as consultas recaíram em publicações especializadas. Entretanto, estes valores são estimados, levando-se em conta a realidade econômica e de mercado atual (2013), o que exigirá da administração municipal atualização e adaptação dos custos aos projetos básicos e executivos específicos, que serão elaborados e implantados conforme as previsões elencadas no presente Plano.

A identificação de algumas das possíveis fontes de financiamento, por si só, não garantem a obtenção dos recursos, devendo vir acompanhadas de projetos específicos, gestão administrativa e política para a concretização de financiamentos.

Na sequência, o relatório traz os quadros descritivos das ações e metas de curto, médio e longo prazo, com a estimativa de custos e a indicação das fontes de recursos financeiros, articulados com o plano plurianual e demais políticas setoriais (fls. 5835/5887).

Por fim, das considerações finais desse relatório (fl. 5888), destaca-se:

O produto Programas Projetos e Ações tem o objetivo de determinar quais são as prioridades do município e distribuí-las, ao longo do período de planejamento que é de 20 anos. **As ações estão estabelecidas para serem aplicadas imediatamente, num espaço de tempo de um a três anos, ações de curto prazo de quatro a oito anos, de médio prazo de nove a treze anos e de longo prazo de catorze a vinte anos.**

Foram separadas as ações imediatas, conforme demonstram as tabelas 1 a 21, **devido à quantidade excessiva de necessidades urgentes no município. Nas tabelas 22 a 36, as ações são distribuídas cronologicamente, para que, no 20º ano, seja alcançada a universalização dos serviços em Ouro Preto.**

Ocorre que, além do plano não ter sido implementado conforme o cronograma estabelecido, todo aquele planejamento antecedeu o rompimento da barragem de Bento Rodrigues, ocorrido em 2015, e desconsidera os impactos financeiros, econômicos e sociais da crise minerária que se seguiu, que afetaram a receita municipal e que, inevitavelmente, repercutiram na infraestrutura e na eficiência dos serviços públicos.

Não obstante isso, o Sr. Rafael Brito na oportunidade de sua oitiva, afirmou (fls. 5163/5166):

que a revisão da regulamentação de serviço foi elaborada pelo Sema, com base no plano municipal de saneamento já previsto; (...) que afirmou que o conteúdo do plano municipal de saneamento básico serviu como diretriz objetiva para se definir prioridades do plano operacional de água e esgoto;

Por sua vez, da fala do Sr. Rogério Moraes, destaca-se (fls. 5177/5181):

que foram considerados os valores da COPASA. **Não existia nenhuma cidade com as características de Ouro Preto para se definir valores da tarifa e para elaborar um estudo; (...) que o plano de saneamento básico foi considerado na elaboração do edital e que compunha seus anexos, no formato de link; que não se lembra se o plano de saneamento estava atualizado; que deveria estar atualizado; (...) que não havia parâmetros para estabelecer a tarifa de acordo com a capacidade financeira dos municípios; que precisavam estabelecer uma estimativa no edital mas não havia parâmetros em outros municípios visto a peculiaridade do Município de Ouro Preto; (...) que precisava definir o quantitativo e que 5 por cento representaria 1500, aproximadamente; que acha que o Tribunal de Contas se manifestou acerca dos cinco por cento; que se basearam nos dados do Sema, que jogaram o quantitativo de cinquenta vezes maior;**

que haviam trinta famílias cadastradas na tarifa social e eles previram mil e quinhentas famílias; (...) que viram o valor da outorga como razoável; **que foi feito sem metodologia prévia, o que gerou a sua retirada; (...) que os estudos de viabilidade técnica foram feitos pelo Sema e; que iniciou a hidrometração no distrito de Lavras Novas, e que o parâmetro que eles tinham de consumo foi de 400 a 408 litros por dia, por habitante; que considera ser um consumo altíssimo; que a própria ONU estabelece um consumo de 115 litros por pessoa/dia; que tem uma justificativa técnica no processo do porquê ter sido mantida a modicidade tarifária; que a administração passada já assumiu o SEMAE totalmente destruído; que logo nos primeiros meses da administração já se pensava em conceder o serviço e não fazia sentido contratar uma agência reguladora. (...) que teve auxílio do IBD e que teve estudos de saneamento que deve ter partido do SEMAE e que não sabe quem os ajudou; que sabe que teve o plano de saneamento; que o senhor Júlio Correia em alguns momentos se posicionou contra a extinção do SEMAE;**

Inferese da fala dos depoentes que o plano municipal de saneamento básico não só conformou o edital de licitação como também a regulamentação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Muito embora estivesse desatualizado.

Essa desatualização e a insuficiência dos dados diagnósticos suscitam dúvidas sobre o nível de precisão na caracterização do objeto licitado, incluindo a definição das metas, o apontamento das prioridades e o planejamento econômico. E pior, a estrutura tarifária foi estabelecida sem se considerar qualquer informação a respeito da realidade local.

E não há nenhuma indicação de outro estudo técnico disponível.

Conforme o documento de fls. 105/107 a Administração Municipal, reconhecendo a necessidade de estudos específicos de viabilidade técnica e modelagem para a operação, manutenção, expansão e modernização dos serviços de água e esgotamento sanitário, chegou a autorizar a abertura de um Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI. Porém, o mesmo não se efetivou.

Em várias oportunidades é possível observar que as informações constantes do edital partiam de estimativas e ponderações sobre razoabilidade, sem, contudo, quaisquer dados concretos. O próprio Sr. Rogério Morais afirmou que a definição da estrutura tarifária a partir dos valores da COPASA decorreu da ausência de outras referências que pudessem ser utilizadas; **que não existem cidades como a de Ouro Preto e por isso não havia onde buscar dados comparativos.**

Contudo o argumento não se sustenta. **A administração deveria ter feito um estudo no próprio município.**

Em outra ocasião, (Rogério Morais) afirma que os estudos de viabilidade e demais dados técnicos partiam do SEMAE. Porém, os agentes desta autarquia⁴ atestam em suas falas **a falta de dados.**

O plano deveria estar atualizado e consolidado à realidade do município a partir do contínuo acompanhamento, concomitante com a praxis da prestação dos serviços. Até porque representa a principal referência técnica, com dados locais, relacionada com o saneamento básico em Ouro Preto. **Além do que, o plano é efetivamente parte do edital, vincula a prestação dos serviços, e foi utilizado na norma municipal regulamentadora, repercutindo, necessariamente, no conteúdo do projeto básico e do contrato.**

Não obstante isso, **convém repisar que os próprios representantes do SEMAE em comunicação com o COMUSA foram categóricos ao afirmar que ele não oferecia informações com muita profundidade técnica nem permitia uma objetivação de ações, o que redundava em violações aos propósitos das leis de saneamento básico e de licitações.**

Um planejamento construído sobre bases desatualizadas e superficiais têm o potencial para gerar um edital de licitação com baixa consistência e que suscita dúvidas sobre a viabilidade técnica operacional e econômica dos serviços. A superficialidade do edital, por sua vez, leva à insegurança e ao possível desinteresse dos investidores, podendo resultar na falta de competitividade do *certame* em razão das incertezas do setor privado quanto a viabilidade da operação e a possibilidade de ganhos.

⁴ Afirmações quanto à ausência de dados podem ser extraídas das oitivas dos Srs. Júlio Corrêa e Rafael Brito, bem como da comunicação do SEMAE com o COMUSA, conforme ata transcrita acima.

Portanto, a ausência do acompanhamento e da revisão do plano municipal de saneamento têm o potencial para repercutir de maneira direta e contrária aos objetivos estabelecidos pela Lei Federal nº8.666/93, violando princípios administrativos relacionados com o processo licitatório, que busca, de maneira simplista, a maior competitividade para a melhor vantajosidade para a administração pública.

De fato, um projeto básico desenvolvido a partir de um plano municipal desatualizado e inconsistente não se presta aos objetivos da lei. É preciso, para a validade do certame, definições precisas e suficientes que caracterizem todo o complexo de obras e atividades que constituem o objeto da licitação (art. 6º, IX, c/c arts. 7º e 40 da Lei Federal nº 8.666/93).

Quando menos, é preciso considerar que o plano municipal de saneamento básico representa um requisito objetivo e formal para a prestação dos serviços. E que o seu conteúdo, bem como as regras para sua implementação, acompanhamento e revisão são definidos por lei. Assim, mesmo que não se possa afirmar que a desatualização do plano tenha sido uma causa em si que levou à restrição da competitividade e ao desinteresse de outros possíveis licitantes, ela caracteriza uma ilicitude e um vício formal. Convém destacar, ainda, que as formalidades buscam garantir de maneira objetiva a higidez dos procedimentos e atos administrativos. Exemplificativamente, pode-se afirmar que a insuficiência de dados impede, v.g., aferir se as escolhas da administração pública quanto a definição das ações prioritárias inseridas no contrato obedeceram ao dever de eficiência; ou, pode-se afirmar que a falta de informação a respeito das características do consumo impede contrastar o modelo definido com algum outro que pudesse representar uma alternativa mais eficiente para a operação dos serviços, que fosse mais econômico para o usuário.

Em análise ao edital de licitações (Denúncia nº 1058816⁵) o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais decidiu:

- l) julgar parcialmente procedente a denúncia apresentada pela empresa Saneamento Ambiental Águas do Brasil S.A. - SAAB, tendo em vista que parte das irregularidades apontadas foi confirmada pela Coordenadoria de Fiscalização de Concessões, em seu primeiro exame, o que motivou inclusive a suspensão da

⁵ Disponível em: <<https://tctnotas.tce.mg.gov.br/tcjuris/Nota/BuscarArquivo/1975146>>. Acessado em 30/09/2021

Concorrência Pública nº 06/18; II) recomendar, considerando que as falhas indicadas foram corrigidas, as justificativas pertinentes apresentadas e que inexistem razões para a paralisação do certame: a) que a Agência Reguladora do Município **realize estudos de modo a adequar a tabela tarifária à capacidade de pagamento dos munícipes, revertendo parte da outorga em modicidade tarifária**; e b) que o Poder Concedente e a Agência Reguladora não apenas acompanhem a concessão da Tarifa Residencial Social, **propondo eventuais alterações em seus critérios, a fim de aumentar a sua abrangência, como também acordem metas de universalização da micromedição dos serviços com a concessionária**; III) determinar que a Coordenadoria de Fiscalização de Concessões acompanhe o cumprimento dessas recomendações, adotando as medidas cabíveis no âmbito de sua competência, observados os princípios da materialidade, relevância, risco e oportunidade; (...)

O Acórdão do TCE/MG confirma as inconsistências ou insuficiências dos estudos que constituíram o edital, que resultaram em irregularidades do certame com implicações diretas sobre os aspectos econômicos da concessão, **especialmente quanto a definição da estrutura tarifária**, e sobre as prioridades de ação **com a necessidade de se estabelecer uma meta para a micromedição dos serviços**.

Essas inconsistências afetam o procedimento licitatório – gerando incertezas para o setor privado sobre a sustentabilidade/viabilidade econômica da operação –, bem como o interesse público geral, na medida em que as tarifas não atendem à modicidade exigida pela lei.

Não obstante o Tribunal de Contas ter compreendido que essas falhas eram passíveis de serem corrigidas no curso da licitação ou da prestação de serviços, deixando prosseguir o certame, a indefinição quanto a estrutura tarifária tem o potencial de afetar a competitividade em decorrência da insegurança que gera quanto ao retorno econômico da concessionária. De fato, as determinações do TCE/MG indicam que o valor do contrato deverá ser revisto a menor, afetando qualquer plano de investimentos para o retorno econômico, impactando toda a programação financeira; afetando, também, a proposta.

O depoimento do Sr. João Luiz de Siqueira Queiroz, representante do Grupo Águas do Brasil, subscrevente da denúncia ao TCE/MG contra o edital, evidencia essa última conclusão (fls. 5246/5248):

que surgiu o interesse por Ouro Preto por ser uma cidade histórica e por atuarem em outras duas cidades históricas; que já conhecem os desafios de implementar o saneamento em cidades históricas; que impugnaram junto ao município e posteriormente fizeram uma consulta ao TCE o qual resolveu em parte o problema; que fizeram uma visita prévia ao município e no momento de apresentar a proposta sentiram que havia uma reação popular muito forte em relação ao serviço, o que assustou a empresa; **que o que fez a empresa desistir foi um somatório de fatores entre eles a questão da hidrometração, o não atendimento da totalidade dos questionamentos levados ao TCE e o apelo popular; que não havia clareza quanto à estrutura tarifária o que prejudica o oferecimento de uma proposta pela empresa; que o TCE recomendou uma revisão que deveria ser feita no decorrer da execução dos serviços o que gera uma insegurança muito grande e não permite planejar os investimentos a serem feitos e prever quando se daria o retorno econômico; que a ausência do valor exato da tarifa também traz insegurança jurídica; que tiveram muitas aquisições do edital mas que somente uma decidiu participar o que eles percebem é que não era um bom planejamento de serviço; que fizeram uma impugnação administrativa apresentando basicamente os mesmos argumentos oferecidos no TCE, os quais não foram aceitos pela administração; que a expectativa era de que a retirada da outorga beneficiaria a população o que resultaria em modicidade tarifária; (...) que foi um somatório de fatores que gerou a desistência da empresa, um deles foi a rejeição da população, o segundo foi a insegurança jurídica quanto à receita; (...) que ficaram por vários dias na cidade estudando a realidade da mesma; que veio com empresa de consultoria e técnicos da empresa, para levantar o montante de investimentos necessários para o empreendimento e conhecer as instalações; que a atratividade é um conjunto de situações que levam a querer o negócio ou não, dentre elas a segurança jurídica, ausente em Ouro Preto, devido à falta de agência reguladora, a cobrança de água hidrometrada, após 3 anos, e principalmente a recusa dos moradores, usuários do serviço, os quais não queriam aquele modelo de serviço; que o TCE atendeu parcialmente o que foi impugnado; que o montante de investimento parecia ser muito maior do que aquele estimado nas planilhas do edital; (...) que não sabe dizer se a estrutura**

tarifária foi reduzida ou se manteve após a retirada da outorga; que verificaram que o investimento necessário não cobriria a execução dos serviços ofertados na licitação. (...) que não existe percentual de início para a hidrometração; que a forma correta é o pagamento de acordo com o consumo; que ao iniciar a hidrometração as pessoas têm que mudar o hábito de consumo; que sua empresa nunca prestou serviço com cobrança condicionada a porcentagem de hidrometração.

Em linhas gerais, as falhas e insuficiências do edital foram apontadas pelo depoente como razões que, somadas a outras circunstâncias, geraram o desinteresse do Grupo Águas do Brasil em disputar o certame.

Do ponto de vista normativo, a ausência de dados não justifica um edital inconsistente, mas sim, obriga a administração pública a investir em pesquisas e estudos técnicos para um maior conhecimento de seu próprio sistema. Contudo, o que se percebe é que o governo de ocasião agiu com o propósito exclusivo de diminuir suas despesas. A fala do Sr. Rogério Morais evidencia isto. Segundo afirmou, o SEMAE representava uma estrutura ineficiente e cara e a única alternativa era a concessão (fls. 5177/5181). Embora o novo marco do saneamento ofereça uma sustentação legal para essa opção política, ele próprio exige, antes, o levantamento, pela administração pública, de todos os dados necessários para a conformação do edital, a partir dos estudos de viabilidade fundados na realidade do município.

Da fala do Sr. Júlio Pimenta, destaca-se (fls. 5207/5211):

que assumiu a gestão em 2017; que é nascido e criado aqui e que priorizou o serviço de abastecimento de água e esgoto sanitário; que propôs um programa de REFIS para poder dar sustentabilidade econômica para o SEMAE; que o Município de Ouro Preto não tem esgoto tratado; que tinha que priorizar a saúde da população de Ouro Preto; que todo esgoto é despejado nos rios e córregos; que houve todo um esforço para que o SEMAE pudesse funcionar; que a média de investimentos girava em torno de 10 milhões de reais por ano; que saíam do orçamento geral do município; que mesmo com o esforço dos funcionários o serviço era muito precário; que os investimentos necessários superavam em muito a capacidade financeira do Município; que a falta do saneamento básico afeta a economia da cidade; que o SEMAE não conseguia identificar todos os problemas do saneamento

no Município; que não havia recurso suficiente para esse levantamento; que a falta de saneamento causa muitas doenças; que o REFIS teve pouco êxito; que havia próximo de 25 milhões a receber; (...) que optou pela concessão porque o serviço de água e esgoto não tinha os recursos necessários e desfalcava o orçamento municipal; que demorou mais de 4 anos para regulamentar a TBO; que o SEMAE não tinha o investimento necessário para os custos operacionais; que o SEMAE nunca teve sustentabilidade econômica; que o SEMAE ficou inviável porque a conta não fechava; que optou pela concessão para possibilitar o investimento necessário; que o SEMAE funcionou até a sua extinção dessa forma, precisando de repasses do orçamento do município; que o SEMAE era deficitário; que o SEMAE não arrecadava o que gastava por conta da tarifa fixa; que não houve investimento necessário nos 15 anos do SEMAE; que o SEMAE foi criado enquanto era Secretário de Obras; que nunca administrou o SEMAE e quando foi Prefeito optou pela concessão; (...) que a retirada da outorga foi feita por recomendação do TCE; que não conhece nenhum município que adotou a agência local; que a agência local foi criada por ser mais vantajosa, mais próxima, com mais possibilidade de acompanhar os serviços, além de regular outros serviços locais, que no seu entender a agência local é melhor que de fora; que a agência regula os serviços e acompanha a execução contratual; que entende que a agência é somente para acompanhamento de execução do contrato; que a agência funcionaria depois da assinatura do contrato; que todos requisitos foram atendidos, e foi concluído o certame; que não tem conhecimento sobre o estudo tarifário feito pela agência; que entende que não é exigência da lei a existência prévia da agência;

O mandato do Prefeito Júlio Pimenta foi marcado pela descentralização de atividades e serviços públicos⁶. Inclusive foi contratada para esse fim uma empresa especializada em consultoria para celebração de Parcerias Público Privadas. Os próprios serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário compunham inicialmente objetos dessa modalidade especial de concessão. **Mas, o que se percebe, a partir do conjunto**

⁶ Em 07 de abril de 2017 foi lançado o programa municipal de parcerias público privadas. Foi criado um Conselho Gestão de Parcerias Público Privadas e contratado o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento com o propósito de estudar e apresentar projetos de descentralização de serviços. Entre os itens aprovados no programa estavam projetos relacionados ao meio ambiente, saúde, educação, tecnologia da informação entre outros. (conforme parecer jurídico - fls. 110/111)

probatório, é que, no caso desses serviços públicos, a ausência de informações precisas resultou no lançamento de um edital inconsistente, elaborado de maneira açodada e sem observar os imperativos legais.

Das disposições da Lei Federal nº 11.445/2007 extrai-se um roteiro bem definido, que deveria ter sido seguido pela administração municipal. Não obstante, preferiu-se pular etapas, priorizando a redução de despesas e a desoneração orçamentária, agindo de forma contrária ao maior interesse público.

A legislação impõe, antes de tudo, a designação de uma Agência Reguladora, autônoma e independente, qualquer que fosse a modalidade da prestação dos serviços públicos de saneamento básico, mesmo que essa prestação de serviços fosse realizada pela administração direta do Município (art. 8º, §5º da Lei Federal nº11.445/2007). E exige, na sequência, como condição de validade do contrato: a) a existência do plano de saneamento (que obviamente deveria estar atualizado para refletir a realidade local); b) a existência de estudos que comprovassem a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico (consistentes e que servissem de base para o estabelecimento de metas e de uma estrutura tarifária adequada à sustentabilidade do serviço, compatível com a modicidade para o usuário); c) a existência de metas e cronograma de universalização dos serviços; e d) a existência de normas reguladoras que, dentre outras matérias, dispusessem sobre a autorização para a contratação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário (conforme art. 11, I, II, III, V e §2º, I da Lei Federal nº 11.445/2007).

Portanto, antes de mais nada era necessário a designação da Agência Reguladora que, além de regular o setor, deveria autorizar qualquer contratação de serviços relacionados com o saneamento básico no município (art. 11. §2º, I, da Lei Federal nº11.445/2007). Porém, deliberadamente, a administração optou por não designar nenhuma agência até que se efetivasse a licitação (este ponto será melhor abordado em tópico específico).

Em seguida, era necessário atualizar o plano municipal a partir da prática na prestação dos serviços e de pesquisas específicas sobre os padrões de consumo e capacidade de pagamento dos usuários, assim como avaliar as condições da infraestrutura com o levantamento de informações sobre as perdas de água no sistema, para então definir os projetos e ações necessárias à universalização dos serviços com eficiência e modicidade, fixando-se as metas a serem alcançadas pelo prestador, com lastro nos estudos próprios de viabilidade técnica e econômico-financeira da operação.

Estudos de viabilidade técnica e financeiro baseados em metas irreais, em programas, projetos e ações que não correspondem às medidas necessárias para se alcançar a universalidade dos serviços, não passam de documentos formais sem nenhum valor para um planejamento eficaz.

O edital trouxe consigo irregularidades que impuseram à administração, por determinação do TCE/MG, a realização de novos estudos, mesmo após homologado o resultado final do *certame*, com impactos diretos na relação econômico financeira do contrato de concessão, bem como nas prioridades de ação, *v.g.*, nas ações voltadas para a universalização da micromedição dos serviços.

Diante dessas considerações, a desatualização do Plano de Saneamento Básico do Município e a inexistência de dados operacionais específicos relacionados ao consumo, resultantes da omissão da administração pública, associadas às inconsistências apontadas pelo TCE/MG, que impactam na viabilidade técnica e econômica da prestação dos serviços, contrariam as regras do setor estabelecidas pela Lei Federal nº 11.445/2007 e constituem vícios de origem no processo licitatório, refletindo negativamente nos objetivos específicos da Lei Federal nº 8.666/93, que busca na competitividade a maior vantajosidade para a administração pública.

B) DA ESTRUTURA TARIFÁRIA

Evidencia-se o fato de a administração municipal ter optado por uma estrutura tarifária com alto retorno econômico como estratégia para atrair interessados. Contudo, a ausência de concorrentes legou ao município a maior tarifa da região, afrontando a regra da modicidade tarifária.

A adoção da tabela da COPASA decorreu da ausência de dados locais e da falta de estudos específicos (e obrigatórios) sobre os padrões de consumo e da capacidade de pagamento da população, que deveriam ser empreendidos pelo Poder Público antes do lançamento do edital.

A falha da administração foi reconhecida pelo TCE/MG que determinou a realização de **estudos próprios para a adequação da tabela tarifária à capacidade de pagamento dos municípios, bem como para a ampliação da tarifa social.**

Conforme apurado pelo órgão técnico do Tribunal de Contas, o valor da outorga bem como sua finalidade não se adequavam ao interesse público, especialmente considerando a política nacional de saneamento básico, que dentre outros parâmetros normativos, impõe a modicidade tarifária como objetivo a ser alcançado pela

administração por meio do planejamento para a operação dos serviços. Nesses termos, pontua⁷:

A cobrança da outorga teria o condão de onerar demasiadamente os usuários do serviço visto que os mesmos se veriam obrigados a arcar com uma tarifa mais elevada em virtude da elevada outorga.

O Município estaria supostamente negligenciando a modicidade tarifária e conseqüentemente prejudicando o usuário em favor de uma maior arrecadação.

Análise: (...) Tomando-se como base o valor dos investimentos a serem realizados ao longo do prazo de concessão, o valor pretendido de 20 milhões de reais para outorga remonta aproximadamente 14% do total do investimento.

Tal percentual se mostra significativamente elevado, principalmente quando se considera que outras concessões de serviço público com mesmo objeto, previamente analisadas por esta unidade técnica, apresentaram taxas de outorga mais reduzidas ou mesmo não apresentaram qualquer taxa de outorga.

(...) é possível afirmar que a taxa de outorga, quando excessivamente elevada, tem como consequência a maior arrecadação por parte do ente público em detrimento da modicidade tarifária. É justamente este o ponto trazido pela denúncia.

Em outras, simples e objetivas palavras, **a população poderia pagar tarifas mais baixas pelo uso do serviço público de água e esgoto, caso o município optasse por uma taxa de outorga mais baixa ou mesmo nula.**

O município de Ouro Preto claramente optou por um modelo de maior arrecadação. Trata-se de uma forma de tributação indireta.

(...) destaca-se que o valor da outorga não foi considerado no cálculo da tarifa proposta pela prefeitura. Infere-se, conforme Anexo IV, tabela 17, que para apresentação das propostas comerciais, por parte das licitantes, a outorga haveria de ser contabilizada como "Outros Investimentos" na elaboração do Fluxo de Caixa do Projeto.

Assim, a menção desse custo da concessionária surge tão somente na elaboração das propostas econômico-financeiras dos entes privados **não**

⁷ Disponível em: <<https://tcnotas.tce.mg.gov.br/tcjuris/Nota/BuscarArquivo/1975146>>. Acessado em 30/09/2021

havendo informações fornecidas no Edital que viabilizassem verificar o impacto da outorga prevista na viabilidade da concessão.

Além disso, prescinde-se de criar regulamentação que destine a taxa de outorga para uso no sistema licitado.

(...) nota-se que sob a égide da atual jurisprudência desta Corte a denúncia pode ser considerada procedente.

O relator da denúncia, aderindo aos apontamentos e recomendações da unidade técnica, concedeu medida cautelar de suspensão do certame.

Em decorrência dessa decisão a Administração alterou e republicou o edital, gerando uma reanálise de seu conteúdo por aquele mesmo setor técnico do TCE/MG, que emitiu novo parecer nos seguintes termos:

2.2. Análise econômico-financeira

Diante da publicação de um novo Edital, optou-se por analisar novamente os aspectos econômico-financeiros que influenciam na viabilidade da concessão, bem como na definição das tarifas a serem pagas pelos usuários. Os principais tópicos relacionados a este tema estão enumerados abaixo.

2.2.1 Outorga

(...) Por ocasião da republicação do edital, percebeu-se que os licitantes optaram por suprimir a cobrança. De fato, não há previsão de outorga pelo poder concedente. Não obstante, a ausência da tarifa⁸ não foi revertida em favor da modicidade tarifária.

(...) Na conformação atual, a ausência de cobrança da outorga teve como consequência apenas o potencial aumento da remuneração do concessionário. Afinal, através de simulações na própria planilha de viabilidade financeira disponibilizada pelo poder concedente, é possível verificar que a Taxa Interna de Retorno (TIR) da concessão aumenta de 11,22% para 14,04% sem outorga.

(...) Assim, é fundamental que o estudo econômico-financeiro seja refeito de forma a manter a Taxa Interna de Retorno originalmente fixada em 11,22% e reduzir a tarifa cobrada aos usuários.

⁸ Entende-se que a unidade técnica se refere à ausência da outorga, porém o relatório foi transcrito exatamente como consta no documento.

Portanto, entende-se que a retirada da outorga da concessão deverá ser revertida em modicidade tarifária aos usuários, e não em aumento da remuneração do concessionário.

(...)

2.2.3 Tarifa Residencial Social

(...) Ao analisar as premissas da Tarifa Residencial Social propostas pelo Município de Ouro Preto, verifica-se que a Tarifa Social colocada pela Lei 1.126/2018 pode também apresentar aspectos restritivos para a concessão do benefício, dentre os quais se destacam a necessidade de ser consumidor de energia elétrica com consumo não superior a 100kwh/mês e possuir consumo que não exceda 20 (vinte) m³ de água.

Além disso, a minuta de contrato de concessão limita ainda mais o acesso ao benefício, uma vez que possui a seguinte cláusula (fl. 906):

18.1.1. A CONCESSIONÁRIA se obriga a praticar, para os Usuários da Categoria RESIDENCIAL SOCIAL, assim definida na Lei Municipal nº1126/18, a respectiva TARIFA SOCIAL, até o limite de 5% (cinco por cento) do total de economias enquadradas na categoria RESIDENCIAL.

Ou seja, o contrato possibilita que usuários que se enquadrem nas especificações presentes na Lei 1.126/2018 não recebam o benefício, sem esclarecer a motivação para o teto de usuários estabelecido.

Logo, verifica-se que a recomendação feita à ARSAE-MG deve também ser endereçada ao legislador de Ouro Preto. Portanto, **entende-se que deverão ser adotados critérios de enquadramento que guardem consonância direta com a renda per capita das famílias, que se promova o enquadramento automático das famílias sujeitas ao benefício dos descontos tarifários, e que se realize campanha de divulgação da tarifa social através de meios populares de comunicação.**

Além disso, entende-se que deverá ser retirada do contrato a limitação para concessão da Tarifa Residencial Social ao número de economias residenciais atendidas, respeitando o equilíbrio econômico-financeiro do prestador, através, por exemplo, de mecanismos de subsídio-cruzado, no qual usuário com maior capacidade de pagamento subsidiam aqueles com menor poder aquisitivo.

Por fim, conforme já tratado no tópico anterior, o TCE/MG, na ocasião do julgamento da denúncia, determinou que fossem **realizados estudos para adequar a tabela tarifária à capacidade de pagamento dos munícipes, revertendo parte da outorga em modicidade tarifária, além de propor alterações nos critérios da concessão da tarifa social, a fim de aumentar a sua abrangência.**

De fato, ao permanecer a estrutura atual, o Município de Ouro Preto terá a tarifa mais cara da região para a categoria de consumidores residenciais. Incluindo o Município de Ouro Branco, que é atendido pela COPASA.

O Professor Jorge Adílio Penna⁹ apresentou uma simulação dos valores das contas mensais de água e esgoto sanitário para as categorias de consumidores residenciais e residenciais sociais nos municípios de Mariana, Ouro Preto, Itabirito e Ouro Branco em uma publicação na Agência Primaz de Comunicação¹⁰ datada do dia 06 de junho de 2021, a qual reputa-se válida para fins de comparação:

Os cálculos serão simulados para as seguintes situações:

- 4 usuários por residência
- consumo médio diário de água igual a **133,33 litros** por pessoa
- consumo mensal de água igual **16 m3** ou **16000 litros**

Mariana

apenas uma tarifa fixa (TBO) com valores diferenciados por categorias de usuários no valor de R\$19,90 para residências.

(...)

Para Ouro Preto, Itabirito e Ouro Branco, os valores das contas são calculados somando-se a taxa de disponibilidade (antiga TBO – valor fixo) com os valores

⁹ **Jorge Adílio Penna** possui graduação em Engenharia Civil pela Universidade Federal de Ouro Preto (1977), mestrado em Engenharia Hidráulica e Saneamento pela Universidade de São Paulo (1984) e doutorado em Engenharia Hidráulica e Saneamento pela Universidade de São Paulo (1994). Aposentou-se como professor associado IV da Universidade Federal de Ouro Preto em 2013. Exerceu os cargos de Coordenador do curso de Engenharia Civil da UFOP de 1984 a 1986, Vice-Diretor da Escola de Minas UFOP de 1993 a 1997, Coordenador do Núcleo de Apoio Pedagógico da UFOP de 2005 a 2009 e a Pró-Reitoria de Graduação da UFOP de março de 2009 a fevereiro de 2013. Lecionou as disciplinas da área de saneamento básico para os cursos de: engenharia civil, engenharia ambiental, ciências biológicas e arquitetura e urbanismo, todos da UFOP. Tem experiência na área de Engenharia Sanitária, com ênfase em Tratamento de Águas Abastecimento e Residuárias, Sistemas de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário e Gestão de Resíduos Sólidos. Atua principalmente nos seguintes temas: operação de ETAs e ETEs, índice de salubridade ambiental e gerenciamento de resíduos sólidos urbanos.

¹⁰ Disponível em <https://www.agenciaprimaz.com.br/2021/06/06/tarifas-de-agua-e-esgoto-na-regiao-dos-inconfidentes-parte-iii/>. Acessado em 01/10/2021.

obtidos pelo produto da tarifa de água (em R\$ por m³) com o consumo mensal (em m³) medido pelo hidrômetro. Soma-se ainda o valor do produto da tarifa de esgoto (em R\$ por m³) pelo volume mensal de esgoto gerado (em m³), considerado igual ao da água consumida.

A tabela com os valores das tarifas pode ser acessada no site da concessionária Saneouro de Ouro Preto, na Agência Reguladora ARISB-MG, responsável pela regulação e fiscalização dos serviços de Itabirito e de Ouro Branco, no site da ARSAE – MG, que regula os serviços de água e esgoto dos municípios atendidos pela COPASA.

Apresento, então, os valores corrigidos para os três municípios, calculados para um consumo mensal residencial de 16m³ ou 16.000 litros.

Ouro Preto

Residencial social – **R\$42,23**
Residencial comum – **R\$121,26**

Itabirito

Residencial social – **R\$57,90**
Residencial comum – **R\$75,07**

Ouro Branco

Residencial social – **R\$52,74**
Residencial comum – **R\$107,71**

Observa-se que para uma residência que se enquadra na tarifa social, o valor da conta mais cara é a de Itabirito (SAAE) e a mais barata é a de Ouro Preto (Saneouro). Observa-se que o valor da conta de água e esgoto de Ouro Preto, para o consumo mensal de 16m³, representa 27% a menos do que o de Itabirito e 20% a menos do que o valor de Ouro Branco, cuja concessionária é a COPASA.

Isto se deve, principalmente, porque na tarifa social, o valor da taxa fixa (TBO) representa um percentual maior em Itabirito, quando comparado ao valor calculado da parcela efetiva de consumo. No caso de Ouro Preto este valor é de **R\$7,33**; em Ouro Branco é **R\$10,14** e em Itabirito o valor da taxa fixa é **R\$26,00**. Quando são comparadas as contas sem a taxa fixa, ou seja, apenas com a parcela efetiva de água consumida vê-se que a tarifa mais barata é a de Itabirito, **R\$31,90**; seguida de Ouro Preto, **R\$34,95** e a mais cara é a de Ouro Branco, no valor de **R\$42,60**. Ou seja, em termos de tarifas de consumo, para a categoria de consumidores residenciais sociais, os valores do SAAE de Itabirito são os mais baratos, seguidos da Saneouro de Ouro Preto e da COPASA de Ouro Branco.

Entretanto, para a categoria de consumidores residenciais comuns, ou seja, sem as tarifas sociais, mais reduzidas, a situação se inverte. O valor mais caro da conta passa a ser da Saneouro, concessionária de Ouro Preto, seguido da COPASA de Ouro Branco. O valor mais barato é o do SAAE de Itabirito. Observa-se que valor da conta de água e esgoto de Ouro Preto, para o mesmo consumo mensal de 16m³, é 38% mais caro do que o de Itabirito e 11% maior do que o valor da COPASA de Ouro Branco.

Quando das discussões da concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário de Ouro Preto no Conselho Municipal de Saneamento, os representantes da Prefeitura de Ouro Preto diziam que a tarifa proposta no edital era 20% mais barata do que a da COPASA. Analisando agora, vê-se que contaram uma meia-verdade. As tarifas residenciais sociais eram mesmo 20% menores do que as da COPASA, para essa faixa de consumo. Entretanto, para as tarifas residenciais comuns, os valores da conta da Saneouro são em média maiores do que os da COPASA variando de 13% para consumo mensal de 10m³, até 2% para consumo mensal de 30m³.

Percebe-se que a estrutura tarifária estabelecida pelo Município de Ouro Preto no momento da elaboração do edital resulta em valores superiores ao da própria COPASA, cuja tabela foi utilizada como referência. Essa característica decorre da variação das faixas de consumo.

De fato, na estrutura tarifária do Município de Ouro Preto, a primeira faixa de consumo corresponde ao intervalo de 0 a 10m³, enquanto todas as demais possuem uma faixa inicial de 0 a 5m³ com valores significativamente menores. Como a cobrança é gradual, os valores praticados pela Saneouro se tornam mais elevados.

Seguem as estruturas dos Municípios de Ouro Preto e Ouro Branco para ilustração:

OURO PRETO – SANEOURO (Estrutura constante do edital – fator K da proposta = 1)						
Categoria	Faixa	Água	EDC	EDT	UNIDADE	
Residencial Tarifa Social	Fixa	5,323	2,010	5,050	R\$/mês	
	> 0 a 10 m ³	1,055	0,397	1,002	R\$/m ³	
	> 10 a 15 m ³	2,170	0,819	2,059	R\$/m ³	
	> 15 a 20 m ³	3,948	1,481	3,750	R\$/m ³	
	> 20 a 40 m ³	4,440	4,440	4,440	R\$/m ³	
	> 40 m ³	14,267	5,335	13,560	R\$/m ³	
Residencial	Fixa	15,97	6,03	15,15	R\$/mês	
	> 0 a 10 m ³	3,165	1,192	3,007	R\$/m ³	
	> 10 a 15 m ³	6,509	2,457	6,178	R\$/m ³	
	> 15 a 20 m ³	7,895	2,962	7,500	R\$/m ³	

	> 20 a 40 m ³	8,879	3,297	8,448	R\$/m ³
	> 40 m ³	14,267	5,335	13,560	R\$/m ³
OURO BRANCO - COPASA (vigência a partir de 01/08/2020)					
Categoria	Faixa	Água	EDC	EDT	UNIDADE
Residencial Tarifa Social	Fixa	8,11	2,03	8,11	R\$/mês
	0 a 5 m ³	0,75	0,19	0,75	R\$/m ³
	> 5 a 10 m ³	1,719	0,430	1,719	R\$/m ³
	> 10 a 15 m ³	3,471	0,868	3,471	R\$/m ³
	> 15 a 20 m ³	4,368	1,092	4,368	R\$/m ³
	> 20 a 40 m ³	5,218	1,305	5,218	R\$/m ³
	> 40 m ³	8,051	2,013	8,051	R\$/m ³
Residencial	Fixa	18,02	4,50	18,02	R\$/mês
	0 a 5 m ³	1,50	0,38	1,50	R\$/m ³
	> 5 a 10 m ³	3,438	0,860	3,438	R\$/m ³
	> 10 a 15 m ³	6,941	1,736	6,941	R\$/m ³
	> 15 a 20 m ³	8,735	2,184	8,735	R\$/m ³
	> 20 a 40 m ³	10,435	2,609	10,435	R\$/m ³
	> 40 m ³	16,101	4,026	16,101	R\$/m ³

Explicando o cálculo realizado pelo Professor Jorge Adílio linhas acima, aplicando a tabela residencial comum para um consumo de 16m³ temos:

a) Ouro Preto – **Água** [15,97 + 10 x 3,165 + 5 x 6,509 + 1 x 7,895 = **R\$88,055**] + **EDC** [6,03 + 10 x 1,192 + 5 x 2,457 + 1 x 2,962 = **R\$33,197**] = **TOTAL R\$121,252**;

b) Ouro Branco – **Água** [18,02 + 5 x 1,50 + 5 x 3,438 + 5 x 6,941 + 1 x 8,735 = **R\$86,15**] + **EDC** [4,50 + 5 x 0,38 + 5 x 0,860 + 5 x 1,736 + 1 x 2,184 = **R\$21,564**] = **TOTAL R\$107,714**.

É preciso considerar, ainda, que a cláusula 18.1.1. do contrato restringe a **TARIFA SOCIAL até o limite de 5% (cinco por cento) do total de economias enquadradas na categoria RESIDENCIAL**. O que resulta no fato de que **95% das economias residenciais deverão suportar uma tarifa superior à da COPASA**.

Pela variação das estruturas tarifárias comparadas, é possível concluir que a sua definição não pode partir de um critério arbitrário de escolha, como o que foi utilizado pela administração municipal de Ouro Preto na ocasião da elaboração do edital. Cada município possui características próprias e necessidades distintas de investimento, bem

como padrões de consumo que decorrem da práxis local. Dessa forma, para se alcançar os propósitos da legislação, que condicionam a adequação dos serviços à modicidade tarifária, é preciso um estudo específico que considere o padrão de consumo dos usuários no Município e o montante de investimento necessário para se alcançar a universalidade na prestação com obediência aos parâmetros de qualidade e eficiência.

A ausência desses estudos trouxeram para o Município de Ouro Preto uma tarifa elevada, significativamente maior do que aquelas praticadas em seu entorno.

C) DA AUSÊNCIA DA AGÊNCIA REGULADORA E DA PRECEDÊNCIA LÓGICA DAS NORMAS DE REGULAÇÃO

Conforme os documentos de fls. 1144/1147 a última publicação do edital de licitação ocorreu no dia 1º de março de 2019 e o resultado do julgamento da proposta foi homologado no dia 04 de julho de 2019 com a adjudicação do objeto para o Consórcio GS INIMA-MIP-EPC (fl. 3443), que constituíram a empresa Saneouro. A criação da Arseop se deu no dia 18 de julho de 2019, com a publicação da Lei Municipal nº1.144/2019, sendo-lhe delegada a função reguladora de todos os serviços públicos concedidos pelo Município de Ouro Preto, incluindo os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. A própria concepção da agência enfrenta questionamentos de ordem teleológica, posto que a principal característica da regulação é a especialização. Uma agência reguladora criada com finalidade multissetorial desafia esse objetivo, permitindo a captura da administração pública pelo setor privado, uma vez que a iniciativa privada se torna a maior especialista em sua atividade. Conquanto isso, importa destacar, de acordo com a cronologia apresentada acima, que a designação da agência reguladora se deu posteriormente à adjudicação do serviço, de maneira que toda a fase de planejamento e elaboração dos instrumentos da concessão pública, incluindo a definição do conteúdo do contrato, foi levada a cabo antes da designação de agência independente e autônoma em relação ao titular dos serviços públicos e da instituição de normas reguladoras consoantes com as disposições da legislação federal.

Essa questão, aliás, foi suscitada pela empresa Saneamento Ambiental Águas do Brasil S/A perante a Comissão Especial de Licitações e o TCE/MG, ocasião em que o Município, por meio de seus órgãos técnicos, sustentou que a legislação não exigia a designação da agência reguladora em qualquer fase anterior à assinatura do contrato, argumentando que, se essa fosse a intenção do legislador, ele teria feito constar de forma expressa no texto da lei a obrigatoriedade da designação da agência antes do processo licitatório (fls. 954/956)¹¹.

11 Tese reforçada no depoimento do Sr. Rogério Moraes, presidente da comissão especial de licitações à época.

A interpretação, baseada em uma suposta intencionalidade do legislador é ingênua e não se sustenta. Desconsidera-se, por essa base argumentativa, o fato de que a norma não se confunde com o texto da lei e que a extração de seu enunciado é feita de forma autônoma às idiossincrasias daquele agente político. Ao contrário disso, a norma deve ser interpretada a partir de sua integração lógica com os demais princípios e regras que compõem o ordenamento jurídico. Dito de maneira diferente, a interpretação deve buscar a *mens legis* (o espírito e a finalidade da lei) ao invés da *mens legislatoris* (a intenção do legislador).

É oportuno compreender a finalidade da atividade regulatória para em seguida apreender o sentido normativo da lei de modo que melhor se adéque aos objetivos do Estado (compreendido aqui como o Poder Público em geral).

Gustavo Binenbojm¹² ao abordar o assunto em uma obra inteiramente dedicada à regulação das atividades econômicas e dos serviços públicos, ensina que:

A atividade de regulação tem à sua disposição uma grande variedade de métodos, técnicas e instrumentos **destinados a modelar e a preservar, em termos estruturais e finalísticos, o funcionamento de distintos setores econômicos, com vistas à consecução de objetivos político-jurídicos predeterminados.** (Binenbojm¹³, 2016, p. 155)

(...)

O giro democrático-constitucional, a seu turno, recepciona e se apropria de alguns elementos desse pragmatismo econômico que avança sobre o poder de polícia. Primeiro, porque **o combate ao desperdício e à ineficiência são objetivos de qualquer ordem jurídica democrática.** Como afirma Ivo Gico Jr., “**não sabemos o que é justo, mas sabemos que a ineficiência é sempre injusta**”.

12 Gustavo Binenbojm é Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro/UERJ (1994), Mestre em Direito Público pela UERJ (2000), Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School (2003) e Doutor em Direito Público pela UERJ (2006). Atualmente é Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor de Cursos de Pós-Graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas e Professor Emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Além disso, é Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado. Disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/6510040072236062>>. Acessado em 23/08/2021.

13 **Binenbojm, Gustavo.** Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador / Gustavo Binenbojm; prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 380 p.

Com efeito, se os recursos são escassos e as necessidades potencialmente ilimitadas, todo desperdício importa necessidades humanas não atendidas injustamente. (Binenbojm, 2016, p. 159)

Discorrendo, mais especificamente sobre os instrumentos de regulação, o mesmo autor destaca:

Em linhas gerais, há **regulação por normas de comando e controle quando a estrutura normativa incidente sobre o comportamento regulado faz uso do binômio *prescrição-sanção***. A conformação da conduta privada é garantida pela previsão da sanção estatal em caso de infração (...)

Como a **atividade regulatória envolve, essencialmente, a definição de parâmetros normativos de orientação comportamental, as normas de comando e controle são dotadas de grande funcionalidade porque fortalecem a segurança jurídica e a igualdade de tratamento no âmbito da regulação. Tais normas assumem a estrutura de *regras*, uma vez que estabelecem a conduta exigível dos particulares, sob pena de incidência da punição cominada**. Embora o comando normativo possa operar efeitos imediatos, há casos em que a norma faz depender a sua incidência de uma *ordem* da Administração Pública, de caráter geral (normativo) ou concreto (individual ou plúrimo).

Em regra, as normas de comando e controle têm fundamento na lei, uma vez que importam restrição à liberdade dos particulares.(...) **há amplo campo para a sua instituição por regulamentos administrativos, tanto com fundamento direto na Constituição (regulamentos autônomos), quanto com fundamento em lei habilitadora da competência da Administração Pública (regulamentos infralegais)**. Os regulamentos autônomos só terão validade quando editados para a regulação de assuntos não sujeitos à reserva constitucional de lei. Mas, mesmo nos casos sujeitos a tal reserva, ante a inviabilidade prática do exaurimento da regulação pelo legislador, a doutrina sugere critérios de *suficiência* que indiquem o quanto da ordenação deva estar prevista na lei de modo a atender à reserva estabelecida na Constituição.

Assim, além de normas meramente habilitadoras da competência, impõe-se que a lei estabeleça *standards* de atuação, objetivos a serem perseguidos, que se prestem a algum nível de controle *a posteriori*, como exigência do Estado democrático de direito. (Binenbojm, 2016, p. 164/165)

O poder público, portanto, se utiliza da regulação para alcançar determinados objetivos socialmente relevantes, construídos politicamente, buscando, por exemplo, a maximização dos recursos, a proteção ambiental, a realização de uma justiça redistributiva ou o atingimento de determinadas metas estatais por meio da capitalização própria da iniciativa privada e da atividade econômica. **A norma reguladora visa corrigir falhas do mercado e minimizar os efeitos das condutas éticas próprias do setor privado para a indução de um comportamento consentâneo ao interesse público para o atendimento dos objetivos sociais.** Nesse sentido, a regulamentação pode ser compreendida como a procedimentalização da atividade econômica ou da prestação do serviço público.

Uma vez compreendidas as nuances da atividade reguladora e definidas as finalidades da regulação, é preciso analisar o arcabouço constitucional e legal referente a essa atividade, especialmente no que tange o saneamento básico, para então perquirir sobre os objetivos político-jurídicos perseguidos pela ordem pública.

A Constituição de 1988 prevê a atividade de regulação, estabelecendo que ela será exercida na forma da lei, **incluindo funções de fiscalização, incentivo e planejamento, “sendo este determinante para o setor público”** nos termos do art. 174.

Por sua vez, coube à Lei Federal nº 11.445/2007 definir as diretrizes nacionais para o saneamento básico e delinear a atividade de regulação dos serviços públicos desta natureza.

Para a análise necessária, segue a transcrição dos principais trechos da lei federal¹⁴:

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

— universalização do acesso;

14 A redação original encontra-se tachada, seguida das alterações do novo marco regulatório que sobreveio à concessão dos serviços de água e esgoto no município de Ouro Preto, para fins comparativos. Antecipa-se que as alterações legais, posteriores ao processo de concessão, não influenciam na questão da anterioridade abordada neste tópico.

I - universalização do acesso e efetiva prestação do serviço;
(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

(...)

VII - eficiência e sustentabilidade econômica;

(...)

X - controle social;

~~XI - segurança, qualidade e regularidade;~~

XI - segurança, qualidade, regularidade e continuidade; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

(...)

~~XIII - adoção de medidas de fomento à moderação do consumo de água. (Incluído pela Lei nº 12.862, de 2013)~~

XIII - redução e controle das perdas de água, inclusive na distribuição de água tratada, estímulo à racionalização de seu consumo pelos usuários e fomento à eficiência energética, ao reúso de efluentes sanitários e ao aproveitamento de águas de chuva; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

(...)

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;

(...)

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

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

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

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.

§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.

(...)

~~§ 5º Na hipótese de não existência de plano de saneamento básico aprovado nos termos estabelecidos no § 1º do art. 19, as condições de validade previstas nos incisos I e II do caput poderão ser supridas pela aprovação pelo titular de estudo que fundamente a contratação, com o diagnóstico e a comprovação da viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, observado o disposto no § 2º. (Incluído pela Medida Provisória nº 844, de 2018) (Vigência encerrada)~~

§ 5º Fica vedada a distribuição de lucros e dividendos, do contrato em execução, pelo prestador de serviços que estiver descumprindo as metas e cronogramas estabelecidos no contrato específico da prestação de serviço público de saneamento básico. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

(...)

~~Art. 21. O exercício da função de regulação atenderá aos seguintes princípios:~~

~~I — independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora;~~

~~II — transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.~~

Art. 21. 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. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

I - (revogado); (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

II - (revogado). (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

Art. 22. São objetivos da regulação:

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

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; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

~~II - garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas;~~
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; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

~~III - prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do sistema nacional de defesa da concorrência;~~

III - prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; e (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

~~IV - definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade.~~

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. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

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

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: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

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 contingências e de emergências, inclusive racionamento;~~
- XI - medidas de segurança, de contingência e de emergência, inclusive quanto a racionamento; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)
- XII - (VETADO).
- ~~XIII - diretrizes para a redução progressiva da perda de água. (Incluído pela Medida Provisória nº 844, de 2018) (Vigência encerrada)~~
- XIII - procedimentos de fiscalização e de aplicação de sanções previstas nos instrumentos contratuais e na legislação do titular; e (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)
- XIV - diretrizes para a redução progressiva e controle das perdas de água. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

A partir dos dispositivos acima colacionados, é possível inferir que, no caso da prestação dos serviços públicos de saneamento básico, e especialmente os de abastecimento de água e esgotamento sanitário, **a atividade de regulação foi estabelecida como imperativo legal para modelar a operação de tal maneira que se atinja a**

universalidade na prestação, com qualidade e modicidade tarifária. A lei confere às normas reguladoras um conteúdo específico para a fixação das regras de ordem econômica e financeira, a normatização da política remuneratória e o estabelecimento dos parâmetros moralmente aceitáveis de qualidade e eficiência.

As disposições legais evidenciam a necessária anterioridade das normas reguladoras ao processo de concessão dos serviços públicos de saneamento e, por consequência, a exigência da prévia designação da agência reguladora antes mesmo da fase de planejamento da outorga. **Há uma evidente correlação entre os princípios fundamentais previstos no art. 2º da Lei Federal nº 11.445/2007, que orientam a prestação dos serviços, e o conteúdo das normas de regulação exigidas pelo art. 11, §2º da mesma lei.** É por meio da regulação que se pretende impor instrumentos efetivos e indutores da conduta do prestador dos serviços, de acordo com o especial interesse público. **Portanto, obviamente, as normas reguladoras devem ser anteriores e influenciar na definição do conteúdo do contrato de concessão, pois é esse contrato que estabelece a forma de atuação do prestador de serviços.**

Pontualmente, pode se argumentar que a inexistência da norma reguladora não impede o cumprimento das diretrizes da lei federal. O inciso II do §2º (transcrito acima), v.g., estabelece que a norma reguladora **deve impor no contrato** disposições específicas referentes às metas de expansão do serviço e de redução das perdas de abastecimento, além da fixação de parâmetros de qualidade, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, em conformidade com o plano de saneamento básico. Nesse caso, a presença dessas disposições no contrato atenderia por si mesma as determinações da lei federal, ainda que não exista a norma reguladora, desde que aquelas disposições contratuais estejam de acordo com o respectivo plano municipal.

Não obstante, esse argumento é contingente e não se sustenta perante os demais dispositivos da lei, conforme se verá a seguir.

De acordo com o inciso I do mesmo §2º, **a autorização para a contratação deve constar da norma reguladora.** Vale dizer, o aval deve ser dado pela agência ou autoridade responsável pela regulação que, nesse caso, se interpõe ao titular do serviço, impedindo uma relação direta entre concedente (contratante) e concessionário (contratado). **Essa condição legal representa a garantia de que nenhum contrato será celebrado sem a prévia existência da agência ou autoridade de regulação e das normas reguladoras. E sem a análise e aprovação de seu conteúdo a partir das disposições dessas normas.**

De igual maneira: as prioridades de ação são definidas pelas normas reguladoras (art.

11, §2º, III); as condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços, incluindo a estrutura e política tarifária, são estabelecidas pelas normas reguladoras (art. 11, §2º, IV); assim como os mecanismos de controle social nas atividades de planejamento, de regulação e de fiscalização dos serviços (art. 11, §2º, V) são estabelecidos pelas normas reguladoras.

Além disso, as disposições do art. 22 da Lei Federal nº 11.445/2007, que trata dos objetivos da regulação, são categóricas e imperativas, trazendo como núcleos de comandos os verbos **estabelecer** (padrões e normas); **garantir** (o cumprimento das condições e metas); **prevenir e reprimir** (abusos do poder econômico); e **definir** (tarifas).

Ora, se o objetivo da regulação é, v.g., estabelecer os padrões e normas para a adequada prestação dos serviços públicos e para a satisfação dos usuários, bem como definir as tarifas de modo a conjugar sustentabilidade e modicidade, não pode o titular desses serviços celebrar contrato com a concessionária, estipulando esses padrões de forma autônoma, e fixando a estrutura tarifária de maneira direta. É necessário, antes, a presença de uma entidade reguladora independente e a efetiva regulação dos serviços de maneira exógena à administração do titular.

A atividade de regulação pressupõe o planejamento para a definição das metas e prioridades a serem perseguidas pela administração; assim como para a determinação minuciosa (por meio de normas prescritivas e indutoras) do comportamento dos agentes públicos e privados envolvidos na operação e exploração dos bens e serviços. Se o contrato não segue esse planejamento, se não é construído de acordo com as normas estabelecidas pela agência ou autoridade reguladora, especialmente designada, não há regulação.

Portanto, quando a Lei Federal nº 11.445/2007 exige, como condição de validade do contrato, a designação de uma agência independente, assim como a existência de normas reguladoras (com conteúdo predefinido), essa condição não pode representar um mero requisito formal. Como requisito formal, não haveria de fato regulação. As atribuições do regulador seriam limitadas à função de fiscalização, o que obviamente não foi o objetivo da lei. Ao contrário, a legislação é categórica quanto à necessidade de uma efetiva regulação do comportamento de todos os envolvidos com a prestação do serviço público de saneamento básico por meio de normas de comando e de controle. A regulação só pode ser compreendida como uma intervenção direta na operação do serviço, o que exige a incidência das normas reguladoras sobre o conteúdo do contrato, que é o instrumento de vinculação da concessionária às obrigações impostas pelo titular (concedente). **E o contrato é um dos elementos integrantes do edital de licitação, e**

suas disposições devem refletir o projeto básico, de onde se deduz que as normas reguladoras têm que ser prefixadas, i.e., devem ser logicamente anteriores à própria fase interna da licitação. Além disso as normas editalícias, igualmente, vinculam a execução do contrato.

Com efeito, a lei federal, além de estabelecer normas específicas referentes à distribuição de atribuições e competências a todos os envolvidos com a prestação dos serviços públicos de saneamento básico, fixa os *standards* de atuação por meio da definição do conteúdo necessário e insubstituível das normas reguladoras, de acordo com os objetivos a serem perseguidos pelo titular dos serviços (que é o principal responsável pelo planejamento), para um efetivo controle *a posteriori*.

Por tudo o que foi dito, a anterioridade da agência à fase de planejamento da concessão é um pressuposto lógico.

Há que se considerar, ainda, que a ARSEOP, criada às vésperas da assinatura do contrato, foi composta por servidores do antigo SEMAE, com forte vinculação política com a administração municipal responsável pela concessão dos serviços. Este fato por si só põe em questão a independência da agência reguladora. Em seu depoimento (fls. 5011/5017), o Sr. Júlio César Correa admite uma relação pessoal e política antiga com o Prefeito à época e que não houve qualquer interstício de tempo entre sua exoneração do SEMAE (antiga autarquia que prestava os serviços) e sua nomeação na ARSEOP. **É presumível e natural, nessa situação, que a sua atuação estaria direcionada para uma validação de todo o processo licitatório e que a agência se restringiria à fiscalização dos parâmetros definidos durante o planejamento da outorga. Parâmetros definidos diretamente pelo titular desses serviços públicos, em desacordo com a lei.**

Confirmando essa presunção, segue a manifestação do servidor Rafael Britto de Figueiredo, representante titular do SEMAE e presidente do Conselho Municipal de Saneamento de Ouro Preto/COMUSA, constante da ata da 5ª reunião ordinária do COMUSA, realizada no dia 10 de julho de 2019:

O conselheiro Rafael lembrou que a administração municipal, em primeiro momento, **cogitou a possibilidade de se aderir a uma agência já existente para regulação dos serviços de saneamento e que, entretanto, constatou-se que as agências possuem regulamento próprio, fato que inviabilizaria a adesão ao regulamento constante no edital de concessão, documento este aprovado por unanimidade pelo COMUSA/OP.**

Perguntado na oitiva da CPI sobre essa questão, respondeu:

que a concepção do edital não tem vínculo com a agência reguladora, que não é esta que faz o edital; **que a ARSAE não poderia regular o município de Ouro Preto com o regulamento de serviço aprovado por este legislativo; que todo este regulamento iria por água abaixo, pois teria que ser ajustado ao regulamento da ARSAE;** que o regulamento de serviço foi elaborado baseado na realidade do município, subsidiado por especialistas que compunham todo foro de discussão acerca do tema; **que pode-se dizer que de certa forma o regulamento de serviço enviado ao legislativo já correspondia à atuação de regulamento, atribuída à agência reguladora;** (...) que o regulamento de serviços local é diferente do regulamento da ARSAE; **que a ARSAE não poderia regular os serviços baseados no regulamento local, diferentemente da agência local, que foi criada tendo por base o regulamento de serviços local, embora ela não tivesse experiência;** (...) que afirmou que **a regulamentação foi elaborada para substituir a lei federal;**

A fala do representante do SEMAE evidencia duas coisas: primeiro, que foi deliberadamente afastada a designação de uma agência independente com normas reguladoras próprias, para manter as disposições estabelecidas de forma direta pelo poder concedente; segundo, a forte vinculação da concessionária às normas estabelecidas no edital e no contrato.

No mesmo sentido, a fala do Sr. Rogério Morais (fls. 5177/5181):

que a agência deve ser necessária apenas no momento de celebração do contrato; que existem divergências de entendimento entre tribunais de contas sobre a necessidade da agência reguladora no processo licitatório; que a Arseop foi criada em julho de 2019 e não participou da elaboração do edital, o qual já estava finalizado; que o Tribunal de contas e a lei 11.445 em seu artigo 11, inciso V não exigem a existência de agência no processo licitatório; que a Arsaee manifestou-se no sentido de não regular a licitação no município, o que fez com que o município partisse para a criação da agência; **que o presidente da Arsaee entrou em contato com ele e disse que para regular os serviços precisaria de alterar todo arcabouço jurídico do saneamento.**

Há que se considerar que, além de anterior à outorga, a designação da agência deve levar em conta a sua independência política, funcional e administrativa, pela própria e expressa disposição legal (art. 21 da Lei Federal nº11.445/2007).

Não obstante, houve um propósito claro da administração em afastar qualquer regulação externa.

Em outro giro, apesar de considerar essa questão ainda muito incipiente, o Sr. Ananias Ribeiro Castro, Diretor-Geral da Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento Básico de Minas Gerais/ARISB, designada pela atual administração para a regulação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Município de Ouro Preto, oferece em seu depoimento argumentos que corroboram a necessidade de uma agência reguladora prévia e independente. Veja (fls. 5002/5005):

inquirido pelo Vereador Renato Zoroastro, respondeu: (...) que ele enxerga na legislação uma preocupação em regular a concessão para a iniciativa privada; que a agência tem que definir normativas para a qualidade, metas e tarifas; **que nas concessões privadas as tarifas têm uma vinculação maior com os contratos; via de regra as normas são aquelas previstas no contrato; dessa forma, havendo contrato, o papel da agência é reduzido; que o contrato, quando é prejudicial, lesivo, o vício está na origem; que o município é que define o contrato; que a agência não é parte no contrato; (...) que, embora a agência não seja responsável pela elaboração dos instrumentos de concessão, ela é importante para a qualidade dos mesmos; que a agência deve apontar as carências dos estudos prévios para que o projeto básico e o edital contemplem as necessidades da população; que a ausência das fossas nas ações de saneamento já foram apontadas pela Arisb e a concessionária deverá levantar os custos para a regularização dessas atividades que não constavam no contrato; que a Arisb fez uma análise prévia do edital e do contrato para saber se haveria algo que prejudicaria a atividade regulatória e que a Arisb verificou itens que não deveriam ter constado, que ela teria impedido esses dispositivos se exercesse a atividade regulatória antes da formação desses documentos; (...) que a Arisb está orientando uma revisão contratual-consensual, toda agência reguladora tem esse papel; (...) que os cinco por cento**

da tarifa social foi um dos pontos apontados pela agência que teria sido alterado se a agência já estivesse estabelecida à época. (...) Inquirido pelo Vereador Mateus Pacheco, respondeu: (...) que a tarifa é objeto do edital, definida pelo município; (...) Inquirido pelo Vereador Naércio Ferreira França respondeu que não sabe a dinâmica estabelecida pela Lei Orgânica do município, e que todo processo de concessão é de responsabilidade do município, que deve ser discutido amplamente em audiência pública; que Minas Gerais, por ser um Estado mais conservador e ter (sic) poucas concessões ainda; (...) **que há metas a serem atendidas pela concessionária, previstas no contrato; que a ARISB tem sua parcela de contribuição no acompanhamento das metas, as quais dependem do gestor do contrato, que é o município;** (...) Inquirido pelo Vereador Júlio Gori, respondeu: (...) **que a dificuldade de acompanhar as ações da Saneouro se deve ao fato da Saneouro estar há um ano e meio e a agência estar há alguns meses;** (...) Inquirido pelo Vereador Luciano Barbosa, respondeu: **que a decisão pela forma de descentralização de serviço envolve uma série de nuances;** que fica difícil fazer julgamento sobre a adequação da decisão; (...) Inquirido pelo Vereador Matheus Pacheco, respondeu que **a modelagem do contrato pode se dar a partir de uma série de parâmetros;** que a título de suposição, acredita que a COPASA pode ter sido usada como parâmetro, em função de estar presente em mais de seiscentos municípios. Inquirido pelo Vereador Vantuir Antônio da Silva, respondeu (...) **que não concorda com o limite de cinco por cento de tarifa social prevista no contrato da Saneouro; que, no âmbito da agência, em relação à tarifa social, tem proposta a ser apresentada à Saneouro; que as empresas analisam todos os dispositivos do certame para chegar à tarifa;** por exemplo, houve mudança na matriz tarifária da COPASA, por parte da agência reguladora competente, que aparenta ser vantajosa, mas não necessariamente é; que o que serviu de comparação para constar no edital hoje já foi alterado, **que a linha de negociação é a melhor via.** Inquirido ao Vereador Renato Zoroastro, respondeu (...) **que existem várias sugestões que foram feitas à Saneouro e precisam ser objeto de negociação; que já foram analisadas, mas não foram discutidas;** (...) que as informações que tem é de que o cadastro anterior realizado pela ARSEOP não refletia a realidade; que está sendo realizado

um recadastramento e que vão buscar esta referência, o número que reflita melhor a realidade de Ouro Preto; (...) que tudo que entra em termos de custo em um edital, na frente determinará a matriz tarifária; que, se o edital foi cancelado e foi publicado um novo; que é sobre este edital que deve incidir a estrutura tarifária; que, com certeza, se houve a retirada da outorga, o preço deveria cair.

Portanto, é o contrato que traz as metas para o prestador dos serviços de abastecimento e esgotamento sanitário, que fixa a tarifa e que define as regras de operação desses mesmos serviços públicos. E o contrato celebrado entre o Município de Ouro Preto e a Concessionária apresenta itens inadequados, que não deveriam ter constado em suas disposições, mas que agora integram direitos do contratado.

Se a agência tivesse participado da fase prévia à elaboração dos instrumentos de concessão, o contrato seria elaborado conforme as normas reguladoras existentes, atendendo melhor o propósito da legislação federal, cuja preocupação maior sempre foi regular a concessão para a iniciativa privada.

É possível concluir, ainda, que, para uma efetiva atividade reguladora, o próprio modelo jurídico institucional que corresponde à forma de atuação do poder público deveria ter sido decidido após prévia consulta à agência ou autoridade de regulação. Isto porque a escolha por uma atuação centralizada ou descentralizada, segundo os critérios de oportunidade e conveniência, tem implicações diretas nos instrumentos jurídicos que estabelecerão as regras de operação dos serviços públicos e nos mecanismos de fiscalização.

Na administração direta, por exemplo, em que a prestação do serviço é realizada pelo próprio titular, por meio de sua estrutura orgânica e por servidores públicos de seu quadro funcional, toda a operação será regida por leis, regulamentos e atos normativos-administrativos. Nessa hipótese, a exequibilidade das normas reguladoras se dá de maneira imediata. Da mesma forma, a exequibilidade será imediata na hipótese de uma descentralização do serviço público para uma autarquia, que integra a administração indireta do titular. Nas duas situações, aliás, o lucro não é um elemento de conformação da tarifa o que torna eventual necessidade de revisão da estrutura remuneratória dos serviços menos complexa. Explicando melhor, diante de uma alteração das normas reguladoras cuja implementação represente um aumento no custo da operação, a revisão tarifária não enfrentará disputas em torno do lucro.

Por sua vez, na descentralização do serviço público por meio da outorga de concessão, que corresponde a um fato administrativo de natureza negocial, formalizado por um contrato entre o titular do serviço (concedente) e o particular (concessionário) após o prévio processo licitatório, **as regras de operação são estabelecidas pelos próprios instrumentos públicos da concessão.** Ou seja, são as regras do edital e do contrato administrativo que regerão os direitos e obrigações comutativos da relação jurídica, que envolvem os interesses públicos (do Concedente) e privados (do Concessionário). **Nessa hipótese, as normas reguladoras não podem ser implementadas posteriormente à celebração do negócio jurídico sem a necessária repactuação ou revisão contratual.** Especialmente quando impacta o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Vale dizer, os direitos do concessionário não podem ser suprimidos por norma posterior uma vez que o contrato representa um ato jurídico perfeito protegido. A repactuação nesse caso é mais complexa, tendo em vista que não há uma convergência de interesses. O interesse público não é sequer compatível com o interesse privado. É exatamente essa divergência que justifica a regulação e impõe a sua precedência à relação jurídica estabelecida entre titular e concessionário.

A atuação da agência reguladora será reduzida caso não tenha participado da fase de planejamento, caso não tenha estabelecido as normas reguladoras da operação do serviço público antes da fase interna da licitação. **A ausência de normas reguladoras na ocasião da elaboração do edital e do contrato de concessão limita o papel a ser desempenhado pela agência à mera função fiscalizadora das regras (que nesse caso, repita-se, foram estabelecidas de forma direta entre o titular dos serviços públicos, o Município, e a Concessionária).**

Considerando as implicações que as formas de atuação estatal trazem para a regulação dos serviços, e considerando que essa atividade é um imperativo de ordem pública, de fato, a escolha do modelamento jurídico-institucional, dentre as alternativas possíveis, deve ser feita com a participação da agência ou autoridade de regulação.

A própria lei federal induz essa conclusão, conforme já demonstrado, na medida em que o conteúdo de suas disposições revelam a precedência lógica das normas reguladoras em relação ao planejamento e à elaboração do contrato.

Mais especificamente, o art. 8º, §5º, da Lei Federal nº 11.445/2007 **exige a designação da agência ou autoridade reguladora mesmo na hipótese de a prestação do serviço público ser feita pela administração direta ou indireta do titular.** Somando isso ao fato de que o art. 11, §2º, I, da mesma lei federal **inclui como conteúdo necessário das normas reguladoras a autorização para contratar qualquer serviço público de saneamento básico,** não cabe outra interpretação senão a de que a designação da agência ou autoridade reguladora representa o primeiro passo para a regularidade de qualquer forma de operação daqueles serviços públicos, e que as normas de regulação devem ser prévias ao planejamento de eventual outorga.

Essa interpretação que se faz da legislação federal encontra eco nas razões apresentadas pela Juíza Célia Regina Vidotti da Vara Especializada de Ação Civil Pública e Ação Popular da Comarca de Cuiabá, que declarou a nulidade do contrato de concessão da Capital do Mato Grosso em situação similar à do Município de Ouro Preto. A seguir constam trechos do relatório e dos fundamentos de sua decisão.

RELATÓRIO

Assevera que o Município violou regra imprescindível para a concessão de serviço de saneamento básico, que consiste na prévia criação de entidade/agência reguladora ou, a delegação de atribuições a um órgão específico, que tivesse independência decisória, autonomia financeira e orçamentária, além de transparência administrativa, conforme determina a Lei Federal nº 11.445/2007.

(...)

Também, asseverou que é a agência reguladora que deve estabelecer as diretrizes tanto para a prestação do serviço quanto para a formação do preço da tarifa e sua cobrança, no entanto, tudo foi feito pelo requerido, sem que a agência sequer tivesse sido criada.

(...)

O representante do Ministério Público apresentou os memoriais finais, às fls. 1.492/1.503, alegando, em síntese, que o contrato de concessão é inválido porque foi deflagrado sem a efetiva participação de agência reguladora, a quem competiria autorizar a licitação e outorgar ao particular a prestação dos serviços de

saneamento básico. Embora a AMAES-Cuiabá tenha sido criada por meio da Lei Complementar n.º 252/2011, quando o Edital de Concorrência n.º 014/2011 foi publicado, a referida agência ainda não tinha iniciado as suas atividades.

(...)

FUNDAMENTOS E SENTENÇA

Analisando os documentos e demais provas constantes nos autos, verifico que diversas irregularidades foram constatadas na realização do procedimento licitatório de Concorrência Pública n.º 014/2011, conforme a seguir exposto.

De início, tem-se que a legislação federal pertinente ao objeto desta ação é a Lei n.º 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico. Assim, ainda que consideradas as peculiaridades de cada unidade da federação e respectivos municípios, nenhum ato ou ação relativos a questão do saneamento básico pode se afastar ou contrapor o que prevê a referida lei.

(...)

A atividade de regulação pode ser compreendida como sendo a função administrativa desempenhada pelo Poder Público para normatizar, controlar e fiscalizar as atividades econômicas ou a prestação de serviços públicos por particulares.

A regulação parte da ideia de que o Estado, ao invés de prestar materialmente os serviços tidos como essenciais à população, passou a controlar sua prestação, por meio da expedição de regras para os prestadores de serviços públicos. O Estado não deixa de existir, mas sim, amolda-se a uma nova concepção.

Nas palavras de Justen Filho (2002, p. 21), “não significa negar a responsabilidade estatal pela promoção do bem-estar, mas alterar os instrumentos para realização dessas tarefas”.

No caso da concessão do serviço público de saneamento básico, por meio de contrato, é essencial a prévia existência e efetivo funcionamento da agência reguladora, de forma a

cumprir com o que estabelece o art. 11, § 2º, I, da Lei Federal n. 11.445/2007.

A Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário – AMAES/Cuiabá foi criada pela Lei Complementar Municipal nº 252/2011, publicada em 02/09/2011 e, em seu art. 26, estabelece que o prazo de cento e vinte (120) dias, para o Poder Executivo encaminhar o Projeto de Lei, criando o quadro e fixando o valor da remuneração dos servidores, os valores dos subsídios dos Diretores, bem como estabelecendo outros critérios de destituição, restrições e limitações aos mesmos, no exercício de suas atribuições.

Neste ponto reside a primeira ilegalidade verificada no Edital n.º 014/2011, que convoca os interessados a participar do procedimento licitatório, para a concessão de serviços públicos de água e esgoto do Município de Cuiabá (fls. 80/116).

A existência do referido edital foi noticiada no Órgão Oficial da Prefeitura Municipal de Cuiabá/MT, em 03/11/2011 (fl. 75), época em que a AMAES ainda não estava em pleno funcionamento.

O próprio requerido Francisco Galindo afirmou, em sua defesa (fls. 1.102/1.115), que somente no dia 17/02/2012 - mesma data em que foi assinado o contrato de concessão – é que foram indicados os nomes para ocupar os cargos de Diretores da AMAES, inclusive, a secretária da comissão especial de licitação foi a nomeada para ocupar o cargo de Diretora da agência de regulação (fl. 75).

Assim, na data da publicação do edital da concorrência pública, ou mesmo na data da realização do certame, que o correu em 22/12/2011, a AMAES não havia iniciado as suas atividades, não tinha sequer quadro de servidores constituído, o que comprova que a referida agência reguladora nenhuma participação teve no procedimento licitatório.

Na sessão II, do Edital de Concorrência Pública, o item “h”, traz as definições de contrato onde consta: “é o contrato de concessão e seus Anexos, a ser celebrado entre o Concedente e a Concessionária, com a interveniência-anuência da Agência

Reguladora, que terá por objeto regular as condições de exploração dos serviços públicos de água e esgoto, na área de concessão, cuja minuta consta do Anexo I – Minuta do Contrato”.

Da leitura da minuta do contrato (fls. 544/604), depreende-se que são estabelecidas as normas de execução do serviço, o sistema tarifário e de cobrança, equilíbrio econômico e financeiro do contrato e reajuste (cláusulas 17 a 20), dentre outras questões inerentes à concessão que, na verdade, deveriam ter sido definidas pela Agência Reguladora e não pelo poder concedente, como, de fato, ocorreu.

O inciso IV, do § 2º, do art. 11, da Lei Federal nº 11.445/2007, estabelece que as normas de regulação, para os casos de concessão do serviço de saneamento básico, devem prever as condições de sustentabilidade e equilíbrio financeiro da prestação do serviço em regime de eficiência incluindo: o sistema de cobrança e a composição de taxas e tarifas; a sistemática de reajuste e de revisão de taxas e tarifas; a política de subsídios, sendo tais requisitos condições de validade do contrato de concessão.

No mesmo sentido são as disposições dos arts. 22, IV, e 23, IV, ambos da Lei Federal nº 11.445/2007, que estabelecem que é a agência reguladora que possui competência para definir e estabelecer as tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, bem como os procedimentos de reajuste e fixação.

Assim, como a agência reguladora não estava em pleno funcionamento quando o edital foi publicado, fica evidente a sua não participação na elaboração da fixação dos preços das tarifas adequadas para a eficiente prestação do serviço, questão essencial para a validade do contrato de concessão do serviço em comento, conforme disposto no art. 11, da Lei nº 11.445/2007.

(...)

De todo o conjunto probatório denota-se que, tanto no certame quanto nos atos que o antecederam, houve violação aos princípios da legalidade, isonomia, da impessoalidade e da garantia da ampla competitividade, o que gera a nulidade do procedimento licitatório.

(...)

Muito embora não seja possível declarar, nesta via processual, a nulidade do Plano Municipal de Saneamento Básico, que foi instituído por meio de decreto, pelos motivos já expostos, é certo que as irregularidades e ilegalidades existentes no PMSB e apontadas nesta decisão, também são motivos para invalidar o certame referente a concessão do serviço de saneamento básico, uma vez que o referido plano deu suporte a elaboração do Edital n.º 014/2011, sendo dele indissociável.

(...)

Diante do exposto, nos termos do art. 485, VI, do CPC, por inadequação da via e conseqüente falta de interesse processual, julgo extinto o processo, sem resolução do mérito em relação ao pedido de declaração de nulidade do Plano Municipal de Saneamento Básico do Município de Cuiabá/MT; bem como, **convencida das ilegalidades constantes no Edital de Concorrência Pública n.º 014/2011, assim como no contrato de concessão de serviços de água e esgoto do Município de Cuiabá, julgo parcialmente procedente o pedido, para declarar nulos o procedimento licitatório em questão e o contrato de concessão dele decorrente.**

(AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Numeração Única: 42064-36.2011.811.0041 Código: 744960 Processo N.º: 117 / 2011. SENTENÇA PUBLICADA EM 19/07/2016 NO DIÁRIO DA JUSTIÇA, DJE N.º9819)

Concluindo, se a atividade reguladora é atribuída, por força da lei, a alguma entidade independente daquela que exerce a titularidade dos serviços públicos, não faz nenhum sentido a elaboração dos instrumentos de concessão (edital e contrato) sem a presença da agência ou autoridade de regulação. **Na hipótese de concessão, serão aqueles instrumentos que vincularão toda a atividade do concessionário, definindo direitos**

e obrigações, incluindo as regras relativas à remuneração e às metas a serem atingidas, estabelecendo todas as condições e objetivos da prestação dos serviços. Admitir a estipulação de todo esse conteúdo sem nenhum parâmetro definido por normas reguladoras significa negar cumprimento à lei federal, relegando à agência ou autoridade posteriormente designada a mera função fiscalizadora.

Quando a lei federal impõe a intermediação de uma entidade ou autoridade reguladora independente em relação ao titular do serviço (art. 21), ela pretende interpor essa mesma entidade ou autoridade às partes do contrato. É a agência reguladora quem irá induzir o comportamento adequado para os fins públicos, estabelecendo as condições de operação do serviço e definindo as regras econômicas dessa relação. O contrato não pode ser elaborado e depois celebrado de forma direta por concedente e concessionário, **sem parâmetros regulatórios prévios**, do contrário as normas de comando e de controle previstas especialmente nos arts. 11, §2º, e 23 da Lei Federal nº11.445/2007 não incidirão sobre o comportamento regulado com evidentes prejuízos para o interesse público. E a concessão do serviço objeto da presente CPI é um caso exemplar dessa última afirmação.

Conforme se apurou até o momento, o edital e todas as suas partes integrantes foram construídos sem dados consistentes, utilizando-se um plano municipal já desatualizado, sem informações sobre consumo *per capita*, que, na fala do antigo presidente da ARSEOP, é base primária de qualquer planejamento, e sem quaisquer normas reguladoras que definissem as prioridades de ação, as condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços, incluindo a estrutura e política tarifária, ou os mecanismos de controle social para o planejamento, a regulação e a fiscalização dos serviços.

Por qualquer ângulo que se observe, por tudo o que foi dito, a designação da agência ou autoridade responsável pela regulação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário deve representar a primeira etapa de qualquer operação. Deve ser anterior à própria escolha da forma de atuação estatal. A ausência dessa entidade reguladora independente, bem como das normas de regulação, antes da fase interna do processo licitatório, e a presença meramente formal após a adjudicação e o início da operação dos serviços, representam uma violação grave e expressa às disposições da Lei Federal nº 11.445/2007.

DOS ASPECTOS FORMAIS

O Relatório Complementar do Procedimento de Investigação Preliminar instaurado pela Procuradoria Jurídica do Município (fls. 4963/4966) aponta duas violações de natureza formal.

A primeira, referente à necessidade de 2/3 dos membros serem servidores públicos efetivos. A segunda se refere à violação do princípio da segregação de funções, em razão de o Controlador Geral do Município ter ao mesmo tempo figurado como solicitante da contratação e participado das fases internas e externas do processo licitatório.

Quanto à primeira, contudo, essa não parece ser a melhor interpretação da lei.

De fato, a Lei Federal nº8.666/93 dispõe em seu art. 51 que a habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, **e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação**

O que a norma exige é que, pelo menos dois dos membros das comissões sejam integrados por servidores públicos capacitados e vinculados à estrutura administrativa. O dispositivo não trata da natureza do provimento nos cargos. Os cargos em comissão integram os quadros permanentes da administração pública, embora sejam ocupados por servidores com nomeações *ad nutum*.

O propósito daquele dispositivo da lei federal fica evidente a partir dos comentários de Marçal Justen Filho¹⁵:

2) Composição da comissão

A Lei estabelece número mínimo de membros. Não há número máximo. A pluralidade de membros visa a reduzir a arbitrariedade e os juízos subjetivos. Amplia-se a publicidade das decisões, na medida em que a pluralidade de membros dificulta o sigilo. Enfim, partilha-se o poder entre diversas pessoas, na presunção de que essa solução reduz o arbítrio.

Admite-se que o julgamento seja efetivado por uma única pessoa quando se trate de convite. Em tais situações, a dimensão reduzida da

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Lei 8.666/1993**. 16ª Edição Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

contratação dispensa, ao ver da Lei, a necessidade de uma pluralidade de julgadores. A Lei 8.666/1993 faculta a substituição da Comissão por um único servidor, mas apenas em casos excepcionais, em pequenas unidades, em que o número de servidores dificulte a composição de uma comissão. (MARÇAL, 2014, 909)

(...)

3) Condição pessoal dos membros

Como regra, os membros da comissão deverão ser agentes públicos, integrados na estrutura da Administração Pública. Excepcionalmente e tendo em vista peculiaridades especiais do objeto licitado, **poderão ser convidados terceiros para integrar a comissão.** Esses terceiros deverão apresentar algum requisito técnico-científico-cultural que justifique sua convocação para a tarefa. Isso se passa, especialmente, nos casos de concurso. Em tais hipóteses, o objeto da licitação escapa às habilidades usualmente exigidas dos agentes públicos. Assim, a Administração convida para integrar a comissão personalidades ilustres e detentoras de especial conhecimento no campo enfocado. O Terceiro deverá ser formalmente alertado para a responsabilidade envolvida na sua atuação, inclusive porque a Administração será responsável pelos atos que esse terceiro praticar. (MARÇAL, 2014, 909)

Percebe-se que, a *contrario sensu*, o artigo da lei federal é um permissivo para a contratação de pessoas externas à administração pública que apresentam determinada qualificação especial, relacionada com o objeto da licitação.

Não obstante isso, é preciso anotar que a maior incidência de servidores de livre nomeação e exoneração em comissões de licitação indica uma vinculação e aderência destas mesmas comissões aos interesses políticos da autoridade nomeante, em procedimentos que requerem muito mais capacitação técnica do que relações de confiança.

Essa circunstância somada à presença do próprio Controlador Geral do Município na Comissão Especial de Licitação para a concessão dos serviços de saneamento, todavia, **denotam uma contrariedade aos princípios administrativos, especialmente os da impessoalidade e da moralidade administrativa, com a vulneração do dever de imparcialidade quanto à defesa do interesse público.**

Na prática administrativa em geral, e especialmente na realização de processos licitatórios, que buscam o atendimento de demandas públicas imbuídas nas finalidades do Estado, deve-se observar a impessoalidade na tomada de decisões e a segregação das funções como condição para o efetivo controle, assim como para a legitimidade e validade dos atos, não se admitindo o acúmulo de atribuições em desconformidade com esse princípio.

Dessa forma, é preciso verificar, de acordo com as atribuições do cargo e os fluxos do procedimento administrativo, se, de fato, a participação do Controlador Geral do Município, conforme relatado, comprometeria a autonomia e independência do órgão de controle interno na verificação da conformidade dos atos que constituem as fases interna e externa da licitação para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, contrariando efetivamente a função de controle interno, segundo as melhores práticas de governança.

A Lei Complementar nº 25, de 15 de dezembro de 2006, que dispõe sobre o Sistema Municipal de Controle Interno no âmbito da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo **atribui à Controladoria Geral do Município a função de verificar a conformidade das atividades dos órgãos e entidades do Município com os objetivos e metas estabelecidas pelas políticas públicas formalmente instituídas, analisando os atos, processos e contratos quanto à competência, ao motivo, ao objeto, à forma e à finalidade, segundo as regras e princípios aplicados à Administração Pública (arts. 2º e 3º).**

Por sua vez, o Decreto Municipal nº 1.148, de 28 de maio de 2008, que regulamenta a referida lei complementar municipal, quanto às técnicas e organização do sistema, dispõe que:

Art. 4º As atividades de controle interno serão exercidas mediante atuação prévia, concomitante e posterior.

(...)

Art. 5º O Sistema Municipal de Controle Interno de que trata este Decreto tem como finalidade **exercer a atividade de auditoria interna nos órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta do Poder Executivo Municipal.**

Art. 6º O Sistema Municipal de Controle Interno compreende os

seguintes subsistemas:

I - Subsistema de Controladoria Operacional, que tem como finalidade verificar **a conformidade das atividades dos órgãos e entidades com os objetivos e metas estabelecidas, analisando os atos, processos e contratos quanto à competência, ao motivo, ao objeto, à forma e à finalidade, segundo as regras e os princípios aplicados à Administração Pública:**

II - Subsistema de Controladoria de Gestão, que tem como finalidade verificar **a compatibilidade das atividades dos órgãos e entidades com as políticas públicas formalmente instituídas, acompanhando indicadores orçamentários, físicos e financeiros, e articulando-se com os órgãos de controle externo.**

Art. 7º O Sistema Municipal de Controle Interno está a cargo da Controladoria Geral do Município CGM, órgão central de controle, podendo contar com a atuação de servidores indicados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Municipal, que, neste caso, **subordinam-se administrativamente aos dirigentes dos órgãos ou entidades de origem e tecnicamente ao Controlador Geral do Município.**

(...)

Art. 8º Compete aos órgãos e agentes que atuem no Sistema Municipal de Controle Interno:

I - exercer a função de controle operacional e de gestão em caráter permanente, de forma sistematizada e padronizada, conforme normas expedidas pela Controladoria Geral do Município;

II - **acompanhar a implementação de providências recomendadas** pela Controladoria Geral do Município, **Tribunal de Contas do Estado** e Tribunal de Contas da União;

(...)

IV - **acompanhar os procedimentos dos órgãos e entidades**

quanto ao cumprimento de leis, regulamentos, dentais normas administrativas e diretrizes governamentais

(...)

VII - notificar o dirigente do órgão ou entidade e a Controladoria Geral do Município, sob pena de responsabilidade solidária, **sobre qualquer irregularidade ou ilegalidade de que tome conhecimento;**

Art. 10. Compete à Controladoria Geral do Município:

I - zelar para que **a atividade administrativa do Município se desenvolva segundo as regras e os princípios aplicáveis à Administração Pública, em especial os princípios de legalidade. impessoalidade moralidade. publicidade. razoabilidade, proporcionalidade, eficácia, efetividade e economicidade;**

(...)

Por fim, o Decreto Municipal nº 3.396, de 1º de março de 2013, que dispõe sobre o processo de despesa, estabelecendo o fluxo de compras e contratações de serviços no município de Ouro Preto, determina:

Art. 2º Nenhum processo de despesa, **ordem de execução de serviço** ou fornecimento poderá **ser determinada por ato formal ou informal de agente público sem a análise prévia da Controladoria Geral do Município, que avaliará o ato quanto à legalidade e regularidade.**

Art. 3º **A celebração de contratos administrativos com terceiros, pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações, deverá ser precedida de solicitação de compras e serviços, observado o fluxo estabelecido pelos Anexos I e II deste decreto.**

(...)

O Anexo I do Decreto Municipal nº 3.396/2013 apresenta o seguinte fluxo geral para a contratação com terceiros: a) O solicitante preenche o Formulário SCS1 com o respectivo

termo de Referência e Projeto Básico; b) O Departamento de Compras realiza a cotação e preenche o formulário SCS2 contendo a justificativa de preço; c) **A Controladoria analisa a SCS1, o Termo de Referência, o Projeto Básico e a SCS2 sob os aspectos da legalidade, regularidade e adequação orçamentária; (...).**

A Controladoria Geral do Município, portanto, é o órgão responsável pela função fiscalizatória, devendo analisar os atos e procedimentos administrativos sob os aspectos da legalidade e da adequação às políticas municipais, incluindo a regularidade dos procedimentos para contratações.

O fluxo geral de contratação evidencia o fato de que cabe à Controladoria Geral do Município a análise da solicitação de compras, bem como do termo de referência ou projeto básico, quanto à legalidade e regularidade.

Além disso, a atuação de todos os servidores que integram o sistema municipal de controle interno **subordina-se tecnicamente ao Controlador Geral do Município.**

Portanto, fica claro que a atuação do Controlador Geral do Município como solicitante da contratação (fls. 73), responsável pela parte jurídica do edital¹⁶ e ainda membro da comissão especial de licitações, de fato viola o princípio da segregação das funções.

Aliás, nesse sentido, o Tribunal de Contas da União recomenda que não seja designado, para compor comissão de licitação, servidor ocupante de cargo com atuação na fase interna do procedimento licitatório. (Acórdão TCU nº 686/2011 – Plenário)

A composição da Comissão Especial de Licitações, majoritariamente por membros que guardam uma estreita vinculação política com o Prefeito Municipal bem como a cumulação das funções de solicitar a contratação, elaborar o edital licitatório, analisar a regularidade do certame e, ainda, participar do julgamento das propostas, representam fatos que comprometem a higidez do procedimento, especialmente pela violação ao princípio da segregação de funções, bem como os princípios administrativos da moralidade e da impessoalidade, estampados no art. 37 da Constituição da República.

¹⁶ Em seu depoimento Rogério Alexandre Morais afirmou “que atuou no edital com relação à parte jurídica; que participaram também o senhor Amaro, único servidor efetivo do município; que a comissão era especial e não era necessário manter a proporção de dois terços de servidores efetivos.”. (fls. 5177/5181)

CONCLUSÃO E RECOMENDAÇÕES

A partir de toda a documentação constante dos autos e do conteúdo dos termos dos depoimentos obtidos durante as reuniões da CPI, com a oitiva das testemunhas e convidados, é possível verificar o descumprimento de normas municipais e federais durante toda a operação dos serviços públicos de saneamento básico desde a aprovação do plano setorial, bem como nas fases interna e externa do processo licitatório correspondente à Concorrência Pública nº 006/2018, cujo objeto foi a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário.

De fato, a Lei Municipal nº934/2014 impunha a implementação imediata do plano de saneamento, assim como o seu acompanhamento constante e a revisão no período de 4 (quatro) anos. Não obstante, houve negligência da administração pública, que sequer considerou o seu conteúdo durante a operação dos serviços pelo SEMAE. Tampouco houve estudos ou comparativos para sua atualização no prazo da lei.

Por sua vez, a Lei Federal nº11.445/2007 exigia a designação prévia da agência reguladora, autônoma e independente, como condição para a regularidade da prestação dos serviços públicos de saneamento, mesmo na hipótese de eles serem prestados de forma direta pelo próprio titular. Exigia, ainda, um plano setorial atualizado e íntegro, a partir do qual pudessem ser estabelecidos os projetos e ações necessários para se alcançar a universalidade da prestação. Por fim, exigia a comprovação da viabilidade técnica e econômico-financeira da operação, de acordo com os programas, projetos, ações e metas estabelecidos a partir daquele plano.

Não obstante essas disposições normativas, houve omissão por parte da administração pública que resultaram na desatualização do Plano de Saneamento Básico do Município e na insuficiência de dados para um planejamento eficiente da concessão dos serviços.

A ausência de estudos e de informações concretas sobre o padrão de consumo da água e a capacidade econômica dos usuários, *v.g.*, trouxeram para o Município de Ouro Preto uma estrutura tarifária elevada, significativamente maior do que as praticadas em seu entorno, além de um critério restritivo para a concessão da tarifa social.

Por outro lado, a ausência da agência reguladora permitiu uma concessão irregular, que deixou de observar regras específicas do marco regulatório, com regras econômicas e financeiras contrárias aos objetivos da lei e ao interesse público, violando especialmente o dever da modicidade tarifária, que, aliás, serve como critério para aferição da adequabilidade dos serviços, conforme cláusulas 17.2 e 17.3 do contrato de concessão. Permitiu uma descentralização dos serviços públicos de água e de esgoto motivada,

exclusivamente, por questões fiscais, em detrimento dos objetivos da política nacional de saneamento básico.

A intermediação de uma agência reguladora independente em relação ao titular do serviço é necessária para a interposição do interesse público às partes do contrato. A designação *a posteriori* da agência, somente após a adjudicação do objeto da licitação, com a definição prévia das normas reguladoras pelo próprio poder concedente viola de maneira expressa a lei federal.

É preciso lembrar que todo ato administrativo busca sua validade nos imperativos legais. Vale dizer, a lei representa uma condição de validade dos atos jurídicos, especialmente no âmbito da administração pública.

Por fim, conforme apurado, todo o processo licitatório tramitou com a vulneração do sistema de controle interno.

A composição da Comissão Especial de Licitações, majoritariamente por membros que guardavam uma estreita vinculação política com o Prefeito, bem como a cumulação de funções, pelo Controlador Geral do Município, representaram, a um só tempo, uma violação ao princípio da segregação de funções e aos princípios gerais da moralidade e da impessoalidade, estampados no art. 37 da Constituição da República.

Todas as circunstâncias analisadas ao longo deste relatório contrariam não só as regras específicas do setor, violando as disposições da Lei Municipal nº934/2014 e da Lei Federal nº 11.445/2007, como também constituem vícios de origem no processo licitatório, refletindo negativamente nos objetivos específicos da Lei Federal nº 8.666/93, reclamando a anulação de todo o certame desde a sua fase interna.

Aliás, em caso similar, a Juíza da Vara Especializada de Ação Civil Pública e Ação Popular da Comarca de Cuiabá, declarou a nulidade do contrato de concessão da Capital do Mato Grosso¹⁷, determinando à administração a realização de novo processo licitatório.

Diante de todo o exposto, esta CPI apresenta as seguintes recomendações e encaminhamentos:

- 1) **que sejam adotadas as providências administrativas necessárias para a anulação da Concorrência Pública nº 006/2018 e do contrato de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário,**

17 AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Numeração Única: 42064-36.2011.811.0041 Código: 744960 Processo Nº: 117 / 2011. SENTENÇA PUBLICADA EM 19/07/2016 NO DIÁRIO DA JUSTIÇA, DJE Nº9819.

devido as irregularidades apontadas neste relatório, com a assunção dos serviços pela Administração Pública;

- 2) que sejam realizados pela atual administração estudos para adequar a estrutura tarifária dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário à capacidade de pagamento dos munícipes, em obediência ao princípio da modicidade tarifária;
- 3) que sejam alterados os critérios para a concessão da tarifa social, a fim de aumentar a sua abrangência;
- 4) que seja encaminhado o presente relatório para o Ministério Público do Estado de Minas Gerais para que o mesmo apure as responsabilidades individuais da autoridade municipal à época, bem como o envolvimento do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento/IBD;
- 5) Por fim, o presente relatório deverá ser encaminhado para o Chefe do Poder Executivo Municipal e para o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais para que os mesmos adotem as medidas que entenderem adequadas.

Ouro Preto, 05 de outubro de 2021.

Renato Alves de Carvalho – Renato Zoroastro
(RELATOR)

Matheus Pacheco de Moura Pereira – Matheus Pacheco
(PRESIDENTE)

Naércio França Ferreira
(VICE PRESIDENTE)

Alex Silva de Brito – Alex Brito
(MEMBRO TITULAR)

Alessandro Carlos Correa – Alessandro
Sandrinho (MEMBRO TITULAR)

Júlio César Ribeiro Góri – Júlio Góri
(MEMBRO TITULAR)

Wanderley Rossi Júnior - Kuruzu
(MEMBRO SUPLENTE)

Vander Luiz Ferreira – Vander Leitoa
(MEMBRO SUPLENTE)

Luciano Barbosa de Souza
(MEMBRO SUPLENTE)

Vantuir Antônio da Silva
(MEMBRO SUPLENTE)