

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA VARA CÍVEL DA COMARCA DE CAMPO GRANDE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL.

LÁZARO DE GODOY NETO, brasileiro, casado, biólogo, RG n. 262.855 SSP/MS, CPF n. 293.913.691-20, com título de eleitor n. 0065.6704.1953, zona 44, seção 0134, UF MS (art. 1º, caput, § 3º, Lei n. 4.717/65), em pleno gozo de seus direitos políticos, residente e domiciliado à Rua Carajás, 208, Bairro de Jardim Leblon, CEP 79.092-070, Campo Grande/MS, e **GLEICE JANE BARBOSA**, brasileira, funcionária pública, RG n. 929.075 SSP/MS, CPF n. 909.918.931-15, com título de eleitor n. 0148.5091.1953, zona 018, seção 0265, UF MS (art. 1º, caput, § 3º, Lei n. 4.717/65), em pleno gozo de seus direitos políticos, residente e domiciliada à Rua Osmam Ahamd Gebara, 204, bairro do Parque Alvorada, CEP 79.823-461, Campo Grande/MS, 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 *luizalbertorocha@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 **ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**, pessoa jurídica de direito público, inscrito no CNPJ sob o nº 15.412.257/0001-28, que pode ser citado por meio da Procuradoria Geral do Estado, situada na Av. Desembargador José Nunes da Cunha, s/n, Parque dos Poderes Governador Pedro Pedrossian – bloco IV, CEP 79.031-310, Campo Grande/MS; da **EMPRESA DE SANEAMENTO DE MATO GROSSO DO SUL S.A (SANESUL)**, sociedade de economia mista, inscrita no CNPJ sob o nº 03.982.931/0001-20, com endereço na Rua Dr. Zerbini, 421, Chácara Cachoeira, CEP 79.040-040, Campo Grande/MS; e **AEGEA SANEAMENTO E PARTICIPAÇÕES S.A.**,

pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 08.827.501/0001-58, com endereço na Av. Brigadeiro Faria Lima, 1.663, 1º andar, Jardim Paulistano, CEP 01.452-001, São Paulo/SP, 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 – DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL

Inicialmente, cumpre registrar que a jurisdição da capital é competente para julgar a presente demanda. Observa-se o disposto no art. 53, inciso III, alínea “a”, do Código de Processo Civil:

Art. 53. É competente o foro:

III - do lugar:

a) onde está a sede, para a ação em que for ré pessoa jurídica;

Assim, verifica-se que há autorização expressa legal para que a presente ação, ajuizada em face do Estado do MS e da SANESUL, seja processada na capital, onde ambas possuem sede, e onde também foram praticados os diversos atos administrativos do processo licitatório do Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL que se pretende ver declarados nulos.

II – DOS FATOS

A sociedade de economia mista estadual ré lançou, em 15 de junho de 2020, Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL com o objetivo de contratar Parceria Público-Privada (PPP), na modalidade de Concessão Administrativa, para a prestação dos serviços públicos de esgotamento sanitário em 68 (sessenta e oito) municípios do Estado de Mato Grosso do Sul, pelo critério de julgamento de menor preço unitário por metro cúbico de esgoto faturado que será utilizado para o cálculo da contraprestação a ser paga pela Administração Pública (Concessão Patrocinada).

Importante assinalar que o Edital e a Minuta do Contrato de PPP estiveram disponíveis para Consulta Pública no período de 20 de janeiro a 04 de março de 2020, e foram objeto de **única** Audiência Pública em 31 de janeiro de 2020 (bem antes da pandemia do COVID-19 iniciada em março de 2020) apenas na capital do Estado - Campo Grande - e em nenhuma mais das sessenta e oito cidades que sofrerão o impacto direto do contrato administrativo, aliás a **única** Audiência Pública realizada se deu justamente em cidade - Campo Grande - que não é abrangida nos termos do Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL.

A sessão pública de abertura da proposta comercial e documentos de habilitação ocorreu em 23 de setembro de 2020 na sede da B3 S.A. - Brasil, Bolsa, Balcão (Bolsa de valores oficial do Brasil) com sede em São Paulo/SP.

Ante o grande número de questionamentos recebidos, houve prorrogação da data original para que a sessão de abertura ocorresse somente em 23 de outubro de 2020 com o resultado da concorrência tornado público em 10 de novembro de 2020 indicando-se como vencedora a empresa AEGEA Saneamento e Participações S.A. com o valor do preço unidade por metro cúbico de esgoto de R\$ 1,36.

O objeto da licitação foi homologado e adjudicado em 01 de dezembro de 2020. Não obstante, os vícios insanáveis a serem indicados pormenorizadamente abaixo permitirão indicar que não há possibilidade de prosseguimento dos atos administrativos para a assinatura do contrato de PPP, eis que violou-se frontalmente a Constituição Federal e Estadual, além da legislação vigente.

É, portanto, de se reconhecer a necessidade e utilidade da intervenção judicial via Ação Popular para fazer obstar os atos administrativos realizados no procedimento licitatório do Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL e os efeitos jurídicos dele decorrente que causam lesividade extrema ao patrimônio público, seja no âmbito econômico, quanto às repercussões financeiras negativas aos cofres públicos decorrentes do pagamento mensal (Concessão Patrocinada) que a SANESUL venha a assumir com a assinatura de Contrato de PPP, seja em âmbito normativo pelas múltiplas violações à Constituição Federal e Estadual, e a diversas Legislações Federais; seja, ainda, quanto à moralidade administrativa pelo desrespeito à cláusula geral de boa-fé objetiva e ao princípio de que "*ninguém pode dar o que não possui, nem mais do que possui*".

A par das nefastas consequências concretas e imediatas que a sequência do procedimento licitatório do Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL e os efeitos jurídicos deles decorrentes é que o autor popular entendeu necessário e útil trazer a questão perante o Poder Judiciário, por meio da presente Ação Popular de controle democrático dos atos da administração pública, para proteger o erário público e a população dos 68 (sessenta e oito) Municípios sul-matogrossenses arrolados no Edital e buscar a declaração judicial de nulidade do Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL e os efeitos jurídicos dele decorrente.

III – DO DIREITO

A Ação Popular é instrumento de participação democrática no controle do estado brasileiro que viabiliza a fiscalização difusa da sociedade quanto à legalidade *lato sensu* dos atos administrativos buscando preservar o interesse público e anular ilegalidade e/ou imoralidades realizadas contra o patrimônio público decorrente de atos de seus agentes.

Consoante se viu na narrativa dos fatos ao norte, a concretização dos efeitos jurídicos dos atos administrativos decorrentes do Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL importa em uma série de inconstitucionalidades e ilegalidades com prejuízos reais, concretos e objetivos ao pleno exercício dos direitos fundamentais eis que a preservação do esgotamento sanitário, como mais importante desdobramento da proteção do meio ambiente equilibrado, corresponde à garantia de salubridade ambiental para o desenvolvimento da vida humana como controle e prevenção de doenças, qualificando o saneamento básico como direito constitucional social e atraindo a aplicação da Lei n. 4.717/65 que regulamenta a ação popular e suas consequências legais.

Também desponta importante 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).

A prova da cidadania, para ingressar em juízo com a ação popular, deve ser feita com o **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 Regional Eleitoral do Mato Grosso do Sul, ambos documentos que acompanham as razões iniciais da ação popular.

Sobre a legitimidade passiva, determina o art. 6º da Lei n. 4.717/65 que a ação popular pode ser proposta contra pessoas públicas ou privadas. Tornando, portanto, plenamente legitimado a compor o polo passivo da presente ação o Estado do Mato Grosso do Sul e a SANESUL, eis que corresponsáveis pelo Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL *sub judice*, bem como a AEGEA Saneamento e Participações S. A. que foi declarada vencedora do processo licitatório com a respectiva homologação e adjudicação, atribuindo-se competência a uma das varas cíveis da Comarca de Campo Grande do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul para processar e julgar o feito (art. 5º, *caput*, Lei n. 4.717/65).

No **mérito**, são múltiplas as violações perpetradas pelo Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL, vamos a elas.

A. DA FALTA DE PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE NA FORMAÇÃO DO PROJETO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. SUPRESSÃO INCONSTITUCIONAL E ILEGAL DO CONTROLE SOCIAL COMO FERRAMENTA DE EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA DIREITA.

O Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL prevê a prestação do serviço de saneamento básico pela empresa privada contratada em lugar da SANESUL para 68 municípios espalhados pelo território do Estado do Mato Grosso do Sul com a exclusão da capital, Campo Grande.

Seria então de se buscar realizar Audiência sPúblicas nos municípios que sofrerão impacto direto em sua realidade de prestação de serviço público essencial dos quais são os verdadeiros titulares, sendo certo que os diversos Convênios e Contratos de Programa que assinaram é pacto entre entes públicos, eles, entes federativos municipais, e a Companhia Estadual de Saneamento - SANESUL, sociedade de economia mista integrante, portanto, da administração pública indireta do referido Estado.

Porém, o que seria correto, lícito e adequado a ser realizado simplesmente foi negligenciado pelo projeto de PPP, pois que a **única** Audiência Pública realizada foi feita em 31 de janeiro de 2020 no auditório do CREA-MS localizado na Capital, Campo Grande, justamente uma das poucas cidades do MS que não são abrangidas pelo Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL.

É incongruente afirmar que a **única** Audiência Pública organizada na capital possa representar verdadeira consulta popular e do poder local, seja o Executivo seja o Legislativo, quanto aos desígnios da própria vida da sociedade sul-matogrossense restringindo inconstitucionalmente a democrática participação do povo e dos poderes democraticamente constituídos na definição dos rumos de prestação dos serviços de saneamento básico.

Há **direito de discussão prévia** dos indivíduos afetados pelo projeto de PPP como cidadãos e também como consumidores que se alinha diretamente à diretriz de transparência dos procedimentos e das decisões indicada de forma expressa à contratação de PPP pelo artigo 4º, inciso V, da Lei n. 11.079/04 - Lei da PPP.

Assim, os diversos modelos de concessão ou PPP (concessão especial) estabelecidos em Lei sempre seguem 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 ou PPP 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 contrário ao interesse público predominante.

Como poder dimensionar a **vantajosidade socioeconômica** da presente PPP (artigo 4º, inciso VII, da Lei n. 11.079/04 - Lei da PPP), com **ênfase principal na vantagem social**, sem que a população seja direta e soberanamente ouvida?!

Aliás, destaca-se a relevância dessa previsão legal. Aqui, o legislador se preocupou em garantir que a forma de prestação de serviços através da modalidade PPP seja precedida de estudos que comprovem as vantagens de tal opção para os poderes públicos e, conseqüentemente, para a sociedade.

Como garantir que a população dos municípios de Água Clara, Alcinópolis, Amambai, Anastácio, Anaurilândia, Angélica, Antônio João, Aparecida do Taboado, Aquidauana, Aral Moreira, Bataguassu, Batayporã, Bodoquena, Bonito, Brasilândia, Caarapó, Camapuã, Caracol, Chapadão do Sul, Coronel Sapucaia, Corumbá, Coxim, Deodápolis, Dois Irmãos do Buriti, Douradina, Dourados, Eldorado, Fátima do Sul, Figueirão, Guia Lopes da Laguna, Iguatemi, Inocência, Itaporã, Itaquiraí, Ivinhema, Japorã, Jardim, Jateí, Juti, Ladário, Laguna Carapã, Maracaju, Miranda, Mundo Novo, Naviraí, Nioaque, Nova Alvorada do Sul, Nova Andradina, Novo Horizonte do Sul, Paranaíba, Paranhos, Pedro Gomes, Ponta Porã, Porto Murtinho, Ribas do Rio Pardo, Rio Brilhante, Rio Negro, Rio Verde de Mato Grosso, Santa Rita do Pardo, Selvíria, Sete Quedas, Sidrolândia, Sonora, Tacuru, Taquarussu, Terenos, Três Lagoas e Vicentina, que representam, em conjunto, 65% da população do MS, possa efetivamente exercer **direitos democráticos de auto-regulação de sua própria vida** se o Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL foi construído e corre em total paralelo a seu conhecimento?!

Qual o sentido de que a **única** audiência pública tenha sido realizada justamente em um dos poucos Municípios do MS que ficará de fora do espaço geográfico abrangido pelo projeto?! Não há razão que justifique que a **única** audiência pública tenha sido realizada em Campo Grande e não, ao menos, em qualquer uma das 68 hipóteses de municípios atingidos pelo projeto de PPP ora impugnado!

A fase de modelagem do estatuto jurídico e econômico da PPP 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 PPP, ora impugnado, que se encontra em fase adiantada de Edital de concorrência pública reduzindo, ilegalmente, a capacidade das diversas populações municipais 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.

Também a **Lei n. 13.334/16** do Programa de Parcerias de Investimentos - PPI que determina que sua implantação dependa de transparência da atuação estatal que garanta segurança jurídica dos particulares envolvidos (art. 3º, incisos II e III).

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.

Na esfera infralegal, a **Resolução n. 01/2016 do Conselho da PPI** estabelece no art. 10 que "*o edital e o contrato do empreendimento deverão prever regras de governança, transparência e acompanhamento das condições de contratação de partes relacionadas ao concessionário, afim de se garantir a transparência da execução das obras necessárias à prestação dos serviços concedidos, sobretudo quando houver sócio público em sociedade de propósito específico*".

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 pela SANESUL a parceiro privado, sem que **o titular desse interesse, isto é o público, o povo, a sociedade sul-matogrossense**, 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 da participação da sociedade (controle social)**. Porém, ante a legislação do setor e especificamente o art. 4º, inciso VII, da Lei n. 11.079/04 - Lei da PPP, é mais do que estranho, é ilegal levando à declaração de nulidade do procedimento licitatório para contratação de parceria público-privada concretizado no Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL.

Interessante perceber sobre este assunto é que o **Requerimento de Informações dirigido à SANESUL de lavra do Exmo. Deputado Estadual Pedro Kemp** foi respondido pela Exma. Secretaria Especial de Governo e Gestão Estratégica do Estado do Mato Grosso do Sul, sra. Eliane Detoni, apenas no sentido de confirmar que projeto desta magnitude só teve uma **única** Audiência Pública justamente na capital do Estado que não integra o extenso rol de municípios que terão seus serviços de esgotamento sanitário licitados.

O que impressiona na manifestação do Estado do MS é a **completa separação entre o conceito de audiência pública como ferramenta das mais importantes para o exercício do controle social e a práxis da administração pública estadual** que convida para a mesma "*todos os representantes do Legislativo Estadual, assim como os representantes do Poder Executivo dos Municípios*", mas não chega a perceber que a sociedade civil organizada nas mais diversas associações de bairro, os coletivos, as frentes de defesa do saneamento e do meio ambiente, assim como as universidades, as faculdades e as centros e entidades de pesquisa, os sindicatos de trabalhadores do saneamento básico, os vereadores municipais, os diretórios municipais dos partidos políticos, as igrejas, as pastorais e as

comunidades evangélicas; **nenhum destes verdadeiros agentes sociais** foi convidado para, ao menos, deslocarem-se da sede do seu município para Campo Grande para participarem daquilo que o Estado do MS chamou de Audiência Pública.

A mesma Comunicação Interna n. 50/EPE/SEGOV, de 10 de novembro de 2020, informa que a composição da Mesa Diretora da Audiência Pública pelo Secretário de Estado de Governo e Gestão Estratégica, o Presidente da Assembleia Legislativa do MS, o Diretor-Presidente da SANESUL, o Secretário de Estado de Infraestrutura interino, o Prefeito de Bataguassu e Presidente da ASSOMASUL, o Presidente do Conselho Administrativo da Sanesul, a Secretária Especial do Escritório de Parcerias Estratégicas e uma analisada de programa do PNUD.

Ora, a composição **NÃO** representa a coletividade de ideias e diversidade de opiniões que inerentemente compõem a sociedade civil dos 68 municípios licitados, mas apenas as autoridades do Estado do MS que, ao proporem a licitação para contratação de PPP, têm, por lógico, opinião pre-estabelecida e formada sobre os méritos do projeto. **Não há assim qualquer abertura democrática, difusão e contraposição de opiniões e visões de mundo que caracterizam o Estado Democrático de Direito e que enraizam a razão de ser da obrigatoriedade de audiências públicas prévias à licitação de PPP.**

Por outro giro, a resposta do Estado do MS concretiza a consciência do obstáculo erigido para a participação popular em um projeto da magnitude do PPP da SANESUL que envolve diretamente 65% da população do MS, posto que não se realizou nem sequer minimamente em uma parcela dos 68 Municípios licitados. Aliás, a bem da verdade o único município “contemplado” com a Audiência Pública foi justamente o município que **não** está em linha de licitação de seu serviço de saneamento básico. Porquê?

Ora, qual o sentido de se realizar a **única** Audiência Pública em Campo Grande se o objetivo doutrinário e legal da Audiência Pública é dar publicidade e fomentar a discussão popular e o povo diretamente atingido **não** é chamado para participar? Se o produto que se busca com a realização da Audiência Pública é o recebimento de sugestões e críticas, qual o sentido democrático de **restringir desproporcionalmente a participação** da população sul-matogrossense?

E não se reduza a importância da ocorrência de Audiências Públicas pluralizadas nas sedes dos Municípios envolvidos, pois de que outra forma poderia a população local ser apresentada ao projeto de PPP da SANESUL? Como poderia se conhecer a situação atual do serviço de esgotamento sanitário prestado pela SANESUL por contrato de programa ou contrato de concessão

com as metas de desempenho ali especificadas? Como entender a motivação do Estado do MS e da SANESUL para propor a contratação administrativa de PPP? Senão, explicando à população de forma direta, clara e objetiva a questão ambiental envolvida, os pretensos saltos de qualidade projetados, bem como os investimentos que se supõe sejam injetados nos sistemas de esgotamento sanitário locais.

Importante que se explicasse **como e porque a SANESUL presente, apesar do contrato de PPP, continuar realizando obras de saneamento no valor total de R\$-690.100.181,72 (seiscentos e noventa milhões cem mil cento e oitenta e um reais e setenta e dois centavos)**, conforme Anexo VI - OBRAS DE RESPONSABILIDADE DA SANESUL E CRONOGRAMA DE ENTREGA do Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL. Tudo apesar de afirmar que a parceria privada é fundamental para se realizar os investimentos necessários para a universalização do serviço de saneamento básico, cuja capacidade econômica não (?) podem ser realizados pela SANESUL.

Aliás, é importante explicar à população dos municípios diretamente afetados como **a SANESUL tem capacidade de realizar tais obras de saneamento no valor total de R\$-690.100.181,72** (seiscentos e noventa milhões cem mil cento e oitenta e um reais e setenta e dois centavos) com prazo máximo de entrega para DEZ/2024 (ou seja, **em 04 anos**), mas **não tem a capacidade de investimentos do valor estimado do contrato de R\$-1.026.349.938,31** (um bilhão vinte e seis milhões trezentos e quarenta e nove mil novecentos e trinta e oito reais e trinta e um centavos) para um prazo de **30 anos**?

Como tem capacidade de investimento de **de R\$-690.100.181,72** (seiscentos e noventa milhões cem mil cento e oitenta e um reais e setenta e dois centavos) **em 04 anos**, mas não dispõe de capacidade financeira, inclusive via financiamento e a fundo perdido via OGU, FOCEM, etc. , de alavancar outros **R\$-336.249.756,59** (trezentos e trinta e seis milhões duzentos e quarenta e nova mil setecentos e cinquenta e seis reais e cinquenta e nova centavos) em um **prazo de 30 anos** para igualar os investimentos estimados no contrato de PPP?

É preciso que a população saiba que a Concessão Administrativa proposta levará a que a SANESUL, sem condições para realizar investimentos, fará **aporte de recursos financeiros para o parceiro privado** (Concessão Patrocinada) que serão calculados pelo metro cúbico do esgoto faturado, bem como permitirá que o parceiro privado **explore a lucratividade de receitas extraordinárias** decorrente do contrato administrativo.

É preciso que a população sul-matogrossense saiba quais são as demais regras que permearão a **relação de 30**

(trinta) anos e um valor contratual de R\$-1.026.349.938,31 (um bilhão vinte e seis milhões trezentos e quarenta e nove mil novecentos e trinta e oito reais e trinta e um centavos)¹ com um parceiro privado que interferirá diretamente no modo como o serviço de esgotamento sanitário local será realizado?

Não bastam que poucas autoridades já conhecedoras do projeto, até mesmo porque parte delas o ajudou a elaborar, discutam o tema em “Audiência Pública” na capital do Estado do Mato Grosso do Sul quando nenhum popular dos demais 68 (sessenta e oito) Municípios diretamente envolvidos participaram do encontro, especial exceção à própria população do Município de Campo Grande, **único** contemplado como sede da única Audiência Pública, mas que não faz parte do contrato de PPP.

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 cento e cinquenta milhões de reais, o que dizer de uma Concorrência Pública com valor contratual superior em mais de 20 (vinte) vezes o parâmetro legal 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 todas as populações dos 68 (sessenta e oito) municípios atingidos pelo contrato de PPP, correspondente à 65% da população sul-matogrossense, **não** tiveram 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 no 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, a 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*).

¹ Na verdade a relação Contratual é da ordem de R\$ 3,4 bilhões, sendo R\$ 1,026 bilhão do CAPEX mais R\$ 2,4 bilhões do OPEX.

É a evidente a nulidade do procedimento licitatório para contratação de parceria público-privada concretizado pelo Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL.

A.1. SUPRESSÃO DA COMPETÊNCIA MUNICIPAL COMO TITULAR DO SANEAMENTO BÁSICO. AUSÊNCIA DE ANUÊNCIA OU QUALQUER TIPO DE PARTICIPAÇÃO DOS TITULARES CONSTITUCIONAIS DA PRESTAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO (OS MUNICÍPIOS) QUANTO À PRESTAÇÃO DO ESGOTAMENTO SANITÁRIO POR PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO ESTRANHA AO CONTRATO DE PROGRAMA OU CONVÊNIO DE CONCESSÃO.

Derivação importante do debate sobre a ausência de participação do controle social (art. 2º, Lei n. 11.445/07) pode ser extraída da Resposta à Impugnação da BRK Ambiental Participações S. A. oferecida pela Comissão Especial de Licitação e a SANESUL quando, ao responder o Item VII da impugnação, argumenta que a PPP Administrativa não transfere para o parceiro privado a prestação do serviço público contratada com a SANESUL pelos titulares dos serviços de esgotamento sanitário (68 Municípios listados no Edital) que permanecerão com seus Contratos de Programa e de Concessão em vigência não lhe sendo permitida autorizar ou mesmo participar como interveniente do contrato de PPP e que a fiscalização e regulação do contrato de PPP ficará a cargo da SANESUL.

A pergunta é saber se é possível estabelecer, de fato e de direito, a completa supressão da participação municipal como titular constitucional do saneamento básico em contrato de prestação de serviços público de saneamento básico (seja Contrato de Programa seja Contrato de Concessão) com a SANESUL, quando a contratada, sociedade de economia mista estadual, busca transferir toda a prestação do serviço público de esgotamento sanitário para parceiro privado?

A SANESUL e o Estado do MS fazem transparecer, em diversos documentos, que as responsabilidades e metas assumidas com os titulares constitucionais (Municípios) do saneamento básico não têm qualquer relação com a gigantesca e bilionária licitação de contratação de PPP. Tudo a bloquear que os Municípios participem, manifestem-se, sugestionem, critiquem, corrijam qualquer ponto do projeto de PPP, ainda que eles sejam os principais afetados.

Não obstante, decorre do sistema constitucional de distribuição de competências que atribui aos Municípios a prestação de serviços públicos de interesse local (art. 30, V, CF/88) que, obviamente, eles

precisam ser ouvidos, consultados ou, minimamente, notificados de **FATO RELEVANTE** nos Contratos de Programa e de Concessão que têm vigente com a SANESUL.

Ademais, a SANESUL e o Estado do MS justificam amplamente o interesse econômico na formação da PPP em razão da grande área geográfica e populacional de abrangência do projeto a possibilitar ganhos econômicos de escala ao parceiro privado, o que minimamente aproxima o tema àquele debate levado à cabo no **Supremo Tribunal Federal pelo Min. Eros Roberto Grau quando afirmou, no bojo da ADI 2077/BA**, que os municípios isoladamente tinham perdido a capacidade de prestar diversos serviços públicos que ganhar **dimensão interlocal, diga-se regional**, o que lhes possibilita integrar a organização, o planejamento e a execução de serviços comuns, exatamente como sustenta a SANESUL e o Estado do MS.

Ora, se a prestação do serviço público de esgotamento sanitário, por força do ganho de escala econômica argumentado pela própria SANESUL e pelo Estado do MS, ganha dimensão interlocal, é **inconsistente à lógica sistemática da Constituição e legislação do setor** que a Licitação do Contrato de PPP prescindir de qualquer tipo de atuação integrada dos Municípios diretamente afetados pelos termos do projeto, porque as **barreiras metalegais** levantadas pela SANESUL e pelo Estado do MS não podem eliminar o exercício da competência municipal em assunto de interesse local, ainda que interlocal, como é o caso do saneamento básico. O que, *a fortiori*, também determina que as populações municipais sejam previamente também ouvidas em Audiências Públicas a luz da melhor interpretação da **Constituição Federal** (arts. 1º, *caput* e inciso II, 29, XII, e 30, V, CF/88) e **Estadual** (art. 1º, incisos II, V, e parágrafo único, 13, 17, incisos V, Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul), e da **legislação de regência** (art. 39, Lei n. 8.666/93 e art. 11, IV, Lei n. 11.445/07).

É dizer que o sistema constitucional brasileiro **não** adere a qualquer força centrífuga de **desagregação federativa** que represente a desconexão entre entes federativos, como indica o Min. Ricardo Lewandowski ao se referir à **necessidade da participação popular no planejamento regional** (Ac. ADI 1842/RJ, Min. Ricardo Lewandowski, fl. 31 e seguintes).

Isto porque, **a participação da sociedade civil no planejamento, regulação, execução e fiscalização de funções públicas de interesse comum ligadas ao saneamento básico concretiza os valores mais sublimes do ordenamento constitucional vigente**. Ora, sem o controle social (princípio expresso do Lei de DNSB, art. 2º, inciso X, e 3º, inciso IV, Lei n. 11.445/07) afastar-se-iam os cidadãos do poder e descumprir-se-ia o mandamento do artigo 29, inciso XII, CF/88:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

*XII - **cooperação das associações representativas no planejamento municipal.** (grifos opostos)*

No caso concreto é perceptível a tentativa inconstitucional de **limitação da participação dos titulares do saneamento básico** nos rumos da contratação de PPP. Veja-se que a Tabela 1. Contratos de Programa e Convênios por município (p. 4/5) do Anexo IV - Termo de Referência do Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL relaciona que os 68 (sessenta e oito) municípios envolvidos no projeto de implantação de PPP tem Contratos de Programa ou Convênios de Concessão com a SANESUL com vigências variadas, mas todos em plena validade e vigor².

Assim, faz parte do negócio elaborado pela PPP que os direitos contratuais assumidos pela SANESUL sejam repassados ao parceiro privado selecionado em concorrência pública que prestará, por meio de Concessão Administrativa Patrocinada, os serviços de esgotamento sanitário nos municípios atendidos pela SANESUL por meio de Contratos de Programa ou Convênio de Concessão (Item 3. Objeto, do Anexo I - Minuta do Contrato do Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL).

Acontece que a exploração do objeto contratual assinado entre os entes públicos integrantes dos Contratos de Programa e Convênios de Concessão **não foram anuídos** pela municipalidade perfazendo verdadeira violação contratual porque o objeto de tais contratos administrativos celebrados entre os entes públicos (Municípios e SANESUL) é **intuito personae**.

A realização de Concorrência Pública para que o parceiro privado, pessoa jurídica de direito privado, venha a substituir-se à SANESUL na prestação de esgotamento sanitário no território dos municípios **sem que**

² Ainda que seja importante esclarecer que o Contrato de Concessão de Aparecida do Taboado estava vencido.

Enquanto o de Dourados, vencido em 09/09/2019, foi renovado, mas com seus efeitos suspensos pela liminar concedida na ACP nº 0900120-41.2019.8.12.0002. Ainda que a SANESUL tenha entrado com Embargos de Declaração, estes foram rejeitados, estando a questão sob a jurisdição do TJMS.

Importante no caso de Dourados, que oferece espelhamento para o caso sob análise é que o magistrado de primeiro grau reconheceu liminarmente o não cumprimento das exigências legais para a renovação, como os EVTEA e Audiências Públicas para discussão com a sociedade civil organizada.

haja expressa concordância, ou mesmo qualquer forma de participação, dos entes federativos municipais é verdadeira violação dos Contratos de Programa e Convênios de Concessão, além de representar inconstitucional **usurpação de competência** do titular do serviço público de saneamento básico.

Não é possível que a verdadeira Cessão de Direitos seja realizada sem a manifestação prévia da representação popular municipal representada por sua Câmara de Vereadores, ainda mais porque realiza verdadeira mutação da natureza dos Contratos de Programa e Convênios de Concessão que são integrados exclusivamente por pessoas jurídicas de direito público; de um lado o Município e do outro a Administração Pública Indireta representada pela Companhia de Saneamento Estadual que é Sociedade de Economia Mista (SANESUL).

A **ausência de qualquer manifestação** de interesse dos 68 (sessenta e oito) municípios abrangidos pelo projeto de PPP é clara violação dos dispositivos constitucionais que garantem a autonomia federativa ao Município de gerir o interesse público representado na prestação do serviço público de saneamento básico que a depender do Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL correrá às cegas da manifestação municipal.

Não se sustenta a argumentação trazida novamente pela SANESUL na Resposta à Impugnação da BRK Ambiental Participações S. A. de que é a SANESUL quem presta e continuará a prestar, sob o regime de concessão, os serviços de saneamento básico aos municípios sul-matogrossenses, fazendo da parceira privada mera "*prestadora de serviços*" para a SANESUL, "*ainda que de serviços relevantes para o objeto da SANESUL de entregar a universalização dos serviços de esgotamento sanitário nos municípios em que atua*".

Veja que a retórica da SANESUL e do Estado do MS apenas jogam cortina de fumaça sobre a realidade fática que se pretende tonar realidade, qual seja: a completa assunção do serviço de esgotamento sanitário por pessoa jurídica de direito privado completamente estranha aos Contratos de Programa e de Concessão de serviços de saneamento básico celebrado entre os 68 Municípios e a SANESUL.

Não basta que a SANESUL e o Estado do MS aleguem que "*a PPP Administrativa não [consista em] qualquer tipo de subdelegação ou transferência de responsabilidades da SANESUL frente aos municípios ou usuários*", para eliminar o fato de que a centralidade e o núcleo dos contratos de programa e de concessão em vigência entre os 68 Municípios e a SANESUL **serão frontalmente afetados pela unilateralidade da decisão da SANESUL** em promover a licitação dos serviços de esgotamento sanitário em favor de parceiro privado.

Como acima exposto, são amplas e diversificadas as razões que importam na declaração de nulidade do procedimento licitatório para contratação de parceria público-privada concretizado no Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL.

B. DO DESCASAMENTO ENTRE OS PRAZOS DOS CONTRATOS DE PROGRAMA E DE CONCESSÃO E O PRAZO CONTRATUAL DO CONTRATO DE PPP. VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DE BOA-FÉ OBJETIVA E DO PRINCÍPIO DE QUE “NINGUÉM PODE DAR O QUE NÃO POSSUI, NEM MAIS DO QUE POSSUI”. DA ÁLEA ECONÔMICA COMPLETAMENTE IMPONDERÁVEL COM RISCOS À CAPACIDADE ECONÔMICA DA SANESUL E, POR CONSEQUÊNCIA, DO ERÁRIO ESTADUAL.

Outro vício insanável que salta aos olhos é o completo descasamento entre os prazos dos contratos de programa e de concessão assinados entre os 68 Municípios e a SANESUL com o prazo contratual do Contrato de PPP de 30 anos que a SANESUL pretende assinar com seu parceiro privado.

| | Municípios (número) | Duração do Contrato (anos) |
|--------------|----------------------------|-----------------------------------|
| | 2 | 30 |
| | 18 | 29 |
| | 3 | 26 |
| | 1 | 25 |
| | 1 | 24 |
| | 1 | 23 |
| | 3 | 22 |
| | 13 | 21 |
| | 4 | 20 |
| | 7 | 19 |
| | 13 | 18 |
| | 1 | 4 |
| | 1 | Sem contrato |
| Total | 68 | |

Melhor explicando, o contrato de PPP em que busca atrair parceiro privado para exercer o serviço de esgotamento sanitário nos 68 Municípios indicados no Edital tem previsão de duração de 30 anos.

Por outro lado, a Tabela 1. Contratos de Programa e Convênios por município trazida no Anexo IV - Termo de Referência do Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL lista a duração deste contrato a prazos menores conforme resumo abaixo:

O descasamento temporal entre os contratos afirma dizer que a SANESUL está licitando a prestação de serviço de

esgotamento sanitário para **além do período do prazo de concessão que ela detém** violando disposição antiquíssima do Direito Romano, na qual “**ninguém pode dar o que não possui, nem mais do que possui**” (*dare nemo potest quod non habet, neque plus quam habet*).

Novamente a SANESUL já teve oportunidade de se pronunciar sobre o tema a quando da Resposta à Impugnação da BRK Ambiental Participações S. A. em que aborda o tema como “*hipotético risco de término dos contrato de programa durante a vigência da PPP*”.

Assim, para tal hipótese, a resposta apresentada se centraliza nos seguintes argumentos: **(A)** trata-se de um risco intrínseco ao setor de saneamento como um todo; **(B)** o risco do evento é contratualmente alocado à SANESUL que compensará o parceiro privado mediante reequilíbrio econômico-financeiro; **(C)** que os primeiros contratos a vencer se darão em 2038 quando “*parcela considerável dos investimento implantados pela SPE estará amortizada*” não havendo risco à capacidade financeira da SANESUL suportar eventual reequilíbrio econômico-financeiro, isto porque “**estima-se um impacto mínimo e residual sobre a tarifa-teto**” (grifo oposto); e **(D)** os contratos de programa firmados pela SANESUL, sob a égide da legislação anterior que permitia sua renovação, poderão ser renovados no futuro.

Sobre o tema é primeiro preciso indicar que a **boa-fé objetiva** é conduta obrigacional típica que importa nas repercussões de certos comportamentos na esfera moral e legal, passando, desde a introdução do CDC no direito brasileiro, a se caracterizar como **parâmetro geral da cláusula abusiva limitando a autonomia privada e servindo como dever geral de conduta obrigacional** permitindo a integração de vários subsistemas jurídicas à cláusula geral de conduta que é plenamente recepcionada pelas leis e Constituição brasileiras, como é o exemplo, no direito dos contratos, a determinação do art. 422, CC, em que “*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”.

Entre tantos comportamentos que devem observar a boa-fé pode ser destacado, *in casu*, que “*ninguém pode dar o que não possui, nem mais do que possui*”.

Ora a possibilidade de contratar ou de comprometer-se em negociar um bem tem como **pressuposto fundamental** que o contratante tenha a propriedade, titularidade ou direitos sobre o bem negociado, sob pena de violar **dever ético e social** de que não pode contratar ou comprometer-se em negociar coisa alheia que não lhe pertença ou que não possa exercer titularidade.

Assim, é notória a titularidade constitucional dos Municípios quanto aos serviços de saneamento básico, nele incluindo o esgotamento sanitário por óbvio, que podem ser concedidos a terceiro (concessionário) sem que a titularidade do serviço seja perdida ou de qualquer forma transferida a quem quer que seja.

Mesmo que superadas todas as ilegalidades denunciadas ao norte, o que não se crê nem requer, **é insustentável dizer que a SANESUL possa negociar a prestação de serviço de esgotamento sanitário em diversos Municípios para os quais há limitação temporal mais curta do que o prazo de 30 (trinta) anos objeto do procedimento licitatório.**

O núcleo do raciocínio romano é simplório, mesmo que aplicado ao complexo Contrato Administrativo de PPP. **A SANESUL não pode licitar a prestação de serviço de esgotamento sanitário para além do prazo dos Contratos de Programa e de Concessão que detém com os Municípios listados no Edital, porque, uma vez chegado ao termo contratual, a SANESUL (nem ninguém por ela) pode prestar o serviço de esgotamento sanitário em tais Municípios que voltam a exercer o âmbito completo de sua titularidade.**

Não sendo a SANESUL titular do serviço de esgotamento sanitário, ela não pode licitar para além do prazo contratual que os titulares (Municípios) lhe outorgaram, mediante Contrato de Programa ou de Concessão, a gestão *pro tempore* do serviço de saneamento básico local.

Sendo posta a questão não subjaz qualquer validade argumentar - e nem se vai discutir os fundamentos da afirmação - se o término do contrato de programa antes do prazo do contrato de PPP é um risco intrínseco do setor de saneamento ou não. Da mesma forma, que eu não se pode alegar, contraditoriamente, o cometimento de um ilícito - **licitar o que não lhe pertence como titular** - sob o argumento de que a SANESUL assume o “risco do evento” perante o parceiro privado mediante reequilíbrio econômico-financeiro.

Ora, qualquer promessa de indenização, seja ela contratual ou não, não é caso de autorizar quem quer que seja a prática de ato *contra legem*. **O direito trata justamente de evitar a prática de atos ilícitos e não autorizar a prática do ilegal sob a promessa de pagamento de indenização.**

Não é ação eticamente aceitável que qualquer pessoa, física ou jurídica, seja autorizada a pratica de ato ilícito simplesmente porque detém poder financeiro para reparar danos materiais que sua ação ilícita tenha causado.

A simples ilegitimidade da SANESUL para além do prazo dos Contrato de Programa e de Concessão vigentes é obstáculo mais que suficiente para que não seja válida o procedimento licitatório perpetrado pela sociedade de economia mista estadual ré.

Ademais, uma vez que o estágio do procedimento licitatório está avançado, não aproveita a possibilidade de redução do prazo dos municípios licitados para que casem Contrato de PPP e os diversos prazos dos Contratos de Programa ou de Concessão.

No atual estágio do procedimento licitatório só há uma solução possível a sanar tal vício em específico - fora a parte os demais impugnados - que é a declaração de nulidade total do Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL com a republicação de outro ajustado quanto aos prazos contratuais.

Por outro lado, a SANESUL já afirmou peremptoriamente que a licitação de ampla área geográfica de municípios permitiria vantagem econômica no ganho de escala do prestador (parceiro privado) a justificar a licitação do bloco de municípios que corresponde praticamente ao Estado do MS como um todo.

Ocorre, não obstante, que oferecer uma área que não detém - a partir de um prazo futuro - traz um risco impróprio ao Contrato de PPP que **NÃO** é eliminado pelo simples compromisso contratual da SANESUL de suportar eventual reequilíbrio econômico-financeiro.

Ora, com se vê do quadro ao norte, a partir do 18º ano, os Contratos de Programa vão vencendo sucessivamente e em grande blocos de municípios, o que fará, por óbvio, que **o equilíbrio econômico-financeiro inicial seja turbado em montante que a própria SANESUL confessa NÃO ter realizado estudo de impacto prévio que defina o tamanho da álea econômica que irá enfrentar.**

A denúncia de que a incerteza econômico-financeira do impacto da **retirada progressiva e em blocos** de Municípios do objeto contratual no equilíbrio contratual inicial tem forte potencialidade de **superar a própria capacidade financeira da SANESUL** impedindo efetivação do reequilíbrio não é mero alarde. Isto porque a SANESUL não pode agir irresponsavelmente apenas "*estimando*" que o impacto será mínimo e residual, principalmente se os municípios em que for perdendo o contrato forem aqueles mais **rentáveis** que possibilitam manter o valor médio da remuneração mensal paga pela SANESUL (Concessão Patrocinada) ao parceiro privado em patamares razoáveis.

A Concessão Patrocinada proposta pelo projeto de PPP desequilibra todo o risco contratual que é assumido **unilateralmente** pela SANESUL que tendo a natureza de sociedade de economia mista estadual tem como principal acionista o Estado do Mato Grosso do Sul, a dizer, em última instância que o risco é assumido pelo fazenda pública estadual com reflexo diretos a todos os cidadãos sul-matogrossenses.

Assim, não se pode tratar o erário mediante circunstâncias meramente presumidas que se desvirtuam, por completo, da **supremacia do interesse público** diante de parceiro privado que explorará, **sem qualquer risco**, o serviço de esgotamento sanitário recebendo o preço definido pelo metro cúbico de esgoto faturado, mesmo que a SANESUL **não** possa mais prestar o saneamento básico nos Municípios em que o Contrato de Programa vier a termo.

Por último, a SANESUL alega, **aleatoriamente**, que terá condições futuras de renovar o Contrato de Programa, apesar do impedimento legal das alterações trazidas pela Lei n. 14.026/20, não sendo, portanto, de se esperar que efetivamente a SANESUL não seja concessionária de tais Municípios até o final do prazo do Contrato de PPP.

Veja-se que a SANESUL anda em terreno pantanoso em que não tem qualquer certeza quanto às afirmações que lança a esmo, já que a regra imposta pela Lei n. 14.026/20 é que os atuais Contratos de Programa e de Concessão que vieram a finalizar seu prazo de vigência **não poderão ser renovados**, ainda mais porque a figura do Contrato de Programa será **progressivamente extinta** do sistema de saneamento brasileiro.

A Lei n. 14.026/20 impõe que as novas concessões sejam feitas sobre o regime da Lei n. 8.987/95 com licitação prévia aberta a todos os que nela querem concorrer. Logo, a renovação dos Contratos de Programa sustentada pela SANESUL é hipótese contrária à legislação vigente (**arts. 10, caput e § 3º, e 10-A, Lei n. 14.026/20**).

Outrossim, a simplória alegação que a SANESUL é um *player* importante que terá grandes condições e chances de continuar prestando o serviço de saneamento básico aos Municípios em que tiver os Contratos de Programa e de Concessão finalizados, não é, senão, mera e aleatória expressão de um desejo subjetivo que não tem força obrigacional de sustentar o Contrato de PPP licitado.

Tudo a justificar, mais uma vez, a procedência da Ação Popular para declarar a nulidade do procedimento licitatório para

contratação de parceria público-privada concretizado no Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL.

C. DA AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO PARA A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE ESTUDO DE SUSTENTABILIDADE FINANCEIRA E DE VANTAGEM SOCIOECONÔMICA DO PROJETO DE PARCERIA (ART. 4º, INCISO VII, LEI N. 11.079/04 - LEI DA PPP).

Na mesma linha argumentativa anteriormente apresentada, é clara a ausência de consulta popular pela não realização de audiências públicas prévias, mesmo porque nem Administração Pública nem a SANESUL realizaram Estudo de Sustentabilidade Financeira e de Vantagem Socioeconômica da presente PPP que é diretriz essencial para que possa ser firmada qualquer parceria entre o setor público e o parceiro privado.

Inclusive porque tais estudos devem ser realizados de foram individualizados para cada sistemas/municípios impactos. Isto porque deve-se considerar que cada qual detém vigências diversas, peculiaridades ambientais, investimentos em andamento, tanto a Fundo Perdido quanto Financiamentos que, em muitos casos a universalização do esgotamento já se dará presidindo da necessidade de investimentos do parceiro privado, ou seja, demonstrando, claramente, a ausência de motivação da licitação destes serviços de esgotamento sanitário.

Ora, o mesmo bloco de legislações aplicáveis ao caso concreto determinam que sejam elaborados um conjunto básico e preliminar de informações e dados concernentes ao projeto de PPP. Assim, o início da modelagem requer uma preliminar metodológica básica que é a definição do problema a ser resolvido com a PPP.

Nesse estudo inicial devem ser claramente indicados objetivo e metas a serem alcançados com a implementação da PPP, metas que devem ser traduzidas em indicadores objetivos que permitam aferir a eficácia do projeto de PPP, o que representa para a Administração Pública a formatação do chamado Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) - que pode ser substituído pelo documento, redigido pelo particular, chamado Manifestação de Interesse Privado (MPI).

É com o PMI que realizar-se-ão os estudos preliminares que indicarão a validade da realização concreta do projeto de PPP, pois nestes estudos é que se identificará com precisão a magnitude e direcionamento de

investimentos, a viabilidade técnica e econômica, bem como a adequação legal da proposta.

Não é por outra razão que o art. 11, inciso II, Lei n. 11.445/07 - Lei de DNSB, determina, como condição de validade do contrato que tenha por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico, “*a existência de estudo que comprove a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico*”.

O Estudo de Viabilidade Econômico-financeira (EVTE) é uma análise criteriosa de viabilidade técnica, econômica e financeira do projeto que tem como referência vinculativa o Plano de Saneamento Básico. O EVTE é regulamentado pela Portaria n. 557, de 11 de novembro de 2016, do Ministério de Estado das Cidades, que “*estabelece as normas de referência para a elaboração dos estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira (EVTE) previstos no inciso II do art. 11 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 - Lei Nacional de Saneamento Básico (LNSB)*”.

Assim, o EVTE é requisito essencial para a validade dos contratos de saneamento básico porque, além de comprovar a viabilidade técnica e econômico-financeira, ele serve de referência para o prognóstico de viabilidade e seleção, dentre as alternativas estudadas, do modelo de prestação de serviços públicos mais adequado à realidade do município (art. 3º, inciso I, Portaria n. 557, de 11 de novembro de 2016, do Ministério de Estado das Cidades).

Sem a elaboração do EVTE, a realização da presente PPP é meramente intuitiva baseada em conhecimento empírico insuficiente para pôr em questão o futuro do saneamento básico de 65% da população do Estado do Mato Grosso do Sul.

O EVTE representa uma Análise de Impacto Prévio ao novo modelo regulatório pretendido, definindo entre as alternativas à disposição aquela que detenham melhores condições técnicas e socioeconômicas de se viabilizar, aumentando exponencialmente a definição do interesse público que não pode ser definido por jogo de erros e acertos quando o que está em questão é a vida humana representada na prestação adequada de saneamento básico.

Na elaboração do estudo contemplar-se-á análise de demanda, dimensionamento da oferta, projeto básico de engenharia, especificação do serviço, indicadores de desempenho, matriz de risco, avaliação econômico-financeira, estudo e relatório de impacto ambiental e, por fim, a minuta do edital de licitação.

Somente com um EVTE competente é que se poderá objetivamente indicar os riscos inerentes a cada parte e as garantias exigidas para assegurar o cumprimento das obrigações e atender a condições de contratação de PPP diretamente indicadas pelo art. 10, incisos I, todas suas alíneas, II, IV e V, Lei n. 11.445/07 - Lei de DNSB.

Qualquer, portanto, decisão da Administração Pública, aqui representada pela SANESUL, sem que se tenha feito um EVTE prévio produzido por equipe interdisciplinar qualificada a que se tenha dado plena publicidade e disponibilizando-o para consulta e audiência pública na qual os reguladores, os órgãos de controle social, os cidadãos e outros interessados possam ofertas críticas e sugestões ao conteúdo do EVTE (arts. 4º e 5º, *caput* e § 2º, Portaria n. 557, de 11 de novembro de 2016, do Ministério de Estado das Cidades) é **aleatória, não motivada e ilegal** que não pode ser aceita com válida a sustentar o presente projeto de PPP que deve, por mais estas razões, ser declarado nulo de pleno direito.

Ao final, chega-se inarredavelmente à mesma conclusão anterior; a de que procedimento licitatório para contratação de parceria público-privada concretizado no Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL é **nulo de pleno direito** e devem ser de tal forma declarado pelo Poder Judiciário.

IV – DA TUTELA DE URGÊNCIA EM CARÁTER ANTECEDENTE PARA SUSPENSÃO IMEDIATA DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA N. 01/2020/SANESUL E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

No presente caso, está caracterizado o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, uma vez que ficou demonstrado que o procedimento licitatório para contratação de parceria público-privada concretizado no Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL é nulo pelas diversas razões conjunta e isoladamente analisadas acima, cuja adjudicação e homologação já foram realizadas em 01 de dezembro de 2020. Assim, não resta outra alternativa senão requer que se determine judicialmente a **suspensão imediata dos efeitos jurídicos da referida Adjudicação e Homologação do resultado da Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL** mantendo-se a prestação dos serviços públicos de esgotamento sanitário sendo prestados pela SANESUL nos moldes dos Contratos de Programa e de Concessão em vigência 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 Adjudicação e

Homologação do resultado da Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL que poderão se tornar permanentes caso se chegue a desmobilização integral dos equipamentos e pessoal técnico da SANESUL nos 68 Municípios atingidos pelo Contrato de PPP acarretando enormes prejuízos à população sul-matogrossense.

Os vícios mostrados acima tornam claro que a Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL, viola diversos parâmetros constitucionais e legais. São eles:

- **arts. 6º, inciso III, e 22, CDC; art. 39, Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações Públicas); arts. 4º, incisos V e VII, da Lei n. 11.079/04 (Lei da PPP); arts. 2º, inciso X, e 3º, inciso IV, 11, inciso IV, Lei n. 11.445/07 (Lei de Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico); arts. 1º, caput e inciso II, 29, XII, e 30, V, CF/88; e arts. 1º, incisos II, V, e parágrafo único, 13, 17, incisos V, Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul)** – (Item A e A.1 do Mérito);
- **art. 422, CC; Cláusula geral da Boa-fé objetiva; e Princípio de que "ninguém pode dar o que não possui, nem mais do que possui"** – (Item B do Mérito); e
- **arts. 4º, inciso VII, da Lei n. 11.079/04 (Lei da PPP); arts. 10, incisos I, todas suas alíneas, II, IV e V, e 11, inciso II, Lei n. 11.445/07 (Lei de Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico); arts. 3º, inciso I, 4º e 5º, caput e § 2º, Portaria n. 557, de 11 de novembro de 2016, do Ministério de Estado das Cidades** – (Item C do Mérito).

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)”³

³ *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 472.

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...”⁴

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”.⁵

No tocante ao **periculum in mora** da providência judicial, urge perceber que os efeitos jurídicos da Adjudicação e Homologação do resultado da Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL estão progressivamente gerando atos e mais atos administrativos e de gestão que importam em transferência dos serviços de esgotamento sanitário da SANESUL para o parceiro privado. É, portanto, decisivo que a Justiça do Mato Grosso do Sul 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 torne irreversível os danos perpetuados ao patrimônio e interesse públicos.

Por outro lado, a determinação de suspensão dos efeitos jurídicos da Adjudicação e Homologação do resultado da Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL, **não provocará qualquer prejuízo para a**

⁴ *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 857-858.

⁵ *Código de Processo Civil Comparado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 499.

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, desde já, que seja deferida **TUTELA DE URGÊNCIA EM CARÁTER ANTECEDENTE** para **SUSPENDER IMEDIATAMENTE OS EFEITOS JURÍDICOS DA ADJUDICAÇÃO E HOMOLOGAÇÃO DO RESULTADO DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA N. 01/2020/SANESUL** mantendo-se a prestação dos serviços públicos de esgotamento sanitário sendo prestados pela SANESUL nos moldes dos Contratos de Programa e de Concessão em vigência 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.

V – DA CONCLUSÃO E DOS PEDIDOS

De todo o exposto se conclui que Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL foi lançado com múltiplas violações de natureza constitucional e legal.

Ficou evidente que o Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL violou **(A)** a necessária participação da sociedade na formação do projeto de PPP pela completa ausência de Audiências Públicas nos Municípios indicados no Edital tornando inócuas as determinações constitucionais e legais de controle social e democrático, **(A.1)** em decorrência disso houve a supressão da competência municipal como titular do saneamento básico, uma vez que também os Municípios não tiveram qualquer forma de participação quando o projeto de PPP da SANESUL afeta direta, concreta e robustamente a prestação de saneamento básico contratada pelos 68 Municípios envolvidos e a SANESUL; **(B)** a cláusula geral de boa-fé objetiva e do princípio de que *“ninguém pode dar o que não possui, nem mais do que possui”* em razão do descasamento entre os prazos do Contrato de Programa e de Concessão e o prazo contratual do Contrato de PPP, além de trazer riscos à SANESUL e, por consequência, ao erário estadual, em função de álea econômica completamente imponderável; e, por fim, **(C)** da inexistência de Estudo de Sustentabilidade Financeira e de Vantagem Socioeconômica do Projeto de PPP demonstrando ausência de motivação para sua licitação.

Desta forma, em face de tudo que acima foi exposto, e pelo que mais dos autos surgirá ao longo da fase de instrução probatória, requer o autor popular que V. Exa. se digne a:

1) Deferir **TUTELA DE URGÊNCIA EM CARÁTER ANTECEDENTE** para **SUSPENDER IMEDIATAMENTE OS EFEITOS JURÍDICOS DA ADJUDICAÇÃO E HOMOLOGAÇÃO DO RESULTADO DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA N. 01/2020/SANESUL** mantendo-se a prestação dos serviços públicos de esgotamento sanitário sendo prestados pela SANESUL nos moldes dos Contratos de Programa e de Concessão em vigência 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.

a. Requer-se, adicionalmente, *em razão da real e concreta acumulação diária de danos ao patrimônio público*, que V. Exa. **AUTORIZE** que a notificação da tutela em caráter antecedente seja cumprida por Oficial de Justiça **COM URGÊNCIA**, inclusive em regime de plantão judicial na forma do art. 212, § 1º, CPC;

b. Requer, ainda, em caso de concessão de **TUTELA ANTECIPADA INAUDITA ALTERA PARS** que se imponha **MULTA DIÁRIA (ASTREINTES)** aos réus por qualquer atraso no seu cumprimento, *sem prejuízo de outras medidas judiciais indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogoratórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão.*

2) Determinar a citação dos réus para apresentar contestação no prazo de 20 (vinte) dias (art. 7º, inciso IV, Lei n. 4.717/65);

3) Consigna-se, desde já, o interesse em realização de audiência de conciliação dentro dos parâmetros de segurança sanitária impostos pela Pandemia da COVID-19;

4) Ao final, julgar a ação **TOTALMENTE PROCEDENTE**, confirmando **expressamente** os termos da tutela em caráter antecedente requerida, e **declare a nulidade do procedimento licitatório para contratação de parceria público-privada concretizado no Edital de Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL e os efeitos jurídicos dele decorrentes;**

5) A condenação dos réus 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;

6) A intimação do Ministério Público para acompanhar todos os atos processuais (art. 6º, § 4º, Lei n. 4.717/65);

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

Dá-se à causa o valor de R\$-1.026.349.938,31 (um bilhão vinte e seis milhões trezentos e quarenta e nove mil novecentos e trinta e oito reais e trinta e um centavos) correspondente ao valor estimado do contrato.

Nestes Termos

Pede e espera deferimento.

De Belém/PA para Campo Grande/MS, XX

de dezembro de 2020.

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. 01/2020/SANESUL e Anexos;
5. Resumo Executivo da Concorrência Pública n. 01/2020/SANESUL;
6. Requerimento de Informações dirigido à SANESUL de lavra do Exmo. Deputado Estadual Pedro Kemp e Resposta; e
7. Decisão Impugnação - Concorrência n. 01/2020/SANESUL - BRK Participações.