

# Parecer da Consultoria Jurídica da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP

**PROCESSO:** ARSESP Nº 216/2010

**PARECER:** PGE/ARSESP Nº 48/2010

**INTERESSADA:** AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO – ARSESP

**ASSUNTO:** Implantação de Sistema de Contabilidade Regulatória para o Setor de Saneamento no Estado de São Paulo. Programa de Desenvolvimento da Capacidade Regulatória do Setor de Saneamento do Estado de São Paulo, financiado pela cooperação técnica BR-T1144 do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID.

LICITAÇÃO. Instauração de procedimento licitatório objetivando a contratação de serviços de consultoria para o “desenvolvimento e a implantação de um sistema de contabilidade regulatória para o setor de saneamento no Estado de São Paulo”, no âmbito de convênio entre o BID e o Estado de São Paulo, por meio da Secretaria de Saneamento e Energia. Recursos de doação do mesmo BID, complementados com recursos de contrapartida da ARSESP.

Plano de Operações proposto pelo BID e aprovado pela Secretaria de Saneamento e Energia, para o desenvolvimento dos estudos respectivos, a serem financiados pela cooperação técnica. Aprovação, pelo BID, das “listas curtas” para a contratação das consultorias mencionadas. Elaboração, a esta altura, do edital respectivo ou “Seleção de Propostas 1 (SDP 1)”, na terminologia utilizada por aquela instituição internacional.

**Providências prévias, a serem tomadas pela ARSESP, com vistas à regular instrução dos autos, bem como à instauração do procedimento licitatório:**

- a) Juntada, ao processo, da autorização do Senhor Governador para a celebração do segundo convênio, entre o Estado de São Paulo, por sua Secretaria de Saneamento e Energia (SSE) e a ARSESP, assim como dos pareceres das CJs da SSE e da AJG respectivos;
- b) Certificação, nos autos, por parte do funcionário responsável da Agência, de que se encontram consignados, no orçamento, re-

cursos para fazer frente à contrapartida a cargo da ARSESP, nas despesas oriundas da implementação do Programa.

**Quanto à minuta da SDP-1 propriamente dita:** edital em consonância com as orientações proferidas pelo Tribunal de Contas da União – TCU, no bojo do Acórdão nº 1.718/2009. Aceitação das “guidelines” do BID, em desfavor das regras nacionais específicas da matéria, porquanto não afrontem ou suprimam *princípios* norteadores das atividades da Administração Pública, presentes no ordenamento pátrio. Observância do disposto no art. 42, § 5º da Lei nº 8.666/93 e dos balizamentos, emanados daquela E. Corte de Contas, a saber: a) adoção das normas da instituição financeira internacional, no caso de conflito entre estas e a legislação pátria; b) adoção dos parâmetros estabelecidos na norma vigente no país, se inexistente conflito entre as normas da instituição financeira e a legislação brasileira; c) inserção de cláusula prevendo a interposição de recurso por parte dos licitantes ao julgamento da comissão, nos termos do art. 109, inciso I, da Lei nº 8.666/93; e d) a existência prévia dos orçamentos-base dos certames, expressos por meio de planilhas com a estimativa das quantidades e dos preços unitários, nos termos do art. 7º, inciso II, da Lei nº 8.666/93, em respeito aos princípios da publicidade e da eficiência, constantes do *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

Demonstração documental de que a regular implementação do convênio e, por conseguinte, a operação de transferência de recursos, do estrangeiro para o Brasil, foi condicionada à observância de regras estipuladas pelo BID.

1. Cuida-se de processo de seleção de propostas de consultoria técnica para o desenvolvimento e implantação de um sistema de contabilidade regulatória para o setor de saneamento do Estado de São Paulo, estando, tal processo, no âmbito de um plano de operações sugerido pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, e aprovado pela Secretaria de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo.

2. A cronologia dos fatos atinentes a tal acordo de cooperação encontra-se descrita a fls. 04/07 e pode ser assim sumariada: tendo, como um de seus objetivos precípuos, a implantação do marco regulatório do setor de saneamento no Estado de São Paulo e considerando, por outro lado, a limitada capacidade técnica disponível no país para o desempenho de atividades que tais, a ARSESP,

juntamente com a Secretaria de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo, encetou conversações com o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, com vistas à solução do impasse, sendo que este “sugeriu a utilização de experiência internacional para auxiliar a SSE e a ARSESP no desenvolvimento dos instrumentos pretendidos, por intermédio de licitações internacionais que possibilitassem a participação de empresas internacionais” (fls. 04). Ato contínuo, em outubro de 2008, a Secretaria de Saneamento e Energia elaborou uma carta-consulta e a submeteu à Secretaria Especial de Assuntos Internacionais do Ministério do Planejamento – SEAIN, propondo o Programa de Desenvolvimento da Capacidade Regulatória do setor de saneamento do Estado de São Paulo, com recursos de doação do BID complementados por recursos de contrapartida da ARSESP. No trâmite do processo respectivo, o valor a cargo do BID foi reduzido, de US\$ 1.500.000,00 para US\$ 750.000,00, e a contrapartida da ARSESP, de US\$ 500.000,00 para US\$ 400.000,00. Em maio de 2009 restou aprovado, pela Secretaria de Estado de Saneamento e Energia, o Plano de Operações proposto pelo BID, para o desenvolvimento dos estudos referidos. Em 04 de junho de 2009, em atenção às recomendações do BID, foram publicados, no sítio da ARSESP, no jornal “O Estado de São Paulo” e também na edição *on-line* do Development Business, das Nações Unidas, o comunicado de Aviso de Manifestação de Interesse relativo aos seguintes estudos: a) desenvolvimento e implantação de um sistema de contabilidade regulatória para o setor de saneamento no Estado de São Paulo; e b) assistência técnica à ARSESP para definição e implementação do Regulamento Tarifário do Setor de Saneamento no Estado de São Paulo. Em 14 de agosto de 2009 foi elaborado o relatório “Análise das Manifestações de Interesse”, propondo as “listas curtas” para a execução dos mencionados trabalhos de consultoria, listas estas que contaram com a “não objeção” (NO) do BID, em março do corrente ano. Em novembro de 2009, por orientação do Governo do Estado de São Paulo, o BID foi comunicado que o processo licitatório em tela deveria se harmonizar às diretrizes contidas no Acórdão nº 1.718/2009 do Tribunal de Contas da União. Em dezembro de 2009, restou firmado convênio entre a Secretaria de Saneamento e Energia e o BID. Em março de 2010 foi aprovada, pela Diretoria Colegiada da ARSESP, a nomeação dos integrantes do Grupo Técnico encarregado de acompanhar o desenvolvimento dos trabalhos de consultoria a serem contratados, bem como a indicação do Coordenador do Programa. Em 09 de junho do corrente ano, a Diretoria Colegiada da ARSESP aprovou os Termos de Referência da SDP (Seleção de Propostas) 1, ora posta a exame desta Consultoria neste processo, e que versa sobre a contratação de consultoria para o Desenvolvimento e a Implantação de um Sistema de Contabilidade Regulatória para o Setor de Saneamento do Estado de São Paulo, e a SDP 2, que cuida da Assistência Técnica à ARSESP para definição e implementação do Regulamento Tarifário do Setor de Saneamento deste Estado.

3. Foram acostados aos presentes autos: Carta-Consulta encaminhada, pela SSE à SEAIN (fls. 09/17), Convênio firmado pelo BID e a SSE (fls. 18/40), Relatório de Análise das Manifestações de Interesse relativo ao Programa de Desenvolvimento da Capacidade Regulatória do Setor de Saneamento do Estado de São Paulo – Cooperação Técnica BR-T114 do Banco Interamericano de Desenvolvimento com a ARSESP (fls. 41/47), Orientações da Secretaria de Saneamento e Energia quanto às diretrizes constantes do Acórdão nº 1718/2009 do Tribunal de Contas da União (fls. 48/59), Plano de Trabalho atinente ao Programa de Desenvolvimento da Capacidade Reguladora da ARSESP no Setor de Saneamento, no bojo do Convênio firmado entre a SSE e a ARSESP (fls. 61/69), Aprovação do Grupo Técnico de Acompanhamento do Convênio, pela Diretoria Colegiada da ARSESP (fls. 70/75), Reserva Orçamentária (fls. 76/84), Minuta da Seleção de Propostas (SDP) 1 (fls. 85/187), Despacho do Senhor Secretário Executivo, solicitando, desta Consultoria Jurídica, parecer acerca do processado (fls. 188), Parecer Jurídico e documentos anexos (fls. 189/215), Despacho do Senhor Diretor Presidente da ARSESP, noticiando a juntada aos autos de cópia do convênio celebrado entre a ARSESP e a SSE, da nota de reserva relativa aos recursos que serão utilizados neste exercício, bem como de planilha de orçamento base do certame pretendido, esclarecendo, ainda, que, em atenção aos norteamientos estabelecidos pelo TCU para hipóteses como a ora tratado, já se tratou de incluir, na minuta original da SDP-1, cláusula prevendo a interposição de recurso ao julgamento do comitê avaliador – item “c” (fls. 216), cópia do convênio firmado entre a SSE e a ARSESP (fls. 217/221), nota de reserva para o corrente exercício (fls. 222/225), Políticas para a Seleção e a Contratação de Consultores Financiados pelo BID (fls. 226/270), Despacho do Senhor Secretário Executivo, solicitando desta CJ, à luz dos novos documentos juntados, a elaboração do pertinente parecer (fls. 271), Despacho do Senhor Diretor Presidente da ARSESP, sumariando, ainda uma vez, as circunstâncias que motivaram a celebração do acordo de cooperação em tela, destacando que “com relação ao processo de contratação em exame, é importante ressaltar que o convênio firmado entre a SSE e o BID prevê, em seu artigo décimo segundo, que a contratação de serviços de consultoria deverá seguir os procedimentos aprovados pelo BID e expressos por meio do documento GN 2350-7, já juntado aos autos”, e, ainda, que “tendo em vista que eventuais alterações apenas são permitidas na chamada “Folha de Dados” do documento SDP 01, conforme previsão do item 2.9 do documento GN 2350-7, já foi inserida, na cláusula 7.3, a providência solicitada pelo Tribunal de Contas da União quanto à previsão de interposição de recurso ao julgamento da Comissão de licitação e análise, nos termos da Lei 8666/93, conforme redação aprovada pelo BID” (fls. 272/274), cópia da publicação, no Diário Oficial, da autorização do Senhor Governador para a assinatura do convênio entre a SSE e o BID (fls. 275), cópia do convênio celebrado entre a SSE e o BID (fls. 276/298), Não Objeção (NO) do BID ao Termo de

Referência contido no documento SDP 01 (fls. 299), cópia de divulgação de Manifestação de Interesse publicada no DOE (fls. 300/303), cópia da divulgação de Manifestação de Interesse publicada no jornal “O Estado de São Paulo” (fls. 304), cópia da divulgação da Manifestação de Interesse no sítio eletrônico do BID (fls. 305/306), análise e decisão da equipe técnica da Diretoria Econômico-Financeira quanto à formação da Lista Curta de empresas classificadas para a licitação, com vistas à prestação de serviços de consultoria (fls. 307/309), manifestação de Não Objeção (NO) do BID quanto à Lista Curta para a contratação dos serviços de consultoria (fls. 310/311), cópia da publicação no Diário Oficial do Estado, da composição do Comitê de Avaliação de Propostas que irá conduzir o processo de contratação, bem como designação de servidor responsável pelo recebimento e pela abertura de propostas financeiras (fls. 312), Autorização, firmada pelo Senhor Diretor-Presidente da ARSESP, para a contratação e a realização de despesa (fls. 313).

4. É a síntese do necessário. Passo a opinar.

5. Trata-se de licitação com vistas à contratação de serviços de consultoria técnica, com aporte financeiro do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e contraparte da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP.

6. Por primeiro, cumpre observar que não foi acostada, aos autos, cópia da autorização do Senhor Governador do Estado, para a celebração do segundo convênio, entre o Estado de São Paulo, por sua Secretaria de Saneamento e Energia, e a ARSESP, com vistas a regular implementação do Programa em tela. Com efeito, a fls. 275 consta cópia da publicação da autorização do Chefe do Executivo Estadual para a celebração do primeiro convênio, entre o BID e o Estado de São Paulo, por sua SSE, o mesmo não ocorrendo com relação ao aludido segundo convênio, o que afronta o art. 1º do Decreto nº 40.722, de 20 de março de 1996, *verbis*:

*Art. 1º. Os convênios a serem celebrados pelo Estado de São Paulo, por intermédio das Secretarias de Estado do Poder Executivo ou órgãos vinculados diretamente ao Governador, e Autarquias dependem de prévia autorização deste, exceto nas hipóteses em que seja signatário do instrumento respectivo (grifo nosso).*

Certo é que o art. 3º do mencionado Decreto reza que “independe de autorização governamental a que se refere o art. 1º deste decreto a celebração de protocolos de intenção, assim entendidos os ajustes preparatórios da celebração de convênios destituídos de conteúdo obrigacional, aplicando-se o disposto no *caput* do artigo 2º no tocante à representação do Estado em tais avenças”. Entretanto tal não é a hipótese tratada, seja porque o ajuste em tela (2º convênio) não é preparatório da celebração do convênio entre o BID e a SSE, mas, sim, posterior a

este último, seja porque não esteja ele destituído de conteúdo obrigacional (veja-se, a propósito, a cláusula segunda daquele convênio, intitulada “Obrigações dos Partícipes” – fls. 218/219).

**Por conseguinte, é necessário venha aos autos a mencionada autorização, acompanhada dos pareceres jurídicos pertinentes, da CJ da SSE e da AJG, ou se inexistente, seja devidamente providenciada.**

7. Demais disso, em termos de providências a serem tomadas pela Agência, a despeito da indicação de reserva orçamentária (fls. 77/81 e 222/225), **é mister haja, nos autos, a informação, por parte do funcionário responsável da ARSESP, de que se encontram consignados, no orçamento, recursos para fazer frente à contrapartida a cargo da ARSESP, nas despesas oriundas da implementação do Programa.**

8. No que concerne à minuta da Seleção de Propostas, sob exame, há que se observar, primeiramente, o artigo 42, § 5º da Lei nº 8.666/93, o qual dispõe que:

*“Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.*

*§ 5º. Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior”* (destaques nossos).

9. Melhor especificando a hipótese legal supradescrita, o Acórdão nº 1718/2009 exarado pelo Plenário do Tribunal de Contas da União – TCU (fls. 52), estabeleceu os seguintes norteados para os processos licitatórios cujos recursos provenham total ou parcialmente de empréstimos internacionais:

*“a) a observância do disposto no art. 42, § 5º, da Lei nº 8.666/93, bem como a Decisão nº 245/92 TCU/Plenário, quanto à adoção das normas da instituição financeira internacional, caso haja conflito entre tais normas e a legislação brasileira;*

*b) a adoção dos parâmetros estabelecidos na norma vigente no País, caso não haja conflito entre as normas da instituição financeira internacional e a legislação brasileira;*

*c) a inserção nos editais de cláusula prevendo a interposição de recurso por parte dos licitantes ao julgamento da comissão, nos termos do art. 109, inciso I, da Lei nº 8.666/93; e*

*d) a existência prévia dos orçamentos-base dos certames, expressos por meio de planilhas com a estimativa das quantidades e dos preços unitários, nos termos do art. 7º, inciso II, da Lei nº 8.666/93, em respeito aos princípios da publicidade e da eficiência, constantes do caput do art. 37 da Constituição Federal” (grifos nossos).*

10. A adoção dos regulamentos do BID, em hipóteses que tais, já vinha sendo reputada válida, pela jurisprudência, mesmo antes da prolação do mencionado acórdão do TCU, como se vê a seguir:

*“Em se tratando de concorrência pública internacional com recursos provenientes de agência estrangeira, a legislação pátria admite a inserção de exigências diversas daquelas previstas na Lei Geral de Licitações. Dessa forma, não constitui ilegalidade nem fere o princípio da isonomia entre os concorrentes a necessidade de comprovação de requisitos de capacitação técnica e financeira estabelecidos por instituição internacional como condição para a aprovação do financiamento. Inteligência do art. 42, § 5º, da Lei n. 8.666/93” (STJ, RMS nº 14.579/MG, 2ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 20.09.2005, DJ de 10.10.2005, p. 265).*

11. De tudo se depreende, pois, que as “guidelines” do BID, isto é, das normas ou procedimentos daquele organismo financeiro internacional – são aplicáveis, no âmbito de licitação realizada no Brasil, desde observadas as hipóteses descritas no mencionado dispositivo legal. Entretanto, para que assim seja, é preciso, ademais, que aludidas “guidelines” não afrontem ou suprimam os princípios norteadores das atividades da Administração Pública.

12. Isto quer dizer que, malgrado seja lícita – como expressamente referido pelo E. Tribunal de Contas da União, no acórdão ora trazido à colação –, a adoção das normas da instituição financeira internacional caso haja conflito entre tais normas e a legislação brasileira, não podem, aquelas, desrespeitar os princípios basilares da administração pública.

13. De fato, o Brasil é signatário da Conferência de Bretton Woods, de 1944, que criou o FMI (Fundo Monetário Internacional) e o então BIRD (Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento), tendo-a ratificado por meio do Decreto-Lei nº 8.479, de 27 de dezembro de 1945 e a promulgado pelo Decreto

nº 21.177, de 27 de maio de 1946. Fez-se introduzir, assim, no ordenamento jurídico pátrio, uma norma específica sobre as contratações financiadas pelo BID, prevendo a adoção das linhas-mestras propostas pelo Banco mesmo em detrimento da legislação brasileira. Todavia, se aquelas podem sobrepujar, validamente, as regras brasileiras acerca da licitação, quando em confronto com estas, não lhes é dado sobrepor-se ao leque principiológico presente no art. 37 da Constituição Federal de 1988 ou dele, logicamente, derivado.

14. A doutrina pátria tem sufragado tal entendimento, como se vê a seguir:

*“O art. 42, 5º, significa que as regras acerca de procedimento licitatório, prazos, formas de publicação, tipos de licitação, critérios de julgamento, podem ser alteradas. Não é possível suprimir os princípios inerentes (inclusive aqueles relacionados a direitos dos licitantes), mas podem ser adotadas outras opções procedimentais ou praxísticas”<sup>1</sup> (grifos nossos).*

Na mesma linha, o magistério de Rosolea Folgosi<sup>2</sup>:

*“Dentro da chamada ‘teoria do monismo moderado’, as Guidelines, ainda que com aplicação determinada nos contratos de empréstimo, ainda que fundadas em tratado firmado pelo Brasil (Bretton Woods), dependem, para sua validade, de sua consonância com os princípios e normas constitucionais”.*

Semelhantemente, o Parecer PA nº 238/2007, que, ademais, consigna outras orientações para a perfeita regularidade dos certames como o ora examinado:

*“É possível adotar as diretrizes do BIRD em tudo aquilo que não houver conflito com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, em especial, os da isonomia, impessoalidade e publicidade.*

(...)

*Devem ser adotados todos os procedimentos internos previstos na legislação nacional para as contratações, como, por exemplo, a justificativa para a contratação, a autorização para a realização do certame e para a efetivação da despesa, a publicidade para a convocação dos proponentes, a pesquisa de preços para a comprovação da compatibilidade com os valores praticados no mercado, a reserva de recursos, a formalização da contratação pelos instrumentos admitidos na legislação vigente e a publicação do extrato de contrato.*

(...)

1 Marçal Justen Filho. “Comentários à lei de licitações e contratos administrativos”, 7 ed., São Paulo: Dialética, 2000, p. 425.

2 “Licitação e as ‘guidelines’ do Banco Mundial. In: BANDEIRA DE MELLO (Org.). Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 530.

*Para o fim de evitar questionamentos no âmbito interno, no tocante à adoção dos procedimentos licitatórios fixados pelo BIRD, com o afastamento da Lei 8.666/93, é conveniente que no plano anual de contratações seja prevista a separação de ações em contratos cujas despesas onerem apenas recursos do empréstimo ou recursos do Tesouro aplicados em contrapartida, não se fazendo contratações em que a despesa venha a onerar as duas fontes.*

(...)

*A respeito do tema, esta Procuradoria Administrativa já se manifestou, asseverando (a) que as diferenças constatadas nas normas impostas pelo banco internacional (BIRD) não agridem o disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, além de estarem legitimadas pela ressalva prevista no § 5º do artigo 42 da Lei 8.666/93, e (b) que nota técnica (do BIRD) e edital que conflitavam com a Lei de Licitações eram compatíveis com o contrato de empréstimo (3.375 BR), de modo que os atos administrativos foram praticados em conformidade com as diretrizes fixadas pelo Banco Mundial e pelo edital, razão por que o estudo das eventuais providências administrativas a serem adotadas para cumprimento de decisão da Corte de Contas deveria aguardar a nova decisão a ser proferida em ação de rescisão do julgado, conforme pareceres PA-3 nº 107/1996 e 299/2001, respectivamente”.*<sup>3</sup>

15. Além do respeito aos princípios constitucionais atinentes à matéria, é preciso demonstrar, ainda, que recursos estrangeiros serão utilizados para a almejada contratação, e que a adoção das *guidelines* é uma exigência por parte da instituição financeira internacional, e não apenas uma recomendação realizada por esta ao destinatário da doação<sup>4</sup>. Isto quer dizer, como bem acentuado no referido Parecer PA nº 238/2007, que “procedimento não reclamado em norma do agente financeiro não é de observância compulsória por parte da Administração”.

16. Em síntese, à luz de todo o exposto, parece ser possível afirmar que as “*guidelines*” do BID podem prevalecer sobre regras presentes na Lei 8.666/93, desde que: a) sua adoção, por parte do beneficiário nacional, seja uma exigência – e não apenas uma recomendação – por parte da instituição financeira internacional, devendo, ademais, estar, aquela, documentalmente comprovada nos autos; b) haja a demonstração de que a contratação contará com recursos financeiros estrangeiros; c) não malfirmam princípios de assento constitucional, ou logicamente derivados de tal matriz.

<sup>3</sup> Parecerista Ana Maria Oliveira de Toledo Rinaldi. Parecer aprovado pelo Senhor Procurador-Geral do Estado.

<sup>4</sup> Cf., a propósito, Marçal Justen Filho, Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12 ed., São Paulo: Dialética, 2008, p. 540. No mesmo sentido, o acórdão nº 715/2004 do TCU e muitos outros referidos no Parecer PA nº 243/2007.

17. Pois bem. Segundo nos parece, encontram-se atendidos, no caso vertente, as aludidas exigências, o que aponta para a viabilidade do edital sob exame.

18. Com efeito, consoante se depreende do item 2.9 do documento GN-2350-7, elaborado pelo BID, eventuais alterações, na SDP-1 ora sob exame (fls. 244), somente podem ocorrer na denominada “Folha de Dados”, e, assim mesmo, em número mínimo, haja vista a **obrigatoriedade** de o beneficiário da doação (mutuário, na terminologia utilizada pelo Banco), utilizar as SDP’s padronizadas, *verbis*:

“2.9. A SDP é constituída por: a) Carta de Solicitação de Propostas; b) Instruções aos Consultores; c) TDR e d) minuta do contrato. **Os Mutuários deverão usar as SDP’s padronizadas aplicáveis, emitidas pelo Banco, com as modificações mínimas necessárias, aceitáveis ao Banco, a fim de atender às condições peculiares de cada projeto. Tais modificações deverão ser introduzidas somente por meio da Folha de Dados da SDP.** Os mutuários relacionarão todos os documentos incluídos na SDP. O Mutuário poderá usar um sistema eletrônico para distribuir a SDP, desde que o Banco considere esse sistema adequado. Se a SDP for distribuída eletronicamente, o sistema eletrônico deverá ser seguro para evitar modificações na SDP e não poderá impor restrições de acesso à SDP por parte dos consultores integrantes da lista curta” (grifos nossos).

No mesmo sentido, o artigo décimo segundo do convênio celebrado entre a SSP e o BID:

*“Décimo segundo. Seleção e contratação de consultores. A seleção e contratação de consultores **deverão** ser feitas de acordo com as disposições estabelecidas no documento GN-2350...”* (destaque nosso).

Encontra-se, pois, presente a primeira condição para a adoção das referidas “guidelines”, qual seja a exigência – e não apenas a recomendação – realizada pelo Banco ao mutuário, de utilizá-las, tal qual em modelo previamente elaborado por aquele.

19. A exigência de que recursos estrangeiros sejam utilizados na contratação encontra-se, s.m.j., atendida pelo constante no “Convênio de Cooperação Técnica Não Reembolsável”, firmado entre a SSE e o BID (fls. 19/40), o qual prevê desembolso, até o montante de US\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América), em favor da SEE, “para financiar a seleção e contratação de serviços de consultoria necessários para a realização de um programa de cooperação técnica para apoiar o desenvolvimento de instrumentos e capacitação de pessoal para a regulação dos serviços do setor de saneamento do Estado de São Paulo” (fls. 19). Cumpre observar, ainda, a este título, que, em atenção ao Parecer

CJ/ARSESP 16/2010 (fls. 189/198), foi celebrado convênio entre a SSE e a ARSESP, no valor de US\$ 1.150.000,00 (um milhão, cento e cinquenta mil dólares americanos), custo estimado do denominado “Programa de Desenvolvimento da Capacidade Reguladora do Setor de Saneamento do Estado de São Paulo”, sendo US\$ 400.000,00 (quatrocentos mil dólares americanos), a título de “contrapartida local”, a cargo da ARSESP. Cabe ainda registrar, quanto a este tópico, que o artigo 2º do Convênio firmado entre a SSP e o BID (fls. 19 e 277) indica a ARSESP como órgão executor do programa e destinatário final dos recursos oriundos do Banco, obrigando, ademais, a SSE, enquanto “beneficiária”, a repassar, à ARSESP (esta última, na condição de “órgão executor” do Programa), os aludidos montantes, como se vê a seguir:

*“Segundo. Órgão Executor. A execução do Programa e a utilização dos recursos da Contribuição do Banco caberão ao órgão Executor do Programa, Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP (doravante denominado “Órgão Executor”), cuja capacidade legal e financeira para atuar como tal é atestada pelo Beneficiário. O Beneficiário compromete-se a repassar ao Órgão Executor os recursos da Contribuição e a garantir que o Órgão Executor cumpra todas as obrigações decorrentes deste Convênio”.*

20. Por fim, temos que as “guidelines” constantes da minuta da SDP-1, ora sob exame, não afrontam os princípios regedores da matéria em comento, a saber: igualdade, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, isonomia, competitividade, eficiência, vinculação ao instrumento convocatório, ampla defesa e julgamento objetivo.

21. O Princípio da Igualdade (art. 37, XXI da CF) encontra-se presente, na minuta analisada, na medida em que nela não tenha lugar o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais. A denominada “lista curta” se justifica tanto por conta da grande especialização reclamada para os referidos estudos de consultoria, quanto pelo fato de que, previamente, em atenção às recomendações do BID, foram publicados, no sítio da ARSESP, no jornal “O Estado de São Paulo” e também na edição *on-line* do Development Business, das Nações Unidas, o comunicado de Aviso de Manifestação de Interesse relativo aos estudos relativos ao desenvolvimento e implantação de um sistema de contabilidade regulatória para o setor de saneamento no Estado de São Paulo e assistência técnica à ARSESP para definição e implementação do Regulamento Tarifário do Setor de Saneamento no Estado de São Paulo. Derivações do Princípio da Igualdade são os Princípios da Competitividade (art. 3º, § 1º, I da Lei nº 8.666/93) e da Isonomia (art. 3º, § 1º, II, da mesma Lei de Licitações), os quais também são prestigiados na minuta analisada, porquanto o certame, tal qual lá prefigurado,

fomente a disputa entre os consultores constantes da “lista curta”, dispensando tratamento equitativo a todos eles.

O Princípio da Legalidade, tendo em vista o previsto no art. 42, § 5º da Lei nº 8.666/93, tampouco é afrontado no caso sob exame, porquanto a própria lei admita, em casos como o presente, a aplicação das disposições contratuais elaboradas pela instituição financeira de cooperação internacional, o que vem sendo referendado pela jurisprudência, inclusive o TCU.

O Princípio da Impessoalidade, segundo o qual todos os licitantes devem ser tratados, de forma igual, em termos de direitos e deveres, bem como o Princípio do Julgamento Objetivo, que estabelece o julgamento das propostas de acordo com os critérios fixados no edital, não se encontram suprimidos na minuta enfocada.

O Princípio da Moralidade é prestigiado, na aludida minuta, através de dispositivos específicos que vedam, por parte dos envolvidos no certame licitatório, a adoção de práticas reprováveis como a fraude, a corrupção e o conluio.

O Princípio da Eficiência, ou “dever da boa administração”, liga-se à busca diuturna, por parte do administrador, da obtenção de resultados positivos para atender às necessidades da comunidade. Ora, este parece ser, precisamente, o fim buscado pelo Programa referido, do qual faz parte a licitação sob análise, como se pode deprender das justificativas para a contratação de consultoria técnica especializada (fls. 04/07).

O Princípio da vinculação ao instrumento convocatório, por sua vez, obriga, a Administração, a cumprir as normas e as condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. Também aqui, segundo nos parece, a minuta sob exame não discrepa do quanto determinado em sede principiológica.

O Princípio da Publicidade encontra-se prestigiado na hipótese tratada, como, por exemplo, na publicação de atos na imprensa ou em sítios eletrônicos, a começar pelo Aviso de Manifestação de Interesse para serviços de consultoria e passando pelas sessões de abertura de propostas, dentre outros.

Por derradeiro, urge observar que, em homenagem ao Princípio da Ampla Defesa, bem como em cumprimento ao disposto no Acórdão nº 1.718/2009, do TCU, e, ainda, em atenção ao art. 109, inciso I, da Lei nº 8.666/93, fez-se incluir, na denominada “Folha de Rosto”, da SDP-1, sob exame, cláusula prevendo a interposição de recurso por parte dos licitantes ao julgamento da comissão (item 7.3, fls. 114).

22. Quanto ao mais, cumpre registrar que o convênio firmado entre o Estado de São Paulo, por sua Secretaria de Saneamento e Energia e o BID, contou

com a autorização do Senhor Governador do Estado (fls. 275), bem como que a contratação e a realização das despesas relacionadas com a indigitada SDP-1 foi devidamente autorizada pelo Senhor Diretor-Presidente da ARSESP (fls. 313). Outrossim, em atenção ao item “d” do mencionado Acórdão nº 1718/2009, do TCU (fls. 52), foram juntados, aos autos, nota de reserva de recursos para o corrente exercício (fls. 222/224) e planilha de orçamento base do certame (fls. 225).

23. Em razão de todo o exposto, e à luz dos acréscimos que já foram incorporados à minuta analisada, somos pela aprovação da mesma. A continuidade do processo de seleção de propostas de serviço de consultoria para a implantação de sistema de contabilidade regulatória no Estado de São Paulo, todavia, está condicionada ao atendimento, pela ARSESP, das providências, de ordem formal, sugeridas nos itens 6 e 7 desta peça opinativa. Nesse sentido, afigura-se necessária a vinda, aos autos, da pertinente informação, da lavra do funcionário respectivo da Agência, de que de que se encontram consignados, no orçamento, recursos para fazer frente à contrapartida, a cargo da ARSESP, nas despesas decorrentes da implementação do Programa. Demais disso, tem-se que a existência de convênio entre o Estado de São Paulo, por sua Secretaria de Saneamento e Energia, e a ARSESP, é condição *sine qua non* para o início do procedimento licitatório, como assinalado no Parecer CJ/ ARSESP nº 30/2010 (fls. 189/198), sendo que tal pacto não pode prescindir da devida autorização do Senhor Governador do Estado, nos termos do art. 1º do Decreto nº 40.722, de 20 de março de 1996.

*É o parecer, sub censura.*

São Paulo, 13 de outubro de 2010.

**ROBERTO DE ALMEIDA GALLEGÓ**  
**Procurador do Estado**

**PROCESSO Nº 216/2010**

Vistos.

Acolho o parecer *retro*, por seus próprios fundamentos.

À Secretaria-Executiva da ARSESP.

São Paulo, 13 de outubro de 2010.

**EDUARDO DE CARVALHO LAGES**  
**Procurador do Estado respondendo pelo**  
**expediente da Consultoria Jurídica da ARSESP**