

II – ACÓRDÃO

ACO-UTR-1275/2024

Processo	- TC/000194/2001
Embargante	- São João Energia Ambiental S.A.
Objeto	- Embargos de Declaração opostos em face do Acórdão de 20/3/2019 – Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente e Sustentare Serviços Ambientais S.A. (antiga Enterpa Ambiental S.A.) – Contrato 20/SVMA/2000 (Termo de Retirratificação s/n de 14/6/2001, TAs 02/2001, 03/2001, 04/2002 e Termo de Transferência de Concessão de 12/5/2004) – Concessão da área do Aterro Sanitário São João para a exploração de Gás Bioquímico – GBQ nele gerado, visando à produção e comercialização de energia elétrica e outras utilidades

3.343ª Sessão Ordinária

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SVMA. Concessão de área para exploração de gás bioquímico. Aterro Sanitário. Opostos em face da decisão que negou provimento aos recursos. 1. Os contratos produziram seus efeitos por mais de quinze anos, de onde se pressupõe que a Administração reconheceu o interesse público na continuidade destes. 2. Não há notícia de que a alteração do objeto social, que possibilitou a transferência do Contrato, tenha inviabilizado a execução de seus objetos ou acarretado prejuízos. 3. A matéria, em razão do tempo decorrido, reclama reapreciação e ponderações à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista os efeitos jurídicos e patrimoniais até hoje produzidos, considerando, ainda, os efeitos da aplicação do princípio da segurança jurídica quanto aos atos praticados durante a vigência dos ajustes. CONHECIDOS. ACOLHIDOS parcialmente, atribuindo-lhes efeitos infringentes. Excepcionalmente REGULARES. Votação unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/006761/2000 e TC/000194/2001, ora em sede de embargos de declaração, dos quais é Relator o Conselheiro Substituto ELIO ESTEVES JUNIOR.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos embargos de declaração e, no mérito, em acolhê-los parcialmente, atribuindo-lhes efeitos infringentes para o fim de julgar, excepcionalmente, regular o Contrato 20/SVMA/2000, registrando que sobrevieram à matéria novos elementos, e notadamente porque o contrato continua ativo e operante, inexistindo notícias de qualquer prejuízo ao erário.

ACORDAM, à unanimidade, considerando que a análise da execução desse ajuste auditado por este Tribunal remonta ao ano de 2015, em propor ao Relator da matéria que avalie a possibilidade de determinar à Secretaria de Controle Externo que realize novo acompanhamento da execução contratual, tendo em vista que o contrato continua vigendo.

Participaram do julgamento os Conselheiros RICARDO TORRES – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e JOÃO ANTONIO.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 30 de outubro de 2024.

EDUARDO TUMA – Presidente
ELIO ESTEVES JUNIOR – Conselheiro Substituto Relator

/lsr

**I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO ELIO ESTEVES JUNIOR
– RELATOR**

TC/006761/2000

TC/000194/2001

Egrégio Plenário

Em julgamento nos TCs 6.761/2000 e 194/2001 os Embargos de Declaração interpostos, respectivamente, pelas empresas Biogás Energia Ambiental S.A. e São João Energia Ambiental, em face dos Acórdãos que julgaram recursos ordinários envolvendo os Contratos de Concessão 18 e 20/SVMA/2000.

No **TC 6.761/2000**, o Órgão Pleno deste Tribunal assim decidiu:

***ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer do recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, uma vez que tempestivo, e dos interpostos pela Biogás Engenharia Ambiental S.A., por preenchidos os requisitos de admissibilidade.*

***ACORDAM**, ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator e EDSON SIMÕES, invocando os princípios da celeridade e da economia processual, em afastar a preliminar de nulidade dos recursos julgados, e quanto ao mérito, em negar-lhes provimento, mantendo os Acórdãos recorridos por seus próprios e jurídicos fundamentos.*

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor, que, consoante voto em separado, acolheu a preliminar de cerceamento de defesa aduzida pelos interessados – para o fim de promover a anulação do julgado –, deixou de apreciar o mérito dos recursos interpostos, visto que prejudicados, e determinou o retorno dos autos à relatoria de origem para seguimento a partir do iter processual correspondente à intimação dos responsáveis.

***ACORDAM**, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, considerando a notícia de que os ajustes permanecem vigentes, em determinar o envio da matéria à Egrégia Câmara Municipal de São Paulo, para a adoção das providências atinentes àquele Poder.*

***ACORDAM**, afinal, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar, após as medidas regimentais cabíveis, o arquivamento dos autos.*

A embargante requereu o acolhimento dos presentes embargos para sanar:

1 - Contradição no que se refere à análise da preliminar de nulidade arguida em razão do cerceamento de defesa, pois o acórdão admite a ausência de intimação das partes para apresentar defesa, no entanto, deixa de acolher a preliminar e aplica entendimento contrário à situação fática e aos fundamentos constantes da própria decisão;

2 - Omissão quanto à regularidade da alteração da Biogás como sociedade de propósito específico - cumprimento das regras do edital; e

3 - Obscuridade quanto à análise do interesse público na concessão do aterro e os benefícios à Prefeitura de São Paulo, se este Tribunal entende que se deve buscar a preservação da forma pela forma em si mesma, ou, pelo contrário, se se deve preservar a sua utilidade e finalidade últimas.

Na hipótese de acolhimento da contradição, requereu fosse anulada a decisão embargada com a determinação do retorno dos autos à fase de instrução para a continuidade dos atos necessários ao exercício da ampla defesa.

Pleiteou, também, que, uma vez esclarecidos os pontos acima mencionados, atribua-se efeito infringente aos embargos a fim de se julgar regular a contratação.

Por fim, não sendo esse o entendimento, requereu que os embargos de declaração fossem providos para que, ainda que mantida a irregularidade dos contratos, sejam acatados os efeitos financeiros do contrato.

Em seu parecer, a Assessoria Jurídica manifestou-se pelo conhecimento dos Embargos, porquanto atendidos os preceitos do artigo 144 do Regimento Interno.

No mérito, após discorrer sobre as alegações da embargante, concluiu não haver contradição, omissão ou obscuridade, sendo incabível os mencionados efeitos infringentes.

No que diz respeito à apontada contradição, consoante aduziu a Assessoria Jurídica:

“Em que pesem a jurisprudência e doutrina sobre o contraditório e ampla defesa, o segundo Acórdão adotou o entendimento explicitado por esta Assessoria (fl. 450) de que, pela própria natureza do Tribunal de Contas, Instituição de controle externo, o devido processo legal segue uma lógica própria, diferentemente da lógica do contraditório judicial propriamente dito. É dizer, o devido processo legal divide-se em duas fases, em dois momentos distintos. A primeira, dirigida à análise das contas públicas, à correição das despesas e à conduta do Administrador. A segunda, à formação do título executivo pelos efeitos indiretos das irregularidades das contas, tal como julgadas. Conforme já esclarecido por esta Assessoria (fls. 450/451), ainda que se concluísse pela necessidade de sua intimação prévia em razão do disposto no artigo 116, § 3º, do estatuto regimental, diversos motivos fazem incidir a máxima de que não há nulidade onde não há prejuízo (pas de nullité sans grief), sendo eles: (i) a natureza dos fundamentos que levaram à rejeição do ajuste; (ii) a instrução realizada no TC 2.008/07-14 – que contou com a ampla participação da contratada, tendo como objeto as mesmas questões que levaram ao v. Acórdão ora hostilizado –; (iii) a matéria amplamente discutida no apelo de fls. 392/407; (iv) e, ainda, a

competência do Órgão julgador. A toda prova, a concessionária repisa em seu recurso alegações que foram suficientemente debatidas ao longo da instrução processual no TC 2.008/07-14. Portanto, considerando que os recursos são recebidos com efeitos suspensivos, não afetando a esfera de direitos da contratada enquanto não reapreciados os Acórdãos e que a defesa trouxe matéria amplamente discutida na instrução, sem mencionar que a Recorrente participou da instrução do TC 2008/07 com as mesmas matérias, não há outra solução, senão concluir pela ausência de contradição, porquanto, embora o decisum reconheça não ter havido intimação na fase instrutória, justifica fundamentadamente a invocação dos princípios da economia processual e celeridade, além de ter sido oportunizada a ampla defesa.”

No que diz respeito às alegadas omissão e obscuridade do Acórdão, apontou a Assessoria Jurídica o quanto segue:

“No que concerne à omissão e obscuridade, atreladas à suposta falta de análise da questão societária, autorização do Município e desconsideração do interesse público envolvido, tais argumentos não merecem prosperar. Pelo que consta dos autos, as questões levantadas pela Recorrente foram amplamente debatidas, inclusive quando da impugnação do primeiro decisum. Daí porque a decisão embargada manteve o Acórdão recorrido por seus próprios e jurídicos fundamentos.”

Ademais, em grau de recurso, referida Especializa *”entendeu que não procede a alegação da Recorrente de que o Município de São Paulo ‘admitiu e reconheceu a alteração empreendida no objeto social da Biogás’, ao permitir que o Aterro São João (atinentes ao Contrato de Concessão nº 20/SVMA/00) passasse a ser explorado por outra concessionária, tendo em vista que, para tanto, a concessionária do Aterro Bandeirantes (atinentes ao Contrato de Concessão nº 18/SVMA/00) deveria, primeiramente, abdicar de seu caráter de sociedade de propósito específico, de tal sorte que pudesse integrar, como realmente o fez, a São João Energia Ambiental S.A., juntamente com a Qualix S.A. Serviços Ambientais (fl. 444).”*

E, acerca do interesse público, consignou que a alteração da situação jurídica da empresa Biogás, que deixou de ser de propósito específico, apenas atendeu aos interesses da própria concessionária, qual seja, o de expandir sua atividade de exploração de gás bioquímico, não havendo comprovação nos autos de que as modificações realizadas buscavam resguardar o interesse público.

Por fim, no que diz respeito aos efeitos financeiros, consoante os estudos sobre a matéria, realizados no TC 1.634/2016, sua apreciação somente seria cabível em sede de acompanhamento de execução contratual. No caso, por se tratar de análise formal, não comporta apreciação de efeitos financeiros.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, na esteira do entendimento da Assessoria Jurídica, opinou pela improcedência dos Embargos de Declaração interpostos.

A Secretaria Geral, preliminarmente, entendeu que os pressupostos de admissibilidade foram preenchidos, devendo ser conhecidos os presentes Embargos de Declaração. No mérito,

opinou pela rejeição dos aclaratórios, inclusive no que concerne aos pretendidos efeitos infringentes, na esteira do parecer pela Assessoria Jurídica.

No **TC 194/2001**, o Órgão Pleno deste Tribunal assim decidiu:

***ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer do recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, uma vez que tempestivo; do interposto pela empresa São João Energia Ambiental S.A., por preenchidos os requisitos de admissibilidade, e do interposto pela empresa Sustentare Serviços Ambientais S.A. (antiga Enterpa Ambiental S.A.) por versar matéria de ordem pública.*

***ACORDAM**, ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator e EDSON SIMÕES, invocando os princípios da celeridade e da economia processual, em afastar a preliminar de nulidade dos recursos julgados, e quanto ao mérito, em negar-lhes provimento, mantendo os Acórdãos recorridos por seus próprios e jurídicos fundamentos.*

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor, que, consoante voto em separado, acolheu a preliminar de cerceamento de defesa aduzida pelos interessados – para o fim de promover a anulação dos julgados –, deixou de apreciar o mérito dos recursos interpostos, visto que prejudicados e determinou o retorno dos autos à relatoria de origem para seguimento a partir do iter processual correspondente à intimação dos responsáveis.

***ACORDAM**, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, considerando a notícia de que os ajustes permanecem vigentes, em determinar o envio da matéria à Egrégia Câmara Municipal de São Paulo, para a adoção das providências atinentes àquele Poder.*

***ACORDAM**, afinal, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar, após as medidas regimentais cabíveis, o arquivamento dos autos.*

A embargante requereu o acolhimento de seu recurso para o fim sanar o quanto segue:

1. Contradição no que se refere a análise da preliminar de nulidade arguida em razão do cerceamento de defesa, pois o v. Acórdão admite a ausência de intimação das partes para apresentar defesa, no entanto, deixa de acolher a preliminar e aplica entendimento contrário a situação fática e aos fundamentos constantes da própria decisão;

2. Omissão relacionada aos argumentos de que o objeto do contrato nº 20/SVMA/2000 é executado por uma SPE, a São João, aduzindo que o problema que se levanta com relação à BIOGÁS se aplica única e exclusivamente à execução do contrato nº. 18/SVMA/2000 do qual é a Concessionária;

3 - Obscuridade quanto a análise do interesse público na concessão do aterro e os benefícios à Prefeitura de São Paulo, se este Tribunal entende que se deve buscar a preservação da forma pela forma em si mesma, ou, pelo contrário, se se deve preservar a sua utilidade e finalidade últimas.

Requeru, na sequência, que na hipótese de acolhimento da contradição, seja anulada a decisão embargada com a determinação do retorno dos autos à fase de instrução para a continuidade dos atos necessários ao exercício da ampla defesa.

Solicitou, também, que, uma vez esclarecidos os pontos acima mencionados, sejam atribuídos efeito infringente aos presentes embargos, a fim de julgar regular a contratação em questão, e, caso não sendo esse o entendimento, propugnou pelo provimento do recurso para que, ainda que mantida a irregularidade dos contratos, sejam acatados os efeitos financeiros do contrato.

A Assessoria Jurídica manifestou-se pelo conhecimento da peça recursal, posto que atendidos os preceitos do artigo 144 do Regimento Interno e, no mérito, após discorrer sobre as alegações da embargante, concluiu não haver contradição, omissão ou obscuridade, sendo incabível os mencionados efeitos infringentes.

No que diz respeito à apontada contradição, aduziu aquela Assessoria:

“Em que pesem as jurisprudências e doutrinas sobre o contraditório e ampla defesa, o segundo Acórdão adotou o entendimento explicitado por esta Assessoria (fl. 410) de que, pela própria natureza do Tribunal de Contas, Instituição de controle externo, o devido processo legal segue uma lógica própria, diferentemente da lógica do contraditório judicial propriamente dito. É dizer, o devido processo legal divide-se em duas fases, em dois momentos distintos. A primeira, dirigida à análise das contas públicas, à correição das despesas e à conduta do Administrador. A segunda, à formação do título executivo pelos efeitos indiretos das irregularidades das contas, tal como julgadas.

Também prevaleceu a máxima de que não há nulidade onde não há prejuízo (pas de nullité sans grief), face à oportunidade de defesa, que permitiu à recorrente trazer aos autos, uma vez mais, em sede recursal, a discussão dos pontos debatidos na fase de instrução.

Portanto, considerando que os recursos são recebidos com efeitos suspensivos, não afetando a esfera de direitos da contratada enquanto não reapreciados os Acórdãos e que a defesa trouxe matéria amplamente discutida na instrução, não há outra solução, senão concluir pela ausência de contradição, porquanto, embora o decisum reconheça não ter havido intimação na fase instrutória, justificou fundamentadamente a invocação dos princípios da economia processual e celeridade, além de ter sido oportunizada a ampla defesa.”

No que diz respeito à alegada omissão e obscuridade do Acórdão pertinente ao fato de o Contrato 20/SVMA/2000 ser executado por uma SPE, a São João Energia, aduziu a Assessoria Jurídica que as questões levantadas pela recorrente foram amplamente debatidas tanto no 1º Acórdão, quanto na fase recursal.

Especialmente quanto à alegação de que a São João constitui uma Sociedade de Propósito Específico, tal condição não se mostrou relevante ou determinante para a irregularidade quanto ao Contrato 20/SVMA/2000, que decorreu da transferência da concessão sem licitação ou demonstração de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, não havendo que se falar em omissão ou obscuridade.

Por fim, quanto aos efeitos financeiros, consoante os estudos sobre a matéria realizados no TC 1.634/2016, sua apreciação somente seria cabível em sede de acompanhamento de execução contratual. No caso, por se tratar de análise formal, não comporta apreciação de efeitos financeiros.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o não conhecimento do recurso e, de outra parte, na esteira do entendimento da Assessoria Jurídica, propugnou pela rejeição dos embargos interpostos.

A Secretaria Geral, preliminarmente, entendeu que os pressupostos de admissibilidade foram preenchidos, devendo ser conhecidos os presentes Embargos de Declaração. No mérito, opinou pela sua rejeição, na esteira do parecer pela Assessoria Jurídica.

É o relatório.

VOTO

1 - Em julgamento os Embargos de Declaração opostos pela Biogás Energia Ambiental S.A., no TC 6.761/2000 e pela São João Energia Ambiental S.A., e no TC 194/2001, em face dos Acórdãos prolatados em 20.03.2019 que, por maioria, negaram provimento aos Recursos Ordinários interpostos contra as decisões inaugurais, que, à unanimidade, julgaram irregulares o Contrato nº 018/SVMA/2000, celebrado entre a Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente e a empresa Biogás Energia Ambiental S.A., para a concessão da área do Aterro Sanitário Bandeirantes, e o Contrato nº 020/SVMA/2000, firmado entre a Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente e a empresa Enterpa Ambiental S.A., depois denominada Qualix Serviços Ambientais S/A, para a concessão do Aterro Sanitário São João.

2 – Registre-se, inicialmente, que mencionados ajustes firmados para a exploração de gás bioquímico em aterros sanitários, foram julgados irregulares por este Tribunal, em razão da descaracterização da Biogás como Sociedade de Propósito Específico, concessionária do Aterro Bandeirantes, como exigia o edital da licitação que o precedeu, e pela transferência da concessão do Aterro São João para a SPE São João Energia Ambiental, empresa constituída pela Biogás e pela Qualix, sem autorização da Pasta, na ocasião em que era questionada perante o Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade do artigo 27 da Lei 8987/95, que exigia anuência do poder concedente para referida operação.

3 – Ainda, nos Acórdãos inaugurais que julgaram irregulares tais Ajustes, e que foram mantidos após os Recursos, constou determinação de remessa da matéria à Egrégia Câmara

Municipal de São Paulo para a adoção das providências atinentes àquele Poder, uma vez que, em se tratando de contratos já formalizados e em execução, aliás, prorrogados por um período de 15 (quinze) anos, caberia sua sustação, a teor do disposto no artigo 71, § 1º, da Constituição Federal.

4 – Nas razões de irresignação apresentadas nos Embargos, as empresas aduziram haver contradição, pois o voto condutor, muito embora reconhecesse não ter havido intimação das partes na fase instrutória, deixou de acolher a preliminar, adotando entendimento contrário, amparando-se no princípio da celeridade e da economia processual, ao sustentar que a oportunidade de defesa fora garantida tão logo expedidos os venerandos Acórdãos.

5 – Argumentaram, também, as embargantes, em síntese, a ocorrência de omissão relacionada às alegações de que o objeto do Contrato nº 20/SVMA/2000 (Aterro São João) continuou a ser executado por uma SPE – São João Engenharia Ambiental – sem relação com as alterações da Biogás, e sobre o fato de a Biogás, Concessionária do Aterro Bandeirantes, ter sido constituída como empresa de finalidade específica apenas como mera formalidade, já que havia regra no edital que, mediante aprovação da concedente, possibilitava-se sua participação em processos de fusão, associação, incorporação e cisão.

6 - Sustentam, ainda, haver obscuridade quanto à análise do interesse público na concessão dos aterros e dos benefícios produzidos à Prefeitura da Cidade de São Paulo.

7 – Por fim, pleiteiam, em suma, que sejam atribuídos efeitos infringentes aos Embargos, a fim de que os ajustes sejam considerados regulares, ou, não sendo esse o entendimento, sejam aceitos seus efeitos financeiros.

8 – Os Órgãos Especializados deste Tribunal pronunciaram-se quanto ao atendimento dos requisitos necessários ao conhecimento dos Embargos, eis que tempestivos e atendidos os requisitos do artigo 144 do Regimento Interno e, no mérito, analisaram e afastaram as alegações apresentadas, manifestando-se pela sua rejeição.

9 – De início, cumpre registrar que as irregularidades apontadas no tocante aos mencionados contratos, firmados em 2000, remontam ao ano de 2004 e que tais ajustes permanecem em plena vigência, eis que prorrogados por mais 15 (quinze) anos, conforme publicação no Diário Oficial da Cidade, edição de 20/04/2021 (Contrato nº 018/SVMA/2000) e edição de 08/04/2022 (Contrato nº 020/SVMA/2000), evidenciando o interesse da Pasta em mantê-los. Ademais, o caso apresenta uma nuance que o diferencia de outros já julgados por este Tribunal, traduzida no fato de o Acórdão conter determinação de remessa à Egrégia Câmara Municipal para análise da proposta de sustação dos ajustes.

10 – No que se refere ao alegado cerceamento de defesa, cumpre registrar que as Embargantes, por ocasião dos recursos apresentados, e mesmo nestes Embargos, tiveram ampla e total possibilidade de expor todas as razões no sentido da regularidade dos atos praticados, razão pela qual com amparo nas manifestações da Assessoria Jurídica e da Secretaria geral, que bem esclareceram o tema, afasto a alegação.

11 – Quanto às alegações de que o objeto do Contrato nº 20/SVMA/2000 continuou a ser executado por uma SPE – São João Engenharia Ambiental – sem relação com as alterações da Biogás, embora os Órgãos deste Tribunal apontem não ter ocorrido omissão, entendo que o assunto mereça ser reapreciado, tendo em vista que os contratos continuam em plena vigência.

12 – Relembro que o julgamento pela irregularidade se deveu ao fato de se ter verificado a descaracterização da Biogás – Energia Ambiental S.A como sociedade de propósito específico, em fevereiro de 2004, sem prévia autorização da Administração, em desrespeito à cláusula contratual, e também por afrontar o artigo 27, da Lei Federal 8.987/95, não obstante tal transferência tenha sido autorizada pela Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente conforme publicação no Diário Oficial da Cidade, edição de 17/04/2004, pouco tempo após a operação societária.

13 – Veja-se que constava no Edital, já julgado regular, disposição prevendo a possibilidade de participação da concessionária em processos de fusão, associação, incorporação e cisão, desde que autorizadas pela Administração, sem qualquer exigência de que permanecesse como empresa específica para o cumprimento do objeto contratual (Cláusula 11.1.1.8 do Edital).

14 – Além disso, é inegável que ao autorizar a transferência do Contrato nº 20/SVMA/2000, em abril de 2004, à SPE São João Energia Ambiental S/A, a Secretaria tinha pleno conhecimento da alteração do objeto social da Biogás, uma vez que era pressuposto para formação da nova SPE. Assim sendo, ainda que não conste autorização expressa para essa alteração, o próprio despacho de autorização da transferência da Concessão pertinente ao Aterro São João acabou por convalidá-la.

15 – Ressalte-se, ainda, que, diferentemente de outras concessões, nestas não há infraestrutura, recursos ou mesmo riscos a serem suportados pela Administração, de modo que a alteração do objeto social da Biogás não assume relevância, desde que cumprido o objeto contratual, não constando dos autos notícia que tenha gerado prejuízos à Administração.

16 – Além disso, a constituição de sociedade de propósito específico para o cumprimento de contratos de concessão tornou-se obrigatória apenas com a edição da Lei 11.079/2004, voltada para as concessões de parcerias público-privadas, que envolvem a contraprestação pecuniária ao parceiro privado.

17 – Some-se ao exposto o fato de que a polêmica em torno da constitucionalidade do artigo 27 da Lei 8.987/95, que fundamentou a transferência da concessão do Contrato 20/SVMA/2000, restou superada com a prolação do venerando Acórdão pelo Supremo Tribunal Federal, em 09.03.2022, negando provimento à ADI 2946/DF, que o questionava.

18 – No que concerne ao pleito de reconhecimento dos efeitos financeiros dos ajustes, conforme entendimento já assente neste Tribunal, a questão está circunscrita à análise do acompanhamento de execução contratual.

19 – Por todo o exposto e, revisitando os argumentos de defesa apresentados nos processos em julgamento, e

Considerando que os contratos produzem seus efeitos desde o ano de 2000, tendo sido inclusive prorrogados nos anos de 2021 e 2022 por mais 15 (quinze) anos, o que pressupõe ter a Administração reconhecido o interesse público na continuidade;

Considerando que não há notícia de que o apontamento relativo à alteração do objeto social da Biogás, que possibilitou a aludida transferência do Contrato nº 20/SVMA/2000 à São João Engenharia Ambiental S/A, tenha inviabilizado a execução de seus objetos ou produzido prejuízos à Administração;

Considerando que a matéria, em razão do tempo decorrido, reclama reapreciação e ponderações à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista os efeitos jurídicos e patrimoniais até hoje produzidos;

Considerando, ainda, os efeitos da aplicação do princípio da segurança jurídica quanto aos atos praticados durante a vigência dos ajustes, que privilegia a estabilidade das relações jurídicas;

20 – Acolho parcialmente os embargos de declaração, atribuindo-lhes efeitos infringentes para o fim de julgar, excepcionalmente, regulares os Contratos 18/SVMA/2000 e 20/SVMA/2000, registrando, com a devida e mais profunda “*venia*” aos Excelentíssimos Conselheiros que já exararam anteriormente outro entendimento sobre o tema, que assim o faço compelido por alterações que sobrevieram à matéria, proporcionando também novos elementos e razões à minha convicção, e notadamente porque os contratos continuam ativos e operantes, inexistindo notícias de qualquer prejuízo ao erário.

21 – De outra parte, considerando que as análises das execuções desses ajustes auditados por este Tribunal remontam ao ano de 2015, proponho, com o devido acatamento, ao Eminente Relator da matéria que avalie a possibilidade de determinar à Secretaria de Controle Externo que realize um novo Acompanhamento de Execução contratual, tendo em vista que os Contratos continuam vigendo.

É o meu voto.

ELIO ESTEVES JUNIOR
Conselheiro Substituto – TCMSP

SMAS/HCMC/RC



TC 194/2001

2º Julgado

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregulares os ajustes e fez determinação. Concessão de área para exploração de gás bioquímico. Aterro Sanitário. SVMA. CONHECIDOS. Votação unânime. Afastada a preliminar de nulidade. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria.

Relatório e voto englobado TCs 6.761/2000 e 194/2001.

3.026ª Sessão Ordinária

1º Julgado

ANÁLISE. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS, DE RETIRATIFICAÇÃO E DE TRANSFERÊNCIA. SVMA. Concessão de área para exploração de gás bioquímico. Aterro Sanitário. Desrespeito às cláusulas do edital e do contrato. Descaracterização da sociedade como de propósitos específicos. Solicitação de sustação. IRREGULARES. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 27, § 1º, I, Lei 8.987/95. Súm. 473. Arts. 71. § 1º, IX e 175, CF. Arts. 3º, 41 e 55, XIII, Lei 8.666/93.

Relatório e voto englobados TCs 72.005.873.98-96 e 72.006.761.00-94

2.719ª Sessão Ordinária

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente os processos TC/006.761/2000 e TC/000194/2001 e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer do recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal,



uma vez que tempestivo; do interposto pela empresa São João Energia Ambiental S.A., por preenchidos os requisitos de admissibilidade, e do interposto pela empresa Sustentare Serviços Ambientais S.A. (antiga Enterpa Ambiental S.A.) por versar matéria de ordem pública.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator e EDSON SIMÕES, invocando os princípios da celeridade e da economia processual, em afastar a preliminar de nulidade dos recursos julgados, e quanto ao mérito, em negar-lhes provimento, mantendo os Acórdãos recorridos por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor, que, consoante voto em separado, acolheu a preliminar de cerceamento de defesa aduzida pelos interessados – para o fim de promover a anulação dos julgados –, deixou de apreciar o mérito dos recursos interpostos, visto que prejudicados e determinou o retorno dos autos à relatoria de origem para seguimento a partir do iter processual correspondente à intimação dos responsáveis.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, considerando a notícia de que os ajustes permanecem vigentes, em determinar o envio da matéria à Egrégia Câmara Municipal de São Paulo, para a adoção das providências atinentes àquele Poder.

ACORDAM, afinal, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar, após as medidas regimentais cabíveis, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor e EDSON SIMÕES.

Ausente o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, por motivo justificado.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 20 de março de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

DOMINGOS DISSEI
Relator



RELATÓRIO ENGLOBALDO

Em julgamento, no TC 6.761/2000, os recursos ordinários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela empresa Biogás Energia Ambiental S.A., ambas objetivando a reforma do Acórdão de fls. 365/366, de 11.12.2013, que julgou, à unanimidade, irregular o Contrato 18/SVMA/2000, firmado entre a Secretaria do Verde e do Meio Ambiente e a empresa BIOGÁS Energia Ambiental S/A, tendo por objeto a concessão da área do Aterro Bandeirante, lavrada pelo prazo de 15 (quinze anos), com possibilidade de prorrogação por igual período, para exploração do gás bioquímico (CBQ) nele gerado, visando a produção e comercialização de energia elétrica/outras utilidades e, por decorrência, o Termo de Retirratificação s/nº de 07/05/2001 e os Termos de Aditamento 2º/2001, 3º/2001 e 4º/2003, por considerar ilegal a descaracterização da Biogás – Energia Ambiental S.A. como sociedade de propósito específico, representando desrespeito à cláusula contratual, uma vez que os ajustes devem ser mantidos, na íntegra, constituindo exceção as alterações permitidas legalmente.

Referido Acórdão, decidiu, também por unanimidade, considerando que a criação de empresa com propósito específico, vinculada a um único e determinado contrato, constitui elemento imprescindível para a regularidade da concessão e da sua execução e foi exigência desrespeitada no contrato, em declará-lo irregular também por esses motivos e por afronta aos artigos 3º, 41 e 55, inciso XIII, da Lei Federal 8.666/93, ao artigo 27, § 1º, inciso I, da Lei Federal 8.987/95 e às Cláusulas 11.1.1, 11.1.5, 11.1.9 e 14.1.1 do Edital de Licitação, de observância obrigatória no contrato respectivo.

No TC 000.194/2001, que tramita em conjunto, a análise refere-se aos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, pela São João Energia Ambiental S/A. e pela Sustentare Serviços Ambientais S/A, em face do julgamento de irregularidade do Contrato 020/SVMA/2000, firmado entre a Secretaria do Verde e do Meio Ambiente e a ENTERPA Ambiental S/A, pelo mesmo prazo de 15 anos, tendo por objeto a "concessão da área do Aterro São João, para exploração do gás bioquímico (CGB) nele gerado, visando à produção e comercialização de energia elétrica/outras utilidades, pela mesma motivação de fato e de direito que conduziu à irregularidade do Contrato 010/SVMA/2000, conforme o V. Acórdão de fls. 261/262, resultante do julgamento conjunto dos TCs 5.873/1998, 6.671/2000 e 000.194/2001."

Nos referidos Acórdãos, restou ainda determinada a remessa da matéria à Egrégia Câmara Municipal de São Paulo, para a adoção das providências atinentes àquele Poder, uma vez que, tratando-se de contrato já formalizado e em execução deve ser sustado, em razão das graves ilegalidades que porta, nos termos do que dispõe o artigo 71, § 1º, da Constituição Federal.

Cumpre lembrar que os ajustes consoantes esclarecido no bem elaborado relatório que precedeu o mencionado julgamento decorreram da Licitação na modalidade Concorrência 05/SVMA/97 – tendo por objeto a concessão de áreas em Aterros Sanitários, para exploração do gás bioquímico neles produzido,



homologada em 11/11/98, na qual sagrou-se vencedores a Enterpa Ambiental S.A. no Aterro São João e o Consórcio Energás no Aterro Bandeirantes, sendo certo que o Edital e a Concorrência foram julgados regulares por esta Corte, por maioria de votos, nos autos do TC 5.873/1998.

Após readequação econômico-financeira, foram, então firmados, no ano de 2000, os Contratos 018/SVMA/00, com a empresa Biogás Energia Ambiental S.A. (Sociedade de Propósito Específico constituída pelo Consórcio Energás em cumprimento ao estabelecido no Edital) referente ao Aterro Bandeirantes e 020/SVMA/00, com a Empresa Enterpa Ambiental S.A, referente ao Aterro São João.

Na sequência, foram lavrados, em ambos os Contratos, Termos de Aditamento que alteraram os cronogramas físico-financeiros respectivos, bem como foram pactuados Termos Aditivos para estabelecer a partilha, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada parte, do potencial de comercialização das Reduções Certificadas de Emissão – RCEs – ou o equivalente no mercado, restando expresso que os créditos de carbono resultantes da exploração do gás bioquímico gerado nos Aterros objeto da concessão poderiam ser livremente comercializados pelas partes, no mercado internacional.

No bojo do Contrato 20/SVMA/00, lavrado em 08/12/02, Termo de Aditamento para consignar a alteração da denominação social da concessionária Enterpa Ambiental S.A para Qualix S.A. Serviços Ambientais.

No tocante ao Contrato 18/SVMA/00 (Aterro Bandeirantes), em 2004, a concessionária Biogás, até então Sociedade de Propósitos Específicos, alterou e ampliou o seu objeto social, no intuito de passar a integrar também a São João Energia Ambiental S.A, despojando-se, assim do seu caráter de propósito específico, para contar com um objeto social mais amplo, embora também vinculado à exploração de gás bioquímico.

Registre-se que a Qualix Serviços Ambientais Ltda., na qualidade de concessionária da área do Aterro São João (Contrato 20/SVMA/2000) e a Biogás, como concessionária da área do Aterro Bandeirantes, informaram à SVMA que constituíram, em 19/02/04, sociedade de propósito específico – SPE, denominada São João Energia Ambiental S.A., destinada à exploração de gás bioquímico para fins diversos, comunicando que pretendiam obter autorização da Prefeitura para transferir, à nova sociedade, o Contrato 020/SVMA/00 e as autorizações obtidas pela Qualix para exploração do gás bioquímico; igualmente, apontaram que a concessionária cederia as ações detidas nessa sociedade Biogás, que, com isso passaria a titularizar 100% (cem por cento) de participação na São João Energia Ambiental S.A, assumindo todos os direitos e obrigações relativos ao Contrato.

Na sequência, foi assinado o Termo de Transferência do Contrato de Concessão 20/SVMA/00 da Qualix para a São João Energia Ambiental S.A. - constituída pela então concessionária (Qualix) e pela Biogás (concessionário



no Contrato 18/SVMA/00), que se subrogou nos direitos e obrigações da primeira, comprometendo-se a respeitar e cumprir todas as cláusulas e condições constantes do Edital.

Relativamente ao julgamento pela irregularidade do Contrato 018/SVMA/2000 (TC 6.761/2000) a Procuradoria da Fazenda Municipal pleiteou a reforma integral do V. Acordão, de sorte que os ajustes examinados sejam acolhidos, ou, ao menos, tenham seus efeitos financeiros e patrimoniais reconhecidos, em face do longo tempo decorrido, bem como por não ter ficado demonstrado nestes autos a existência de um prejuízo concreto ao erário, prestigiando-se, pois, o princípio da segurança jurídica.

Ressaltou, além dos esclarecimentos, justificativas e documentos colacionados pela Origem, a manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, no curso da instrução processual, pelo acolhimento dos ajustes.

No mais, o Órgão Fazendário acrescentou que apesar das críticas feitas pela Auditoria, a Administração embasou seus procedimentos em sólidos argumentos jurídicos, sendo forçoso reconhecer que os atos praticados devem ser tidos como bons, eficazes e válidos. Lembrou, ainda, que tais ajustes foram pactuados há mais de 10 anos, sendo razoável inferir que os mesmos geraram todos os efeitos jurídicos, patrimoniais e financeiros entre as partes, bem como em face de terceiros.

A BIOGÁS Energia Ambiental, por sua vez, ofereceu o recurso encartado às fls. fls. 392/407, aduzindo, em preliminar, a nulidade do julgamento porquanto em nenhum momento foi chamada aos autos para defesa de seus atos e interesses em face das irregularidades que lhe foram imputadas.

Quanto ao mérito, aduziu, ainda, para sustentar a alteração da Biogás como sociedade de propósitos específicos, que a própria regra editalícia (cláusula 11.1.8) possibilitava que a concessionária, após aprovação do ente concedente, viesse a participar de processos de "fusão, associação, incorporação e cisão", exatamente como ocorrido quando da oportunidade de a Biogás participar da empresa São João Energia Ambiental S.A.

Alegou, em síntese, que a alteração de seu objeto social se deu à luz de expressa autorização da Prefeitura, tratando-se de atos jurídicos previstos e admitidos no âmbito do contrato de concessão, bem como que, diversamente do entendimento esposado pelo Tribunal de Contas, a criação e manutenção de empresa com propósito específico, vinculado a um único e determinado contrato, não é imprescindível para regularidade das concessões públicas.

Asseverou que a Lei 8.997/95, em nenhum momento sequer ventila a rigidez das sociedades de propósitos específicos às concessionárias de serviços públicos.



Ressaltou em sua defesa que a Secretaria do Verde e do Meio Ambiente do Município de São Paulo teve amplo conhecimento da alteração do objeto social empreendida pela Biogás, tendo sido aceita e reconhecida a legalidade de todos os atos societários praticados pela Representada.

Trouxe à baila, também, decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, confirmada pelo STJ, que manteve a habilitação de consórcio em licitação realizada naquele Estado, de que participava a Biogás, considerando que houve a ampliação de seu objeto social, possibilitando-lhe participar de outras sociedades, sendo que a Prefeitura de São Paulo tinha conhecimento dessa alteração, tanto assim que aprovou a sua participação na concessão de outro aterro.

Quanto ao atendimento ao interesse público, e os benefícios econômicos relevantes e ganhos ambientais, a Recorrente ressaltou sobre o aproveitamento de gases nas termoelétricas operadas pela Biogás, que além de evitarem a liberação de toneladas de metano na atmosfera, propiciou ganhos econômicos concretos à Prefeitura Municipal, que foram revertidos em projetos para melhorias ambientais em prol da comunidade localizada no entorno dos aterros.

Por fim requereu, preliminarmente, seja reconhecida a nulidade do procedimento, determinando-se o retorno do feito à fase de instrução, com a conseqüente anulação da decisão proferida; ou, caso assim não se entenda, seja processado seu recurso para o fim de reconhecer a regularidade do contrato 18/SVMA/2000.

Quanto ao Contrato 20/SVMA/2000 (TC 194/01-34), a Procuradoria da Fazenda Municipal reproduziu em seu recurso os mesmos argumentos apresentados no apelo apresentado em face do julgamento do Contrato 18/SVMA/2000, propugnando pelo acolhimento do ajuste e seus aditivos, ou, ao menos, o reconhecimento dos seus efeitos financeiros, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e ante a inexistência da comprovação de qualquer prejuízo ao erário.

A São João Engenharia Ambiental S/A, atual concessionária do Aterro São João, por força da transferência ocorrida em 2004, alegou em preliminar a nulidade do julgado, posto que não lhe foi garantida oportunidade de defesa.

Para amparar sua pretensão de ver reconhecida a nulidade do julgado e o retorno dos autos à fase instrutória, facultando-lhe a produção de provas, invocou a Súmula Vinculante 3/STF que dispõe: "Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão".



No mérito, alegou que em nenhum momento desde a sua constituição, prevista como uma possibilidade por cláusula do Edital e anuída pela Municipalidade, deixou de ser uma sociedade de propósito específico e, portanto, não se aplica ao caso da São João Energia Ambiental os argumentos explicitados no julgamento, que se referem exclusivamente à empresa Biogás, à qual nada tem a ver com o contrato em exame.

Repisou o fato de que o objeto foi inicialmente adjudicado à Empresa Enterpa Ambiental S/A. e, no transcorrer da execução contratual, mediante prévia autorização da SVMA, a Enterpa alterou sua denominação para Qualix S.A. Serviços Ambientais, que, posteriormente, decidiu criar a sociedade de propósito específico denominado São João Energia Ambiental, para sucedê-la na concessão.

Asseverou, ademais, que a transferência da concessão objeto do Contrato 20/SVMA/2000 da Qualix para a São João Energia Ambiental S.A. foi autorizada pela Prefeitura com fundamento no artigo 27, da Lei Federal 8987/85, sendo certo que, no mesmo despacho, foi autorizada a transferência da participação societária da empresa Qualix para a empresa Biogás.

Requeru, ao final, o reconhecimento da nulidade do procedimento, em face da preliminar arguida, e, no mérito, o reconhecimento da regularidade do contrato.

A empresa Sustentare Serviços Ambientais S.A., atual denominação da Enterpa Ambiental S.A., interpôs recurso alegando exclusivamente a inobservância ao devido processo legal, posto que não foi citada ou intimada para acompanhar os procedimentos e não teve oportunidade de se manifestar nos autos, materializando-se evidente o desrespeito ao seu direito de ampla defesa.

No que diz respeito aos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda e pela Biogás Energia Ambiental S.A., em face do julgamento pela irregularidade do Contrato 18/SVMA/2000, a Assessoria de Controle Externo desta Corte, por meio de sua Assessora preopinante, emitiu o fundamentado parecer de fls. 426/451, para concluir pelo conhecimento dos referidos recursos, por serem tempestivos e preencherem os pressupostos de admissibilidade, bem como pelo acolhimento da preliminar alegada pela Biogás, ante a demonstrada violação da garantia constitucional de observância do devido processo legal, bem como dos princípios do contraditório e da ampla defesa, a fim de que seja realizada nova instrução processual com a participação da recorrente.

Manifestou-se, quanto ao mérito, caso não acolhida a preliminar, pelo improvimento dos recursos, mantendo-se o V. Acórdão recorrido por seus próprios e jurídicos fundamentos.

O Assessor Chefe da Assessoria Jurídica de Controle Externo, por seu turno, manifestou-se igualmente pelo conhecimento do recurso, divergindo, no entanto, do parecer precedente acerca da tese do cerceamento de



defesa aduzido pela recorrente, alinhando, às fls. 449/451 pertinentes argumentos para que restem preservados os atos processuais praticados.

Quanto às questões de fundo, manifestou-se, igualmente pelo improvimento dos recursos.

No tocante aos recursos apresentados pela Procuradoria da Fazenda Municipal, pela São João Energia Ambiental S.A. e pela Sustentare, em face do julgamento pela irregularidade do Contrato 20/SVMA/2000, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, por sua Assessora preopinante, manifestou-se, inicialmente, pelo conhecimento do recurso interposto pela PFM, posto que atendidos os requisitos estabelecidos pelo Regimento Interno desta /corte.

Quanto ao recurso proposto pela São João Energia Ambiental, bem observou que conquanto referida empresa não tenha sido intimada do V. Acordão, por ser a atual sucessora da concessão, inicialmente adjudicada à Enterpa Ambiental S/A, tem legitimidade para recorrer na qualidade de terceira interessada, nos termos do artigo 142 do Regimento Interno desta Corte.

No que diz respeito ao recurso apresentado pela Sustentare Serviços Ambientais S.A., atual denominação da Enterpa Ambiental S.A., entendeu ser intempestivo, uma vez ter extrapolado o prazo de 30 (trinta) dias previsto no artigo 138 do Regimento Interno, porquanto a juntada da última intimação de deu em 02.07.2014 e seu recurso foi protocolado em 04.08.2014.

Acerca da preliminar arguida por ambas as empresas, mantendo a mesma linha de entendimento sustentada na análise dos recursos apresentados em face do julgamento do contrato 018/SVMA/2000, manifestou-se pelo acolhimento, por entender ser a medida que juridicamente se impõe diante da demonstração de violação da garantia constitucional de observância do devido processo legal, bem como dos princípios do contraditório e da ampla defesa, a fim de que seja feita nova instrução processual com a participação das empresas recorrentes.

No que concerne ao mérito, manifestou-se pelo improvimento dos recursos ordinários apresentados.

De sua parte, a Chefia da Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se também pelo conhecimento dos recursos apresentados pela PFM e pela São João Energia Ambiental S/A e, quanto ao recurso da Sustentare Serviços Ambientais S/A, entendeu que seu conhecimento se justifica por versar matéria de ordem pública, qual seja: nulidade por falta de intimação, que, a rigor, deve ser examinada mesmo de ofício.

No entanto, sobre a alegação de nulidade por falta de intimação constante dos recursos ordinários apresentados pela aludidas empresas, ressaltou o entendimento de há muito consagrado no âmbito dessa Corte, de que



não ofende o devido processo legal a intimação do particular com fulcro no artigo 195 de seu Regimento Interno.

Ressaltou, ainda, que a decisão exarada tem seu foco nos procedimentos administrativos tão somente, sendo certo que quaisquer providências por parte da Administração Municipal, que reflitam na esfera jurídica do particular, deverão observar em sua máxima extensão os princípios do contraditório e da ampla defesa. Daí porque se afirma que, a rigor, nesse primeiro momento processual, não haveria que se falar na obrigatoriedade de intimação no particular.

No mérito, entendeu que os apelos não merecem provimento, em consonância com o entendimento da Assessora preopinante.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se pelo provimento dos recursos para o fim de reconhecer a regularidades dos aludidos contratos ou, ao menos, o reconhecimento de seus efeitos financeiros.

A Secretaria Geral, por seu Assessor preopinante se manifestou em ambos os processos pelo conhecimento dos recursos, a exceção do recurso apresentado pela Empresa SUSTENTARE, por intempestivo, bem como pelo acolhimento da preliminar arguida e, caso não acolhida, pelo improvimento dos recursos.

O Senhor Secretário Geral, por seu turno, manifestou-se igualmente pelo conhecimento dos recursos apresentados pela Procuradoria da Fazenda Municipal, pela Biogás Energia Ambiental S/A e São João Energia Ambiental S/A, eis que presentes os requisitos de admissibilidade, bem como pelo não conhecimento do recurso da empresa Sustentare Serviços Ambientais S/A, em face da intempestividade, ressalvada a apreciação da preliminar de nulidade invocada, tendo em vista que se cuida de questão que pode ser avaliada a qualquer tempo.

E, relativamente à questão preliminar de nulidade arguida por todas as empresas, manifestou-se no sentido de que o direito de apresentar defesa, apesar de conduta regimental, não pode ser confundida com a fase instrutória dos autos, onde os Auditores realizam diligências para coleta de dados contábeis e financeiros, são ouvidas autoridades e reunidas informações existentes sobre determinado procedimento administrativo.

Aduziu que para a invocação do exercício do contraditório e da ampla defesa é necessário que a parte esteja sob a tutela jurisdicional da Corte de Contas, o que não ocorreu no caso das recorrentes.

Porém, no momento em que ficou tipificada a obrigação de garantir a oportunidade das concessionárias de se defender como terceiras interessadas, por restar caracterizada a repercussão em suas esferas de direito em face do V. Acórdão, houve imediata intimação para conhecimento do acórdão



eventual apresentação de recurso, sendo certo que, nessa mesma oportunidade, interpôs recurso também a empresa São João Energia Ambiental S/A.

Diante dessas considerações, manifestou-se no sentido de afastar a preliminar de nulidade invocada nos recursos e, no mérito, na esteira das razões apresentadas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, posicionou-se pelo não provimento dos apelos, mantendo-se a decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o relatório.

VOTO ENGLIOBADO

1. No tocante ao juízo de admissibilidade dos recursos, CONHEÇO dos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, uma vez que tempestivos.

CONHEÇO, ainda, dos interpostos pela Biogás Engenharia Ambiental S/A e São João Energia Ambiental S/A., porquanto preenchidos os requisitos de admissibilidade, bem como do apresentado pela empresa Sustentare Serviços Ambientais S/A, por compartilhar do entendimento do Senhor Assessor Chefe de Controle Externo, no sentido de que seu conhecimento se justifica por versar matéria de ordem pública, (alegação de nulidade por falta de intimação).

2. Contudo, no que diz respeito à preliminar de cerceamento de defesa, embora compulsando os autos se verifique que as empresas recorrentes não foram intimadas dos procedimentos de fiscalização em curso nesta Corte, não tendo tido a oportunidade de se manifestarem na fase de suas instruções, constata-se que tão logo expedido os v. Acórdãos, com evidentes reflexos em suas esferas de direitos, foram devidamente intimadas de seu teor, bem como do prazo regimentalmente previsto para recorrerem.

3. Ademais, como cediço, os recursos são recebidos no efeito suspensivo, de modo que referidos Acórdãos nenhum efeito produzirão sobre os interesses das recorrentes até que sejam reapreciados pelo Pleno desta Corte.

4. Nos casos em exame, todas as empresas atingidas pelos referidos Acórdãos tiveram a oportunidade de deduzir seus apelos e assim o fizeram, apresentando as razões de defesa que entenderam cabíveis, com exceção da empresa Sustentare Serviços Ambientais S/A, que optou por arguir apenas a preliminar de nulidade, sendo certo, ainda, que até mesmo a empresa São João Energia Ambiental S/A, sucessora da concessão inicialmente adjudicada à Entepa Ambiental S/A, mesmo não intimada, apresentou tempestivamente seu recurso, de modo que tiveram garantido o direito do contraditório.



5. Assim sendo, na esteira do entendimento sustentado nos pareceres do Senhor Assessor Chefe da Assessoria Jurídica de Controle Externo e do Senhor Secretário Geral, que ficam incorporados a este voto, e invocando os princípios da celeridade e da economia processual, AFASTO A PRELIMINAR DE NULIDADE dos julgados, alegada pelas empresas recorrentes.

6. No mérito, entendo que as razões de recurso apresentadas não foram capazes de afastar as razões aduzidas no voto do Conselheiro Relator, que me levaram ao convencimento da irregularidade dos referidos ajustes.

7. Assim sendo, NEGO PROVIMENTO aos apelos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, bem como pelas empresas Biogás Energia Ambiental S.A., e São João Energia Ambiental S.A., mantendo os Acórdãos recorridos por seus próprios e jurídicos fundamentos.

8. Tendo em vista a notícia, mediante pesquisa, de que referidos ajustes permanecem vigentes, deverá ser providenciada a remessa da matéria à Egrégia Câmara Municipal de São Paulo, para a adoção das providências atinentes àquele Poder, conforme já determinado nos referidos acórdãos.

Após as medidas regimentais cabíveis, arquivem-se os autos.

É como voto.

**VOTO EM SEPARADO ENGLOBADO proferido pelo
Conselheiro Maurício Faria**

Conheço dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e Biogás Engenharia Ambiental S/A posto que preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 138 do RITCM e art. 45 da Lei Orgânica.

No que respeita ao Recurso apresentado pela São João Energia Ambiental S/A, sucessora da concessão inicialmente adjudicada à empresa Enterpa Ambiental S/A, conheço do Recurso, nos termos do artigo 142 do citado regimento, tendo em vista sua qualidade de terceira interessada.

Quanto ao Recurso da empresa Sustentare Serviços Ambientais S/A (atual denominação da empresa ENTERPA AMBIENTAL S.A.), a despeito do reconhecimento de sua intempestividade, conheço do mesmo tendo em vista tratar-se de matéria de ordem pública, que, a rigor, deve ser examinada mesmo de ofício.

De início, analiso a matéria apresentada em sede de preliminar pelas empresas contratadas Biogás Engenharia Ambiental S/A (Contrato 18/SVMA/2000), São João Ambiental S/A e Sustentare Serviços Ambientais



(Contrato 20/SVMA/2000) posto que prejudicial à análise de mérito dos recursos, e merece enfrentamento pelo E. Tribunal Pleno, dada sua natureza constitucional.

A situação estampada no exame do caso concreto demonstra que a Recorrente Biogás Engenharia Ambiental S/A não foi intimada na fase processual instrutória, para efeito do exercício da ampla e prévia defesa, vindo a tomar conhecimento do quanto processado somente quando de sua intimação para conhecer do v. Acórdão de fls., que julgou irregular o Termo de Contrato 18/SVMA/2000 e por decorrência, o Termo de Retirratificação s/n. de 07/05/2001 e os Termos Aditivos 2/2001, 3/2001 e 4/2003 firmados com a Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente.

As Recorrentes São João Ambiental S/A e Sustentare Serviços Ambientais não foram intimados na fase processual instrutória, para efeito do exercício da ampla e prévia defesa, vindo a tomar conhecimento do quanto processado com a prolação do v. Acórdão de fls., que julgou irregular o Termo de Contrato 20/SVMA/2000 e, por decorrência, o Termo de Retirratificação s/nº de 14/6/2001 e os Termos de Aditamento 2/2001, 3/2001, 4/2002 e o Termo de Transferência de Concessão de 12/05/2004.

O exercício da ampla defesa tem referência expressa no artigo 121 do Regimento Interno desta Corte, a par de ser um direito previsto constitucionalmente, enquanto garantia assegurada às partes em todas as etapas do processo, de forma que a oportunidade de apresentação de alegações de defesa ou justificativas de prática do ato deve ser concedida aos responsáveis tão logo apontada pelos órgãos técnicos, pela Procuradoria da Fazenda Municipal ou pela Secretaria Geral deste Tribunal, qualquer irregularidade ou ilegalidade (arts. 122 e 123 do Regimento Interno).

E de outra forma não poderia ser, porquanto a oportunidade de defesa deve ser prévia ao julgamento e à aplicação de penalidades, e nesse sentido invoco mais uma vez os ensinamentos de Lucia Valle Figueiredo (Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Malheiros, 4ª ed, p. 410/411), a saber:

"O amplo contraditório, felizmente, foi estendido também ao processo administrativo, no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. (...)

Em consequência, assegura-se o amplo contraditório porque a lei pretende seja assegurado direito amplo de defesa. Estar-se-ia garantindo formal e materialmente o amplo contraditório.

Anote-se que a defesa, em regra, há de ser prévia, e não "a posteriori".

No mesmo sentido é o teor da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferida em 04 de março de 2009, nos autos da Apelação Cível 585.295-5/0-00, que invalidou decisão desta Corte que imputou débito ao ordenador da despesa sem que ele tenha tido oportunidade de se



manifestar durante a instrução processual, conforme parte da ementa a seguir transcrita:

APELAÇÃO CÍVEL – ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO E DECLARATÓRIA – Parecer do Tribunal de Contas, condenando o autor a restituir aos cofres públicos o prejuízo apurado – Interposição de recurso perante o Tribunal de Contas que não supre a ausência de ampla defesa – Ofício expedido pela Municipalidade determinando a restituição do valor, sob pena de inscrição na dívida ativa – Ilegalidade – Ausência de regular processo administrativo – Formalidades legais não observadas – Ato condicionado a prévio procedimento administrativo, com direito a ampla defesa e ao contraditório, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal – Manifestação perante o Tribunal de Contas, que não justifica a ausência de oportunidade de defesa em sede administrativa – Atos diversos, cujas consequências também o são – Manutenção da r. sentença impugnada, que decretou a nulidade do processo administrativo – Improvimento aos recursos oficial e voluntário interposto pela Municipalidade.

A jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal também caminha conforme a tese trilhada, a saber:

CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (INCISOS II E III DO ART. 88 DA LEI 8.666/1993) – ATO DO MINISTRO DE ESTADO DO CONTROLE E DA TRANSPARÊNCIA – PROCEDIMENTO DE CARÁTER ADMINISTRATIVO INSTAURADO PERANTE A CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – SITUAÇÃO DE CONFLITUOSIDADE EXISTENTE ENTRE OS INTERESSES DO ESTADO E OS DO PARTICULAR – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA FÓRMULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW" – PRERROGATIVAS QUE COMPÕEM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO – O DIREITO À PROVA COMO UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade do princípio que consagra o 'due process of law', nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos.

Precedentes. Doutrina. - Assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do 'due process of law' (CF, artigo 5º, LIV) – independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado –, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV). - Abrangência da cláusula constitucional do 'due process of law', que compreende, dentre as diversas prerrogativas de ordem jurídica que a compõem, o direito à prova.



O fato de o Poder Público considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento administrativo não legitima nem autoriza a adoção, pelo órgão estatal competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre a persecução administrativa, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio interessado produzir as provas que repute indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa.

Mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do 'due process' a supressão, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes administrativos, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva da Pública Administração. Doutrina. Jurisprudência. (RMS 28517-AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 30.04.2014)

Desta feita, entendo que não prospera o argumento lançado pela Secretaria Geral no sentido de que, em sede de recurso, o interessado poderá promover as razões de defesa que entender cabíveis, assegurando-lhe, com isso, o direito constitucional da ampla defesa.

Diante do exposto, e reconhecendo que a oportunidade de oferecimento de defesa deve anteceder à decisão que sucede à instrução inaugural do feito, voto no sentido do acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa aduzida pelos interessados, para o fim de promover-se a anulação do julgado, retornando-se os autos à Relatoria de origem para seguimento a partir do iter processual correspondente à intimação dos responsáveis por eventuais irregularidades mencionadas no relatório de Auditoria.

Por estas razões, deixo de apreciar o mérito dos recursos interpostos, posto que prejudicados.

1º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator, após adiamento do julgamento da matéria que lhe fora concedido, durante a fase de discussão, na 2.716ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar irregular o Contrato 20/SVMA/2000 e, por decorrência, o Termo de Retirratificação s/nº de 14/6/2001 e os Termos de Aditamento 2º/2001, 3º/2001,



4º/2002 e o Termo de Transferência de Concessão de 12/05/2004, por considerar ilegal a descaracterização da Biogás – Energia Ambiental S.A. como sociedade de propósito específico, representando desrespeito à cláusula contratual, uma vez que os ajustes devem ser mantidos, na íntegra, constituindo exceção as alterações permitidas legalmente.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, considerando que, a criação de empresa com propósito específico, vinculada a um único e determinado contrato, constitui elemento imprescindível para a regularidade da concessão e da sua execução e foi exigência desrespeitada no contrato, em declará-lo irregular também por esses motivos e por afronta aos artigos 3º, 41 e 55, inciso XIII, da Lei Federal 8.666/93, ao artigo 27, § 1º, inciso I, da Lei Federal 8.987/95 e às Cláusulas 11.1.1, 11.1.5, 11.1.9 e 14.1.1 do Edital de Licitação, de observância obrigatória no contrato respectivo.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar a remessa da matéria à Egrégia Câmara Municipal de São Paulo, para a adoção das providências atinentes àquele Poder, uma vez que, tratando-se de contrato já formalizado e em execução, deve ser sustado, em razão das graves ilegalidades que porta, nos termos do que dispõe o artigo 71, § 1º, da Constituição da República, que remete ao Legislativo a competência para a prática do ato, que deve ser direta e imediata, retornando ao âmbito deste Tribunal de Contas do Município, se o Legislativo não adotar as providências, consoante prescreve o § 2º do mesmo dispositivo citado.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar o envio de cópia deste Acórdão ao Excelentíssimo Senhor Prefeito e ao Senhor Secretário Municipal do Verde e do Meio Ambiente.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, nos termos da proposta do Conselheiro MAURÍCIO FARIA, constante de seu voto apresentado em separado, em determinar à Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte o acompanhamento da execução contratual.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de dezembro de 2013.

EDSON SIMÕES
Presidente



ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Os 3 (três) TCs que relatarei englobadamente versam sobre a análise do Edital de Concorrência n.º 05/SVMA/97, do Procedimento Licitatório dele decorrente, dos Contratos n.ºs. 18/SVMA/00 e n.º 20/SVMA/00 e de diversos Termos Aditivos que serão identificados ao longo deste Relatório, tendo por objeto a concessão de áreas do Aterro Sanitário Bandeirantes e do Aterro Sanitário São João, para exploração do gás bioquímico neles produzido.

Esclareço aos Senhores Conselheiros que a instrução dos TC's revelou-se tumultuada, com inúmeras manifestações divergentes dos Órgãos Técnicos deste Tribunal, junção de documentos e pareceres relativos a determinado ajuste em expediente relativo a outro, de sorte que me limitei a abordar, de forma mais detalhada, apenas as conclusões de cada unidade pertinentes ao tema - fazendo somente menção às demais intervenções -, com o intuito de não me alongar no exame de considerações que posteriormente mereceram reparos e modificações no próprio âmbito deste Tribunal, esperando, com isso, não cansar os que me ouvem e permitindo, a meu ver, melhor compreensão da matéria.

Entretanto, para alcançar esse desiderato, peço vênia para, antes de relatar a matéria específica de cada TC, expor, nesta fase, a cronologia dos fatos, ocorridos nos âmbitos da Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente e do Gabinete do Chefe do Executivo e que somente foram objeto de esclarecimentos após os questionamentos formulados pelos Órgãos Técnicos deste Tribunal.

Início por consignar que a Licitação – Concorrência n.º 05/SVMA/97 – tendo por objeto a concessão de áreas em Aterros Sanitários, para exploração do gás bioquímico neles produzido, foi homologada em 11/11/98, sagrando-se vencedores a Enterpa Ambiental S.A. no Aterro São João e o Consórcio Energás no Aterro Bandeirantes.

Tendo em vista o tempo decorrido sem assinatura dos contratos e considerando as alterações nas condições dos financiamentos, custos e amortizações de investimentos – decorrentes da desvalorização do real em relação ao dólar – as vencedoras do Certame alegaram a quebra do equilíbrio econômico-financeiro da contratação a ser firmada, situação examinada pela Secretaria, com o objetivo de viabilizar a celebração dos Ajustes.

Foram, então, firmados os Contratos n.º 018/SVMA/00, referente ao Aterro Bandeirantes e n.º 020/SVMA/00, relativo ao Aterro São João, com a Biogás Energia Ambiental S.A. e com a Enterpa Ambiental S.A., respectivamente, lavrados após a readequação econômico-financeira dos Ajustes. Todavia, em razão de desconformidades detectadas entre o Edital, as propostas



formuladas e os Contratos, a Pasta retiratificou os despachos e os Termos das Avenças, para eliminar essas impropriedades, adequando as cláusulas contratuais estabelecidas aos Termos Editalícios.

No que tange especificamente ao Aterro Bandeirantes, a vencedora da Licitação – Consórcio Energás -, atendendo aos Termos do Edital, constituiu a sociedade de propósito específico Biogás Energia Ambiental S.A., signatária do Ajuste nº 018/SVMA/00.

Foram lavrados, em ambos os Contratos, Termos de Aditamento que alteraram os cronogramas físico-financeiros respectivos.

Em sequência, foram pactuados Termos Aditivos para estabelecer a partilha, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada parte, do potencial de comercialização das Reduções Certificadas de Emissão – RCEs – ou o equivalente no mercado, restando expresso que os créditos de carbono resultantes da exploração do gás bioquímico gerado nos Aterros objeto da concessão poderiam ser livremente comercializados pelas partes, no mercado internacional.

Em Termo Aditivo referente ao Contrato n.º 20/SVMA/00, lavrado em 08/12/02, foi alterada a denominação social da concessionária Enterpa Ambiental S.A, que passou a chamar-se Qualix S.A. Serviços Ambientais. Posteriormente, foi assinado o Termo de Transferência do Contrato de Concessão da Qualix para a São João Energia Ambiental S.A. - constituída pela então concessionária e pela Biogás -, que se sub-rogou nos direitos e obrigações da primeira, comprometendo-se a respeitar e cumprir todas as cláusulas e condições constantes do Edital.

Sobre o tema, anoto que a Qualix Serviços Ambientais Ltda., na qualidade de concessionária da área do Aterro São João e a Biogás, como concessionária da área do Aterro Bandeirantes, informaram que constituíram, em 19/02/04, sociedade de propósito específico – SPE, denominada São João Energia Ambiental S.A., destinada à exploração de gás bioquímico para fins diversos, comunicando que pretendiam obter autorização da Prefeitura para transferir, à nova sociedade, o Contrato e as autorizações obtidas pela Qualix para exploração do gás bioquímico; igualmente, apontaram que a concessionária cederia as ações detidas nessa sociedade à Biogás, que, com isso passaria a titularizar 100% (cem por cento) de participação na São João Energia Ambiental S.A, assumindo todos os direitos e obrigações relativos ao Contrato.

Enfatizando ser a Biogás possuidora de moderna tecnologia e conhecimento de mercado, já atuando no Aterro Bandeirantes, as empresas citadas solicitaram a necessária autorização do Poder Público para a prática desses atos, ressaltando a Qualix que não mais detinha condições de permanecer como concessionária.

O pedido formulado contou com parecer favorável da Secretaria, que entendeu ser possível a transferência da concessão sem que fosse



realizado novo procedimento licitatório, consoante permite o artigo 27 da Lei Federal n.º 8.987/95, que prevê apenas a anuência do poder concedente e a observância aos demais requisitos nele previstos.

A este passo, a Assessoria Jurídica da Secretaria relatou que a Qualix declarou-se incapacitada para cumprir suas obrigações contratuais, apontando outra empresa que poderia sucedê-la, constituindo-se, para tanto, uma sociedade de propósito específico, integrada pela própria Qualix e pela Biogás, a São João Energia Ambiental S.A.

Tal situação levou o então Secretário da Pasta a proferir sua decisão, em 16/04/04, autorizando as transferências do Contrato e do controle acionário, permitindo, assim, a assunção do Ajuste por empresa que não participou da licitação, facultando-lhe, também, a possibilidade de negociação dos créditos, tudo sem que houvesse provas da capacitação técnica da nova concessionária, a São João Energia Ambiental S.A., lavrando-se o Termo respectivo em 12/05/04.

Em sequência, a nova concessionária propôs o aditamento do Contrato, com o objetivo de partilhar, em igual percentual, o potencial de comercialização das Reduções Certificadas de Emissão – RCE's, autorizado pela Pasta em 26/10/04, sendo lavrado o Termo correspondente em 04/11/04, no qual restou expresso que os créditos de carbono resultantes da exploração do gás bioquímico poderiam ser livremente negociados pelas partes, no mercado internacional.

Sobrevindo, à época, a nova Administração, a própria Secretaria formulou dúvidas quanto à legalidade das transferências sem licitação, solicitando parecer à Procuradoria Geral do Município também sobre a partilha dos créditos de carbono, não prevista no Edital.

A PGM ponderou que está em discussão, no Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n.º 2946 – a possibilidade de transferência de concessão sem licitação, não tendo sido concedida a liminar, destacando que, a seu ver, a melhor doutrina é a que não admite tal transferência a quem não participou do Certame Licitatório, ou, se participou, não logrou sair-se vencedor.

No que pertine à alteração do objeto contratual, para incluir cláusula que permita a geração de créditos de carbono para posterior comercialização, entendeu que, se houvesse motivo justificador superveniente e configuradas razões de interesse público, a alteração poderia ser concretizada, asseverando, porém, que não consta dos autos qualquer análise técnica sobre a vantagem decorrente dessa modificação.

O posicionamento manifestado pela Procuradoria foi encampado pelo Senhor Secretário dos Negócios Jurídicos e, posteriormente, pelo Secretário Municipal do Verde e do Meio Ambiente, que exarou despacho de anulação do Contrato n.º 20/SVMA/00 e de seus respectivos Aditamentos, em



15/04/05, o qual, entretanto, teve seus efeitos suspensos, para garantir à concessionária o exercício da ampla defesa, encartada, em sequência, nos autos.

Após despacho do Titular da Pasta, que intimou a São João Energia Ambiental para apresentação de defesa, esta interpôs, em 26/04/05, recurso hierárquico ao Chefe do Executivo e, em 10/05/05, pedido de reconsideração do despacho anulatório da concessão, repetindo argumentos já expendidos anteriormente, alegando violação ao direito adquirido e descon sideração do interesse público que, a seu ver, inquinaram de ilegalidade o referido despacho.

O Senhor Prefeito, em 21/05/05, em sede de recurso hierárquico, reconsiderou a decisão que declarava prejudicado o recurso, para anular o despacho do Secretário do Verde e do Meio Ambiente, concedendo direito de defesa à recorrente (São João Energia Ambiental), determinando que, após exercício do contraditório, se procedesse ao reexame do mérito.

A São João Energia Ambiental, em suas alegações, defendeu a lisura dos atos praticados que, em seu entender, além de legais, atenderam ao interesse público e asseguraram os benefícios da tecnologia do carbono, sob vários aspectos. Argumentou, ainda, que as transferências contavam com a anuência do Poder Público, consoante exige o artigo 27 da Lei Federal nº 8.987/95.

Em assim sendo, afirmou que os atos produziram efeitos jurídicos e não poderiam ser anulados, como o foram, pois tratou-se de ato jurídico perfeito, que interferiu no patrimônio das partes, com a celebração do Compromisso de Compra e Venda de Ações (transferência das ações da Qualix para a Biogás), gerando receitas para a Prefeitura, decorrentes da venda dos créditos de carbono e eliminando a emissão de gás metano, que prejudica o meio ambiente. Nessa senda, a São João pugnou pela manutenção dos atos praticados, por atenderem à legislação e ao interesse público.

A Assessoria Jurídica da Secretaria trouxe a lume parecer da Procuradoria Geral do Município, acolhido pelo Senhor Secretário, por mim já referido, no sentido da inadmissibilidade de cessão da concessão, ao qual foi dada a devida publicidade, aduzindo que a aplicação do artigo 27 da Lei n.º 8.987/95 – cuja constitucionalidade está sendo discutida -, até que seja afastado do mundo jurídico, condiciona-se à preservação do interesse público.

A Assessoria propôs a manutenção do despacho de anulação do Contrato, por entender que o interesse público seria melhor atendido se fosse aberta a outras empresas a possibilidade de exploração do Aterro, destacando que a negociação de créditos de carbono, em valor desconhecido pela Municipalidade – como ocorreu – poderia afetar o equilíbrio econômico –financeiro do ajuste.

A São João Energia Ambiental, em memorial apresentado à Secretaria, defendeu os atos praticados, embasada no artigo 27 da Lei Federal de



Concessões, ainda vigente. Ponderou inexistir objeto a ser licitado, vez que a transferência objetivada é a do controle acionário, que constitui operação de cunho privado, já que a concessão, após a licitação, passa a integrar o patrimônio da empresa vencedora, não sendo lícito ao Poder Público concedente revogá-la ou anulá-la, por caracterizar direito adquirido da concessionária. Dessa forma, mantidas as condições da proposta pela empresa sucessora, entende não haver quebra do princípio da impessoalidade. Afirmou, ainda, que, em atenção ao princípio da segurança jurídica, a Administração não poderia anular atos praticados anteriormente, sob pretexto de que foram baseados em interpretação errônea. Ademais, aduziu que a Licitação já fora realizada antes da assinatura do Contrato, atendendo, assim, às exigências legais.

A Secretaria dos Negócios Jurídicos, por sua Assessoria Técnica e Jurídica, posicionou-se ao lado da corrente doutrinária que entende que a transferência da concessão constituiu burla ao princípio do procedimento licitatório e, de outro lado, com relação à vigência do artigo 27 da Lei Federal n.º 8.987/95, afirmou que o Executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional. De outra parte, argumentou que a Administração, nos termos da Súmula 473, pode anular seus próprios atos, quando eivados de ilegalidade, decorrendo daí o dever de fazê-lo.

Em nova intervenção, agora em 11/01/06, a São João Energia Ambiental S.A. pretendeu demonstrar a vigência do já mencionado artigo 27, que impediria, a seu ver, a manutenção do despacho que anulou o Contrato n.º 20/SVMA/00, vez que a Administração somente poderia deixar de aplicar o dispositivo – ainda vigente – se arguisse a sua inconstitucionalidade. Discorreu, a seguir, sobre o Projeto São João, com várias etapas já completadas, cuja implantação resultaria em receitas para a Prefeitura, pela comercialização dos créditos de carbono; argumentou, também, que um novo Procedimento Licitatório acarretaria prejuízos para as partes, além de ponderar que, até a formalização de uma nova concessão, todo o gás gerado no Aterro seria lançado na atmosfera, com efeitos danosos para o meio ambiente.

A Secretaria manteve sua posição acerca dos atos questionados, considerando-os ilegais e, em seguida, em 19/01/06, o Senhor Secretário do Verde e do Meio Ambiente declarou nulo o Termo de Aditamento que transferiu a Concessão.

Consigno que, em 07/02/06, em fase recursal, o Chefe da Assessoria Jurídica do Senhor Prefeito exarou parecer sobre a matéria em pauta, iniciando por relatar a cronologia dos fatos, com destaque para o posicionamento da Procuradoria Geral do Município, que entende, como já salientei, não ser possível a transferência da concessão a quem não participou do Procedimento Licitatório. Ressaltou, de outro lado, que não há indícios de prejuízo ao Erário com a transferência; que, “in casu”, não há que se falar em despesa, mas em receita pública; e que a anulação da transferência devolveria o Contrato à Qualix, que já declarara não ter condições de realizar os investimentos necessários para a implantação da usina, o que obrigaria a rescisão do Ajuste e a realização de nova



Licitação, retardando a fruição dos benefícios ambientais e econômicos derivados da exploração do gás; e que, ademais, a anulação acarretaria à Municipalidade o dever de indenizar. Dessa forma, entendeu devesse ser sopesado se a aplicação do princípio da segurança jurídica não levaria à manutenção da Concessão.

O Chefe do Executivo, em 07/02/06, acolheu o Recurso da São João, para restabelecer o Contrato de Concessão nº 20/SVMA/00 e seus Aditamentos.

A este passo, peço vênias para salientar que, durante a instrução processual, após intervenção deste Tribunal, o então Secretário, em resposta a ofício encaminhado pelo Órgão Fazendário, com minha autorização, informou que as irregularidades constatadas acabaram por viciar e prejudicar a contratação da Biogás, que seria revogada por despacho devidamente fundamentado, assegurados à concessionária o contraditório e a ampla defesa.

Posteriormente, o Titular da Pasta, embasado em parecer de sua Assessoria Jurídica, afirmou que todo o Procedimento Licitatório, desde o ato convocatório até a contratação, foi realizado de acordo com as exigências legais pertinentes, não havendo qualquer irregularidade ou prejuízo ao Erário e a terceiros, concluindo, então que os contratos de concessão – tanto o firmado com a Biogás quanto o lavrado com a Qualix S.A Serviços Ambientais, nova denominação da Enterra Ambiental S.A. – seriam mantidos.

Em defesa de seu posicionamento, alegou que as impropriedades apontadas no Edital não constituem ilegalidades, não podendo, portanto, levar à invalidação do Certame e das Contratações, informando, ainda, que dera ciência às concessionárias sobre os questionamentos formulados por este Tribunal.

Em razão dessa postura adotada no âmbito da Secretaria, teve continuidade a tramitação do processo administrativo, consoante narrado anteriormente.

Por oportuno, anoto que, no TC nº 72.002.008.07-14, o Consórcio Bio-Rio formulou Representação contra a Biogás, que, para participar de licitação no Rio de Janeiro, promovida pela COMLURB – Companhia Municipal de Limpeza Urbana, visando à exploração do Aterro Gramacho, instituiu o Consórcio Novo Gramacho, da qual é a empresa líder.

Com esse intuito, a Biogás alterou seu Contrato Social, para deixar de ser empresa de propósito específico, vinculada à execução do Contrato nº 18/SVMA/00, consoante exigia o Edital nº 05/SVMA/97, descaracterizando, assim, a sua natureza, o que representaria irregularidade na execução do Ajuste.



Esclareço que a matéria alegada é objeto do TC antes referido, porém deve ser mencionada no presente, por guardar relação com o que ora se aprecia.

Expostos os fatos, na ordem cronológica em que ocorreram, restritos ao âmbito do Executivo – Secretarias Municipais e Gabinete do Prefeito – passo a relatar a matéria constante dos TCs, no que concerne à atuação fiscalizatória deste Tribunal.

Abordarei, por primeiro, a matéria versada no TC n.º 72-005.873.98-96, no tocante ao Edital de Concorrência n.º 05/SVMA/97 e ao Procedimento Licitatório, embora constem da instrução processual diversas informações sobre os Contratos decorrentes do Certame, os Termos de Aditamento e até mesmo sobre a Execução Contratual.

Nesse contexto, consoante já afirmei, abster-me-ei de mencionar, nesta oportunidade, todas essas manifestações, transportando-as para a fase relatorial correspondente ao TC que trata dos Instrumentos – Contratos, Aditamentos e Execução – por uma questão de coerência, sempre com o intuito de facilitar a compreensão dos que me ouvem e para possibilitar sejam as informações transmitidas aos ilustres Conselheiros e aos presentes, sem, contudo, observância da sequência cronológica em que foram lançadas nos autos.

Os demais TC's que constam da minha pauta versam sobre a análise dos Contratos n.ºs. 18/SVMA/00 – TC n.º 72-006.761.00-94 e 20/SVMA/00 – TC n.º 72-000.194.01-34.

Retornando ao primeiro TC mencionado – análise do Edital e da Licitação – consigno que a então Divisão Técnica III apontou a existência, no instrumento convocatório, de vícios que deveriam ser sanados, o que levou o Relator à época a determinar a suspensão temporária do Certame.

Fornecidas as justificativas pela Secretaria, foi liberado o prosseguimento da Licitação, com determinação para acompanhamento concomitante do procedimento respectivo.

Permito-me, nesta quadra, esclarecer que não me deterei em análise mais aprofundada do Edital, por considerar superados os questionamentos, em razão da autorização concedida, pelo ilustre Relator, à época, para continuidade do Certame – Concorrência n.º 05/SVMA/97 -, cujo objeto era a concessão de área de Aterros Sanitários para a exploração do gás bioquímico neles gerado.

Sobre a Licitação, a Divisão Técnica II, em princípio, pronunciou-se pela regularidade dos atos praticados, sendo posteriormente acompanhada pela Secretaria Geral.

Chamada a manifestar-se, a então Divisão Técnica de Engenharia entendeu não haver, no Edital, objetividade no critério de adoção de



notas adotado para avaliação das propostas técnicas e nem detalhamento adequado para delimitação das responsabilidades das Secretarias envolvidas, quais sejam, a do Verde e do Meio Ambiente e a de Serviços e Obras, vez que a Portaria Intersecretarial s/n.º, de 25/10/93, não estabeleceu com clareza as atribuições de cada Pasta em relação à matéria.

Ressalto, a este passo que, em diversas intervenções, as Divisões Técnicas III e V, mesmo após a assinatura dos Ajustes, reafirmaram sua posição pela irregularidade do Edital da Licitação e, via de consequência, dos Contratos, em razão das falhas apontadas na Peça Editalícia.

Volto-me, a seguir, ao exame dos Contratos n.º 018/SVMA/00 e n.º 020/SVMA/00, lavrados ambos pelo prazo de 15 (quinze) anos, examinados, como já disse, nos TCs n.ºs 72-006.761.00-94 e 72-000.194.01-34, respectivamente, tendo a Pasta informado que a Licitação foi declarada prejudicada, por ausência de interessados, nos Aterros Vila Albertina, Santo Amaro, Jacuí, São Mateus e Sapopemba, com decisão homologada em 11/11/98.

Consoante já explanado anteriormente, os vencedores do Certame Licitatório – Enterpa Engenharia Ltda. no Aterro São João e Consórcio Energás no Aterro Bandeirantes – considerando o tempo decorrido e as alterações nas condições dos financiamentos, custos e amortizações de investimentos – decorrentes de desvalorização do real em relação ao dólar, alegaram a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do Ajuste, solicitando sua readequação.

Foram, então, celebrados os Contratos n.ºs 18/SVMA/00, relativo ao Aterro Bandeirantes, sendo concessionária a Biogás Energia Ambiental e 20/SVMA/00, relativo ao Aterro São João, tendo como concessionária a agora denominada Enterpa Ambiental S.A.

No que tange especificamente ao Aterro Bandeirantes, a vencedora da licitação – Consórcio Energás -, atendendo aos termos do Edital, constituiu a sociedade de propósito específico Biogás Energia Ambiental S.A., signatária do Ajuste (n.º 018/SVMA/00).

Por proposta da própria Pasta, foram firmados, a seguir, Termos de Retirratificação de ambos os Contratos, para adequar as cláusulas contratuais estabelecidas aos Termos do Edital, vez que, consoante já consignado, havia desconformidade entre eles.

Da mesma forma, foram lavrados, em ambos os Ajustes, Termos de Aditamento que alteraram os cronogramas físico-financeiros relativos aos Contratos.

Em sequência, foram firmados Termos Aditivos para estabelecer a partilha, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada parte, do potencial de comercialização das Reduções Certificadas de Emissão – RCEs – ou o equivalente no mercado, restando expresso que os créditos de carbono resultantes



de exploração do gás bioquímico gerado nos Aterros objeto da concessão poderiam ser livremente comercializados pelas partes, no mercado internacional.

Em Termo Aditivo referente ao Contrato n.º 20/SVMA/00, lavrado em 08/12/02, foi alterada a denominação social da concessionária Enterpa Ambiental S.A, que passou a chamar-se Qualix S.A. Serviços Ambientais. Posteriormente, foi assinado o Termo de Transferência do Contrato de Concessão da Qualix para a São João Energia Ambiental S.A, que se subrogou nos direitos e obrigações da primeira, comprometendo-se a respeitar e cumprir todas as cláusulas e condições constantes do Edital.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo posicionou-se pela regularidade dos Ajustes – n.º 18/SVMA/00 e n.º 20/SVMA/00 -, tecendo considerações acerca da alteração da denominação social da antiga concessionária – Enterpa Engenharia Ambiental S.A (Contrato n.º 18/SVMA/00) – e da transferência da titularidade da concessão da Qualix para a São João Ambiental S.A. (Contrato n.º 20/SVMA/00), realçando que esta é possível, desde que haja anuência do poder concedente, nos termos do artigo 27, “caput”, e incisos I e II, da Lei Federal n.º 8.987/95, que se encontra vigente, apesar de ter gerado polêmica, inclusive com o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, ainda não apreciada.

A Coordenadoria V reafirmou a irregularidade do Procedimento Licitatório, em razão dos vícios apontados no Edital.

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pela regularidade do Edital analisado e a Secretaria Geral entendeu ser necessária, antes de sua manifestação, a análise dos documentos da atual concessionária São João Ambiental S.A, para verificação acerca do atendimento ao disposto no dispositivo legal antes citado, que permite a transferência de concessão.

Em manifestação subsequente, a Assessoria Jurídica entendeu superados os questionamentos relativos ao Edital da Concorrência, considerando novamente passíveis de acolhimento o Procedimento Licitatório, os Contratos e o Termo de Aditamento que alterou a denominação da Enterpa para Qualix S.A. Serviços Ambientais, eis que devidamente autorizado pela Pasta. Relacionou, a seguir, os documentos cuja apresentação seria necessária para a substituição do polo contratual da concessão e para comprovação da regularidade jurídica e fiscal da sociedade que substituiu a concessionária original, a par de realçar a imprescindibilidade de autorização prévia do poder concedente para tais atos.

Após a juntada de documentos relativos ao Contrato n.º 20/SVMA/00, a Assessoria Jurídica, reiterando posicionamento anterior, opinou pela regularidade da alteração da denominação da concessionária, que fora devidamente aprovada em Assembleia Geral Extraordinária, afirmando que a transferência de titularidade é possível quando atender ao interesse público e houver prévia anuência do poder concedente.



No que pertine aos documentos apresentados, ponderou que o contrato social demonstra a existência de pertinência lógica entre os objetos da Licitação e do Contrato com os objetivos sociais da concessionária; igualmente, considerou que a representatividade da empresa atende a determinações legais e que a transferência da concessão foi subscrita por sócios indicados no contrato social; salientou, ainda, que as atividades da concessionária correspondem às buscadas na Licitação e no Contrato.

De outro lado, reconheceu a regularidade fiscal da nova empresa, vez que a São João foi constituída em 2004, especialmente para cumprir o objeto contratual, não contando, pois, com débitos fiscais anteriores.

No que tange à regularidade técnica, ponderou que não foi apresentada a certidão expedida pelo Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA atestando o registro definitivo da empresa e a prova de capacidade técnico-operacional exigida na Cláusula 5.3.3 do Edital.

A Coordenadoria V, ao analisar os documentos acostados aos autos, apresentou as seguintes conclusões:

a) a regularidade fiscal da nova concessionária não restou demonstrada à época da transferência da concessão, infringindo o artigo 37, incisos I a VI do Decreto Municipal n.º 44.279/03, o artigo 29, incisos I a IV da Lei Federal n.º 8.666/93 e o artigo 20 da Lei Federal n.º 9.012/05;

b) a não apresentação da Certidão expedida pelo CREA, já mencionada, afronta o disposto no artigo 30, inciso II e § 1º, inciso I, da Lei Federal 8.666/93;

c) a não apresentação de certidão negativa de pedido de falência ou concordata desobedece as disposições do artigo 31, inciso II, da Lei Federal n.º 8.666/93;

d) não restou comprovado o capital social subscrito de, no mínimo, R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), consoante exigência contida no subitem 5.4.4 do Edital;

e) não foram encaminhadas as Licenças Ambiental Prévia, de Instalação e de Operação, relativas à São João Energia Ambiental S.A, conforme prescrito no subitem 6.1.5 do Edital.

Já no que concerne ao Contrato n.º 18/SVMA/00, a Auditoria, reafirmando que o Edital de Licitação era irregular, assim considerou o Contrato, também em razão da indefinição no tocante ao termo inicial de eficácia do Ajuste, da discrepância entre o objeto adjudicado e o constante do termo contratual, da precariedade na fixação da remuneração a ser ofertada à Prefeitura e da ausência de indicação do índice de reajuste e de sua periodicidade.



A Secretaria, em resposta, encaminhou documentação relativa ao Termo de Retirratificação, lavrado para adequar, consoante já relatei anteriormente, os Contratos celebrados ao Edital e às propostas apresentadas na Licitação, realçando que havia discrepâncias referentes aos valores dos Contratos, à eficácia dos Ajustes – condicionada à obtenção, junto à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, de autorização para comercializar e produzir energia -, ao prazo de início das obras, ao cronograma de execução, ao início da contagem dos prazos dos Ajustes, ao início da operação das instalações e à remuneração a ser paga ao poder concedente.

A Auditoria, entretanto, considerou que as retificações procedidas atenderam apenas parcialmente às observações deste Tribunal, mantendo, por isso, a conclusão pela irregularidade do Certame e do Ajuste, posição essa endossada pela Assessoria Jurídica de Controle Externo.

Divergiu a Senhora Assessora Subchefe, que propôs o acolhimento do Contrato, por entender superados os questionamentos relativos ao Edital, o que levou a Subsecretaria de Fiscalização e Controle a ratificar seu entendimento, propondo o acolhimento dos Instrumentos, mas, em nova intervenção, propugnou pelo acolhimento excepcional dos Instrumentos analisados, com recomendação à Pasta para que aja com cuidado na propositura de critérios objetivamente construídos, afastando, assim, a possibilidade de questionamentos dos parâmetros técnicos, propiciando clareza de julgamento.

A Chefia da Assessoria Jurídica e a Procuradoria da Fazenda Municipal propuseram o acolhimento da Licitação e do Contrato n.º 018/SVMA/00.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, entretanto, revendo posição anterior e à luz das manifestações exaradas nos diversos TC's, voltou a considerar irregulares a Concorrência e os Contratos.

O Órgão Fazendário, de outro lado, propôs o acolhimento dos Instrumentos e a Secretaria Geral pugnou pela regularidade do Edital e da Licitação, entendendo, todavia, que os demais atos – Contratos, Aditamentos, Transferência de Concessão – relativos ao Contrato n.º 20/SVMA/00, deveriam ser analisados em conjunto.

Peço vênia para anotar, nesta fase processual, que a então AT-Economia consignou que, quanto aos aspectos financeiros, a Administração adotou as medidas cabíveis em relação às cláusulas antes consideradas desvantajosas ao Erário, vez que fez inserir a previsão de remuneração à Prefeitura pela energia disponibilizada e introduziu cláusula prevendo o reajustamento dos valores do ônus da concessão, utilizando adequadamente o índice IGPM/FGV.



A então Divisão Técnica V, apesar de reconhecer que as alterações produzidas atenderam adequadamente aos aspectos financeiros contestados, posicionou-se novamente pela irregularidade do Edital e do Contrato.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo pugnou pela remessa, a este Tribunal, dos documentos que embasaram a readequação do preço contratual, autorizada pela Cláusula I do Termo de Retirratificação.

A Divisão Técnica V, entretanto, esclareceu, com base em informações obtidas junto à concedente, que o valor registrado na referida Cláusula não constitui readequação de preço contratual, mas apenas retificação de valor, vez que o ajuste original só consignara a receita proveniente do uso da área, sem levar em conta a condição da Municipalidade de autoprodutora de energia junto à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

A Assessoria Jurídica, em seguida, propôs o acolhimento dos Ajustes, com o que não concordou a Divisão Técnica V, em razão das irregularidades referentes ao Edital.

Na análise dos Termos referentes ao Contrato n.º 20/SVMA/00, a DT-V considerou irregulares o Termo de Retirratificação e os Termos de Aditamento de 18/06/01 e de 27/12/01, todos em razão das irregularidades do Edital.

Em sequência, a Secretaria Geral fez juntar parecer exarado no TC n.º 72-005.873.98-96, no qual entende superáveis as irregularidades apontadas no Edital, opinando, porém, que, para que se obtenha visão de conjunto, restava colacionar ao processo os documentos da atual concessionária do Aterro São João, para verificar a legalidade da transferência da concessão, e sua conformidade com o disposto no artigo 27, parágrafo único, incisos I e II da Lei Federal n.º 8.987/95.

A este passo, peço vênias para mencionar matéria que se encontra inserta no TC n.º 72-002.008.07-14 – fls. 424/747 -, que versa sobre Representação da Bio-Rio em face de eventuais irregularidades constatadas no âmbito do Contrato n.º 018/SVMA/00, matéria essa que, na verdade, diz respeito ao ajuste de n.º 20/SVMA/00, sendo, portanto, estranha à referida Representação, merecendo, porém, análise nesta oportunidade.

Consoante já exposto no início, a Qualix Serviços Ambientais Ltda. e a Biogás constituíram, em 19/02/04, Sociedade de Propósito Específico – SPE, denominada São João Energia Ambiental S.A., para exploração do Aterro São João, pelos motivos antes mencionados.

Deferidos os pedidos de transferência da concessão e das ações da Qualix para a Biogás foi lavrado o Termo respectivo em 12/05/04, subrogando-se a São João nos direitos e obrigações da Qualix S.A. Serviços Ambientais.



Em sequência, a nova concessionária propôs o aditamento do Contrato, com o objetivo de partilhar, em igual percentual, o potencial de comercialização das Reduções Certificadas de Emissão – RCE's, autorizado pela Pasta em 26/10/04, sendo lavrado o Termo correspondente em 04/11/04, no qual restou expresso que os créditos de carbono resultantes da exploração do gás bioquímico poderão ser livremente negociados pelas partes, no mercado internacional.

Ainda concernentemente à matéria versada no TC que ora relato – relativa ao Contrato nº 018/SVMA/00 -embora a manifestação conste do TC n.º 72-002.008.07-14 – a Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu que, com a autorização para a transferência do Contrato de Concessão, estaria “autorizada” a mudança do estatuto societário da Biogás, no âmbito do Contrato n.º 18/SVMA/00, que suprimiu a condição de sociedade de propósito específico – matéria que originou a Representação da Bio-Rio -, permitindo, via de consequência, que a empresa concessionária desse Contrato integrasse o quadro societário de outra, situação conhecida pela Administração no decorrer da instrução processual, que culminou com o repasse do Contrato.

Ponderou a Assessoria que a Administração, ao concordar com a transferência, posicionou-se no sentido de que a condição de sociedade de propósito específico não se faz imprescindível e nem essencial à adequada execução do Ajuste, podendo a dispensa decorrer de situação fática superveniente.

Dessa forma, sopesados os diversos fatores que cercaram a concessão, o poder concedente houve por bem permitir a transferência, por certo por considerar que o interesse público assim o recomendava.

Todavia, por não ter sido precedido de requisição da Biogás, seguido por decisão administrativa motivada, entendeu que o ato de transferência da concessão padece de vício formal, incluído na categoria dos sanáveis.

A Secretaria, entretanto, informou constar do processo administrativo solicitação conjunta da Qualix e da Biogás, na qual requereram autorização para transferência do Contrato e do controle acionário da primeira para a segunda, deferida em 16/04/04.

A Assessoria Jurídica, porém, reafirmou que a alteração do Estatuto Social da Biogás, para retirar-lhe a condição de sociedade de propósito específico, precedeu, sem a necessária autorização superior, a anuência para a transferência da concessão.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, de seu turno, considerou legais os atos praticados.



A Secretaria Geral, ao analisar a Representação interposta pela Bio Rio, ponderou que a regra é a de que os Contratos devem ser mantidos em sua íntegra, sendo que a alteração constitui exceção. Considerou que, no caso, a modificação da situação jurídica da empresa atendeu, exclusivamente, ao interesse da concessionária em expandir sua atividade comercial.

Afirmou, sob outro ângulo, que o Contrato de Concessão deve ser sempre precedido de Procedimento Licitatório, segundo o disposto no artigo 175 da Constituição da República e na Lei Federal n.º 8.666/93.

Todavia, apesar de autorizada pelo Chefe do Executivo a concessão do Contrato, ponderou que as exigências contratuais são relevantes e necessárias à consecução do objeto, vez que resguardam o interesse público, devendo ser respeitadas. Concluiu que, na espécie, a constituição de empresa de propósito específico é elemento imprescindível para a regularidade da concessão e de sua execução, condição essa não respeitada "in casu".

Essas considerações da Secretaria Geral, apesar de dizerem respeito à Representação interposta pela Bio-Rio, amoldam-se, também, às análises dos Contratos n.ºs. 018/SVMA/00 e 020/SVMA/00, posto que se correlacionam em razão da matéria.

É o relatório. **(2.698ª S.O.)**.

VOTO ENGLOBALADO

Consoante já explanado na fase relatorial, examinam-se o Edital de Concorrência n.º 05/SVMA/97, a Licitação, os Contratos dela decorrentes – de n.ºs 18/SVMA/00 e 20/SVMA/2000 – e os Termos de Aditamento lavrados em cada Ajuste.

Início por consignar que a peça editalícia, sob minha ótica, merece ser acolhida, vez que o então Conselheiro Relator liberou a continuidade do Certame, o que me leva a considerar superados os questionamentos anteriormente opostos pelos Órgãos Técnicos deste Tribunal.

Da mesma forma, entendo regular a Licitação, consoante pronunciamentos dos referidos Órgãos, que não fizeram qualquer reparo ao procedimento da Administração na condução do Certame.

No que pertine aos Contratos, anoto que, apesar de em algumas intervenções a Assessoria Jurídica de Controle Externo ter se posicionado pelo acolhimento dos Ajustes – ou ter aventado a hipótese de relevação das impropriedades -, penso, diversamente, que referidos Instrumentos estão eivados de vícios.



Abordarei, por primeiro, as ilegalidades presentes em ambos os Contratos, deixando para analisar as específicas mais adiante.

Assim, os Contratos n.ºs 18/SVMA/00, celebrado com a Biogás Energia Ambiental S/A e 020/SVMA/00, firmado inicialmente com a Enterpa Ambiental S/A portam, ambos, vícios da mesma natureza.

Impende ressaltar que, antes mesmo da lavratura dos Termos respectivos, as vencedoras da Licitação solicitaram a readequação econômico-financeira dos Ajustes, vez que as alterações cambiais ocorridas em 1999 e a desvalorização do real ante o dólar americano causaram a majoração dos custos dos investimentos a serem feitos pelas adjudicatárias, que foram obrigadas a buscar reforço de recursos junto a agentes financeiros.

Tendo a Municipalidade, no âmbito do Edital, se comprometido a adquirir toda a energia produzida nos Aterros, e considerando que os agentes financeiros procurados exigiam garantias contratuais com lastro em futuros pagamentos do Poder Concedente, foi proposto que as adjudicatárias alienassem a energia produzida de forma livre, atraindo compradores no mercado, que atendessem às exigências desses agentes.

A pretensão foi acolhida pela Administração e foram lavrados os respectivos Contratos, entretanto, a própria Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente detectou algumas divergências entre os termos do Edital, as propostas dos Licitantes e as cláusulas contratuais, consistentes em: alterações nos valores dos Contratos, decorrentes da inclusão da Prefeitura como autoprodutora de energia; eficácia dos Ajustes condicionada à obtenção, junto à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, de autorização para produzir e comercializar energia elétrica, cláusula não constante do Edital e das propostas; diferenças relativas às datas de início das obras do cronograma de execução, ao início do prazo dos contratos, ao início do prazo de operação das instalações, ao prazo de início dos serviços e à remuneração paga pelas concessionárias. Ademais, a Prefeitura não figurou nos Ajustes como auto produtora de energia elétrica, consoante constava nas propostas vencedoras e na adjudicação dos objetos.

Ainda, a própria Secretaria afirmou que a manutenção das cláusulas contratuais divergentes do Edital e das propostas não atendia ao interesse público, mas tal situação irregular perdurou até a assinatura dos Termos de Retirratificação.

Essas discrepâncias constituem, no mínimo, falta de planejamento adequado da concedente, que precisou promover alterações nas avenças a fim de adequá-las às cláusulas editalícias e às propostas.

Destarte, emerge do exposto a primeira ilegalidade presente nos Ajustes, qual seja, o desrespeito à vinculação ao instrumento convocatório, princípio insculpido nos artigos 3º e 41 da Lei Federal n.º 8.666/93, que orienta toda Licitação, e que se traduz na afirmação de que o contrato deve



reproduzir os termos editalícios, que não podem ser alterados quer por iniciativa das partes, quer por iniciativa da própria Administração.

Entretanto, isto foi o que ocorreu em relação aos Ajustes em exame, que foram lavrados em desacordo com as cláusulas do Edital, sendo posteriormente retiratificados, para suprimir as ilegalidades.

Volto-me, a seguir, à análise dos Contratos considerados individualmente, apontando os vícios que inquinam cada um deles, consignando desde logo que, ainda que houvesse a possibilidade de seu acolhimento, com relevação das falhas, os instrumentos apresentam outras irregularidades, todas de natureza grave.

Início pelo Contrato n.º 018/SVMA/00, celebrado com o Biogás Energia Ambiental S.A., referente ao Aterro Bandeirantes.

Em atendimento à exigência editalícia pertinente à Concorrência n.º 05/SVMA/97, a Biogás, signatária do Ajuste, segundo seu Estatuto Social, foi constituída como Sociedade de Propósito Específico – SPE, com o objetivo vinculado à execução dos serviços especificados no referido Edital, nos termos exigidos na Cláusula 11, Subcláusula 11.1.1 do instrumento convocatório.

Em 1º/02/04, em plena vigência do Contrato n.º 018/SVMA/00, a concessionária, pretendendo assumir também a concessão do Aterro São João – cedido à Qualix Serviços Ambientais S.A. nova denominação da Enterpa Ambiental S.A., por meio do Contrato n.º 020/SVMA/00 -, alterou seu Estatuto Social, despojando-se da natureza de Sociedade de Propósito Específico, passando a integrar a São João Energia Ambiental S.A., como detentora de maioria das ações, primeiramente com a concessionária anterior – a Qualix – e, posteriormente, adquirindo a totalidade das ações desta nova sociedade constituída.

Verificou-se, a partir de então, nova irregularidade relativa ao Contrato n.º 020/SVMA/00.

Para atingir seu objetivo - a transferência da concessão do Aterro São João – a Biogás e a Qualix alegaram que esta última não mais portava condições para preservar a titularidade da concessão, ao passo que a Biogás já lograra êxito na exploração do gás bioquímico em Aterros Sanitários, como concessionária do Aterro Bandeirantes, sendo detentora de tecnologia reconhecida internacionalmente.

Consigno, por oportuno, que as transferências da concessão e do controle acionário da São João foram autorizadas pela Secretaria do Verde e do Meio Ambiente em 16/04/04, sendo lavrado o Termo de Transferência em 12/05/04.

Entretanto, anoto que para essa descaracterização da natureza da sociedade, que deixou de ser de propósito específico – em 2004 -, não



houve anuência prévia do Poder Concedente, consoante prescrito no instrumento convocatório, na Cláusula 11, Subcláusulas 11.1.5 e 11.1.8.

Nessa senda, ambos os Contratos em exame portam grave irregularidade.

De outra parte, o Consórcio Novo Gramacho – integrado pela Biogás Energia Ambiental S.A., J. Malucelli Construtora de Obras S.A. e a S.A. Paulista de Construções e Comércio - foi constituído em 14/11/06, para participar de Licitação no Rio de Janeiro, daí resultando nova infração às cláusulas editalícias e contratuais estabelecidas na Concorrência em análise.

Apenas para esclarecer, aponto que o Contrato entre a COMLURB e Novo Gramacho Energia Ambiental S.A, para outorga da concessão dos serviços de aproveitamento de biogás do Aterro de Gramacho, pelo prazo de 15 (quinze) anos, foi celebrado em 05/07/07.

Destarte, a natureza de Sociedade de Propósito Específico – exigida no Edital de que se trata – restou desnaturada, vez que, para integrar outras sociedades, foi necessária a alteração do objeto social da Biogás, que passou a ter por objeto a exploração de gás bioquímico para fins diversos, a geração e comercialização de energia elétrica, de gás bioquímico e produtos derivados, a comercialização de títulos advindos de benefícios ambientais e a participação em sociedades de objeto correlato.

Deflui, daí, que o objeto social restou desvinculado do Contrato n.º 018/SVMA/00, afrontando, assim, as Cláusulas Editalícias.

Ademais, ao ser constituída, para a execução do Contrato relativo ao Aterro Bandeirantes, a sociedade teria prazo de duração determinado, vinculado ao cumprimento das obrigações assumidas de acordo com o Edital de Licitação, perdurando até o encerramento integral das obrigações resultantes deste e do Contrato dele decorrente.

Entretanto, assumir a exploração do Aterro Novo Gramacho implicou a assunção de novas obrigações, pela concessionária, a serem executadas após o prazo referido, vez que a Licitação, no Rio de Janeiro, ocorreu no ano de 2006, sendo o Consórcio Novo Gramacho proclamado vencedor e firmado o Contrato em 2007.

Tal conduta – no âmbito dos dois Contratos – representa, ainda, desrespeito à Cláusula 11, Subcláusulas 11.1.5 do instrumento convocatório – que exige prévia aprovação da Secretaria para qualquer alteração do Contrato – e 11.1.9 – que estabelece que a concessionária fica impedida de contrair empréstimos ou obrigações cujos prazos de amortização excederem o termo final do Contrato.

As modificações promovidas, por outro lado, afrontam também o artigo 55, XIII, da Lei Federal n.º 8.666/93, reproduzida na Cláusula 14,



Subcláusula 14.1.I, que obriga a concessionária a manter, durante toda a execução do Contrato, todas as condições de habilitação, qualificação e segurança exigidas no Edital.

Ainda com relação ao Contrato n.º 020/SVMA/00, reputo ilegal a transferência da concessão, apesar de autorizada pela Administração.

Sobre o tema, posiciono-me ao lado da Procuradoria Geral do Município e do Titular da Pasta que, à época, anulou a transferência, por entender que tal ato representa burla ao princípio da Licitação, vez que a concessão só pode ser outorgada se precedida de Procedimento Licitatório, o que não ocorreu “in casu”.

Este pronunciamento – impossibilidade de transferência de concessão sem realização de nova licitação – encontra guarida nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, do seguinte teor:

“Com efeito, quem venceu o certame foi o concessionário, e não um terceiro – sujeito, este, pois, que de direito, não se credenciou, ao cabo de disputa aberta com quaisquer interessados, ao exercício da atividade em pauta. Logo, admitir a transferência da concessão seria uma burla ao princípio da isonomia igualmente encarecido na Constituição”.

“Sem embargo, a Lei n.º 8987, no art. 27, inconstitucionalmente a acolheu, desde que precedida de anuência da Administração” (Curso de Direito Administrativo – Malheiros Editores – 12ª Edição – 2000 – pág 618).

No mesmo sentido se expressa a ilustre Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“O que se contesta é a validade jurídico-constitucional do art. 27, na parte em que autoriza a transferência da concessão; o art. 175 da Constituição exige que a concessão seja feita “sempre através de licitação”; ora sendo o concessionário eleito por procedimento licitatório, admitir-se a possibilidade de transferência pura e simples da concessão mediante simples autorização do poder concedente, significaria admitir-se a burla ao dispositivo constitucional e a burla aos princípios de licitação, já que assumiria o contrato uma pessoa que não participou do certame, ou, se participou, não logrou a almejada vitória”. (Parcerias na Administração Pública – Editora Atlas – 2ª edição – 1997).

Assim, confrontando o princípio constitucional inserto no artigo 175 e o dispositivo da Lei Ordinária – artigo 27 da Lei n.º 8987/95 – o Poder Público deveria optar pela realização de Licitação, constitucionalmente exigida e não pela simples autorização para transferência da concessão.

Demais disso, ainda que se admitisse a transferência, não consta dos autos que a mudança de titularidade de concessão tenha levado em conta o interesse público, a par de não terem sido apresentados ao Poder



Concedente todos os documentos comprobatórios da capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, necessários à assunção dos serviços pela São João Energia Ambiental S.A., consoante exige o artigo 27, § 1º, I, da Lei n.º 8.987/95, tudo conforme explanado no Relatório.

Trago à colação, por oportuno, a lição de Diógenes Gasparini, que se amolda perfeitamente à espécie, e que vem assim expressa:

“De revés, não havendo interesse público não podem ser trespassadas a execução e exploração do serviço público e, se mesmo assim for celebrado o correspondente contrato de concessão de serviço público, há de se reputá-lo nulo por desvio de finalidade”. (Direito Administrativo, Ed. Saraiva, 6ª edição, 2001, pág. 294).

Por todo o exposto, julgo regulares o Edital e a Concorrência n.º 05/SVMA/97 e irregulares os Contratos n.ºs 18/SVMA/00 e 20/SVMA/00, por considerar ilegal a descaracterização da Biogás como sociedade de propósito específico, representando desrespeito à Cláusula Contratual, vez que os ajustes devem ser mantidos na íntegra, constituindo exceção as alterações permitidas legalmente.

Considero, por outro lado, que a modificação processada no presente atendeu apenas aos interesses negociais do particular, permitindo que a concessionária expandisse seus negócios, quer participando de Licitação no Estado do Rio de Janeiro – na qual saiu-se vencedora –, quer assumindo a concessão em lugar de outra concessionária no Município de São Paulo, tudo isso sem qualquer comprovação de que tais atos visavam à preservação do interesse público.

Na verdade, no regime jurídico das concessões, embora a execução dos serviços seja transferida a particulares, o risco pela viabilidade do empreendimento permanece sendo do Estado que, para reduzi-los, cria as normas que devem ser seguidas pelos concessionários, regras essas impostas a todos os participantes do Certame Licitatório, e que podem, inclusive, afastar empresas que, por ocasião da celebração do Ajuste, não tiveram condições de preencher os requisitos fixados.

Nessa vertente, a criação de empresa com propósito específico, vinculada a um único e determinado contrato, constitui elemento imprescindível para a regularidade da concessão e da sua execução e foi exigência desrespeitada em ambos os Contratos, levando-me, assim, a declará-los irregulares também por esses motivos e por afronta aos artigos 3º, 41 e 55, inciso XIII, da Lei Federal n.º 8.666/93, ao artigo 27, § 1º, inciso I, da Lei Federal n.º 8.987/95 e às Cláusulas 11.1.1, 11.1.5, 11.1.9 e 14.1.I do Edital de Licitação, de observância obrigatória nos Contratos respectivos.

Em decorrência, julgo também irregulares os Termos de Aditamento lavrados em relação aos dois Ajustes.



De outra parte, tratando-se de Contratos já formalizados e em execução, devem a meu ver, ser sustados, em razão das graves ilegalidades que portam, nos termos do que dispõe o artigo 71, § 1º, da Constituição da República, que remete ao Legislativo a competência para a prática do ato, que deve ser direta e imediata, retornando ao âmbito deste Tribunal de Contas do Município, se o Legislativo não adotar as providências, consoante prescreve o § 2º do mesmo dispositivo citado.

Para atender a esse dispositivo, determino a remessa da matéria à E. Câmara Municipal, para a adoção das providências atinentes àquele Poder.

Encaminhem-se cópias ao Senhor Prefeito, ao Senhor Secretário Municipal do Verde e do Meio Ambiente e ao Presidente da E. Câmara Municipal de São Paulo.

Manifestação na fase de discussão e VOTO em separado englobado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria:

A instrução do processo 5.873.98-96, que cuida da análise do edital da Concorrência n.º 005/SVMA/2007, não aborda questões econômico-financeiras, como a consistência do valor pago mensalmente pela concessionária à Prefeitura de São Paulo e a dimensão econômica da concessão, frente ao potencial econômico da exploração do biogás pela empresa privada.

Os elementos carreados aos autos passam à margem dessa discussão, imprescindível, a meu ver, para o reconhecimento ou não da regularidade do edital, do ponto de vista dos interesses do erário.

Destaco que, sequer há nos autos notícia sobre eventual estudo de viabilidade econômica feito pelo poder concedente, o que impede a análise do edital com grau de segurança que, a meu ver, exige um julgado neste tipo de matéria.

Não obstante possam ser superadas algumas falhas do edital, detectadas inicialmente pela Auditoria, como fez o nobre Relator quando permitiu o prosseguimento da licitação, a ausência de elementos acerca dos parâmetros econômicos da concessão, a compreender o volume de produção de biogás, com seu respectivo valor de mercado, e a correlação com o valor pago mensalmente à Prefeitura de São Paulo, são omissões que impedem o julgamento do edital e, conseqüentemente, da Concorrência n.º 005/SVMA/2007, dos Contratos n.º 18/SVMA/2000 e 20/SVMA/2000 e dos respectivos termos de aditamento.

Nesses termos proponho, ainda na fase de discussão, a conversão do presente julgamento em diligência, para que sejam trazidos aos autos elementos que permitam avaliar se o valor pago ao poder concedente foi adequado,



considerando que, embora os ajustes datem de 2000, os contratos de concessão, celebrados pelo prazo de 15 anos, ainda encontram-se em vigor.

VOTO em Separado:

Julgo irregular o edital da concorrência e a licitação, devido às inconsistências dos dados econômico-financeiros que a embasaram e, por isso, também, o contrato.

Acompanho o Relator, pela irregularidade do contrato e dos termos de aditamento que o seguiram, destacando o seguinte:

Embora não existam nos autos dados precisos sobre o volume de produção de biogás e o seu correspondente resultado econômico de comercialização, é possível deduzir, logicamente, que se trata de volume de produção elevado, com um valor de mercado alto, enquanto por outro lado os montantes estabelecidos para as contrapartidas a serem pagas ao Município – R\$ 3.000,00/mês para a utilização da área de aterro S. João e R\$ 3.500,00/mês para o Aterro Bandeirantes, aparecem, desde logo, como irrisórios, considerando as dimensões desses aterros, o que afeta diretamente os interesses do erário.

Por esse motivo, determino o acompanhamento de execução contratual, com foco, em especial, nesses fatores econômicos financeiros, para que seja examinada a equação econômico-financeira prevista no contrato e como ela se realizou ao longo da execução contratual.