

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA VARA CÍVEL DA COMARCA DE XIQUE-XIQUE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA, A QUEM COUBER POR DISTRIBUIÇÃO.

MARCELINO ANTÔNIO MARTINS GALO, brasileiro, casado, engenheiro agrônomo, RG n. 00.737.288-45 SSP/BA, CPF n. 124.405.665-00, com título de eleitor n. 0372.6951.0582, zona 007, seção 0072, UF BA (art. 1º, *caput*, § 3º, Lei n. 4.717/65), em pleno gozo de seus direitos políticos, residente e domiciliado à Rua Albertino Cabral Henrique, 212, Condomínio Parque Tropical, Torre Vento, apartamento 703, Bairro de Pituauçu, CEP 41.740-870, Salvador/BA, por seu advogado (doc. em anexo), com endereço profissional na Avenida Serzedelo Correa, 805, sala 204, Edifício Urbe Office, Bairro de Batista Campos, CEP 66.033-770, Belém/PA, e e-mail *luizalbertorochoa@hotmail.com*, onde receberá todas as intimações e notificações de estilo, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, propor

AÇÃO POPULAR COM PEDIDO LIMINAR (TUTELA DE URGÊNCIA)

em face do **MUNICÍPIO DE XIQUE-XIQUE**, pessoa jurídica de direito público, inscrito no CNPJ sob o nº 13.880.257/0001-27, que pode ser citado por meio da Procuradoria Geral do Município, situada na Praça Dom Máximo, 384, 1º andar, Bairro do Centro, CEP 47.400-000, Xique-Xique/BA, e-mail *procuradoria@xiquexique.ba.gov.br*; do **SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE XIQUE-XIQUE/BA**, autarquia municipal, inscrito no CNPJ sob o nº 16.228.017/0001-30, com endereço na Avenida Dr. JJ Seabra, 420, Sede, CEP 47.400-000, Xique-Xique/BA, e-mail *saaexx@gmail.com*; e da **BRASIL CENTRAL ENGENHARIA LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ sob o nº 24.747.966/0001-55, com endereço na Avenida São Sebastião, 50, Bairro da Cidade Alta, CEP 78.030-400, Cuiabá/MT, e-mail *fiscal@brasilcentralengenharia.com.br*, representante legal do CONSÓRCIO ÁGUAS DE XIQUE-XIQUE (item 3, Instrumento Particular de Constituição de Consórcio), com fundamento no art. 5º, inciso LXXIII, CF/88, e art. 1º, Lei n. 4.717/65, e nos fundamentos de fato e de direito a seguir aduzidos.

I – DOS FATOS

O Município de Xique-Xique/BA lançou minutas de Edital de Concorrência Pública e demais documentos para Concessão dos serviços públicos de captação, tratamento e distribuição de água e de coleta e tratamento de esgoto de Xique-Xique tendo realizado Audiência Pública em 07 de julho de 2021 por meio de Edital de Convocação n. 004/2021, de 17 de junho de 2021, com fundamento no artigo 175, CF/88, e nas Leis Federais n. 8.987/95 (Concessão de Serviços Públicos) e n. 11.445/07 (Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico), e Leis Municipais n. 1.273/20 (Política Municipal de Saneamento Básico) e 1.324/21 (Programa municipal de PPP e Concessões).

O Município editou Ato Justificador da conveniência da outorga da concessão do serviço público de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, de 26 de maio de 2021, em que sustenta que vem realizando esforços e investimentos por meio do SAAE para a universalização da distribuição de água e de coleta e tratamento de esgoto, mas que os esforços têm se mostrado insuficientes. Pelo que a delegação dos serviços de saneamento à iniciativa privada é uma alternativa para obter a universalização do mesmo, posto que o SAAE não tem estrutura para atender a meta de universalização definida no art. 10-B da Lei Federal n. 14.026/20 até 31 de dezembro de 2033.

Que os vultosos investimentos financeiros necessários para alcançar tal objetivo drenariam recursos municipais de outras áreas do serviço público; e que não é possível a obtenção de autofinanciamento junto ao setor saneamento ao nível necessário; e que terceiros, pessoas jurídicas de direito privado, têm qualificação técnica e experiência de mercado para obter financiamentos de longo prazo; e que os estudos de viabilidade técnica e econômica concluíram pela necessidade de investimentos na ordem de R\$-54.989.552,13 (cinquenta e quatro milhões, novecentos e oitenta e nove mil, quinhentos e cinquenta e dois reais e treze centavos). E que a delegação não implicará custos adicionais de regulação e controle dos serviços de abastecimento e de saneamento, garantindo metas e serviço adequado, definindo tarifas que assegurem o equilíbrio econômico e financeiros e modicidade tarifária.

E tidas todas essas considerações, concluiu pela contratação de empresa concessionária para prestação de tais serviços público autorizando os atos necessários a viabilizar a Concessão em caráter exclusivo pontuando ainda que o controle (planejamento, regulação e fiscalização) seriam realizados diretamente pelo Município de Xique-Xique.

Na sequência, o primeiro Edital de Licitação foi lançado em 09 de agosto de 2021, tendo sofrido diversas e variadas impugnações que levaram à comissão permanente de licitação municipal determinasse a suspensão *sine die* para que fossem realizadas as retificações necessárias.

Uma segunda versão do Edital de Licitação foi lançado em 19 de outubro de 2021 tendo, da mesma maneira, sofrido diversas e variadas impugnações sejam por novos achados de ilegalidade seja porque a retificação não sanou por completo das impugnações havidas

anteriormente. Mesmo assim a Comissão de Licitação prosseguiu com o certamente realizando as sessões públicas até a consagração da licitante vencedora e a adjudicação do objeto licitado da Concorrência Pública n. 002/2021 e Processo Administrativo n. 199/2021 em favor do **Consórcio Águas de Xique-Xique** composto pelas empresas **Brasil Central Engenharia Ltda** (empresa líder do Consórcio, representando-o e tendo poderes para “receber citação e responder administrativa ou judicialmente pelo consórcio, inclusive perante terceiros”, em juízo ou fora dele, conforme o item 3.1 do Instrumento Particular de Constituição de Consórcio) e Solida Tecnológica Ltda.

Sendo assim é preciso indicar, desde o início, que o controle jurisdicional promovido pelo autor popular não busca levar ao Judiciário o exame da conveniência e da oportunidade da delegação administrativa dos serviços licitados, mas garantir que os princípios constitucionais e legais que implicam o fazer administrativo sejam respeitados preservando, no mérito, a legalidade dos atos administrativos praticados e preservando o erário público da lesividade da prática de atos temerários que imponham ônus indevidos à comunidade de Xique-Xique, seja de forma direta pelo aumento da tarifa dos serviços públicos licitados, seja de forma indireta pelos danos causados ao erário ao suportar reacomodações econômico-financeiras de um contrato administrativo que merece atenção da jurisdição estadual.

Assim, o autor popular vem acompanhando e estudando os atos administrativos praticados pelo município réu sem que as correções necessárias fossem definitivamente adotadas, o que o levou a questionamentos de ordem técnica que demandaram exame mais profundo pelo autor popular, já que as respostas da Administração Pública foram, infelizmente, perfunctórias e demonstraram ânsia para finalizar o processo licitatório. Assim, somente nesse momento é que foi possível juntar o conhecimento técnico e jurídico necessário para poder propor Ação Popular responsável e tecnicamente capaz de demonstrar e comprovar a ilegalidade das ações administrativas realizadas, sem, no entanto, perder a contemporaneidade e a urgência do controle judicial eis que da Adjudicação realizada em 16 de dezembro de 2021, o Consórcio vencedor tem 30 (trinta) dias para constituir a SPE para em seguida formalizar-se a concessão com a assinatura de respectivo contrato administrativo.

Portanto, resta bastante claro que são questões legais e técnicas do Edital que são levadas agora ao conhecimento do Poder Judiciário, e que serão melhor detalhadas no Capítulo De Mérito. Questões que envolvem ilegalidade e lesividade ao patrimônio público, principalmente no aspecto econômico quanto à fórmula de reajuste de tarifa proposta no Edital que impõe aumento não razoável do valor da prestação do serviço violando a modicidade tarifária e desequilibrando o compartilhamento da matriz de risco do contrato. Quanto no aspecto normativo por ser tratarem de violações diretas e frontais aos ditames constitucionais e legais que regem o tema, principalmente à estrutura de competência regional definida principalmente no art. 25, § 3º, CF/88; art. 6º, *caput*, da Constituição do Estado da Bahia; e na Lei Complementar da Bahia n. 48/19; mas ainda na extrapolação competencial da lei municipal em definir a agência reguladora do serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário; e também na falta de participação da sociedade na discussão sobre o edital de licitação e a minuta

do contrato. E, por fim, quanto às “escolhas” do edital não condizerem com a **moralidade administrativa** que deve reger o processo licitatório e, via de consequência, a Administração Pública voltada ao atendimento do melhor interesse público, como é exemplo a discriminação econômico-social da zona rural do município excluída *a priori* do objeto da concessão.

Não poderia o controle popular com direto interesse na preservação do bem público furtar-se a denunciar judicialmente as inconstitucionalidades e ilegalidades presentes no Edital de Concorrência Pública n. 002/2021, principalmente quando as consequências jurídicas que ele impõe à sociedade de Xique-Xique são de grande vulto e praticamente imediatas já que a tomada dos serviços públicos de abastecimento e esgotamento sanitário está em vias de ser assumido pela concessionária privada.

II – DO DIREITO

A Ação Popular é fortemente indicada pela doutrina nacional como instrumento ideal de controle popular dos atos administrativos que atentem contra o patrimônio público e/ou a moralidade administrativa. Isto porque a sua altivez constitucional garante o controle democrático pelo cidadão brasileiro garantindo-se ao autor popular a imunidade de custas processuais, a prioridade processual e a intervenção do Ministério Público ora como *custos legis* ora como substituto do autor popular.

Os objetivos de controle da Ação Popular estão bem delineados e podem ser exemplificados no caso concreto em que o **Edital de Concorrência Pública n. 002/2021 (ato administrativo danoso)** pratica clara e objetivas inconstitucionalidades e ilegalidades lesivas ao patrimônio público.

Não pode ser esquecido que também as violações acima importam em violação da moralidade administrativa do art. 37, *caput*, CF/88 e art. 3º, Lei n. 8.666/93, posto que negam vigência aos princípios que regulamentam o processo administrativo.

Neste passo é salutar assinalar a **legitimidade ativa** do cidadão que, no pleno gozo dos direitos políticos, pode ingressar com “*ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência*” (art. 5º, inciso LXXIII, CF/88).

Como requisito subjetivo da **legitimidade ativa**, a prova da cidadania depende da juntada do **Título Eleitoral** ou com documento correspondente (art. 1º, § 3º, Lei n. 4.717/65) e ainda com **Certidão de Quitação Eleitoral** emitida pelo Eg. Tribunal Superior Eleitoral.

No outro polo processual a **legitimidade passiva** se firma com clareza solar porque o **Município de Xique-Xique** é responsável direto pelo ato administrativo *sub judice* (Edital de Concorrência Pública n. 002/2021), enquanto o **Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Xique-Xique** criado pela Lei Municipal n. 07, de 05 de novembro de 1963, como autarquia

municipal, pessoa jurídica de direito público interno, deixará de exercer grande parte dos objetivos legais para a sua constituição, e, por fim, a **Brasil Central Engenharia Ltda**, empresa líder e representante legal do Consórcio Águas de Xique-Xique que foi declarado vencedor do certame e tem interesse direto na preservação dos termos do edital.

Já o juízo natural, conforme exposto ao norte, é da competência de uma das Varas Cíveis da Comarca de Xique-Xique do Tribunal de Justiça da Bahia, eis que é competente para conhecer da ação popular, processá-la e julgá-la na forma do art. 5º, Lei n. 4.717/65 c/c art. 53, inciso II, alínea 'a', CPC.

Superados os marcos iniciais da válida formação do processo e de seu regular processamento, é preciso pormenorizar a razões de direito que impõem a nulidade do Edital de Concorrência Pública n. 002/2021, vejamos.

1. DA AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO RÉU DE ISOLADAMENTE LICITAR A CONCESSÃO DO SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO. MUNICÍPIO DE XIQUE-XIQUE INTEGRA A MICROREGIÃO DE SANEAMENTO BÁSICO DE IRECÊ. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 48, DE 10 DE JUNHO DE 2019. APLICAÇÃO DO ART. 25, § 3º, CF/88 NA FORMA DA INTERPRETAÇÃO LEGÍTIMA E COM FORÇA VINCULANTE REALIZADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 1842/RJ, E AINDA DO ART. 6º, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA.

A distribuição de competências constitucional para a realização dos serviços públicos de saneamento básico não restou clara e direta na Constituição Federal de 1988 o que produziu uma fase de obscuridade jurídica logo após sua edição. Isto porque o saneamento básico compreende uma série de atividades do poder público que não podem ser exercidas exclusivamente por quaisquer dos entes federativos sem trazer prejuízos à excelência da prestação do serviço comum a todos.

É de se notar nesse sentido que a União exerce competência geral para traçar diretrizes sobre o saneamento básico (art. 21, XX, CF/88), mas é competência administrativa comum de todos os entes federativos a promoção das condições do saneamento básico (art. 23, IX, CF/88) como, da mesma forma, é competência participativa do Sistema Único de Saúde a formulação de políticas e a execução de ações de saneamento básico. E não é só, a Constituição também conferiu aos Municípios (art. 30, V) a competência para organizar e prestar os serviços públicos de interesse local, o que torna municipal aqueles serviços que sejam predominantemente de natureza local e que não tenham uma atribuição expressa à União ou aos Estados.

Ocorre, não obstante, que o desenvolvimento e a formação de aglomerações urbanas dentro da geografia humana brasileira fez com que os municípios isoladamente tenham perdido a capacidade de prestar diversos serviços públicos, saneamento básico incluso. Isto porque eles passam a determinar-se por uma dimensão interlocal, diga-se regional, que é

reconhecida constitucionalmente desde a Emenda Constitucional n. 01/69 (art. 164) por meio da formação de regiões metropolitanas que foi reafirmada pelo atual art. 25, § 3º, CF/88, *in verbis*:

§ 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Desta forma, a competência constitucional que anteriormente era da União passa a ser exercida pelos Estados de forma mais completa na instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. E é assim porque a natureza complexa da prestação do serviço público de saneamento impõe a dimensão interlocal em que a característica do Federalismo Cooperativo é requerida para auxílio cruzado entre os entes federativos.

A perspectiva federalista constitucional é, explicada pelo Min. Maurício Corrêa, possibilitar que o Estado-Membro e os Municípios territorialmente próximos, e que por esta razão tenham interesses e problemas comuns, possam “*encontrar soluções mais eficazes e que melhor atendam à coletividade da região, e não apenas de cada um dos Municípios isoladamente*” (Voto Min. Maurício Corrêa, item 10, ADI 1.842/RJ, rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2013).

Contrario sensu, é negar concretude ao pacto federativo, pois não se idealiza uma Federação de entes federativos estanques e isolados, desconexos dos demais. Exatamente o oposto, a Constituição brasileira atual prescreve o envolvimento e o comprometimento “*com o equilíbrio e a harmonia do todo, fundamentalmente nas questões que extrapolam situações tipicamente locais, alcançando, direta ou indiretamente, interesses comuns a outros entes federados*” (Voto Min. Maurício Corrêa, item 11, ADI 1.842/RJ, rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2013).

O agrupamento de municípios em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões se dá na supremacia do interesse público da implantação de políticas unificadas de prestação de serviços públicos com ganhos de eficiência e economicidade considerando o interesse coletivo e não individualizado. A integração de um sistema interfederativo não viola a autonomia municipal, muito pelo contrário lhe agiganta porque a ação conjunta e unificada fortalece os traços de solidariedade federativa e proporcionam melhores e mais eficientes soluções a problemas comuns.

Aliás, sobre autonomia municipal é importante a força manifestação do Min. Maurício Corrêa na ADI 1.842/RJ:

Sem dúvida, a instituição desse mecanismo torna relativa a autonomia municipal nas matérias que a lei complementar julgou por bem transpor para o Estado, porém a participação dos Municípios na

solução dessas questões não é apenas desejável, segundo o espírito democrático que deve nortear tal atuação, mas essencial, em face da qualificação do próprio sentido vernacular do verbo integrar utilizado pela Constituição, do qual desponta cristalino que as decisões de interesse dessas áreas deverão ser compartilhadas entre os Municípios que as compõem e o Estado.

Nesses áreas de integração federativa o interesse público regional prevalece à ação isolada municipal. “O *MUNICÍPIO continua a ser o titular das funções executadas pela região, muito embora seja, por imposição de lei estadual, uma titularidade que somente pode ser exercida em acordo ou em consenso com os demais MUNICÍPIOS*” (Voto Min. Nelson Jobim, ADI 1.842/RJ, rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2013, p. 77, caixa alta do original e grifo oposto).

E definitivamente sobre a compulsoriedade da integração dos Municípios aos novos entes regionais manifesta-se em seu voto o Min. Ricardo Lewandowski (ADI 1.842/RJ, rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2013, p. 245) :

Outro aspecto que precisa ser considerado nesta discussão é o fato de que, após a promulgação da nova Constituição, a integração dos Municípios às entidades regionais passou a ser compulsória. **Quer dizer, as comunas ficam, de imediato, a elas vinculadas, sem qualquer possibilidade abandoná-las por iniciativa própria, editada a lei complementar estadual que as institui.**

Tal questão foi, inclusive, examinada pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs 796/ES, Rel. Min. Néri da Silveira, e 1.841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, nas quais se confirmou a **natureza compulsória da associação dos Municípios às entidades regionais**, desde que regularmente constituídas.

O acórdão proferido nessa última ação ostenta a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL. REGIÕES METROPOLITANAS, AGLOMERAÇÕES URBANAS, MICRORREGIÃO. C.F., art. 25, § 3º. Constituição do Estado do Rio de Janeiro, art. 357, parágrafo único. I. - **A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, depende, apenas, de lei complementar estadual.** II. - Inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 357 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. III. - ADIn julgada procedente”. (Grifos do original do acórdão e opostos nas demais frases)

Assim, definiu-se, por fim, que no interesse comum de múltiplos entes federativos na prestação de serviços públicos em comum **é constitucional que o Estado-Membro, por meio de Lei Complementar estadual, crie Região Metropolitana, Aglomerações Urbanas e Microrregiões como força obrigatória para os municípios integrantes** com fundamento no art. 25, § 3º, CF/88.

É a conclusão ementada da ADI 1.842/RJ, rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2013, que detém **eficácia contra todos e efeito vinculante** (art. 102, § 2º, CF/88):

3. Autonomia municipal e integração metropolitana.

A Constituição Federal conferiu ênfase à autonomia municipal ao mencionar os municípios como integrantes do sistema federativo (art. 1º da CF/1988) e ao fixá-la junto com os estados e o Distrito Federal (art. 18 da CF/1988).

A essência da autonomia municipal contém primordialmente (i) autoadministração, que implica capacidade decisória quanto aos interesses locais, sem delegação ou aprovação hierárquica; e (ii) autogoverno, que determina a eleição do chefe do Poder Executivo e dos representantes no Legislativo.

O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal.

O mencionado interesse comum não é comum apenas aos municípios envolvidos, mas ao Estado e aos municípios do agrupamento urbano. O caráter compulsório da participação deles em regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas já foi acolhido pelo Pleno do STF (ADI 1.841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20.9.2002; ADI 796/ES, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17.12.1999).

O interesse comum inclui funções públicas e serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como serviços supramunicipais.

4. Aglomerações urbanas e saneamento básico.

O art. 23, IX, da Constituição Federal conferiu competência comum à União, aos estados e aos municípios para promover a melhoria das condições de saneamento básico.

Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente

ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico.

A função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição Federal.

Para o adequado atendimento do interesse comum, a integração municipal do serviço de saneamento básico pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante o arts. 3º, II, e 24 da Lei Federal 11.445/2007 e o art. 241 da Constituição Federal, **como compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas.**

A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos. Repita-se que este caráter compulsório da integração metropolitana não esvazia a autonomia municipal. (Grifos opostos).

Foi nesta linha de constitucionalidade e governabilidade federativa, que também se alinha com os princípios fundamentais do setor de saneamento básico trazidos pela Lei n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007 (recentemente alterada pela Lei n. 14.026, de 15 de julho de 2020), quando prescreve a “prestação regionalizada dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços” (art. 2º, inciso XIV), que o Governador do Estado da Bahia enviou à Assembleia Legislativa do Estado da Bahia a Mensagem n. 5.177/2019 encaminhando o Projeto de Lei Complementar n. 137/2019 informando que a:

“proposição visa, ante a necessidade de regionalização dos serviços públicos de saneamento básico, a criação de microrregiões de saneamento básico como mecanismo fundamental ao fortalecimento da Política Estadual de Saneamento, em consonância com o art. 6º da Constituição Estadual, com a Lei Federal nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015, e com a Lei Federal nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, que institui as diretrizes nacionais para o saneamento básico”.

E acrescentou:

“Partindo do reconhecimento de que o saneamento básico é direito de todos, a Administração Pública, com esta iniciativa, busca garantir, com a instituição das referidas microrregiões, o fortalecimento e o desenvolvimento das diversas regiões do Estado, levando em conta tanto as suas potencialidades hídricas, como o atendimento a critérios técnicos e objetivos - indispensáveis à instituição dessas estruturas”.

E foi justamente nesse espaço de constitucionalidade de competência procedimental federativa que editou-se a **Lei Complementar n. 48, de 10 de junho de 2019**, que Institui as Microrregiões de Saneamento Básico do Algodão, da Bacia do Paramirim, da Bacia do Velho Chico, da Bacia do Rio Grande, da Chapada Diamantina, do Extremo Sul, **de Irecê**, do Litoral Norte e Agreste Baiano, do Litoral Sul e Baixo Sul, do Médio Sudoeste da Bahia, do Piemonte-Diamantina, do Piemonte do Paraguaçu, do Recôncavo, do São Francisco Norte, do Semiárido do Nordeste, do Sisal-Jacuípe, da Terra do Sol, de Vitória da Conquista e do Portal do Sertão, e dá outras providências.

Desta forma instituíram-se microrregiões de Saneamento Básico **com força cogente para o Estado da Bahia e os Municípios que integram as microrregiões**, bem como às pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado que com elas se relacionem no que conter às funções públicas de interesse comum, quais sejam o planejamento, a regulação, a fiscalização e a prestação dos serviços públicos de saneamento básico (arts. 2º e 3º, Lei Complementar baiana n. 48/2019 c/c art. 3º, inciso VI, alínea ‘a’, Lei n. 11.445/07).

Dentre as microrregiões formadas pela Lei Complementar baiana estão a **de Irecê - MSB/IRC** composta pelo Estado da Bahia e os Municípios de América Dourada, Barra do Mendes, Barro Alto, Cafarnaum, Canarana, Central, Gentio do Ouro, Ibipeba, Ibititá, Ipujiara, Irecê, Itaguaçu da Bahia, João Dourado, Jussara, Lapão, Mulungu do Morro, Presidente Dutra, São Gabriel, Souto Soares, Uibaí e **Xique-Xique**.

As Microrregiões possuem natureza jurídica de autarquia intergovernamental de regime especial, com caráter deliberativo e normativo, e personalidade jurídica de Direito Público (art. 2º, parágrafo único) com estrutura de governança própria que conta com a representação municipal e representação da sociedade civil.

É atribuição do Colegiado Microrregional definir a entidade reguladora responsável pelas atividades de regulação e de fiscalização dos serviços públicos de interesse comum, bem como estabelecer as formas de prestação destes serviços (art. 9º, inciso V) que, enquanto não houver disposição em contrário, serão desempenhadas por entidade estadual (art. 15).

Também é competência do Colegiado Microrregional a autorização para que Município integrante da Microrregião promova, isoladamente, licitação ou contratação da prestação de serviços públicos de saneamento básico, ou atividades deles integrantes, por meio de concessão ou de contrato de programa (art. 9º, inciso VII).

Interessante nesse ensejo, que será apreciado com mais pormenor adiante, que o Conselho Participativo da Microrregião é quem detém competência para convocar audiências e consultas públicas sobre matérias sob sua apreciação (art. 10, inciso IV).

É nesse sentido que é a Constituição Federal, no exercício da engenharia constitucional, que determina a distribuição de competências; é da Constituição Federal a *kompetenz-kompetenz*. Não se admite, nem mesmo a razão de repetição da Constituição, que lei ordinária usurpe o papel ontológico da Constituição Federal, porque ao permitir que assim seja feito, é possível indicar problemas de hierarquia normativa quando a Lei do Município de Xique-Xique n. 1.324, de 09 de abril de 2021, autoriza concessões no âmbito da Administração Direta e Indireta do Município de Xique-Xique, porque redefine o arranjo de competências do art. 25, § 3º, CF/88. Assim, é tão-somente a Constituição o *locus* natural da matéria, sendo inútil lei municipal invasiva quanto à tal matéria e, portanto, *void* quando trabalha em desacordo com a Constituição.

Assim, o lançamento de forma isolada do Edital de Concorrência Pública n. 002/021 para concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Município de Xique-Xique/BA pelo Município réu é nulo de pleno direito porque viola a competência regional determinada pelo art. 25, § 3º, CF/88 e art. 6º, Constituição do Estado da Bahia c/c Lei Complementar do Estado da Bahia n. 48, de 10 de junho de 2019, e, ainda, contraria a eficácia contra todos e o efeito vinculante (art. 102, § 2º, CF/88) do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI 1.842/RJ, rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2013.

Em conclusão, o que temos é uma exacerbação do exercício da competência municipal para o serviço de saneamento básico quando lança licitação para concessão do mesmo, fazendo-o de forma isolada sem o exercício federativo cooperativo definido no art. 25, § 3º, CF/88 e art. 6º, Constituição do Estado da Bahia c/c Lei Complementar do Estado da Bahia n. 48, de 10 de junho de 2019, e, ainda, contraria a eficácia contra todos e o efeito vinculante (art. 102, § 2º, CF/88) do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI 1.842/RJ, rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2013. Nesse ponto, portanto, inegável a ilegalidade da Concorrência Pública n. 002/2021 sendo impositivo a **declaração de nulidade do procedimento licitatório de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário do Município de Xique-Xique/BA concretizado na Concorrência Pública n. 002/2021 e no Processo Administrativo n. 199/2021, bem como os efeitos jurídicos dele decorrentes.**

2. A PREVISÃO DO EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA N. 002/2021 QUANTO À AGÊNCIA REGULADORA DO SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO SER EXERCIDA POR AGÊNCIA REGULADORA MUNICIPAL (ITEM 12.2 E ANEXO 15 DO EDITAL). CONFLITO NORMATIVO COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. EXTRAPOLAÇÃO DA COMPETÊNCIA FEDERATIVA DO MUNICÍPIO RÉU.

O marco legal do setor de saneamento básico é a Lei n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007, e suas alterações posteriores, principalmente a Lei n. 14.026, de 15 de julho de 2020, que estabelece que o Município, no exercício de sua titularidade, é o responsável pela definição da entidade responsável pela regulação e fiscalização dos serviços de saneamento, independentemente da modalidade de sua prestação (arts. 8º, § 5º, e 9º, inciso II).

Segue adiante afirmando que são condições de validade dos contratos de saneamento básico a existência de normas de regulação, incluindo a designação da entidade de regulação e fiscalização, bem como mecanismos de controle social nas atividades de planejamento, regulação e fiscalização de serviços (art. 11, incisos III e V).

A lei do setor atribui tanta importância à regulação que estabelece capítulo específico para o assunto definindo a função, os objetivos e outras normas para o exercício da regulação, permitindo, inclusive, que a delegação destas funções para qualquer entidade reguladora (art. 23, § 1º) especialmente quando for o caso de gestão associada ou de prestação regionalizada dos serviços, *in verbis*:

Art. 24. Em caso de gestão associada ou prestação regionalizada dos serviços, os titulares poderão adotar os mesmos critérios econômicos, sociais e técnicos da regulação em toda a área de abrangência da associação ou da prestação.

Sendo este o estado da legislação, a previsão de regulação por agência reguladora municipal, na forma da Lei Municipal n. 1.347, de 23 de setembro de 2021, e previsto no Edital de Concorrência Pública n. 002/2021, Item 12.2 - Do Custo da Regulação e Fiscalização e Anexo 15 – Lei Municipal que Cria a Agência Reguladora de Saneamento Básico do Município de Xique-Xique, atenderia, em tese, ao exercício da titularidade municipal dos serviços de saneamento básico.

Ocorre, entretanto, que estamos tratando de **prestação regionalizada**, conforme seção anterior dessa inicial, em que o serviço público é definido como de interesse comum aos entes federativos integrados compulsoriamente na **Microrregião de Irecê - MSB/IRC**, por força do art. 25, § 3º, CF/88 e art. 6º, Constituição do Estado da Bahia c/c Lei Complementar do Estado da Bahia n. 48, de 10 de junho de 2019, sendo que os processos de prestação regionalizada são exercidos **em conjunto** pelo grupo de entes federativos integrantes da Microrregião. É clara a dicção do art. 8º, inciso II, da Lei n. 11445, de 05 de janeiro de 2007, alterada pela Lei n. 14.026, de 15 de julho de 2020, *ipsis litteris*:

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

I - *omissis*

II - o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões

metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum

Dai que o parágrafo 5º do mesmo artigo 8º tem que ser lido em harmonia com o exercício da titularidade da Microrregião pelo Estado da Bahia em conjunto com os demais Municípios que integram a Microrregião de Irecê - MSB/IRC para dizer que **o titular dos serviços públicos de saneamento básico É o conjunto de entes integrantes da microrregião e NÃO o Município ré de forma isolada.**

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

E mais, segundo a Lei Complementar do Estado da Bahia n. 48, de 10 de junho de 2019, a atribuição para a execução de funções públicas de interesse comum é do Colegiado Microrregional (art. 9º, inciso I) como instância máxima da autarquia intergovernamental que delibera com votos do Estado da Bahia e dos demais vinte e um (21) Municípios que integram a Microrregião de Irecê - MSB/IRC (art. 8º).

A precipitação do Município réu em lançar edital de Concorrência Pública para conceder os sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário de forma isolada e não autorizada pelo Colegiado Microrregional extrapolou, como dito ao norte, a competência constitucional e legal que lhe é atribuída em claro conflito de competências federativo.

Mesmo que haja possibilidade de promoção de licitação e contratação de prestação de serviços públicos de saneamento de forma isolada (art. 9º, inciso VII, Lei Complementar do Estado da Bahia n. 48, de 10 de junho de 2019) está exceção depende de **deliberação autorizava expressa do Colegiado Microrregional da Microrregião de Irecê - MSB/IRC**, o que mais sustenta a regra geral de exercício de competência federativa em conjunto do que convalida, *data venia*, o inválido processo licitatório promovido pelo município réu.

Daí não ser difícil de, seguindo a mesma linha de raciocínio, entender o porquê de também ser da competência conjunta do Colegiado Microrregional da Microrregião de Irecê - MSB/IRC definir a entidade reguladora responsável por regular e fiscalizar a prestação do serviço público de saneamento básico, caracterizado como de interesse comum microrregional.

Art. 9º - São atribuições do Colegiado Microrregional:

V - definir a entidade reguladora responsável pelas atividades de regulação e de fiscalização dos serviços públicos de interesse comum, bem como estabelecer as formas de prestação destes serviços;

Logo, as previsões do Edital que direcionam à entidade reguladora do contrato de prestação de serviços públicos de saneamento entre o Poder Concedente e a Concessionária

como sendo de responsabilidade da Agência Reguladora de Saneamento Básico do Município de Xique-Xique, criada pela Lei Municipal n. 1.347, de 23 de setembro de 2021, está em frontal desrespeito a toda legislação de regência (art. 25. § 3º, CF/88 e art. 6º, Constituição do Estado da Bahia c/c Lei Complementar do Estado da Bahia n. 48, de 10 de junho de 2019, e, ainda, contraria a eficácia contra todos e o efeito vinculante (art. 102, § 2º, CF/88) do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI 1.842/RJ, rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2013) que também carrega, por arrastamento, ilegalidade ao próprio Contrato Administrativo minutado no Edital da Concorrência Pública n. 002/2021 por força do art. 11, inciso III, *in fine*, da Lei n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007, que define como condição de validade do contrato de prestação de serviços públicos de saneamento básico a designação da entidade de regulação e de fiscalização.

E não está nem em caso a alegação de haver um *vacatio legis* da norma complementar estadual porque qualquer omissão administrativa neste sentido já é resolvida por expressa previsão normativa da mesma norma complementar estadual que atribui a competência regulatória e de fiscalização à entidade estadual, no caso a Agência Reguladora de Saneamento Básico do Estado da Bahia (AGERSA), vejamos:

Art. 15 - Enquanto não houver disposição em contrário do Colegiado Microrregional, as funções de regulação e de fiscalização dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário serão desempenhadas por entidade estadual.

Mais uma vez qualquer que seja o olhar que se lance sobre a questão da agência reguladora dos serviços integrados de saneamento básico da Microrregião de Irecê - MSB/IRC, a conclusão é novamente pela nulidade do ato administrativo (Concorrência Pública n. 002/2021) que substituiu a AGERSA por Agência Reguladora municipal não havendo outra solução jurídica senão a **declaração de nulidade do procedimento licitatório de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário do Município de Xique-Xique/BA concretizado na Concorrência Pública n. 002/2021 e no Processo Administrativo n. 199/2021, bem como os efeitos jurídicos dele decorrentes.**

3. DA FALTA DE PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE NA DISCUSSÃO SOBRE O EDITAL DE LICITAÇÃO E DA MINUTA DO CONTRATO. SUPRESSÃO INCONSTITUCIONAL E ILEGAL DO CONTROLE SOCIAL COMO FERRAMENTA DE EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA DIREITA.

O Edital de Concorrência Pública n. 002/2021 prevê a concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no município de Xique-Xique sendo, portanto, impositivo que se realizem audiência e consulta públicas sobre o edital em si e também a minuta do contrato, tudo como condição de validade do contrato administrativo decorrente da disposição do art. 11, inciso IV, da Lei n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007.

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

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

A página de *internet* que registra todos os documentos da Concorrência Pública n. 002/2021 (<http://www.xiquexique.ba.gov.br/consulta-publica-concessao-do-saae>) indica a existência de 1ª Audiência Pública com lista de frequência, convocação, ata da audiência pública e *slides* apresentados na oportunidade. Sobre a Consulta Pública registra apenas duas sugestões enviadas por particulares interessados.

Pois bem, uma leitura atenta do Ato Convocatório da Audiência Pública informa, no artigo 3º, que, apesar de a audiência ser pública, há uma seleção de pessoas que podem se fazer presentes sendo que os demais só poderão acompanhar a audiência pública por meio de transmissão ao vivo pelo *Facebook*.

Art. 3º - Em virtude da pandemia da COVID—19 e das medidas restritivas sanitárias estaduais e municipais, a Audiência Pública terá transmissão ao vivo pelo meio eletrônico abaixo citado, com a possibilidade da presença física dos vereadores, secretários municipais, representantes do Ministério Público, do SAAE, da Igreja Católica, Igrejas Evangélicas, Maçonaria, Lions Club, Colônia dos Pescadores, Rotary Club, APLB, OAB — Ordem dos Advogados do Brasil, emissoras de rádio locais, mediante utilização de máscara de proteção e observância ao distanciamento social.

> facebook.com/prefeituraxiquexique

Ora resta claro e evidente que a maior parte dos interessados ***não*** poderá estabelecer diálogo produtivo e democrático por meio do aplicativo eletrônico que ***não*** permite a interação robusta e eficiente sobre assunto de grande interesse coletivo. O “*debate*” para esse conjunto de pessoas ficará restrito a possíveis perguntas escritas encaminhadas por *chat*.

Não obstante, é preciso dizer que há **direito de discussão prévia** dos indivíduos afetados pelo projeto de concessão do saneamento municipal como cidadãos e também como consumidores, o que se alinha diretamente à diretriz de transparência dos procedimentos e das decisões para concessão inscrita no art. 2º, inciso IX, da Lei n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007.

Assim, qualquer dos modelos de concessão seguem sempre a mesma linha de determinação de um **direito de participação / cooperação / discussão prévia** dos indivíduos afetados e consumidores de serviço Público (arts. 6º, inciso III, e 22, CDC). É sempre assegurado que os indivíduos afetados tomem conhecimento por audiência pública de ampla divulgação social dos procedimentos adotados ao longo do período de modelagem jurídica e

econômica do projeto de concessão e seu lançamento em concorrência pública; tudo de forma **prévia** na fase interna de elaboração do procedimento que lhes possibilitem verdadeiramente participarem na sua construção, corrigindo direcionamentos ou mesmo rejeitando-o quando contrários ao interesse público predominante.

É por esta razão que é tão importante que se realizem verdadeiros debates públicos que não podem reduzir de qualquer maneira o acesso dos cidadãos consumidores às informações e à possibilidade dialógica de interagir com os temas postos em debate.

Como garantir que a população do município do Município de Xique-Xique, possa efetivamente exercer **direitos democráticos de auto-regulação de sua própria vida** se o Ato Convocatório da Audiência Pública para discutir a concessão do saneamento básico municipal e a minuta do contrato foi construído excluindo-a *a priori* da participação efetiva de seu conteúdo correndo a discussão sobre sua própria vida em total paralelo a seu conhecimento?!

A fase de modelagem do estatuto jurídico e econômico da concessão deve ser **democraticamente partilhada com o controle social (accountability)** estabelecido expressamente pela legislação de regência (Lei n. 11.445/07 - Lei de Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico) nos artigos 2º, inciso X, e 3º, inciso IV. Tudo sob pena de acontecer o que aconteceu no projeto de concessão, ora impugnado, que se encontra em fase administrativa adiantada de constituição da SPE para assumir o serviço público municipal reduzindo, ilegalmente, a capacidade da população municipal de decidir seus próprios interesses sociais.

O controle social transita por toda a legislação de descentralização do serviço público. É assim na Lei de Concessões e Permissões (**Lei n. 8.987/95**) que atribui direito ao usuário consumidor (art. 7º, inciso II) de receber do poder concedente as informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos, como obtenção de certidões (art. 22) e outros previstos no contrato de concessão (art. 23, inciso VI) e dos dispositivos do **CDC** em clara aplicação da **Teoria do Diálogo de Fontes**.

O mesmo princípio é seguido pela **Lei n. 9.074/95** que regulamenta outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços público, quando estabelece em seu art. 33, que é imprescindível a participação dos usuários na fiscalização, tornando sempre disponível a ele relatório periódico dos serviços prestados.

Da mesma forma é a **Lei n. 11.445/07** - Lei de Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico que assegura aos usuários de serviços públicos de saneamento básico (art. 27) amplo acesso a informações sobre os serviços prestados e também a consulta ou audiência pública para recebimento de sugestões e críticas sobre a elaboração e revisão dos planos de saneamento básico (art. 51) e também análise do órgão colegiado de controle social do art. 47.

Ora, como afirmar que as regras de governança e transparência venham a ser implementadas no cotidiano da execução do contrato, se a modelagem jurídica e econômica que pretensamente indicou como imperativo ao interesse público o transpasse do serviço de esgotamento sanitário prestado pelo SAAE de Xique-Xique a concessionário privado, sem que o

titular desse interesse, isto é o público, o povo, a população municipal, nem, ao menos, teve a oportunidade de se manifestar sobre a construção e desenvolvimento do projeto?

Como se vê a legislação forma um bloco legal congruente com o princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF/88) que garante aos indivíduos a auto-condução de sua vida com ampla participação nos desígnios do Estado indicando diretamente aos governos o que, efetivamente, representa seu interesse público. E não, inconstitucional e ilegalmente, assumindo que autoridades públicas possam ditar o que é melhor para a coletividade, deixando-a isolada da tomada de decisões.

Ao Estado Liberal com liberdade civis que fundamenta o tema da descentralização do serviço público construindo pontes com o investimento privado, é estranho perceber a **exclusão prévia da participação da sociedade (controle social)**.

É ainda mais estranho tomar conhecimento de que o assunto não é inédito para a administração municipal, eis que foi objeto de Impugnação ao Edital da Concorrência Pública n. 002/2021 de lavra do Dr. José Ricardo Biazzo Simon, OAB/SP n. 127.708, datada de 08 de setembro de 2021 (documento 12.3., listado no sítio da consulta pública (<http://www.xiquexique.ba.gov.br/consulta-publica-concessao-do-saae>)).

A Administração Pública acolheu muito itens da Impugnação indicada sendo ela inclusive responsável pela suspensão do primeiro edital e lançamento do segundo edital, ora questionado, mas no ponto ora em debate, não reconheceu a ilegalidade da audiência pública, rechaçando os argumentos da impugnação nos seguintes termos.



**PREFEITURA MUNICIPAL DE XIQUE-XIQUE/BA.
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO
CONCORRÊNCIA PÚBLICA 002/2021**

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO.

IMPUGNANTE: JOSÉ RICARDO BIAZZO SIMON

Aportou nessa Comissão Permanente de Licitação, impugnação ao edital da concorrência pública 002/2021, assinada pelo impugnante acima, contendo 50 (cinquenta) folhas, cujo teor se relaciona a diversas irregularidades por ele entendidas, constantes no edital.

Estando protocolizada a impugnação dentro do prazo de lei, e também disposto no edital em questão, a comissão após análise dos pontos decidiu da forma que segue.

DA ILEGALIDADE DA AUDIÊNCIA PÚBLICA.

O impugnante diz que vedou a ampla participação popular a audiência pública realizada.

Em verdade, a realização da audiência pública aconteceu de forma legal, com publicação obedecendo o prazo da lei, e oportunizando a todos os interessados, que participassem da forma como preferisse, seja por meio virtual, seja presencialmente obedecendo-se as medidas de profilaxia em razão da pandemia.

Tanto é verdade, que a participação popular foi exercida por meio da manifestação de vereadores, e pessoas da sociedade civil, como se comprova pela documentação existente publicada no site do Município, bem como no facebook da prefeitura. Houve ainda o recebimento de missivas e sugestões quanto ao edital.

Portanto, não prospera a alegação do impugnante, neste ponto.

Ao contrário do afirmado, **a participação popular NÃO foi livre e desimpedida** para que “*participassem da forma como preferisse, seja por meio virtual, seja presencialmente*”. Isto porque o instrumento convocatório era claro e específico que somente um pequeno grupo prévia e unilateralmente selecionado de munícipes poderiam participar presencialmente. Ao grande grupo de populares era previamente indicada a “*participação*” via *Facebook* que, como é de conhecimento geral, permite uma única forma de interação, via *chat*, que é incapaz de qualificar a participação do interessado como verdadeiramente democrática.

Aqui o ato convocatório e o próprio *iter* da Audiência Pública dividiu a sociedade em dois grupos distintos de participantes, sendo apenas ao primeiro garantido o pleno acesso ao debate democrático e verdadeiro controle social sobre o edital de concessão e a minuta do contrato.

Nem se diga que o protocolo de proteção contra a disseminação da COVID-19 foi a razão de ser da restrição da participação popular na “*audiência pública*” porque nesse caso seria razão de se realizarem tantas verdadeiras Audiências Públicas quanto fossem necessárias para contemplar o debate maduro, plural e participativo.

Não bastam que poucas autoridades já conhecedoras do projeto, até mesmo porque parte delas o ajudou a elaborar, “*discutam*” o tema em “*Audiência Pública*”. É preciso dar concretude específica ao princípio da democracia e do controle social. Algo que infelizmente não se viu nos atos preparativos da licitação de concessão do serviço público de saneamento municipal.

Veja que se o art. 39 da Lei de Licitações Públicas (Lei n. 8.666/93) usa como parâmetro para a obrigatoriedade de Audiência Pública, o valor monetário de cento e cinquenta milhões de reais, o que dizer de uma Concorrência Pública com valor contratual superior em mais de cinquenta milhões de reais e com prazo de duração de trinta (30) anos que pode ser prorrogado por mais trinta (30) anos que **não ouve a população diretamente interessada?**

Como indicar que a condição de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico (art. 11, Lei n. 11.445/07) tenha sido democraticamente satisfeita pela realização de prévia audiência (inciso IV) se grande parte da população municipal já se encontrava previamente excluída da Audiência Pública **NÃO** tendo conhecimento, **NEM** oportunidade de esclarecer, debater, criticar e sugerir, sobre o edital de licitação e sobre a minuta do contrato?

A resposta a ambas as perguntas pode ser tomada do Acórdão n. 2397/2017 do TCU na lavra do relator Ministro Aroldo Cedraz quando, referindo-se à ilegalidade e vício insanável da violação do art. 39 da Lei n. 8.666/93, diz que “*o princípio mais relevante promovido por essa norma é o da transparência em contratações de elevado valor, e não apenas a busca por maior eficiência ante a possibilidade de se discutir com os licitantes a melhor solução técnica em serviços complexos*”.

Logo, uma efetiva e verdadeira audiência pública é imprescindível para garantir a democraticidade dos projetos públicos submetendo-os ao **controle social efetivo** que lhes garanta a transparência da busca pelo interesse social e também evitar, detectar e remediar a ocorrência de irregularidades, fraudes e corrupção (*compliance*).

É evidente a nulidade do procedimento licitatório para contratação de concessão concretizado pelo Edital de Concorrência Pública n. 002/2021.

4. DA EXCLUSÃO DA ZONA RURAL DO MUNICÍPIO DE XIQUE-XIQUE/BA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE. DISCRIMINAÇÃO ECONÔMICO-SOCIAL DOS CIDADÃOS RESIDENTES NA ZONA RUAL DO MUNICÍPIO. FUNDAMENTOS DO ATO JUSTIFICATIVO DA OUTORGA DA CONCESSÃO CONTRÁRIOS ÀS NORMAS EDITALÍCIAS.

Vê-se no item 1.1.1. do Edital de Concorrência Pública n. 002/2021 que define como área de abrangência da concessão o perímetro urbano e distritos **com a exclusão da zona rural do município** que continuará com serviços sendo prestados pela SAAE-Xique-Xique, o que leva a dúvidas jurídicas relevantes quanto à garantia de prestação adequada de serviço público essencial à sobrevivência humana com condições mínimas de saúde pública para o conjunto da população municipal, na forma dos arts. 196 e 200, IV, ambos da Constituição Federal de 1988. Vejamos.

É o Abastecimento de Água, segundo a Organização Mundial de Saúde, um dos elementos integrantes do complexo sistema de serviços públicos de saneamento apto a garantir o controle de fatores do meio físico que cercam o homem e exercem, ou podem exercer, efeitos nocivos sobre o seu bem estar físico, mental e/ou social. Portanto, **deve-se garantir o abastecimento de água às populações, com qualidade compatível com a proteção da saúde e em quantidade suficiente para a garantia de condições básicas de conforto.**

Em específico no Município de Xique-Xique com população para 2019, indicada pelo IBGE, de 43.750 – sendo **33.420** habitantes da zona urbana (76,4 % do total) e **10.330** da zona rural (**23,6% do total**) (Tabela n. 01 - Cidade de Xique-Xique-BA. Evolução Populacional Estimada) –, a prioridade da política pública **democrática** é atender às demandas sociais de toda a população e, em termos de defesa de **direitos humanos**, o atendimento deve ser prioritário aos mais vulneráveis, àqueles que estejam em situação econômico-social mais desfavorável.

Sobre o ponto é importante indicar que o Plano Municipal de Saneamento Básico do Município de Xique-Xique – Produto 2 Diagnóstico da Situação do Saneamento Básico, especificamente em seus pontos 5.1. – Diagnóstico do Sistema de Abastecimento de Água, 5.1.5 Comunidades rurais, constata que **NÃO há atendimento pelo sistema coletivo de abastecimento de água**, e ainda não se tem informações técnicas e operacionais dos sistemas individuais mantidos por moradores locais e/ou contratos pelo próprio SAAE. E quanto ao

esgotamento sanitário, diretamente nos pontos 5.2. - Diagnóstico do Sistema de Esgotamento Sanitário, 5.2.5. Comunidades rurais:

Como mencionado anteriormente, de modo geral, as comunidades rurais do município de Xique-Xique **não possuem sistemas adequados de coleta e tratamento de esgoto**. Geralmente, os efluentes domésticos gerados nas comunidades são destinados para fossas rudimentares, à céu aberto ou diretamente nas vias públicas e/ou em corpos hídricos, sem qualquer tratamento prévio.

Em visita técnica na comunidade Boa Vista, ocorrida em setembro de 2017, foi possível observar que poucas residências possuem fossas construídas (Figura 165 – coordenadas UTM 766115.78 E 8836863.27 S), sendo a grande maioria rudimentar. Dessa forma, **é recorrente o lançamento de esgoto em via pública**, conforme apresentado na Figura 166 (coordenadas UTM 766028.49 E 8836679.81 S). (Grifos opostos).

Tudo isso a contrapor diretamente ao que a Concorrência Pública n. 002/2021 estabelece como área de concessão: **apenas o perímetro urbano e distritos do Município de Xique-Xique**. Contrapõe-se, também, ao **Plano Municipal de Saneamento** que tem como **Diretriz** principal, em alinhamento com a Lei n. 11.445/07, a “*a universalização do acesso aos serviços de saneamento básico com qualidade, equidade e continuidade, por meio de metas definidas em um processo participativo*”.

Neste sentido, se o Ato Justificativo de Outorga da Concessão indica a **falta de capacidade de investimento por parte do Município de Xique-Xique**, então como estruturar uma linha de raciocínio adequada e coerente para o fato de que **grande parte da população do Município de Xique-Xique**, que se encontra morando na zona rural, **NÃO** será atendida pelo projeto que visa garantir recursos para o abastecimento de água do Município de Xique-Xique?

Ademais, se a zona rural é aprioristicamente excluída da área de concessão da Concorrência Pública n. 002/2021 permanecendo sob a gestão precária da Prefeitura Municipal devido a necessidade de “*realização de vultosos investimentos financeiros, em obras relevantes, materiais, produtos e tecnologias, o que poderá inviabilizar outras áreas da Administração Municipal, igualmente relevantes, a exemplo da saúde pública. cada vez: mais necessitada de investimentos, devido, principalmente, a grave crise pela qual atravessamos, devido a pandemia, cujos efeitos e consequências são impossíveis de conhecer, nesse momento*” reconhecida pelo próprio Ato Justificativo de Outorga da Concessão.

E também constata a “*impossibilidade de obtenção de autofinanciamentos junto ao setor de saneamento a permitir o aporte de investimentos capazes de atender ao que se espera de um serviço público de captação, tratamento e distribuição de água à sua população, que sequer existe previsão de quando esse financiamento poderia ocorrer, o que exige a adoção de*

medidas práticas a permitir a execução do serviço por terceiros, detentores de conhecimento prático da realidade e das condições financeiras e patrimoniais para tanto”.

Então, como garantir que os preceitos constitucionais, legais e do Plano Municipal de Saneamento da universalização do abastecimento de água sejam respeitados?

Por fim, a manter a área de concessão com exclusividade para a zona urbana, seria dizer que, uma vez implementados os serviços da concessionária, teremos dois grupos de cidadãos de Xique-Xique: **um morador da zona urbana** a ser atendido por investimentos previstos de **R\$-20.522.768,36** (vinte milhões, quinhentos e vinte e dois mil, setecentos e sessenta e oito reais e trinta e seis centavos) para o abastecimento de água e **R\$-34.466.783,77** (trinta e quatro milhões, quatrocentos e sessenta e seis mil, setecentos e oitenta e três reais e setenta e sete centavos) para o esgotamento sanitário, totalizando um montante de investimento previsto de **R\$-54.989.552,13** (cinquenta e quatro milhões, novecentos e oitenta e nove mil, quinhentos e cinquenta e dois reais e treze centavos) da Concorrência Pública n. 002/2021, e **outro morador da zona rural – EXCLUÍDO** da área de concessão da Concorrência Pública n. 002/2021 – que continuará a ser atendido pela gestão municipal do serviço que é **confessadamente precária** e que **confessadamente tem séria limitação de investimentos** e de capacidade de endividamento?

Tal situação não viola diretamente os arts. 5º, caput; 12, § 2º, e 150, inciso II, da Constituição Federal de 1988 e os arts. 3º e 4º, incisos I, III, XXI, XXIII e XXV, da Lei do Município de Xique-Xique n. 1.273/2020 – Política Municipal de Saneamento Básico.

Não fossem as diversas normas jurídicas violadas a nível constitucional, de legislação federal e de legislação municipal (arts. 5º, caput; 12, § 2º, e 150, inciso II, da Constituição Federal de 1988 e os arts. 3º e 4º, incisos I, III, XXI, XXIII e XXV, da Lei do Município de Xique-Xique n. 1.273/2020 – Política Municipal de Saneamento Básico) também é preciso destacar que a Ação Popular também tem competência para fazer o controle de moralidade da administração pública inscrito no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988 e art. 13, caput, da Constituição do Estado da Bahia.

Por isso, se mais não fosse, **é atentatório à moralidade administrativa** a afirmação de que a exclusão da Zona Rural da aclamada solução econômico-financeira para a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário é medida administrativamente razoável porque os habitantes da Zona Rural que constituem a grande parte da população municipal não tem capacidade financeira para remunerar a empresa privada vencedora do processo licitatório.

Inverte-se o eixo fundamental que justifica a Administração Pública para desprestigiar justamente a parte da população – aliás, a **23,6 % da população municipal** – que

é hipervulnerável e que tem sofrido mais que proporcionalmente com a desassistência da prestação do serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Àqueles que tem **melhor condição financeira** e que já são servidos por um sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário de melhor qualidade serão dirigidos os **R\$-54.989.552,13** (cinquenta e quatro milhões, novecentos e oitenta e nove mil, quinhentos e cinquenta e dois reais e treze centavos) da Concorrência Pública n. 002/2021. Enquanto, os **moradores da Zona Rural** ficarão desassistidos de políticas públicas de investimentos porque nem o erário municipal tem condições confessadas de aportar tais recursos, nem a empresa concessionária terá competência para prestar tais serviços na zona rural por disposição expressa das normas editalícias.

Não é desconhecido pela Administração Pública de Xique-Xique o **artigo 26, § 1º, da Constituição do Estado da Bahia** a determinar que as licitações promovidas pelos Municípios observem, sob pena de nulidade, o **princípio da isonomia e moralidade administrativa**. Também é sabido que tal princípio se resume na ideia de “*tratar os iguais igualmente, e os desiguais desigualmente na medida de sua desigualdade*”.

Assim, haveria espaço para o ente federativo municipal tratar os munícipes de forma desigual se o critério de discrimen fosse constitucionalmente razoável. Ou seja, se o fator que determina o tratamento desigual entre os habitantes de Xique-Xique fosse justificável dentro do acervo ético da Constituição Federal e Estadual.

Vê-se, no entanto, **até não mais poder**, que os argumentos utilizados, de fundo meramente econômico-financeiro, não são suficientes para que cidadãos municipais sejam tratados com tamanha discriminação econômico-social ao excluir os habitantes da Zona Rural dos benefícios pretendidos na melhoria do sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário resultante do investimento projetado pelo próprio Edital de **R\$-54.989.552,13** (cinquenta e quatro milhões, novecentos e oitenta e nove mil, quinhentos e cinquenta e dois reais e treze centavos).

Também não é isonômico pretender que a comunidade que está mais distante de um abastecimento de água e esgotamento sanitário compatível com a dignidade humana – e, por isso, em situação de **hipervulnerabilidade** – tenha que aguardar um futuro incerto de melhorias do serviço público sob ônus de violações contínuas e massivas de seus direitos humanos básicos como saúde que se agravam continuamente pela intensificação e difusão de doenças originadas no consumo de água sem tratamento e não recomendável – algumas vezes, impróprio – para o consumo humano.

Em suma, resta caracterizada a necessidade da **declaração judicial de nulidade** do Edital de Concorrência Pública n. 002/2021 da Prefeitura Municipal de Xique-Xique ante os vícios apontados acima que opõem-se aos **arts. 5º, caput; 12, § 2º; 37, caput, e 150, inciso II, da Constituição Federal de 1988**; ao **art. 13, caput, da Constituição do Estado da Bahia**; e

aos arts. 3º e 4º, incisos I, III, XXI, XXIII e XXV, da Lei do Município de Xique-Xique n. 1.273/2020 – Política Municipal de Saneamento Básico.

5. DA FÓRMULA DE REAJUSTE DE TARIFA (ITEM 10.3.3). DESPROPORCIONALIDADE DOS COMPONENTES DA FÓRMULA DE REAJUSTE QUE IMPÕEM AUMENTO NÃO RAZOÁVEL DO VALOR DA TRA E TRE. VIOLAÇÃO DA MODICIDADE TARIFÁRIA. DESEQUILÍBRIO DA MATRIZ DE DISTRIBUIÇÃO DE RISCO DO CONTRATO. ALÉA ECONÔMICA COMPLETAMENTE IMPONDERÁVEL COM RISCOS REAIS À MODICIDADE TARIFÁRIA E À CAPACIDADE ECONÔMICA DO ERÁRIO MUNICIPAL (ITEM 10.3.4). IMPOSSIBILIDADE.

O item 10.3. - Declaração Explícita da Licitante de sua Proposta de Preços do Edital de Concorrência Pública n. 002/2021 define parâmetros para que o licitante possa apresentar proposta de preços de TRA (Tarifa dos Serviços de Água) e TRE (Tarifa dos Serviços de Esgoto) e informa que a concessionária será remunerada **exclusivamente** pela cobrança das tarifas e taxas indicadas na Tabela 5 do Edital.

E mais, indicam que o contrato pressupõe o equilíbrio econômico-financeiro e que a relação de reajuste da TRA/TRE será presidida por fórmula específica, *in verbis*:

10.3.3 – As tarifas e taxas fixadas na Tabelas 05, 06 e Anexo 08 pressupõem o equilíbrio econômico–financeiro do contrato. Este equilíbrio presidirá a relação entre as partes, durante todo o período da concessão. Nenhum reajustamento ou realinhamento de remuneração, para mais ou para menos, se dará sem o atendimento as normas de caráter geral ditadas pela legislação federal. Os reajustamentos atenderão a seguinte fórmula:

$$R = [0,30(S_{mi}/S_{mo}-1)+0,35(T_{ei}/T_{eo}-1)+0,35(IGP_i/IGP_o - 1)]+1,0$$

Onde:

Sm - é o índice aplicado ao valor do salário mensal pago por força de acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho ou dissídio coletivo para o pessoal da concessionária.

Te - é o valor da tarifa de energia elétrica aplicável à concessionária.

IGP - é o Índice Geral de Preços do Mercado (**IGP-M**), publicado pela Revista Conjuntura Econômica, da Fundação Getúlio Vargas.

Considera-se como data base (Smo, Teo, IGPo), para os efeitos do reajustamento, a da apresentação das propostas da licitante / concessionária. (i = índices referentes ao mês do reajustamento desejado).

A mesma regulamentação está presente na Minuta do Contrato de Concessão, Cláusula Sexta, Parágrafo Quarto, alínea 'c'.

Sobre o assunto é importante também indicar o item 10.3.4 do Edital de Concorrência Pública n. 002/2021 que por ato discricionário da Prefeitura Municipal de Xique-Xique poderá limitar o reajustamento das tarifas assumindo integral e exclusiva responsabilidade pela manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Ou seja:

10.3.4 – A Prefeitura Municipal de Xique-Xique - BA assume responsabilidade exclusiva pela manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, se e quando limitar o reajustamento das tarifas por ato de administração ou por força de Lei Municipal.

O tema é reafirmando na Minuta do Contrato de Concessão na Cláusula Sexta, Parágrafo Quarto, alíneas 'd' e 'e', e melhor explicitado na Cláusula Sexta, Parágrafo Terceiro; vejamos.

PARÁGRAFO TERCEIRO

Caso a PREFEITURA MUNICIPAL, por razões de interesse público, devidamente fundamentadas, decida não autorizar o reajuste e/ou a revisão das tarifas e da tabela de prestação de serviços, quando estes se fizerem necessários, em decorrência de quaisquer motivos causadores de desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato, a própria PREFEITURA MUNICIPAL será responsável pelo reembolso à Concessionária dos valores necessários à retomada do referido equilíbrio no Contrato.

Assim, temos delineada uma problemática sobre o reajustamento anual da tarifa de serviços de água e esgoto com impacto direto tanto no consumidor cativo¹ de tais serviços quanto para o erário público como garantidor em última instância do princípio da modicidade tarifária. Vejamos com detalhes.

A fórmula de reajustamento anual é aplicada com periodicidade de doze meses independentemente de qualquer trava contratual de cumprimento de metas de eficiência definidas no contrato ou em qualquer outra norma regulamentadora. Para deixar tal ponto claro, veja-se os termos dos Questionamento 4 realizado pelo escritório de advocacia Batista, Uchida, Uehbe - Advogados e a resposta da Comissão de Licitação, *in verbis*:

Questionamento 4: Entendemos que a negativa do Concedente quanto à aplicação de pedido de reajuste tarifário formulado pelo Concessionário poderá ocorrer somente em caso de erro no cálculo da

¹ Diz-se **consumidor cativo** porque os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário são caracteristicamente monopólios naturais do prestador do serviço público, portanto não há opção ao consumidor de buscar prestador alternativo contabilizando-se como cativo ao prestador monopolista, ainda mais porque sendo tais serviços essenciais, também não há opção de deles desligar-se.

fórmula paramétrica prevista na cláusula 6ª do Contrato de Concessão. Favor confirmar se o entendimento esta correto.

Questionamento 04 — RESPOSTA.

O entendimento está correto.

Assim, a par da correção monetária decorrente dos efeitos inflacionários da economia, o reajuste anual será aplicado independentemente de qualquer outro fator, porém as variáveis adotadas na fórmula de reajuste **não são condicentes** com a prestação do serviço de saneamento básico isto porque sua aplicação resultará em **reajuste exorbitante** da TRA/TRE para muito além da simples reposição do impacto inflacionário com claros prejuízos da modicidade tarifária.

A fórmula adota um método específico em que 30% do reajuste é feito pelo aumento de salários do pessoal da concessionária, 35% pelo reajuste da energia elétrica aplicável à concessionária e 35% pelo IGP-M (Índice Geral de Preços do Mercado).

O impacto do resultado da fórmula de reajuste anual sobre a TRA/TRE **não é desprezível**, posto ser de conhecimento geral que a ANEEL prevê aumento de **21,04%**² do valor da energia elétrica para 2022, já o IGP-M já acumula alta de **17,78%** nos últimos 12 meses (janeiro a dezembro de 2021)³. Só com essas duas variáveis fica claro que a TRA/TRE de Xique-Xique terá reajuste muito acima do índice médio da inflação, ainda mais porque adota fatores imponderáveis definidos de forma **exógena** e que **não implicam em relação direta** com a melhoria da qualidade da prestação do serviço.

É dizer que o Poder Concedente definiu fatores de reajustamento exógenos que **NÃO tem nenhuma ingerência ou controle NEM tem estudo de impacto financeiro na TRA/TRE**, posto que a energia elétrica sofre reajustamento pelo contingenciamento do setor e precariedade da infraestrutura de geração e distribuição de energia elétrica, sendo certo que a inconstância do regime de chuvas no Brasil tem justificado a cobrança de sobretarifas de bandeiramento vermelho que persistirão em um cenário de médio e longo prazo. E ainda que os Estados tem se utilizado de altas alíquotas de ICMS incidente na energia elétrica para melhor sua arrecadação tributárias.

Já o índice inflacionário escolhido **é totalmente despropositado**. Isto porque o Índice Geral de Preços de Mercado (IGP-M) apura as variações de preços de matérias-primas

² Notícias vinculadas nos sítios da seção de **Economia da UOL** <https://economia.uol.com.br/noticias/estado-conteudo/2021/11/12/conta-de-luz-vai-subir-21-em-2022-por-cao-da-rombo-da-cri-se-hidrica-preve-aneel.htm>; do **Correio Braziliense** <https://www.correiobraziliense.com.br/economia/2021/11/4962828-aneel-estima-aumento-de-2104-na-cao-de-energia-eletrica-em-2022.html>; e do **G1** <https://g1.globo.com/economia/cri-se-da-agua/noticia/2021/11/12/area-tecnica-da-aneel-ve-necessidade-de-reajuste-medio-de-21percent-nas-contas-de-luz-em-2022.ghtml>.

³ Notícia IGP-M: Resultados 2021 no sítio da FGV https://portal.fgv.br/noticias/igp-m-resultados-2021?utm_source=portal-fgv&utm_medium=fgvnoticias&utm_campaign=fgvnoticias-2021-02-25

industriais e agrícolas no atacado e de bens e serviços finais de consumo com ampla variação percentual, mas que **não reflete o custo de vida das famílias** como o INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor) e o IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo), sendo esse último desde há muitos anos o índice oficial de inflação do Governo.

Veja que a escolha do índice inflacionário não é apenas aleatória, mas fundamentada na prestação de serviços públicos para famílias de renda mensal variada, mas com preponderância de famílias de baixa renda que estão enquadradas no conceito de vulnerabilidade econômico-social. Assim, a adoção do IGP-M ao invés do INPC ou IPCA mostra-se diretamente violadora dos direitos de tais consumidores cativos dos serviços de saneamento básico municipal.

Tal ponto não passou despercebido à Professora Rafaella Oliveira Baracho do EBTT - Meio Ambiente - IF Baiano Campus Xique-Xique, doutoranda em Ciências Ambientais (UFG), MSc Tecnologia Ambiental e Recursos (UNB), Engenheira Ambiental (UTFPR) quando direta e expressamente apontou em Resposta à Consulta Pública de Xique-Xique/BA⁴ que:

- Não é pertinente realizar a modelagem econômica utilizando o IGPM. É mais adequado usar o IPCA.

Para ilustrar em números a disparidade percentual entre os índices indicados vejamos os acumulados dos últimos 12 meses para o ano de 2021.

Mês/Ano	INPC %	IPCA %	IGP-M %
Dez/2021	10,1602	10,0611	17,7925
Nov/2021	10,9585	10,7385	17,8976
Out/2021	11,0796	10,6727	21,7403
Set/2021	10,7831	10,2464	24,8733
Ago/2021	10,4218	9,6797	31,1321
Jul/2021	9,8526	8,9946	33,8417
Jun/2021	9,2219	8,3469	35,7674
Mai/2021	8,8962	8,0559	37,0630
Abr/2021	7,5911	6,7592	32,0334
Mar/2021	6,9373	6,0993	31,1099
Fev/2021	6,2163	5,1953	28,9447
Jan/2021	5,5315	4,5591	25,7126

Fonte: Valor Consulting <https://www.valor.srv.br/>

⁴ Sugestão 02 <http://www.xiquexique.ba.gov.br/consulta-publica-concessao-do-saee>

A série histórica acima, e o quanto mais pudesse ser incluído para sustentar o argumento, é suficiente para indicar que o IGP-M é historicamente o índice de maior percentual acumulado em 12 meses com meses em que a amplitude percentual entre o IPCA (inflação oficial do Governo) e o IGP-M chega a impressionantes **29% (Mai/2021)!**

Outrossim, o IGP-M **NÃO** reflete a inflação oficial do Governo não sendo de ser utilizado para reajuste inflacionário de serviços públicos devendo, ao menos, ser substituído pelo IPCA, **quando não revista a fórmula de reajuste por inteiro já que quaisquer que sejam os olhares que se lancem sobre ela**, resultará em violação do princípio da modicidade tarifária com enriquecimento sem causa pela concessionária com equivalente prejuízo aos consumidores cativos.

Mas não fosse suficiente a exacerbação da fórmula de reajuste anual da TRA/TRE indicada no Edital de Concorrência Pública n. 002/2021, é ainda mais complicado perceber que na previsão contratual a matriz de risco do aumento excessivo da TRA/TRE será suportado pelo Município de Xique-Xique, vejamos.

Como indicado ao norte, a Cláusula Sexta, Parágrafo Terceiro do Contrato de Concessão confessa que, por razões de interesse público, caso haja um resultado exorbitante da aplicação da fórmula de reajuste nas tarifas e tabela de prestação de serviços, a Prefeitura Municipal não autorizará o reajuste, porém "**a própria PREFEITURA MUNICIPAL será responsável pelo reembolso à Concessionária dos valores necessários à retomada do referido equilíbrio no Contrato**".

Trocando em miúdos, o erário municipal está assumindo um risco econômico-financeiro (álea econômica) imponderável que traz impacto **não previsível** no reduzido poder econômico municipal como indicado nos Considerandos do Ato Justificativo da Outorga da Concessão. Da forma como está modelado economicamente o contrato de concessão, o risco contratual é assumido **unilateralmente** pelo Município Réu, a dizer, em última instância o risco é assumido pela fazenda pública municipal com reflexos diretos a todos os cidadãos de Xique-Xique.

Assim, não se pode tratar questão de forma aleatória desvirtuando, por completo, a **supremacia do interesse público** diante de parceiro privado que explorará, **sem qualquer risco**, o serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário recebendo os valores das tarifas de água e esgoto anualmente reajustadas, independentemente de qualquer outro parâmetro ou meta de eficiência. Pelo contrário, como o resultado da fórmula será sempre superior ao índice de inflação oficial do governo, a aplicação da fórmula de reajuste será sempre um "**prêmio**" ao concessionário que capitalizará anualmente valores de TRA/TRE mais que superiores à inflação, a despeito de qualquer outra ação que execute ao longo dos trinta (30) anos do contrato de concessão.

Sem entrar amiúde no mérito administrativo de que o Edital de Concorrência Pública no item 12.1.26, Tabela 02 preveja aumento da cobertura de coleta de esgoto no final de

dois (02) anos em 50%, mas a Proposta Comercial (Envelope 3) no Quadro 2 - Demonstrativo dos Valores dos Investimento (Água e Esgoto), p. 40, apresentado pelo consórcio vencedor, ora réu, indica investimento de esgoto no total de apenas R\$-122.143,80 (cento e vinte e dois mil cento e quarenta e três reais e oitenta centavos). Vê-se, portanto, que o aumento da cobertura de 50% de coleta de esgoto prevê insuficientes R\$-122.143,80 (cento e vinte e dois mil cento e quarenta e três reais e oitenta centavos), mas o reajuste anual da TRA/TRE estará contratualmente garantido!

Tal situação impõe a nulidade contratual na forma como estabelecida pelo art. 10-A da Lei n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007, porque o Poder Concedente, ora réu, assume **unilateralmente** o risco contratual sem a adequada repartição de risco entre as partes contratantes.

Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições:

IV - **repartição de riscos entre as partes**, incluindo os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

A legislação ao bem da eticidade e boa-fé objetiva determina que haja repartição de riscos entre as partes contratantes. E veja que a primeira parte do inciso trata de riscos ordinários, tratando a segunda parte daqueles extraordinários.

A repartição é condição sinalagmática do contrato de concessão que não pode ser negada pela confissão implícita do Poder Concedente que a fórmula de reajuste das tarifas será em médio prazo muito mais alta que a capacidade econômica dos consumidores cativos municipais sendo necessário **transformar a Concessão Simples em Concessão Patrocinada** assumindo o erário municipal todos os riscos econômicos-financeiros do horizonte contratual de trinta (30) anos em que os reajustes forem sendo anualmente aplicados.

O resultado é, de qualquer forma, nefasto, pois de qualquer maneira a população de Xique-Xique vai ter que suportar trinta (30) anos de reajustes da Tarifa de água e de esgoto, seja **diretamente** pagando à concessionária, seja **indiretamente** pagando via cofres públicos. Tal situação inviabiliza o contrato já no médio prazo e estabelece condição de equilíbrio econômico-financeiro claramente desigual impondo a **declaração judicial de nulidade** do Edital de Concorrência Pública n. 002/2021 da Prefeitura Municipal de Xique-Xique

III – DA NECESSÁRIA TUTELA DE URGÊNCIA EM CARÁTER ANTECEDENTE PARA SUSPENSÃO IMEDIATA DOS EFEITOS JURÍDICOS DA HOMOLOGAÇÃO DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA N. 002/2021 E PROCESSO ADMINISTRATIVO N. 199/2021.

No presente, se mostra caracterizado o claro receio de dano irreparável ou de difícil reparação que configura-se a continuidade dos efeitos jurídicos da homologação da Concorrência Pública n. 002/2021 e Processo Administrativo n. 199/2021, uma vez que ficou demonstrado que o procedimento licitatório para outorga da concessão do saneamento básico de Xique-Xique é nulo pelas diversas razões conjunta e isoladamente analisadas acima, cuja homologação já foram realizadas em 22 de dezembro de 2021. Assim, não resta outra alternativa senão requerer que se determine judicialmente a **suspensão imediata dos efeitos jurídicos da homologação da Concorrência Pública n. 002/2021 e Processo Administrativo n. 199/2021** mantendo-se a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário sendo prestados pela SAAE Xique-Xique até o julgamento final desta ação popular evitando assim que se perpetuem os danos ao patrimônio público.

É claro que a coletividade está diante de dano irreparável correspondente à continuidade dos efeitos jurídicos da homologação da Concorrência Pública n. 002/2021 que poderão se tornar permanentes caso se chegue à desmobilização integral dos equipamentos e pessoal técnico do SAAE Xique-Xique acarretando enormes prejuízos à população municipal.

As razões de pedir à necessária tutela de urgência em caráter antecedente demonstram à exaustão a probabilidade do direito alegado pelo autor popular que informam a necessária e tempestiva intervenção judicial para que os danos não se perpetuem ou ganhem corpo cada vez mais avantajado em prejuízo do interesse público em questão.

Os vícios mostrados acima tornam claro que a Concorrência Pública n. 002/2021, viola diversos parâmetros constitucionais e legais. São eles:

- arts. 25, § 3º, 102, § 2º (ADI 1.842/RJ, rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2013), CF/88; art. 6º, Constituição do Estado da Bahia; art. 2º, inciso XIV, 3º, inciso VI, alínea 'a', Lei n. 11.445/07; arts. 2º, *caput* e parágrafo único, 3º, 9º incisos V e VII, 10, inciso IV, 15, Lei Complementar da Bahia n. 48/19 – (Item II - Do Direito, número 1);
- arts. 25, § 3º, 102, § 2º (ADI 1.842/RJ, rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2013), CF/88; art. 6º, Constituição do Estado da Bahia; arts. 8º, *caput*, inciso II, e § 5º, 9º, inciso II, 11, incisos III e V, 23, § 1º, 24, Lei n. 11.1445/07; arts. 9º, incisos I, V e VII, e 15, Lei Complementar da Bahia n. 48/19 – (Item II - Do Direito, número 2);
- arts. 2º, incisos IX e X, 3º, inciso IV, 11, inciso IV, 27, 47 e 51, Lei n. 11.1445/07; arts. 6º, inciso III, 22, e 23, inciso VI, CDC; art. 39, Lei n. 8.666/93; art. 7º, inciso I, Lei n. 8.987/95; art. 33, Lei n. 9.074/95 – (Item II - Do Direito, número 3);
- arts. 5º, *caput*, 12, § 2º, 37, 150, inciso II, 196 e 200, inciso IV, CF/88; Lei n. 11.445/07; art. 13, Constituição do Estado da Bahia; arts. 3º e 4º, incisos I, III, XXI, XXIII e XXV, da Lei do Município de Xique-Xique n. 1.273/2020 – Política Municipal de Saneamento Básico – (Item II - Do Direito, número 4); e

- arts. 2º, inciso I, e 10-A, inciso IV, Lei n. 11.1445/07 – (Item II - Do Direito, número 5).

Desse modo, à guisa de sumariedade de cognição, os elementos indicativos de inconstitucionalidades e ilegalidades contidos na inicial trazem à tona circunstâncias de que o direito muito provavelmente existe (**fumus boni iuris**).

Acerca do tema em espécie, é do magistério de José Miguel Garcia Medina as seguintes linhas:

“... Sob outro ponto de vista, contudo, essa probabilidade é vista como requisito, no sentido de que a parte deve demonstrar, no mínimo, que o direito afirmado é provável (e mais se exigirá, no sentido de se demonstrar que tal direito muito provavelmente existe, quanto menor for o grau de periculum)”.⁵

Com enfoque semelhante, sustenta Nelson Nery Junior ao delimitar comparações acerca a probabilidade do direito e o *fumus boni iuris*:

*“4. Requisitos para a concessão da tutela de urgência: fumus boni iuris: Também é preciso que a parte comprove a existência da plausibilidade do direito por ela afirmado (fumus boni iuris). Assim, a tutela de urgência visa assegurar a eficácia do processo de conhecimento ou do processo de execução...”*⁶

Diante dessas circunstâncias jurídicas, faz-se necessária a concessão da tutela de urgência em caráter antecedente, o que também é sustentado à luz dos ensinamentos de Tereza Arruda Alvim Wambier:

“O juízo de plausibilidade ou de probabilidade – que envolvem dose significativa de subjetividade – ficam, ao nosso ver, num segundo plano, dependendo do periculum evidenciado. Mesmo em situações que o magistrado não vislumbre uma maior probabilidade do direito invocado, dependendo do bem em jogo e da urgência demonstrada (princípio da proporcionalidade), deverá ser deferida a tutela de urgência, mesmo que satisfativa”.⁷

No tocante ao **periculum in mora** da providência judicial, urge perceber que os efeitos jurídicos da Homologação da Concorrência Pública n. 002/2021 estão progressivamente gerando atos e mais atos administrativos e de gestão que importam em transferência dos

⁵ Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 472.

⁶ Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 857-858.

⁷ Código de Processo Civil Comparado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 499.

serviços de esgotamento sanitário do SAAE Xique-Xique para a concessionária. É, portanto, decisivo que a Justiça da Bahia adote providência imediata sob pena de tornar o dano irreparável ou de difícil reparação se demorar para agir.

A continuar sem a necessária fiscalização judicial (*judicial review*) serão adotados verdadeiros atos de força sob a roupagem de atos administrativos quando então pode ser que a sequência acumulada de tais atos tornem irreversíveis os danos perpetuados ao patrimônio e interesse públicos.

Por outro lado, a determinação de suspensão dos efeitos jurídicos da Homologação da Concorrência Pública n. 0021/2021, **não provocará qualquer prejuízo para a Administração Pública, não havendo razão para se falar em irreversibilidade da medida,** tendo em vista que o deferimento do pedido em análise perfunctória por parte de V. Exa. poderá ser modificado posteriormente, o que não se acredita que ocorra, tudo a luz dos robustos elementos de fundamentação jurídicos e fáticos trazidos.

Isto posto, requer-se, desde já, que seja deferida **TUTELA DE URGÊNCIA EM CARÁTER ANTECEDENTE** para **SUSPENDER IMEDIATAMENTE OS EFEITOS JURÍDICOS DA HOMOLOGAÇÃO DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA N. 002/2021** mantendo-se a prestação dos serviços públicos de esgotamento sanitário sendo prestados pelo SAAE Xique-Xique até o julgamento final desta ação popular, na forma do art. 5º, § 4º, Lei n. 4.717/65 c/c arts. 300 e seguintes, CPC.

IV – DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, requer-se que seja, liminarmente, deferida **TUTELA DE URGÊNCIA EM CARÁTER ANTECEDENTE** para **SUSPENDER IMEDIATAMENTE OS EFEITOS JURÍDICOS DA HOMOLOGAÇÃO DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA N. 002/2021** mantendo-se a prestação dos serviços públicos de esgotamento sanitário sendo prestados pelo SAAE Xique-Xique até o julgamento final desta ação popular, na forma do art. 5º, § 4º, Lei n. 4.717/65 c/c arts. 300 e seguintes, CPC.

Superado o exame liminar, que seja determinada a citação dos réus para apresentar contestação no prazo de 20 (vinte) dias (art. 7º, inciso IV, Lei n. 4.717/65), bem como se intime o Ministério Público para acompanhar todos os atos processuais (art. 6º, § 4º, Lei n. 4.717/65).

Tudo para que no final da instrução processual seja julgada a presente Ação Popular **TOTALMENTE PROCEDENTE**, confirmando **expressamente** os termos da tutela em caráter antecedente requerida, e **declare a nulidade do procedimento licitatório para contratação de concessionária para prestação de serviços públicos de saneamento básico municipal concretizado no Edital de Concorrência Pública n. 002/2021 e os efeitos jurídicos dele decorrentes.**

E ainda que os **réus sejam condenados** ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios a serem estabelecidos no percentual máximo em razão do atendimento dos requisitos dos incisos do art. 85, § 2º, c/c art. 85, § 3º, CPC.

Protesta-se pela produção de todas as provas admitidas em Direito.

Dá-se à causa o valor de R\$-205.200.000,00 (Duzentos e cinco milhões e duzentos reais) correspondente ao valor estimado do contrato no Anexo 03 do Edital de Concorrência Pública n. 002/2021.

Nestes Termos

Pede e espera deferimento.

De Belém/PA para Xique-Xique/BA, 14 de janeiro de 2022.

Luiz Alberto G. S. Rocha

OAB/PA 11.404

Anexos:

1. RG e CPF do Autor Popular;
2. Certidão de Quitação Eleitoral do Autor Popular;
3. Procuração judicial;
4. Edital de Concorrência Pública n. 002/2021 e Anexos;
5. Instrumento particular de constituição de consórcio - Consórcio Águas de Xique-Xique;
6. ADI 1.842/RJ, rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2013 - Inteiro Teor; e
7. Lei Complementar do Estado da Bahia n. 48, de 10 de junho de 2019.